

**ACTAS  
DE LOS VIGESIMONOVENOS ENCUENTROS  
DEL FORO DE DERECHO  
ARAGONÉS**

## VIGESIMONOVENOS ENCUENTROS DEL FORO DE DERECHO ARAGONÉS

### ORGANIZADO POR:

- El Justicia de Aragón
- Tribunal Superior de Justicia de Aragón
- Fiscalía de la C.A. de Aragón
- Cámara de Cuentas de Aragón
- Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación
- Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza
- Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza
- Ilustre Colegio de Abogados de Huesca
- Ilustre Colegio de Abogados de Teruel
- Ilustre Colegio Notarial de Aragón
- Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España (Decanato Autonómico de Aragón)
- Ilustre Colegio de Procuradores de Zaragoza

### COMISIÓN DE COORDINACIÓN:

- D. Ángel Dolado Pérez (Justicia de Aragón)
- D. Manuel Bellido Aspás (Presidente del TSJA)
- D. José María Rivera Hernández (Fiscal Superior de Aragón)
- D. Alfonso Peña Ochoa (Presidente de la Cámara de Cuentas de Aragón)
- D. José Luis Merino Hernández (Presidente de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación)
- D. Javier Hernández García (Lugarteniente del Justicia)
- D<sup>a</sup> María Pía Lardies Porcal (Secretaria de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Aragón)
- D. Dámaso Cruz Gimeno (Decano Colegio Notarial de Aragón)
- D. Alfonso Casas Ologaray (Decano Colegio de Abogados de Teruel)
- D. Pablo Luis Marín Nebra (Decano Colegio de Procuradores de Zaragoza)
- D. José Antonio Serrano García (Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza)
- D. Saúl Gazo Ortiz de Urbina (Abogado. Colegio de Abogados de Huesca))
- D. Luis Montes Bel (Abogado. Colegio de Abogados de Zaragoza)
- D. Miguel Temprado Aguado (Registrador de la Propiedad)

### SECRETARÍA TÉCNICA:

- D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Jesús Lite Martín (Secretaria General del Justicia de Aragón)
- D. Javier Oliván del Cacho (Asesor del Justicia de Aragón)

Edita: EL JUSTICIA DE ARAGÓN

© De la edición El Justicia de Aragón

© De cada una de las partes de los respectivos autores

Depósito Legal: Z 581-2020

Imprime: Cometa, S.A.

Ctra. Castellón, km 3,400 – 50013 Zaragoza

## ÍNDICE

<b>SESIÓN I. Los Pactos Sucesorios: Su vigencia hoy y su tratamiento tributario</b>	
<b>Ponente</b>	
<i>D. Javier José Palazón Valentín</i> .....	7
<b>Coponente</b>	
<i>D. Javier Oñate Cuadros</i> .....	55
<i>D. Francisco Pozuelo Antoni</i> .....	83
<b>SESIÓN II. Libertad religiosa en la escuela aragonesa y en la apertura de centros de culto</b>	
<b>Ponente</b>	
<i>D. Juan Carlos Zapata Híjar</i> .....	105
<b>Coponentes</b>	
<i>D<sup>a</sup> María Jesús Cruz Gimeno</i> .....	163
<i>D. Fernando Zamora Martínez</i> .....	177
<b>SESIÓN III. La nueva normativa aragonesa en materia de discapacidad a la luz de la convención de Nueva York: visión de conjunto y novedades procesales</b>	
<b>Ponente</b>	
<i>D<sup>a</sup> Victoria Mayor del Hoyo</i> .....	191
<b>Coponentes</b>	
<i>D. Rafael López-Melús Marzo</i> .....	233
<i>D<sup>a</sup> Nuria Souto Abad</i> .....	253
<b>Índice de los Encuentros del Foro de Derecho Aragonés celebrados hasta la actualidad</b> .....	273



**Sesión I**

**LOS PACTOS SUCESORIOS:  
SU VIGENCIA HOY Y SU  
TRATAMIENTO TRIBUTARIO**

**Ponente**

*D. Javier Palazón Valentín*

PÁG. 7

**Coponentes**

*D. Javier Oñate Cuadros*

PÁG. 55

*D. Francisco Pozuelo Antoni*

PÁG. 83



## LOS PACTOS SUCESORIOS: SU VIGENCIA HOY Y SU TRATAMIENTO TRIBUTARIO

JAVIER PALAZÓN VALENTÍN  
Notario del Ilustre Colegio Notarial de Aragón

**SUMARIO:** 1. ANTECEDENTES.– 2. LEGISLACIÓN VIGENTE.– 3. SU VIGENCIA HOY:  
3.1. Pactos sucesorios relacionados con otros negocios jurídicos.– 3.2. Pactos de «non succedendo» —en concreto de renuncia de legítima— como medio para ampliar las facultades dispositivas del cónyuge viudo.– 3.3. Pactos sucesorios con la finalidad de autoprotección de la persona en previsión de situaciones de vulnerabilidad.– 3.4. Pactos sucesorios para atender las necesidades de las personas mayores en situación de dependencia.– 3.5. Pactos sucesorios y la protección de personas con discapacidad.– 3.6. Pactos sucesorios y la sucesión en la empresa familiar 3.7. Estadísticas.– 4. CAUSAS DE LA CRISIS DE LOS PACTOS SUCESORIOS: 4.1. Su desconocimiento.– 4.2. Su irrevocabilidad.– 5. SU TRATAMIENTO TRIBUTARIO.– 6. CONCLUSIONES.

Es la segunda ocasión que los pactos sucesorios protagonizan los Encuentros del Foro de Derecho aragonés. La primera en fecha tan temprana como los Segundos Encuentros, celebrados en 1992, vigente todavía la Compilación de 1967<sup>1</sup>, si bien han estado presentes en diferentes ocasiones en el marco de otras ponencias.

El propósito de la presente ponencia es partir de la configuración o utilización tradicional de los pactos sucesorios en Aragón, analizar la subsistencia actual de dicha construcción tradicional; exponer situaciones o ámbitos de aplicación en los que los pactos pueden ser de utilidad, al amparo de la legislación vigente; su escasa utilización hoy —que ya adelanto— desde el punto de vista estadístico; y tratar las posibles causas de la misma. En definitiva, mostrar el panorama actual

---

1. Siendo ponente Ángel CRISTÓBAL MONTES, y como colaboradores Alfredo SÁNCHEZ-RUBIO GARCÍA y José María NAVARRO VIÑUALES.

de los pactos sucesorios para concluir si nos encontramos ante una institución propia del pasado o, por el contrario, ante una herramienta útil para ordenar la sucesión *mortis causa*.

## 1. ANTECEDENTES

Suele afirmarse que los pactos sucesorios o la sucesión paccionada<sup>2</sup> constituyen una de las instituciones seminales del Derecho histórico aragonés, encontrando sus orígenes en los Fueros y Observancias<sup>3</sup>. El Apéndice foral de 1925, aunque no reguló la sucesión paccionada, permitió los pactos sucesorios<sup>4</sup>.

Propiamente, la sucesión contractual fue forjándose en nuestro Derecho con base en la costumbre, y la intervención del notariado, sobre todo en el Altoaragón, alcanzando gran difusión. En este sentido, es frecuente citar a GIL BERGES quien, en la *Exposición de Motivos del Proyecto de Apéndice de 1904*, escribió que en toda la provincia de Huesca y en los partidos judiciales de Zaragoza confinantes a ella, lo normal, lo corriente, lo que a diario se practica desde hace más de cinco siglos es la regulación contractual de las sucesiones hasta el punto de que las capitulaciones matrimoniales otorgadas en ese sentido están, en relación con los testamentos, en la proporción de cien a cinco. Estas palabras, si bien describen la fortaleza de la institución en la provincia de Huesca también ponen de manifiesto uno de los puntos débiles de la sucesión contractual en Aragón, como es su muy desigual implantación y utilización dentro del territorio aragonés: fundamentalmente en la provincia de Huesca y en algunas zonas de la de Zaragoza, pero no así en el resto del territorio.

Para José María CASTÁN VÁZQUEZ<sup>5</sup> el pacto de más raigambre en Aragón ha sido el heredamiento universal en capitulaciones matrimoniales, por el cual los contrayentes pactan que un hijo o hija del matrimonio será heredero universal de la casa y de los bienes. Su finalidad principal era mantener indivisos y asegurar la continuación de los pequeños patrimonios agrarios —la Casa aragonesa—. Como señala Ángel CRISTOBAL MONTES<sup>6</sup>, la institución es hija de la pobreza,

---

2. En orden a su concepto, el maestro LACRUZ, en «Derecho de sucesiones» definió el pacto sucesorio como «aquella ordenación *mortis causa* en la que la voluntad del ordenante —instituyente— queda vinculada a otra voluntad —instituido o un tercero— no pudiendo revocarse dicha disposición por acto unilateral del causante». Por su parte, Ramón María ROCA SASTRE, en «La sucesión contractual en Derecho común y en las legislaciones forales» indicaba que «el concepto de contrato o pacto sucesorio es más amplio que el de sucesión contractual. Aquél es todo pacto o contrato que refiera a materia sucesoria y abarca las tres manifestaciones típicas de contrato de institución o legado, contrato de renuncia y contrato sobre herencia de un tercero. En cambio, la sucesión contractual se ajusta sólo al primer tipo de contrato, es decir, la institución de heredero o disposición por vía de contrato».

3. Se citan a tal efecto el Fuero 4º «*De donationibus*» y las Observancias 7 y 18.

4. Así, p.ej., en sus artículos 34 y 58.

5. «Notas sobre la sucesión contractual en el Derecho Español»

6. «Comentarios a la Compilación de Derecho Civil de Aragón. Vol. 3º»

en la que se impone el heredero único como medio para mantener incólume el patrimonio de la familia, se asegura al heredero que su dedicación a la casa va a implicar la adquisición de unos derechos que no quedarán sometidos a la mudable voluntad del disponente, dándose un equilibrio entre lo que el heredero recibía —la certeza de la sucesión en la titularidad de la Casa para él y sus descendientes— y las obligaciones o compromisos que adquiriría. Concluye este autor que la institución contractual evita los inconvenientes de la revocabilidad testamentaria y, al mismo tiempo, los de la transmisión total del patrimonio por donación, y que para el hijo elegido no suponía en la mayoría de los casos un premio, sino una grave y onerosa responsabilidad, o en otras palabras, «*no la casa al servicio del heredero, sino el heredero a servicio de la casa*».

La sucesión contractual así entendida integraba el contenido de capitulaciones matrimoniales, normalmente con motivo del matrimonio del hijo o hija al que se instituía heredero, y solía otorgarse por personas unidas por parentesco o vínculos familiares, entre padres e hijos o entre cónyuges. El contenido de estos pactos variaba en atención a los usos y costumbres locales. No obstante, se pueden destacar algunas de las cláusulas más habituales o frecuentes que incluían:

— Se instituía como heredero de la casa única y exclusivamente a uno solo de los hijos, con la finalidad expuesta de evitar la división del patrimonio.

— El instituido heredero y su cónyuge se obligaban a designar a su vez heredero universal de la Casa a un hijo o hija del matrimonio, el cual sería designado por ambos contrayentes, por el sobreviviente o en último por los parientes más próximos, mediante la fiducia sucesoria<sup>7</sup>. Con ello se pretendía garantizar la sucesión y la pervivencia de la explotación no solo en esta generación sino también en la siguiente, de generación en generación, de forma que el instituido de hoy se convertirá en el instituyente de mañana.

— Con la finalidad de evitar que los bienes saliesen de la familia, era corriente pactar, si fallecía el heredero sin descendencia, la reversión de los bienes de la institución a los instituyentes, pudiendo éstos a su vez nombrar heredero a cualquiera de los otros hijos.

— Era práctica constante el pacto de convivencia entre el heredero y su familia y los instituyentes<sup>8</sup>. Dicho pacto no solo perseguía una finalidad de atención a

---

7. Con cláusulas del tipo «*Un hijo o hija de los contrayentes será heredero universal de los bienes de sus padres, aquél o aquélla que los mismos o el sobreviviente tengan a bien nombrar y a falta de ambos el que designen un pariente consanguíneo más cercano en grado y vecindad de cada contrayente y el Cura párroco o Regente que sea del pueblo de ... juntos o en su mayor parte*». Esta cláusula, así como las que a continuación se transcriben, las extraigo de escrituras de capitulaciones matrimoniales que todavía a día de hoy se utilizan, como títulos previos, en los despachos notariales.

8. «*Los instituyentes y el heredero vivirán formando un solo hogar, invirtiéndose en las atenciones propias y de sus familiares los productos de los bienes y del trabajo de los mismos*». En otras ocasiones se utilizaba la expresión «*a una sola mesa y hogar*».

los padres instituyentes, sino también garantizar que el instituido, al permanecer en la casa, iba a trabajar en su utilidad.

— Con la intención de conseguir una sucesión, no de forma abrupta o automática, sino ordenada y progresiva en la titularidad de la explotación, los padres instituyentes se reservaban el «*señorío mayor*», usufructo y administración<sup>9</sup>, y era normal convenir la regla de la disposición conjunta de los bienes<sup>10-11</sup>.

— Igualmente era frecuente imponer al hijo heredero obligaciones de cuidado y sustento respecto de los restantes hermanos que no había resultado instituidos<sup>12</sup>.

— Incluso en algún caso se contemplaba la posibilidad de que si el hijo instituido heredero fallecía y su viuda volvía a contraer matrimonio —«*salire de la casa a convolar otras nupcias*»—, conservara el usufructo vidual y las facultades fiduciarias a favor de los hijos del primer matrimonio, garantizando así la sucesión y la conservación de la explotación dentro de la familia.

Itziar MONASTERIO AZPIRI señala que de la lectura de estos documentos se inducen los siguientes principios inspiradores: a) libertad civil y libertad de pacto; b) indivisión y optimización del patrimonio familiar; c) atención de las necesidades concretas de los otorgantes en cada momento histórico<sup>13</sup>. O en terminología actual: a) autonomía de la voluntad, b) sucesión de la empresa, y c) atención de necesidades asistenciales.

La sucesión contractual como modo ordenar la sucesión en el sentido tradicional expuesto, subsiste hasta la década de los sesenta del pasado siglo, si bien su aplicación se va paulatinamente reduciendo. CASTÁN VÁZQUEZ<sup>14</sup> señalaba como causas de esta progresiva desaparición las siguientes:

a) Unas de fundamento económico: la extensión del regadío permite la distribución de los patrimonios agrícolas y hace innecesario económicamente el que queden en una sola mano. Iguales efectos ha producido la introducción de la

9. «Los instituyentes se reservan el señorío mayor, usufructo y administración de todos los bienes integrantes de este heredamiento, consistiendo dicho usufructo en los alimentos de los contrayentes y demás familia de la casa, llevando la administración y dirección de la misma el padre instituyente».

10. «Para enajenar o gravar los bienes de la institución se requerirá el consentimiento conjunto del heredero y de los instituyentes o su sobreviviente mientras vivan».

11. Esta institución contractual de heredero constituiría el precedente de lo que en terminología actual denominamos «pactos de presente», sujetos a dichas limitaciones.

12. «Imponen al heredero la obligación de mantener sanos y enfermos a sus hermanos, y cuando llegue el caso de tomar estado, dotarlos al poder y haber de la casa, trabajando en beneficio de la misma».

13. «Pactos sucesorios y sucesión intestada». La cita se refiere en realidad a los contratos matrimoniales del Derecho histórico vasco, pero es de plena aplicación a la institución contractual de heredero aragonesa.

14. *Op. cit.*

concentración parcelaria o el desarrollo urbanístico, que ha convertido en solares edificables los antiguos pastos.

b) Y otras con un fundamento social: la familia campesina evoluciona y deja de verse justo el que uno solo de los hijos se lleve todo el patrimonio. De igual forma, el traslado de la población a las zonas urbanas<sup>15</sup>.

En este marco se promulga la Compilación del Derecho Civil de Aragón de 8 de abril de 1967. La regulación de la misma, contenida en los artículos 99 a 109 se inspira fundamentalmente en el Derecho consuetudinario altoaragonés y en los pactos sucesorios contenidos en capitulaciones matrimoniales, especialmente vinculada a la familia, a los capítulos matrimoniales y a la Casa aragonesa. Para Carmen BAYOD LÓPEZ<sup>16</sup>, la regulación de la sucesión paccionada en la Compilación estuvo especialmente vinculada a su origen consuetudinario: i) La necesidad de que los pactos se otorgaran casi exclusivamente en capítulos matrimoniales; ii) que los otorgantes de los mismos fueran cónyuges o parientes; iii) o que, de no mediar relaciones de parentesco o matrimoniales, se establecieran en el marco de las instituciones familiares consuetudinarias. Concluyendo que todo ello llevó a este modo de delación a una franca decadencia, que venía propiciada por el «maltrato fiscal» que la misma padecía.

Puede afirmarse que en la actualidad, casi con carácter general, ha desaparecido o ya no se pacta la institución contractual de heredero con el contenido tradicional o clásico que ha quedado expuesto, por la que un matrimonio designaba heredero a un hijo o hija en capitulaciones matrimoniales con motivo de las nupcias de éste, quien a su vez se obligaba con su esposa o esposo a designar en el futuro a un hijo o descendiente como heredero. Al menos en la provincia de Huesca, que constituía el hábitat natural de la institución: 1) En Huesca capital y comarca no se pacta desde la década de los sesenta del siglo pasado. 2) Tampoco en la Jacetania desde hace más de veinte años<sup>17</sup>. 3) No obstante, todavía pervive en algunos casos en la comarca del Sobrarbe, donde tradicionalmente tuvieron mayor difusión, para regular la sucesión de explotaciones de carácter ganadero<sup>18</sup>.

---

15. El mismo CASTÁN VÁZQUEZ, en el trabajo citado, tomando como fuente los datos de la estadística notarial del Anuario de la Dirección General de los Registros y del Notariado correspondiente al año 1962, es decir, en la época previa a la Compilación, indica que en dicho año se otorgaron en el Colegio Notarial de Zaragoza 3269 testamentos frente a 224 capitulaciones —añado, invirtiendo la proporción en 15 a 1—, de las que 10 correspondía a Teruel (donde eran por tanto casi inexistentes), 71 a Zaragoza (casi todas ellas en la capital) y 143 correspondieron a la provincia de Huesca —prácticamente 2/3—, si bien y aun así en la provincia de Huesca se otorgaron 645 testamentos. Y concluye que en dicho momento la realidad era distinta de la que antaño describía Gil Berges en sus célebres palabras.

16. «La sucesión paccionada en la Ley aragonesa de sucesiones por causa de muerte (reflexiones y comentarios)». RDCA, VI, 2000, nº 1. A esta obra me refiero cuando posteriormente cite a la autora.

17. Así se hace constar en informe remitido por mi compañero Rafael ABBAD ECHEVARRÍA, notario de Jaca.

18. En gran medida por el afán por revitalizar esta institución por el hasta hace poco Notario de Boltaña Albert CAPELL MARTÍNEZ.

Con carácter residual, es necesario utilizar capitulaciones matrimoniales otorgadas en el siglo pasado. Como se ha expuesto, en las mismas, además de instituir heredero al hijo contrayente, se establecía, que un hijo del matrimonio que se celebrase sería a su vez heredero, mediante la fiducia sucesoria, vinculándose los capítulos de generación en generación, como los eslabones de una cadena. Así, en ejercicio de esa previsión, fallecidos los contrayentes sin disponer, corresponde a los parientes fiduciarios, mediante la fiducia colectiva, designar heredero de dichos contrayentes<sup>19</sup>. Si bien en la gran mayoría de los casos<sup>20</sup>, como consecuencia del cambio de las concepciones sociales y familiares, los parientes no designan un único heredero que recibe todo el patrimonio familiar como antaño, sino que instituyen herederos a todos los hijos por partes iguales, si los capítulos lo permitían, o nombran a un hijo como heredero obligándole a entregar a los demás una parte igual o en lotes similares de bienes; es decir, procurando la igualdad entre todos los hermanos. Pero al mismo tiempo esta institución de heredero supone un fin de ciclo, porque ya no se impone la obligación de que a su vez un hijo o descendiente del nombrado sea designado heredero en el futuro.

No obstante lo dicho, en el Altoaragón, en ocasiones, todavía se utiliza la institución contractual de heredero para designar sucesor en explotaciones agrícolas a aquél de los hijos que continúa en las actividades del campo, con reminiscencias de la tradicional sucesión contractual de la Casa, pero como una evolución de la misma y más simplificada o limitada. Así: 1) En cuanto a su objeto, se suele limitar al patrimonio agrícola, excluyendo los inmuebles urbanos y el dinero y los productos financieros; 2) Conlleva transmisión de presente de los bienes que integran la institución, pero sin que los instituyentes se reserven el señorío mayor o el usufructo. Tampoco es frecuente limitar las facultades dispositivas del instituido. Es decir, se produce una sucesión en la titularidad de la explotación más abrupta, menos orgánica o progresiva que como tradicionalmente se confi-

---

19. Una cuestión muy concreta es la que se planteó acerca de la vigencia de estas fiducias colectivas. El artículo 129 de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte estableció en su párrafo segundo que, a falta de señalamiento expreso de plazo para el cumplimiento del encargo, y no siendo el cónyuge el único fiduciario, «la fiducia deberá ejecutarse dentro del plazo de tres años». Este artículo se ubicaba en el Capítulo Primero del Título IV y la DT 9ª dicha ley, dedicada a la fiducia sucesoria, estableció que «El artículo 132 y los Capítulos II, III y IV del Título IV de esta Ley serán también aplicables a las fiducias sucesorias pendientes de ejecución a su entrada en vigor», por lo que el artículo 129 no les era de aplicación, no extinguiéndose dichas fiducias transcurrido el plazo de los tres años. Sin embargo, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Huesca de 16 de junio y de 20 de octubre de 2008, realizando una interpretación conjunta de las DT 3ª y 9ª de la Ley, entendieron aplicable el artículo 129, y establecieron un plazo de caducidad de tres años que debía contarse desde la entrada en vigor de la LS, que finalizaba el día 23 de abril de 2002, debiendo tener lugar desde entonces la delación de la herencia conforme a las reglas de la sucesión legal. Esta cuestión ha sido aclarada por el Código de Derecho Foral de Aragón. El artículo 129 LS constituye actualmente el artículo 444 del Código de Derecho Foral de Aragón, y la DT 21ª del mismo declara expresamente que para las fiducias sucesorias pendientes de ejecución no regirá el artículo 444, por lo que dichas fiducias colectivas continúan subsistentes en la actualidad.

20. Aproximadamente en un 80 por ciento de los casos.

guraba, lo que permite al instituido acceder al estatus de titular de explotación agraria prioritaria, ayudas de la PAC, préstamos Ico...; 3) Aunque se imponen al instituido obligaciones de cuidar a los instituyentes y de prestarles alimentos, ha desaparecido el pacto de convivencia, fruto de la evolución de las concepciones sociales; 4) No se incluye ninguna previsión de destino ulterior de los bienes, habiendo desaparecido la preocupación de que la explotación se perpetúe en la familia de generación en generación; 5) También es habitual la intervención de los demás hijos o hermanos, estipulando a su favor, a modo de compensación, alguna disposición a título singular para después de los días que tenga por objeto alguna propiedad urbana, o imponiendo al heredero instituido la obligación de satisfacer a sus hermanos ciertas cantidades, bien en vida de los instituyentes, bien a su fallecimiento. En conclusión, la finalidad que se pretende es garantizar la titularidad de la explotación al hijo dedicado a la continuación de las labores agrícolas, procurando al mismo tiempo un cierto equilibrio o igualdad entre los hermanos.

## 2. LEGISLACIÓN VIGENTE

La regulación actual de la sucesión paccionada estuvo integrada, en un primer momento, por los artículos 62 a 89 de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte de 24 de febrero de 1999, que actualmente constituyen, prácticamente sin variación<sup>21</sup>, los artículos 377 a 404 del Código de Derecho Foral de Aragón de 22 de marzo de 2011 (en adelante CDFA).

Excede del ámbito de la presente una exposición detallada y exhaustiva de dicha regulación, aunque sí interesa resaltar algunos aspectos de la misma:

1.— La consideración que al legislador le merece esta institución; así el artículo 317.1 CDFA establece que «*La sucesión se defiere por pacto, por testamento o por disposición de la ley*», es decir, sitúa los pactos como primer modo de delación<sup>22</sup>, lo cual supone un reconocimiento de su importancia en el Derecho aragonés —«*fenómeno tan propio de nuestro Derecho*», dice el Preámbulo.

2.— La extensión de la regulación de la sucesión paccionada, a la que el CDFA dedica veintiocho artículos<sup>23</sup>, frente a los once de la Compilación. Ello pone de manifiesto la intención del legislador de establecer una regulación completa de los pactos sucesorios.

21. El actual artículo 384 CDFA suprime la referencia al principio «*standum est chartae*» que contenía el artículo 69 LS; y el artículo 404 CDFA ha modificado ligeramente la redacción del artículo 89 LS.

22. Frente a lo establecido en el artículo 89 de la Compilación, que los situaba detrás del testamento.

23. Perfectamente equiparables, por ejemplo a los veinticinco artículos —artículos 439 a 463— que el CDFA dedica a una figura igualmente «tan propia de nuestro Derecho», citando al Preámbulo, como es la fiducia sucesoria.

3.— Destaca Carmen BAYOD, la vigente regulación rompe con cierta tradición secular que venía vinculando la sucesión paccionada a la casa aragonesa y a la familia unida por vínculos de matrimonio<sup>24</sup>. Así: 1) Aunque pueden seguirse pactando en capitulaciones matrimoniales, el artículo 377 CDFA establece como título formal habitual, *ad solemnitatem*, la escritura pública<sup>25</sup>. 2) No es necesario que la personas que otorguen el pacto estén unidos por vínculo de parentesco o matrimonio<sup>26</sup>, pudiendo ser instituido heredero un extraño.

4.— La legislación actual continúa el principio inspirador de nuestro Derecho y de los pactos según su construcción tradicional, basados en la libertad de pacto y en el principio de la autonomía de la voluntad. Este principio lo consagra con carácter general el artículo 318 CDFA al establecer en la ordenación voluntaria de la sucesión que «*el causante goza de la más amplia libertad para ordenar su sucesión por pacto..., sin más límites que el respecto a la legítima y los generales del principio standum est chartae*». Y se manifiesta de forma concreta en la regulación de la sucesión paccionada en el marcado carácter dispositivo de la mayor parte de sus normas, en las que es frecuente encontrar expresiones como «*salvo pacto en contrario*», o «*salvo que otra cosa se haya pactado*»<sup>27</sup>, o en el artículo 381 CDFA conforme al cual los pactos sucesorios pueden contener «*las sustituciones, reservas, fiducias, modalidades, cargas y obligaciones que se convengan*». Como indica Carmen BAYOD, los otorgantes de un pacto sucesorio tienen la más amplia libertad para ordenar su sucesión, y los límites a que se encuentra sujeta su voluntad son los que se deducen del artículo 3 CDFA; las disposiciones contenidas en los pactos sucesorios no han de ser: 1) de imposible cumplimiento; 2) contrarias a la Constitución; 3) contrarias a normas imperativas del Derecho aragonés; y 4) deben respetar la legítima de los descendientes —artículo 464 CDFA—.

5.— Se regulan de forma sistemática las modalidades de los pactos sucesorios. Dichas modalidades ya se inferían, bajo la vigencia de la Compilación, de lo dispuesto en sus artículos 99 y 100<sup>28</sup>; y resultan del artículo 377 CDFA al dispo-

24. Aunque subsisten algunas referencias a la misma, como el pacto de comunidad familiar —artículo 381.2 CDFA— o el «señorío mayor» —artículo 388 CDFA—.

25. Así lo destaca el Preámbulo de la Ley: «*ampliando formalmente el ámbito de los pactos sucesorios al no vincularlos en ningún caso al otorgamiento de capítulos matrimoniales*».

26. A diferencia de lo que, a día de hoy, mantienen otras legislaciones, como la catalana —artículo 431-2 de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones— o la gallega —artículos 214 o 224 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de derecho civil de Galicia—.

27. No obstante lo cual, como recuerda Carmen BAYOD, en la regulación legal hay importantes normas imperativas en orden a establecer la forma, capacidad y modalidades de pacto sucesorio admisibles en la legislación civil aragonesa, así como también en lo que atañe a la revocación e ineficacia de los pactos sucesorios, contenidas fundamentalmente en los capítulos I y VI.

28. Así, el artículo 99 comenzaba estableciendo que «*son válidos los pactos que sobre la propia sucesión se convengan...*», y de la misma forma el artículo 100 disponía que «*los pactos sucesorios pueden contener cualesquiera disposiciones mortis causa a favor de los contratantes, de uno de ellos o de tercero...*»

ner que «son válidos los pactos que sobre la propia sucesión se convengan en escritura pública, así como los que en relación a dicha sucesión otorguen otras personas en el mismo acto». Pero el legislador, además, los explicita bajo la rúbrica «Modalidades» en el artículo 380 CDFA —«Los pactos sucesorios pueden ser: ...»—, que la doctrina engloba a su vez en dos grupos:

«Pactos de sucedendo», bien de institución de heredero, bien de legatario—, pudiendo ser a su vez y utilizando la terminología legal:

— «De disposición mortis causa de uno o varios contratantes a favor de otro u otros de ellos». En estos pactos, una de las partes —el instituyente— designa sucesor a la otra —el instituido—, a título universal o singular, permitiéndose una pluralidad tanto de instituyentes como de instituidos. En estos casos, el consentimiento del instituido implica la aceptación de la herencia o legado, no pudiendo, fallecido el instituyente, repudiar la herencia o renunciar al legado —artículo 385 CDFA—. Se regulan en los artículos 385 a 394 CDFA.

— «De institución recíproca». En ellos, los contratantes son a la vez instituyentes e instituidos. A estos pactos se dedican los artículos 395 y 396 CDFA.

— «De disposición mortis causa de los contratantes a favor de tercero o terceros». Para Carmen BAYOD, se reconoce aquí la posibilidad del pacto sucesorio en beneficio de tercero, de manera que una de las partes contratantes (o ambas) emiten su manifestación de voluntad, unilateral y recepticia, a la otra parte contratante, que la recibe, designando a un tercero como heredero. A diferencia de los pactos anteriores, en estos casos el tercero no podrá aceptar la herencia o adquirir el legado hasta que, fallecido el instituyente no se le defieran —artículo 397 CDFA—; pudiendo en consecuencia repudiar. Y, como señalaba LACRUZ, no estamos ante un contrato a favor de tercero en el sentido del Derecho de obligaciones, no resultando aplicable el artículo 1257.2 Cc. Se desarrollan en los artículos 397 y 398 CDFA.

Y, por otro lado, los «Pactos de *non succedendo*», o como los define el CDFA, «De renuncia de uno o varios contratantes a la herencia de otro u otros». Se admiten los pactos de renuncia, si bien deben referirse a la renuncia a la herencia de uno o varios de los contratantes. Se regulan en el artículo 399 CDFA.

*A sensu contrario*, según la doctrina no se admiten en Aragón los pactos sobre la sucesión de un tercero no interviniente en el otorgamiento del pacto; tradicionalmente está considerado como inmoral y nulo de pleno derecho el pacto por el que dos o más personas acuerdan cómo van a distribuirse la herencia de una persona todavía viva; entendiéndose además que no se trataría de un negocio *mortis causa*, sino de un negocio *inter vivos*, que tiene como contenido la obligación de realizar una prestación<sup>29</sup>.

29. Así, declaró la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 22 de enero de 2009, que el «*pactum de hereditate tertii*» o «*pactum corvinum*» celebrado por varios posibles sucesores sin intervención del causante para repartirse la herencia de éste mientras todavía vive, es inmoral y nulo.

A su vez, dentro de los pactos sucesorios a favor de contratante, el CDFA distingue en atención a cuándo se producen los efectos transmisivos entre «pactos de presente» y «pactos para después de los días». Ambas clases ya se admitían con anterioridad, pero en la anterior regulación no se mencionaban ni se regulaban sistemáticamente. Ahora, el artículo 386 CDFA establece que:

«La institución de heredero o legatario en pacto sucesorio puede ser:

a) «De presente», con transmisión actual de los bienes al instituido.

b) «Para después de los días» del instituyente y, por lo tanto, sin transmisión actual de los bienes al instituido».

Aclarando el artículo 386.2 CDFA que, «no disponiéndose claramente lo contrario, se entenderá que la institución es para después de los días». Lo cual se completa con el artículo 389 CDFA que establece que «en la institución de presente de heredero universal, el instituido adquiere todos los derechos de que sea titular el instituyente al otorgamiento del pacto, salvo los que se hubiera reservado». Y que «salvo pacto en contrario, los bienes que el instituyente adquiriera con posterioridad pasarán al instituido en la forma establecida para después de los días», con el fin de dar solución a las dudas que se habían planteado en la doctrina sobre cuándo y de qué forma pasaban al instituido los bienes adquiridos por el instituyente con posterioridad al otorgamiento del pacto de presente.

Tanto los pactos de presente como los pactos para después de los días pueden ser a título universal o singular, es decir, de institución de heredero o legatario. Así resulta tanto del artículo 381 como del artículo 386 CDFA<sup>30</sup>. No obstante, en la regulación concreta de cada una de estas clases de institución a favor de contratante, el legislador sólo contempla la designación a título universal.

Destaca la regulación que hace el legislador en ambas clases de pactos sucesorios en relación a las facultades dispositivas en uno y otro caso y en relación a la responsabilidad de los bienes por las deudas contraídas por instituyente e instituido.

Así, en cuanto a las facultades dispositivas de los bienes por actos entre vivos:

— En los pactos de presente, dispone el artículo 390 CDFA que «salvo pacto en contrario, el poder de disposición sobre los bienes que le hayan sido transmitidos corresponde al instituido, con las limitaciones establecidas».

— En cambio, para los pactos sucesorios para después de los días, el artículo 393 CDFA distingue entre los actos de disposición a título oneroso, en los que «salvo pacto en contrario, el instituyente podrá disponer a título oneroso de los bienes objeto de la institución» —párrafo 1— y los actos de disposición a título gratuito

30. Recordemos que el artículo 465.1 CDFA dispone que «el pacto sucesorio y el testamento serán válidos aunque no contengan institución de heredero, o ésta no comprenda la totalidad de los bienes».

de los bienes objeto de la institución, para los cuales «*el instituyente necesitará el consentimiento del instituido. Se exceptúan las liberalidades usuales o de escaso valor*» —párrafo 2—.

Por tanto, en los pactos sucesorios de presente, es al instituido y no al instituyente, al que le corresponde el poder de disposición sobre los bienes que le hayan sido transmitidos. Es una consecuencia lógica de que al titular de los bienes le corresponda el poder de disposición; en este caso el titular de los mismos es el instituido. El instituido puede disponer de los bienes transmitidos en virtud del pacto tanto a título oneroso como a título gratuito.

Se admite no obstante el pacto en contrario, pudiendo convenirse la necesidad del consentimiento del instituyente para disponer de los bienes, bien de todos ellos, bien sólo respecto de algunos bienes o en determinados supuestos.

Por el contrario, en los pactos sucesorios para después de los días, es el instituyente, y no el instituido, el que puede disponer a título oneroso de los bienes objeto de la institución. Igualmente es una consecuencia lógica de que el instituyente conserva la propiedad de los bienes y, por tanto, le corresponde el poder de disposición. Como indica Carmen BAYOD, la delación contractual garantiza al instituido su posición efectiva de heredero (o legatario), pero no le garantiza que haya bienes al fallecimiento del causante; añadiendo esta autora que, siendo los actos de disposición a título oneroso, por aplicación del mecanismo de la subrogación, pasará a formar parte del patrimonio del instituyente y de la herencia lo que haya recibido como contraprestación.

La doctrina mayoritaria entiende que se podrán impugnar los actos de disposición a título oneroso, aunque no se hayan limitado las facultades dispositivas del instituyente, si en la realización de los mismos media fraude o simulación de su parte, pero para que prospere dicha acción deberá probarse que hubo abuso de derecho, con ánimo de defraudar la institución<sup>31</sup>.

No obstante, e igual que para los pactos de presente, nos encontramos ante una norma dispositiva, admitiendo el pacto en contrario, pudiéndose limitar las facultades dispositivas del instituyente requiriendo el consentimiento del instituido para disponer de los bienes, bien de todos ellos, bien sólo respecto de algunos bienes o en determinados supuestos<sup>32</sup>.

---

31. Así, para el Derecho del País Vasco, Miren LARRABEITI ASTOREKA en «Los pactos de institución sucesoria». Igualmente Carmen BAYOD, citando a MONASTERIO AZPIRI. En la legislación catalana, lo contempla expresamente el artículo 431-25.4 del Código Civil de Cataluña al disponer que «*el heredero instituido puede impugnar los actos dispositivos en la medida en que puedan considerarse otorgados en daño o en fraude del heredamiento, incluso en vida del heredante*».

32. Por tanto, aun partiendo de puntos de partida opuestos, en función de cómo se articulen estos pactos, puede ser que coincidan que tanto en los pactos para después de los días como en los pactos de presente, se requiera el consentimiento conjunto de instituyente e instituido para disponer por actos *inter vivos* de los bienes objeto de la institución.

Este pacto en contrario, es decir, la necesidad de contar con el consentimiento del instituido para poder disponer de los bienes objeto de la institución, puede ser de utilidad cuando el instituido tiene especial interés en conservar el patrimonio familiar o unos bienes determinados, garantizándose así que los recibirá cuando fallezca el instituyente. Pero si dicho pacto se establece en único interés del instituido, se limitan en exceso las facultades dispositivas del instituyente, y su propia capacidad económica, pues el instituido podría negar sistemáticamente su consentimiento. Para obtener un equilibrio entre ambas partes parece factible, al amparo de la libertad de pacto, una solución intermedia como es que el instituyente pueda disponer a título oneroso sin necesidad de obtener el consentimiento del instituido, pero estipulando a favor de éste un derecho de adquisición preferente<sup>33</sup>.

Por otra parte, la aplicación de la regla general del artículo 393.1 CDFA puede provocar alguna disfunción en los pactos sucesorios para después de los días a título singular, provocada por el hecho de que el legislador aragonés, al regular cada una de las clases de institución a favor de contratante, sólo tenga en cuenta la designación a título universal. De esta forma, si no se ha previsto nada, el instituyente podrá disponer libremente a título oneroso de los bienes objeto de legado, frustrando así la expectativa del instituido. En su caso, podría alegarse que ese acto dispositivo es contrario a lo dispuesto en el artículo 1256 Cc. —«*La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*»—. No parece seguro mantener la aplicación del principio de subrogación en este caso, de forma que pase a constituir el objeto de legado lo que el instituyente haya recibido como contraprestación, pues el legislador aragonés ha tenido en cuenta la cuestión de la subrogación en la regulación de la sucesión paccionada, estableciendo expresamente cuándo procede<sup>34</sup>. Parece conveniente en estos casos pactar expresamente la necesidad de contar con el consentimiento del instituido para poder disponer de los bienes objeto de legado<sup>35</sup>.

Al contrario de lo establecido para los actos de disposición a título oneroso, para disponer a título gratuito de los bienes objeto de la institución, el instituyente necesitará el consentimiento del instituido. El distinto tratamiento frente

33. Esta era la solución que establecía el artículo 19.2 de la derogada Ley de 24 de diciembre de 1981, del Estatuto de la explotación familiar agraria.

34. Así, el artículo 402 CDFA, al tratar los efectos de la revocación en la institución de presente, dispone «*la reversión al instituyente de los bienes transmitidos al instituido que éste conserve y de los subrogados en ellos*», mientras que el artículo 387.3 CDFA, al regular el derecho de transmisión, declara que «*los bienes transmitidos de presente que aún subsistan en el patrimonio del instituido revertirán al instituyente*».

35. El artículo 431-30 del Código Civil de Cataluña lo establece expresamente: «*1. El causante que otorga en pacto sucesorio una atribución particular solo puede disponer de los bienes que son objeto de la misma con el consentimiento expreso del favorecido o, si este no es parte del pacto, con el de los demás otorgantes. 2. Si el bien atribuido se pierde o se deteriora por causa imputable al causante o este lo enajena o lo grava contraviniendo a lo establecido por el apartado 1, el favorecido puede exigir al heredero su valor, salvo, en caso de deterioro o de gravamen, que el heredero esté en condiciones de cumplir en los términos convenidos*».

a los actos dispositivos a título oneroso se basa, como indica Carmen BAYOD, en que las expectativas del heredero contractual sobre la herencia no se queden frustradas por las disposiciones del instituyente sin recibir por ellas contraprestación alguna. Encontraría su fundamento en lo dispuesto en el artículo 1.256 del Cc.

Entiende la doctrina que se trata de una norma que presenta carácter imperativo —«necesitará»— frente al carácter dispositivo de los actos a título oneroso —«salvo pacto en contrario»—. No admitiéndose al amparo del principio libertad de pacto existente en esta materia, que puedan válidamente pactar instituyente e instituido que el primero pueda disponer por el concepto expresado de los bienes objeto del pacto, ni a modo de consentimiento anticipado, debiendo el instituido consentir las enajenaciones gratuitas *inter vivos*, en cada acto de disposición concreto llevado a cabo, sin poder dar previamente una suerte de cheque en blanco. Lo contrario supone un fraude a la institución<sup>36</sup>.

El precepto exceptúa únicamente las liberalidades usuales o de escaso valor. Cabe plantearse si sería válido el pacto en virtud del cual el instituyente se reserva, no la facultad de disponer a título gratuito de todos los bienes objeto de la institución, sino únicamente la facultad de disponer a título gratuito respecto de alguno o algunos bienes concretos o determinados. En principio, los términos imperativos del artículo 393.2 CDFa llevan a rechazar esta posibilidad. Pero podría admitirse dicho pacto que se limita a determinados bienes, ya que al existir otros bienes que integran la institución, queda descartada la posibilidad de que se frustren totalmente las expectativas del instituido heredero sobre la herencia, por lo que no se dejaría vacío de contenido el pacto. Teniendo en cuenta además que la alternativa, si el instituyente quiere disponer a título gratuito de los bienes, es excluirlos expresamente del pacto, lo que implica un mayor perjuicio para el instituido.

La vigente legislación también regula la responsabilidad de los bienes por las deudas contraídas por instituyente e instituido, resolviendo las dudas que sobre esta cuestión habían surgido en la doctrina. Estos preceptos regulan la responsabilidad de los bienes antes de la apertura de la sucesión, es decir, antes del fallecimiento del instituyente.

Para los pactos de presente, el artículo 391 CDFa establece que «sobre los bienes transmitidos de presente, los acreedores por deudas contraídas por el instituyente con anterioridad al pacto sucesorio tienen preferencia respecto de los acreedores del instituido».

Por su parte, para los pactos para después de los días, dispone el artículo 394 CDFa que «los bienes objeto de la institución para después de los días responden de las deudas contraídas por el instituyente».

---

36. LARRABEITI ASTOREKA, *op. cit.*

Señala Carmen BAYOD, que el artículo 391 CDFa, en aplicación del artículo 1911 Cc., considera con acierto que dichos bienes han ingresado ya en el patrimonio del instituido, y por lo tanto son patrimonio responsable de sus deudas. Pero cuando sobre dichos bienes, ya en poder del instituido, concurren deudas del instituyente anteriores al pacto, dichos bienes siguen respondiendo de las deudas del instituyente. Así, se establece una suerte de preferencia entre acreedores, de modo que, si hubiera también acreedores del instituido que concurrieran para el cobro con acreedores del instituyente, éstos serán preferentes para cobrarse sobre los bienes objeto del pacto. Añade que por las deudas del instituyente posteriores al pacto, y que no sean fraudulentas, dichos bienes no responden en vida del instituyente.

Para esta autora, el artículo 394 CDFa es también una manifestación del artículo 1911 Cc., y responde a un sencillo criterio: el titular de los bienes puede disponer de ellos, y dichos bienes, en cuanto que son parte integrante de su patrimonio, responden de sus deudas, y no de las del heredero contractual. Sólo fallecido el instituyente formarán parte del patrimonio del instituido y, en consecuencia, será masa responsable de sus deudas, una vez satisfechas las deudas del causante.

Y concluye que, tras el fallecimiento del causante, en los pactos de presente la responsabilidad del instituido como heredero será la prevista en la Ley, así como en los pactos para después de los días la responsabilidad del instituido será la prevista en la Ley en orden a la responsabilidad del heredero (artículo 355 y ss CDFa). Conviene llamar la atención sobre esta cuestión, especialmente en los pactos para después de los días<sup>37</sup>. Una de las ventajas que se suele invocar para la ordenación voluntaria de la sucesión mediante el otorgamiento de un pacto sucesorio es la certeza y la seguridad jurídica que éste proporciona al instituido. Pero cuando se otorga el pacto, el instituido ignora las deudas que el instituyente pueda contraer con posterioridad a su formalización, normalmente sin conocimiento ni control por parte del instituido, y de las que responderán los bienes heredados al tiempo del fallecimiento del instituyente —artículo 355 CDFa—, de forma que si los bienes objeto de la institución se deben destinar al pago de dichas deudas, se frustra la expectativa del heredero, por lo que, hay que reconocerlo, se introduce un elemento de inseguridad jurídica y de incertidumbre<sup>38</sup>.

---

37. Como oportunamente me indicó mi compañero José María NAVARRO VIÑUALES.

38. El Código Civil de Cataluña trata esta cuestión en el artículo 431-26. «Responsabilidad del heredero por las deudas del heredante. 1. El heredero instituido en heredamiento solo responde de las deudas del heredante anteriores al heredamiento con los bienes transmitidos de presente y tan pronto como esté hecha la excusión de los bienes y derechos que el heredante se haya reservado. Los acreedores por estas deudas son preferentes a los acreedores del heredero. 2. Respecto a las deudas posteriores al heredamiento, el heredero no responde, en vida del heredante, con los bienes adquiridos de presente en virtud del propio heredamiento, ni con sus bienes propios. Una vez muerto el heredante, el heredero puede excluir de responsabilidad dichos bienes si se acoge al beneficio de inventario en el tiempo y la forma establecidos por el artículo 461-15».

Para concluir, la vigente legislación *ha sido calificada como «una regulación de futuro», «moderna y avanzada, que pretende ser la respuesta a las necesidades de la sociedad aragonesa del siglo XXI»*<sup>39</sup>.

### 3. SU VIGENCIA HOY

Posteriormente se expondrá la utilización efectiva, desde el punto de vista estadístico, de los pactos sucesorios en Aragón. Aquí se trata de enumerar, sin ánimo exhaustivo, algunos supuestos a los que en la práctica se acude o en que la doctrina propone los pactos sucesorios para dar respuesta, en mayor o menor medida, a algunas de las que hemos denominado como *«necesidades de la sociedad del siglo XXI»*, y en particular de la sociedad aragonesa. Dichas necesidades suelen ir enfocadas a las atenciones y cuidados de carácter asistencial y a garantizar la sucesión en la empresa familiar. Por lo que, en realidad, no difieren tanto de las necesidades que pretendían cubrir las tradicionales capitulaciones matrimoniales en siglos pretéritos. La modernización de los pactos sucesorios no pasa tanto por las finalidades que persiguen, que son similares aunque adaptadas a la actualidad, como de una actualización terminológica, despojando a los pactos sucesorios de su terminología tradicional —expresiones como «señorío mayor», «a mesa y hogar», «convolar» o la propia «casa aragonesa»— y sustituirla por otras —«sucesión de la empresa familiar», «personas en situación de vulnerabilidad», «protección de las personas con discapacidad», «personas mayores en situación de soledad»—, nuevos supuestos de hecho, fruto de las necesidades sociales actuales, para los que los pactos sucesorios pueden ofrecer alguna solución. Por otro lado la institución contractual de heredero en la casa aragonesa pretendía dar una solución global o integral a esos dos grupos de necesidades, personales o familiares y empresariales; en la actualidad lo más habitual será que los pactos sucesorios sólo atiendan algunas de estas finalidades, en función de las circunstancias de cada instituyente<sup>40</sup>. E igualmente, para la consecución de esas

39. Carmen BAYOD

40. La ordenación voluntaria de la sucesión mediante pacto sucesorio provocará frecuentemente, desde el punto de vista formal, la coexistencia o pluralidad de varios títulos sucesorios. Desde la óptica tradicional, el testador o incluso el instituyente en la institución de heredero de la Casa, otorga un solo título que regula la sucesión de forma global o integral —el testamento o las capitulaciones matrimoniales—, sin perjuicio de su ulterior revocación o modificación; en cambio, cuando se acude a la ordenación de la sucesión por pacto sucesorio, será frecuente que coexistan diversos pactos sucesorios compatibles entre sí, por ejemplo, combinando un pacto a título singular de presente con otro para después de los días, u otorgando diferentes pactos con distintos instituidos en momentos e instrumentos separados, o que el otorgamiento de un pacto sucesorio sea compatible con el otorgamiento de un testamento. El testamento anterior queda revocado por el pacto sucesorio en lo que sea incompatible con éste —artículo 432 CDFA—, pero el testamento posterior no revoca el pacto, que sólo puede revocarse por nuevo pacto sucesorio celebrado por las mismas personas o sus herederos —artículo 400 CDFA—, pero si se ha otorgado un pacto sucesorio limitado a una parte del caudal hereditario, nada impide celebrar otro pacto sobre otros bienes, o regular la sucesión por testamento en cuanto a los restantes.

finalidades y la satisfacción de esas necesidades, la herramienta fundamental que proporciona nuestro legislador tampoco difiere de la tradicionalmente utilizada y que hemos señalado como uno de sus principios inspiradores: la libertad civil y libertad de pacto, la autonomía de la voluntad, que inspira igualmente la vigente legislación, y que permite al causante ordenar su sucesión en atención a sus necesidades y sin consideración alguna a la conservación del patrimonio de la casa.

### 3.1. Pactos sucesorios relacionados con otros negocios jurídicos

— Uno de los supuestos más frecuentemente utilizados y de los más sencillos es acudir a los pactos sucesorios para efectuar adjudicaciones sobre bienes concretos al objeto de evitar disputas futuras entre los hijos<sup>41</sup>.

— O la utilización del pacto sucesorio con objeto de asegurar la igualdad o proporcionalidad entre los hijos, evitando diferencias entre ellos<sup>42</sup>.

— Los pactos sucesorios también pueden ser útiles en situaciones de crisis matrimonial para desbloquear procesos de liquidación de bienes integrantes del patrimonio consorcial<sup>43</sup>. Los ya ex-cónyuges pueden rehacer su vida, tener nueva descendencia y pueden disponer de los bienes de origen común a favor de esa nueva prole y en perjuicio de los hijos del primer matrimonio. Si se quiere evitar esta situación, los progenitores ya divorciados pueden convenir un pacto sucesorio disponiendo de todos o parte de dichos bienes a favor de los hijos comunes.

Dicho pacto sucesorio puede otorgarse bien por ambos progenitores con los hijos comunes, si son mayores de edad —artículo 378 CDFA—, con el carácter de para después de los días, bien únicamente por ambos progenitores en la modalidad de disposición *mortis causa* a favor de terceros, con independencia de la mayoría o minoría de edad de los hijos. En función de cómo se articule,

41. Supuesto que, fallecido uno de los padres, dejando bienes comunes, los hijos y herederos, tras liquidar la sociedad conyugal con el cónyuge superviviente, deciden efectuar la partición de la herencia del difunto, adjudicándose cada uno de ellos la mita indivisa de bienes concretos al objeto de evitar la disolución de condominio cuando fallezca el otro progenitor. En este caso, es útil el pacto sucesorio celebrado entre el progenitor superviviente y los hijos y que tenga por objeto la mitad de sus bienes comunes, legándolos para después de los días de la misma forma que la partición efectuada con relación al difunto. Se trataría de un pacto sucesorio «especular» de la partición realizada.

42. Imaginemos un matrimonio con dos hijos, a uno de los cuales los padres le han donado el dinero para comprar una vivienda. Los padres otorgan un pacto sucesorio con el otro hijo cuyo objeto es la vivienda habitual de los mismos padres, garantizando así la igualdad de trato con ambos.

43. A los pactos sucesorios y las situaciones de crisis matrimonial se refiere la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 3 de diciembre de 2010. En el convenio regulador tanto el esposo como la esposa se atribuyeron el uso y disfrute de diferentes viviendas estableciendo que, en caso de fallecimiento de cualquiera de ellos, las hijas habidas del matrimonio sustituirían al cónyuge fallecido en el ejercicio del derecho de uso. La Audiencia considera dicha estipulación como un pacto sucesorio de disposición de los contratantes en favor de tercero para después de los días de los instituyentes, pacto que se acuerda en convenio regulador y aun cuando se incorpora a documento público no es escritura pública como imperativamente exige la Ley, declarando su nulidad.

su modificación o revocación requerirá la intervención de diferentes sujetos, ya que el artículo 400 CDFEA establece que las estipulaciones contractuales pueden modificarse o revocarse mediante pacto sucesorio celebrado por las mismas personas; por tanto, en el primer caso, para modificar o revocar el pacto sucesorio serán también necesario el consentimiento de los hijos instituidos, en el segundo caso bastará —pero será necesario— el consentimiento de ambos progenitores. Por otro lado, si se acude a la modalidad de pacto en favor de tercero, el artículo 398 CDFEA establece que en estos pactos el instituyente podrá disponer entre vivos de sus bienes, tanto a título oneroso como lucrativo, si bien la norma tiene carácter dispositivo, pudiéndose pactar «*otra cosa*», por ejemplo estableciendo la necesidad del consentimiento conjunto de ambos progenitores para disponer de dichos bienes.

### 3.2. Pactos de «*non succedendo*» —en concreto de renuncia de legítima— como medio para ampliar las facultades dispositivas del cónyuge viudo<sup>44</sup>

Toda sucesión voluntaria, y también la ordenada por pacto, debe respetar los límites derivados de la legítima de los descendientes —artículos 318 y 464 CDFEA—. Se propone la utilización de los pactos sucesorios, en su modalidad de pacto de renuncia, como instrumento para superar dichas limitaciones y situar al cónyuge viudo en una posición más ventajosa que la que le confiere, por ejemplo, la fiducia sucesoria.

Según el artículo 399 CDFEA «*son válidos los pactos de renuncia o transacción sobre la herencia futura otorgados entre el renunciante o renunciantes y la persona o personas de cuya sucesión se trate*», añadiendo el párrafo segundo que «*tales pactos pueden referirse a todos los derechos sucesorios o a parte de ellos, establecerse a título gratuito u oneroso y sujetarse a condición*».

Por su parte, en sede de legítima, el artículo 492.1 CDFEA, establece que «*la renuncia a la legítima puede hacerse tanto después como antes de la delación de la sucesión, y en este caso unilateralmente o como resultado de un pacto sucesorio*», si bien, según su párrafo segundo, «*la renuncia a la legítima, salvo declaración en contrario, no afectará a los derechos que correspondan al renunciante en la sucesión legal ni a los que provengan de la sucesión voluntaria del causante*»<sup>45</sup>.

La renuncia a la legítima de todos los hijos —legitimarios de grado preferente conforme al artículo 488 CDFEA— extingue la legítima o, como precisa Adolfo CALATAYUD SIERRA<sup>46</sup>, supone la renuncia a reclamar por razón de la infracción, cuantitativa o cualitativa, de la misma, es decir, frente a las disposiciones gratui-

44. Esta idea me la dio hace unos años, y se lo agradezco, mi compañero José Luis MERINO HERNÁNDEZ.

45. En parecidos términos se expresaba el artículo 106 de la derogada Compilación.

46. «Renuncia a la herencia futura en Aragón: un supuesto práctico». RDCA, VI, 2000, n° 1.

tas del causante que, una vez fallecido, se demuestre que han contravenido la legítima; al disponer el artículo 494 CDFA que, «salvo que la voluntad del disponente sea otra, el derecho a obtener la reducción —de las liberalidades hechas a favor de no descendientes— corresponderá a los legitimarios de grado preferente», en relación al artículo 488.2 CDFA que establece que «no tendrán esta condición —la de legitimarios de grado preferente— los descendientes de los que hubieran renunciado a la legítima»<sup>47</sup>.

Con base a estos preceptos, puede otorgarse un pacto sucesorio entre los padres y los hijos comunes en el que: 1) todos los hijos renuncian a la legítima en la herencia de sus padres; 2) cada uno de los progenitores instituye como su heredero para después de los días al otro<sup>48</sup>. De esta forma, fallecido uno de los padres, el superviviente puede disponer de los bienes heredados sin limitaciones, al quedar liberando frente a los renunciantes de la obligación de cumplir con la legítima colectiva. El padre o madre sobreviviente, heredero del fallecido, se sitúa en una posición más ventajosa para disponer de los bienes de la que resultaría, por ejemplo, del régimen establecido para la fiducia sucesoria, dado los términos del artículo 454 CDFA, conforme al cual, si existen legitimarios, para la eficacia de los actos de disposición de los bienes que enumera dicho precepto es necesaria la autorización de cualquiera de los legitimarios con plena capacidad de obrar<sup>49</sup>.

Como variante de este pacto, y al amparo de la libertad de contenido que establece el artículo 381 CDFA, que permite incluir en los pactos sucesorios las sustituciones que se convengan, cada uno de los progenitores puede instituir heredero al otro estableciendo una sustitución fideicomisaria de residuo, de suerte que el sobreviviente pueda disponer de los bienes heredados únicamente por actos *inter vivos* y, a su fallecimiento, los bienes de que no haya dispuesto pasen, como fideicomisarios, a los hijos por partes iguales o en la forma que se haya estipulado, ya que, según dispone el artículo 492.3 CDFA, la renuncia a la legítima en principio no afecta a los derechos que le provengan al renunciante de la sucesión voluntaria del causante. De esta forma, los hijos que han renunciado a su legítima, se ven compensados con la certeza y seguridad de que cuando fallezca el último de sus padres recibirán los bienes de éstos, lo cual sitúa a cada

---

47. En contra, José Luis MOREU BALLONGA, «El sistema legitimario en la Ley aragonesa de sucesiones», Actas de los XV Encuentros de Derecho Foral Aragonés, año 2005, para el que la legítima colectiva pasa a concentrarse en los legitimarios de siguiente grado mejor situados, que eran antes de la renuncia legitimarios de grado no preferente, y que reciben la legítima como legitimarios de grado preferente. Admite no obstante la extinción de la legítima colectiva por renuncia a la misma de todos los legitimarios de grado preferente junto con todos los de grado no preferente.

48. Nada impide, no obstante, que la renuncia a la legítima se efectúe unilateralmente en escritura pública —por la remisión del artículo 492.2 CDFA a los requisitos de forma de los pactos sucesorios—, y que los progenitores se instituyan herederos en testamento, sin necesidad de otorgar un pacto sucesorio.

49. Acercándonos a la voluntad que, coloquialmente, expresan muchos testadores: «Lo del uno para el otro y después para los hijos».

uno de los hijos en una posición más ventajosa que la que resultaría de la fiducia sucesoria, sujeta a la incertidumbre de la voluntad cambiante del fiduciario. También es posible limitar la sustitución fideicomisaria de residuo a determinados bienes, excluyendo a otros, lo que otorga al cónyuge viudo un cierto margen de «mejora» entre los hijos y descendientes.

En la medida en que estos pactos suponen la intervención de todos los integrantes de la unidad familiar, los pactos sucesorios cumplen una finalidad de evitar pleitos o disputas futuras por la certeza que proporcionan, por el conocimiento y consentimiento previo de todo los otorgantes que han intervenido en ellos; en definitiva, cumplen una función preventiva de seguridad jurídica y paz familiar<sup>50</sup>.

### *3.3. Pactos sucesorios con la finalidad de autoprotección de la persona en previsión de situaciones de vulnerabilidad*

Una de las preocupaciones actuales en el Derecho de sucesiones es la protección del denominado «testador vulnerable»<sup>51</sup>, personas que pueden ser manipuladas o influenciadas por terceros para otorgar testamento en contra de su voluntad. Aunque el artículo 328 CDFR establece como causa de indignidad para suceder «f) *El que con amenaza, fraude o violencia, obligare al causante o al fiduciario a otorgar, revocar o modificar las disposiciones sucesorias*», esta previsión será escasamente efectiva, por las dificultades de prueba o, como señala DE BARRÓN ARNICHES, precisamente porque lo más común es que se trate de testadores vulnerables, carentes de fuerza moral ni física para enfrentarse a su intimidador o incluso, manipulados afectivamente por él hasta el extremo de no ser conscientes del engaño al que se les está sometiendo.

Es en este ámbito donde Javier OÑATE CUADROS<sup>52</sup> apunta que los pactos sucesorios tienen importantes ventajas, al permitir ordenar anticipadamente la sucesión, que no quede al albur de un testamento de última hora hecho bajo presiones familiares de todo tipo que prive de sus legítimas expectativas, por ejemplo,

---

50. Suele reprocharse a estos pactos el resultar más gravosos desde la perspectiva fiscal o tributaria, ya que al fallecer uno de los padres, el otro cónyuge que le hereda debe tributar por el Impuesto de Sucesiones y, a su fallecimiento, los hijos reciben todo el patrimonio familiar no de ambos progenitores sino únicamente del supérstite, por lo que sólo podrán aplicarse las reducciones en la base imponible que establece el Impuesto una sola vez. Incluso en el caso de estipularse una sustitución fideicomisaria de residuo, al poder disponer el fiduciario por actos *inter vivos*, se liquida el Impuesto a éste por el pleno dominio —artículo 53.3 del Reglamento del Impuesto de Sucesiones—. Si bien este escollo ha quedado mitigado por la Ley aragonesa 10/2018, de 6 de septiembre, de medidas relativas al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, al ampliar las cuantías de las reducciones de la base imponible.

51. María Elena COBAS BIELLA y Christian DE JOZ LATORRE. «La modernización del Derecho de sucesiones. Algunas propuestas».

52. «La r(e)volución civil vasca».

a quien ha cuidado del causante durante toda su vida, y permitir proteger el patrimonio del instituyente de decisiones precipitadas o espurias, contrarias a su propio interés, sin necesidad de acudir a procedimientos de incapacitación.

En estos casos, el pacto sucesorio, por su irrevocabilidad, cumpliría una función preventiva de autoprotección ante situaciones futuras de vulnerabilidad, similar a instrumentos como la autotutela o los apoderamientos preventivos, contemplados en los artículos 108 y 109 CDFA, y compatibles con éstos.

Por otro lado, el contenido de los pactos sucesorios puede no solo limitarse a la institución de heredero o legatario, sino que se pueden imponer además cargas u obligaciones al instituido, conforme al artículo 381 CDFA —«*las cargas y obligaciones que se convengan*»—. Estas cargas u obligaciones constituían una práctica tradicional en el contenido de los pactos sucesorios en Aragón —el pacto de convivencia con los instituyentes, la obligación del heredero de dotar y asistir a sus hermanos...— y pueden establecerse tanto en favor de los propios instituyentes como de terceras personas. Son de gran importancia, ya que su incumplimiento grave permite la revocación unilateral del pacto sucesorio por el disponente —artículo 401.1.b) CDFA—. En la actualidad se consideran un instrumento útil para procurar el cuidado de las personas y la atención de necesidades asistenciales<sup>53</sup>.

#### ***3.4. Pactos sucesorios para atender las necesidades de las personas mayores en situación de dependencia***

Apunta MONASTERIO AZPIRI<sup>54</sup> cómo el incremento de la esperanza de vida, unido al crecimiento de las jubilaciones anticipadas, ha generado que el colectivo de personas mayores reclame la atención de unas necesidades específicas. Se trataría de personas que, aun poseyendo un patrimonio, tal vez no gozan de una liquidez suficiente para la atención de sus necesidades. Que esta realidad social se ha hecho sentir, y así, por ejemplo:

— La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, introdujo la regulación en nuestro Código Civil del «contrato de alimentos» en los artículos 1791 y siguientes para, como señala la Exposición de Motivos, «*atender a las necesidades económicas de las personas con dependencia, como los ancianos*».

— La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria,

---

53. El artículo 431-6 del Código civil catalán prevé expresamente que «*las cargas pueden consistir, entre otras, en el cuidado y atención de alguno de los otorgantes o de terceros*».

54. *Op. cit.*

que reguló la hipoteca inversa, como un instrumento para regular la cobertura privada de las situaciones de dependencia.

— O asistimos en esta misma línea a la proliferación de la contratación de productos con entidades financieras que tienen por finalidad el pago de una renta vitalicia.

La respuesta a estas necesidades puede provenir de los poderes públicos o de entidades privadas, pero también del propio círculo de familiares de las personas mayores. Se propone el otorgamiento de un pacto sucesorio por parte de uno o ambos padres con aquél de los hijos que se encarga de ellos, imponiéndole la obligación, que éste contrae, de cuidarles y asistirles, al amparo del artículo 481 CDFEA. Con este pacto, el instituyente tiene cubiertos los cuidados que necesita o que puede necesitar en el futuro; por otra parte, el hijo que se sacrifica por la atención y cuidado de sus padres se garantiza su posición de heredero. La modalidad habitual será la de institución de heredero para después de los días, aunque también en atención al patrimonio y la entidad de sus necesidad se pueda otorgar a título singular.

Se introducen en el contenido de los pactos sucesorios, junto con la institución de heredero o de legatario:

— Cláusulas que utilizan expresiones como la obligación del instituido de prestar a los instituyentes «*sustento, habitación, vestido y asistencia médica*» como trasunto de lo establecido en el artículo 142 Cc. para la obligación legal de alimentos; o la de «*proporcionarles vivienda, manutención y asistencia de todo tipo*» como establece el artículo 1791 Cc. para el contrato de alimentos.

— También puede estipularse que la carga u obligación del instituido consista en la satisfacción de una renta mensual o en el pago de los gastos de la residencia.

— Igualmente puede convenirse el pacto de convivencia entre instituyente e instituido si así se considera conveniente. La conducta del instituido que impida la normal convivencia familiar constituye causa de revocación del pacto —artículo 401 CDFEA—<sup>55</sup>.

— En todo caso, conviene determinar con la mayor precisión el contenido de la carga u obligación que asume el instituido, cara a una posible revocación unilateral del pacto en caso de incumplimiento grave conforme al artículo 401 CDFEA, lo que acarreará para el hijo instituido la pérdida de su cualidad de heredero por no prestar los cuidados o desatender al instituyente. En este sentido, conviene concretar que estas obligaciones se acomoden a la posición social y económica de instituyentes e instituidos, o que se adapten a las necesidades de

---

55. Al exigirse un elemento subjetivo como es la conducta de instituido, no parece que sea posible la revocación unilateral por cese de la convivencia cuando por causas de salud o de necesidades específicas del instituyente sea ineludible su atención en un centro especializado.

los instituyentes que se verán incrementadas con el paso de los años, o establecer un sistema de actualización de la renta a satisfacer.

En estos casos, el pacto sucesorio da respuesta a unas necesidades de forma similar a la de otras figuras jurídicas como pueden ser el contrato de renta vitalicia o el de cesión de bienes a cambio de alimentos, si bien aporta algunas ventajas con respecto a éstos, ya que 1) Desde el punto de vista psicológico, elimina la reticencia de la persona al otorgar los contratos citados y verse privado de la propiedad de sus bienes, ya que al configurarse el pacto sucesorio como para después de los días el instituyente conserva la propiedad de los mismos; 2) Como consecuencia de ello, permite al instituyente disponer a título oneroso de alguno de los bienes que integren la institución — conforme al artículo 393 CDFa—, si así lo considera necesario; 3) Igualmente, al conservar la propiedad de sus bienes puede, por ejemplo, alquilarlos y obtener una rentabilidad de los mismos, sin necesidad de reservarse el usufructo<sup>56</sup>.

No obstante, en ocasiones puede ocurrir que estas personas mayores no tengan hijos ni parientes cercanos, o que teniendo hijos o parientes mantengan un trato escaso con ellos, o que dichos hijos o parientes carezcan de disponibilidad o recursos económicos suficientes para atender sus necesidades. Dentro de este colectivo se incluirían lo que actualmente se viene denominando como «personas mayores en situación de soledad». Estas personas tal vez no pueden costearse una residencia por carecer de liquidez suficiente para ello, pero estarían dispuestas a designar como su heredero a la entidad titular de la residencia que les atiende en sus últimos días y precisamente o a cambio de prestarles esa asistencia. Estas personas pueden otorgar testamento designando heredero a la entidad que les atiende o les va a atender, pero al ser esencialmente revocable el testamento, nada impide que el causante modifique en un momento posterior su voluntad, por lo que introduce un importante elemento de incertidumbre a los compromisos adquiridos por ambas partes. También puede otorgarse un pacto sucesorio en la modalidad de pacto a favor de tercero —conforme al artículo 380.c) CDFa— instituyendo heredera a entidad titular de la residencia, pero conforme al artículo 400 CDFa los pactos sucesorios sólo pueden modificarse mediante pacto sucesorio celebrado por las mismas personas, y en este supuesto la residencia no es un otorgante del pacto sino un tercero, por lo que tampoco

---

56. Desde la perspectiva fiscal o tributaria, hay que tener en cuenta que en el contrato de cesión de bienes a cambio de alimentos tributa por el concepto de Transmisiones Patrimoniales la transmisión de lo bienes cedidos —artículo 7 del Texto Refundido—, siendo sujeto pasivo el cesionario, y la contraprestación a cargo de éste —capitalizada como establece el artículo 10.2f)— siendo sujeto pasivo el cedente, pero además, si el valor de los bienes cedidos excede al de la pensión en los límites que determina el artículo 14.6, se liquidará al cesionario por la diferencia por el concepto de donación cuando fallezca el cedente. En los pactos sucesorios, sin perjuicio de la incidencia en el Impuesto de Sucesiones, habrá que tener en cuenta la repercusión de la contraprestación del instituido en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas del instituyente. La conveniencia de acudir a una u otra figura, habrá que analizarla caso por caso.

se elimina el elemento de incertidumbre. Dicha incertidumbre desaparecería si se pudiese otorgar un pacto sucesorio en el que la persona mayor, como instituyente, designa como sucesor a la entidad titular imponiéndole la obligación de atenderle en la residencia, entidad que como otorgante e instituida en el pacto sucesorio, acepta la sucesión. Para ello, y con carácter general, es necesario determinar si en el Derecho aragonés es posible otorgar un pacto sucesorio con una persona jurídica<sup>57</sup>.

Los elementos personales o subjetivos de la sucesión paccionada vienen regulados en los siguientes artículos del CDFA:

— El artículo 378 CDFA —«Capacidad»— que establece que *«los otorgantes de un pacto sucesorio deben ser mayores de edad»*;

— Y el artículo 379 CDFA —«Carácter personalísimo»— conforme al cual, *«los otorgantes de un pacto sucesorio solo pueden formalizarlo personalmente, no admitiéndose representación»*.

Obsérvese que el legislador aragonés utiliza la expresión de «otorgantes» y no la de «instituyentes», por lo que estos requisitos son exigibles a todos los sujetos que intervengan en un pacto sucesorio, por tanto, también al instituido o cocontratante.

Estos requisitos parecen lógicos desde la posición del instituyente. El carácter personalísimo se predica con carácter general para los actos de disposiciones *mortis causa* —así lo establece también el artículo 407 CDFA para los testamentos—. Y en cuanto a la capacidad, frente a la regla establecida para los testamentos en el artículo 408 CDFA — ser mayor de catorce años y no carecer de capacidad natural—, se le exige ser mayor de edad<sup>58</sup>, es decir, no basta con la capacidad general para disponer *mortis causa* sino que se exige también tener la libre disposición de los bienes, lo cual encuentra su fundamento en que, dada la irrevocabilidad del pacto sucesorio, el instituyente se ve privado de su facultad de disponer *mortis causa*. Por lo demás, en cuanto el pacto se refiere a su propia sucesión —artículo 377 CDFA—, el instituyente debe ser persona física.

Por el contrario, para autores como Carmen BAYOD, para el instituido bastaría con que tenga capacidad para suceder y para aceptar la herencia. Los argumentos

57. Advertir que algunas legislaciones establecen prevenciones a las disposiciones *mortis causa* a favor de las personas que prestan servicios asistenciales, por el peligro de captación de la voluntad. Así el artículo 412-4 del Código Civil catalán considera inhábiles para suceder a *«las personas físicas o jurídicas y los cuidadores que dependen de las mismas que hayan prestado servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga al causante, en virtud de una relación contractual»*, si bien exceptúa el supuesto en el que la sucesión haya sido ordenada en testamento notarial abierto o en pacto sucesorio, dada la intervención notarial. También la Ley 153 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra. Y recordar que el artículo 377 CDFA exige el otorgamiento de escritura pública como requisito de validez de los pactos sucesorios.

58. Comprendiendo también al menor que ha contraído matrimonio —artículo 4 CDFA—.

que se suelen utilizar para exigir la plena capacidad de obrar en el instituido, al considerar la adquisición por pacto sucesorio no como una adquisición lucrativa pura y simple sino una adquisición «onerosa», al asumir el instituido obligaciones frente al instituyente o el pasivo de la herencia no son suficientes, pues esas cargas y obligaciones pueden no existir, igualmente podrían contenerse en un testamento, y en Aragón no puede alegarse como justificación que el instituido deba hacer frente al pasivo de la herencia, al no producirse confusión de patrimonios entre causante y heredero —artículos 355 y siguientes CDFa—. De la misma forma, debería admitirse la representación, al menos si en el título representativo están determinados los elementos esenciales del negocio.

Queda claro, por tanto, que el hecho de exigir los mismos requisitos personales al instituido o cocontratante que al instituyente responde a una opción o decisión del legislador, que podía haber adoptado otra<sup>59</sup>.

Con base a una interpretación estricta de los preceptos reseñados, puede alegarse en contra de la posibilidad de que una persona jurídica pueda otorgar, como instituida, un pacto sucesorio: 1) El propio tenor literal del artículo 378 CDFa que habla de «*mayores de edad*», cualidad predicable de las personas físicas —artículo 4 CDFa—; 2) La prohibición de representación que resulta del artículo 379 CDFa, siendo que una persona jurídica actúa siempre a través de representantes, bien orgánicos, bien voluntarios; 3) Los propios antecedentes históricos de la institución, que circunscribían los pactos sucesorios al ámbito familiar.

Por el contrario, a favor de la posibilidad de que una persona jurídica pueda otorgar, como instituida, un pacto sucesorio, se puede argumentar: 1) No está expresamente prohibido y en nuestro Derecho prima el principio de libertad de pacto; 2) El CDFa rompe con la tradición anterior, no siendo necesario que la personas que otorguen el pacto estén unidos por vínculo de parentesco; 3) Las normas han de interpretarse con arreglo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas —artículo 3 Cc—, realidad distinta a la que existía al tiempo de promulgarse la LS, por lo que el legislador pudo no tenerla en cuenta, y aten-

---

59. Así, si comparamos la normativa aragonesa con otros ordenamientos que admiten los pactos sucesorios: 1) En el País vasco se exige que los otorgantes sean mayores de edad —artículo 100 de la Ley de Derecho civil vasco—, pero no regula su carácter personalísimo ni la posibilidad de representación; 2) En Galicia los otorgantes han de ser personas mayores de edad con plena capacidad de obrar —art. 210 de la Ley de derecho civil de Galicia— y se admite el otorgamiento por poder especial que teniendo carácter especial, contenga los elementos esenciales del negocio sucesorio —art. 212—. 3) En Cataluña los otorgantes han de ser mayores de edad y con plena capacidad de obrar, salvo que al favorecido no se le sea impuesta ninguna carga —art. 431.4 del Código civil de Cataluña— y los otorgantes que no sean causantes de la sucesión futura pueden delegar en poder especial la comparecencia al acto de formalización del pacto, siempre y cuando la escritura pública de apoderamiento recoja el contenido completo de su voluntad pueden otorgar poder especial —art. 431.7—. 4) En Navarra los otorgantes deben ser mayores de edad, y puede delegarse en otra persona su formalización, siempre que en el correspondiente instrumento de poder conste esencialmente el contenido de la voluntad —Ley 173 de la Compilación de Derecho civil foral de Navarra—.

diendo al espíritu y finalidad de aquellas, debiendo interpretarse la expresión «mayoría de edad» como «capacidad de obrar plena», lo cual es predicable de las personas jurídicas, siempre que tenga capacidad para suceder, lo que con carácter general se predica en el artículo 327 CDFA; 4) Atendiendo a los antecedentes históricos, al amparo del artículo 99 de la derogada Compilación, ya se planteó por algunos autores la posibilidad de representación para los pactos sucesorios fuera del ámbito capitular; 5) El artículo 379 CDFA no admite la opción de la representación, pero tratándose de personas jurídicas, la actuación por medio de representante no es una opción, debiéndose entender la prohibición de representación como la prohibición de que la voluntad de cualquiera de los otorgantes de un pacto sucesorio pueda ser suplida mediante un mandato o poder en el sentido técnico de esta figura, es decir, con la posibilidad, por parte del representante, de configurar la voluntad de su mandante o representante<sup>60</sup>.

La respuesta a esta cuestión no es clara. Aun reconociendo que el mayor escollo es la existencia del artículo 379 CDFA, me inclino a favor de la validez del pacto sucesorio otorgado con una persona jurídica como instituida, lo cual podría proporcionar una solución a este problema de las personas mayores en situación de soledad<sup>61</sup>.

### 3.5. Pactos sucesorios y la protección de personas con discapacidad

Asistimos en la actualidad al fenómeno del aumento de la esperanza de vida de las personas con discapacidad, de modo que muchos de ellos sobreviven a sus padres, padres en los que cunde la preocupación de asegurar el futuro patrimonial y personal de sus hijos cuando ellos falten. Para dar respuesta a esta necesidad, Rafael LEÑA FERNÁNDEZ<sup>62</sup> clasificaba los instrumentos de protección patrimonial del discapacitado en materia sucesoria en 1) directos, que son aquellos por los que se instituye al propio discapaz; e 2) indirectos, cuando la ventaja patrimonial directa se adjudica a un tercero con la condición, modo o carga de asistir al discapaz, considerando éstos más eficaces.

Se propone la sucesión contractual como instrumento de protección de las personas con discapacidad por esta vía indirecta: el pacto sucesorio celebrado por los padres, como instituyentes, con uno o varios de sus hijos, como instituidos, con la expresa imposición del modo o carga de cuidar, asistir y atender al hermano discapaz. El artículo 481 CDFA permite estipular en los pactos sucesorios las «*cargas y obligaciones que se convengan*», y éstas pueden establecerse

60. Así interpreta la prohibición Luis GIL NOGUERAS, «Comentarios a la Ley de Sucesiones por causa de muerte de Aragón».

61. En la doctrina vasca, MONASTERIO AZPIRI y OÑATE CUADROS admiten sin reservas que pueda ser instituida una persona jurídica, si bien es cierto que la legislación vasca no alude a la cuestión de la representación.

62. «El notario y la protección del discapacitado»

tanto en beneficio de los instituyentes como de un tercero, en este caso, el hijo discapaz.

LEÑA FERNÁNDEZ apuntaba<sup>63</sup>, que los padres, al instituir heredero contractualmente a uno de sus hijos en todo o parte de su herencia con la carga de cuidar y atender a su otro hijo discapaz, debían dar el carácter de condición resolutoria al incumplimiento de esta tarea, pudiendo añadir una prohibición de disponer de los bienes heredados durante la vida del descendiente discapaz —así, el artículo 501 CDFA permite los gravámenes sobre la legítima en beneficio de otros descendientes—, y que, para el caso de que el nombrado heredero no cumpliera el modo o carga y se resolviese la institución de heredero, sería conveniente que los padres hubieran previsto quién será heredero en tal caso y, en consecuencia, a quién harán tránsito los bienes de la herencia<sup>64</sup>.

En todo caso, en esta materia destaca la doctrina que el pacto sucesorio puede ser tan protector de la persona con discapacidad como puede serlo la alternativa testamentaria<sup>65</sup>; las ventajas que proporcionan los pactos sucesorios frente a la ordenación voluntaria de la sucesión por testamento vienen determinadas porque estos instrumentos de protección del hijo discapaz se adoptan con el conocimiento y consentimiento anticipado del hijo instituido que se compromete, ya al tiempo de otorgar el pacto, al cumplimiento de las cargas y obligaciones que se le imponen en atención o beneficio de su hermano discapaz.

Se señala como mayor inconveniente para la protección del discapaz, ya sea a través de la sucesión paccionada, ya mediante testamento, el mantenimiento del sistema de legítimas, si se considera que la persona más adecuada para la protección del incapaz no es uno de sus hermanos, sino un tercero o una entidad; una vía de solución sería complementar las disposiciones *mortis causas* de los padres en protección de su hijo con un «pacto de non succedendo» o de renuncia a dicha legítima por los demás hermanos.

### 3.6. Pactos sucesorios y la sucesión en la empresa familiar

El Preámbulo del Real Decreto 171/2007, de 9 de febrero, por el que se regula la publicidad de los protocolos familiares, define las empresas familiares como

---

63. *Op. cit.* Aunque referido a la vigencia de la Compilación, es perfectamente aplicable en la actualidad.

64. Estas previsiones que señala LEÑA FERNÁNDEZ tienen su fundamento en que, aunque el artículo 401 CDFA permite la revocación unilateral del pacto sucesorio por «*incumplimiento grave de las cargas y obligaciones impuestas al instituido*», la facultad de revocación corresponde al instituyente y en este supuesto el posible incumplimiento por el instituido se producirá una vez fallecidos los padres instituyentes.

65. Jacinto GIL RODRÍGUEZ, «La sucesión contractual como medio de protección de las personas con discapacidad», quien, citando a PEREÑA, afirma que los pactos no representan la panacea y no pueden verse como remedio milagroso.

aquellas en las que «*la propiedad o el poder de decisión pertenecen, total o parcialmente, a un grupo de personas que son parientes consanguíneos o afines entre sí*». Las estadísticas destacan la importancia de las empresas familiares en nuestra economía; así las empresas familiares representan el 82,8 % del total del número de empresas —en Aragón el 83,4%— y emplean al 49,9% de la población —en Aragón a un 52,9%—<sup>66</sup>.

Una de las preocupaciones constantes en la empresa familiar es la elevada «mortalidad» de las mismas cuando se plantea su sucesión o el relevo generacional. Según los datos aportados por el Instituto de la Empresa Familiar, que se citan reiteradamente en los estudios sobre la materia, en España el 65% de las empresas se encuentran en primera generación, el 25% pasa a la segunda, el 9% a la tercera, y sólo el 1% llega a la cuarta generación o a una posterior. Y las estadísticas también muestran que en raras ocasiones se planifica la sucesión de la empresa familiar<sup>67</sup>.

El concepto de empresa familiar no solo abarca los supuestos de medianas o grandes empresas, en el que coexisten varias ramas familiares, buscando el equilibrio entre las mismas, y en el que la mayor preocupación es la elección del sucesor más adecuado entre los aspirantes a ello; sino también pequeñas empresas —un bar familiar o cualquier otro establecimiento abierto al público— que constituyen un porcentaje altísimo de las empresas familiares, en las que la preocupación del fundador no es dirimir cuál de los hijos que se disputan el control o dirección es el más adecuado, sino todo lo contrario, conseguir que alguno de los hijos quiera continuar en la titularidad del negocio.

En estas situaciones, parece razonable que el hijo que ha sacrificado su vida profesional, incluso su formación, por atender el negocio familiar, seguramente con peores condiciones retributivas, se vea compensado con la garantía o certeza de que sucederá en la titularidad del negocio o la empresa al fallecimiento de sus padres o fundadores, protegido de los posibles cambios de la voluntad del testador. Es éste un ámbito en el que los pactos sucesorios en la actualidad se van abriendo camino y teniendo una mayor difusión<sup>68</sup>. El pacto sucesorio,

---

66. Estudio sobre empresas familiares del INE del año 2016.

67. Se cita a tal efecto el informe «*Radiografía de la empresa familiar española. Fortalezas y riesgos*», dirigido por el profesor GIMENO SANDIG en el año 2007, concluyendo que el 78% de las empresas familiares no planificaron su sucesión.

68. Susana NAVAS NAVARRO, en «Libertad de testar versus libertad de celebrar pactos sucesorios y costes de transacción», pone en duda, desde la perspectiva económica, las ventajas del pacto sucesorio frente al testamento a la hora de planificar la sucesión en la empresa familiar. Toda designación de sucesor implica unos «costes de transacción» —costes de información y costes de negociación—, que son más elevados cuanto más compleja sea la estructura de la empresa. Anunciar a una persona que será nombrada sucesora en la titularidad de la empresa familiar persigue influenciar el comportamiento del futuro sucesor para que se implique más. Un mayor grado de influencia se tendrá si se le nombra sucesor en testamento y, en una primera aproximación, todavía se podrá influir más si se le instituye heredero en pacto sucesorio, sobre todo si el designado

como en otras ocasiones expuestas, cumple una doble finalidad: para el instituido la certeza de que va a ser él el continuador en la titularidad de la empresa por la irrevocabilidad del pacto; para el instituyente, la garantía de pervivencia de la empresa que fundó, al no poder repudiarla el sucesor. Salvando las distancias, el pacto sucesorio como instrumento para planificar la sucesión de la empresa familiar entronca con el tradicional heredamiento de la casa en el Derecho aragonés.

El Derecho aragonés no dedica un tratamiento específico de la sucesión de la empresa, tampoco en sede de pactos sucesorios. Sólo el artículo 388 CDFA dispone que «*la reserva del señorío mayor en el heredamiento de casa aragonesa atribuye al instituyente el usufructo y administración de los bienes, cuyo producto deberá destinarse al sostenimiento y mejora de la casa*». Carmen BAYOD considera que esta reserva es posible fuera de los supuestos tradicionales de Casa aragonesa, y puede también aplicarse a empresas y negocios familiares<sup>69</sup>.

Téngase en cuenta que, en relación a otros ordenamientos que limitan el otorgamiento de los pactos sucesorios entre parientes, el Derecho aragonés, como se ha expuesto, permite que los pactos sucesorios puedan otorgarse por personas entre las que no exista vínculo de parentesco. Ello amplía el ámbito de aplicación de los pactos como instrumento para reforzar la continuidad y la sucesión de la empresa en una doble dirección: 1) Varios socios, fundadores de la empresa, que no están unidos por parentesco pueden designar como único sucesor común a un hijo de cualquiera de ellos; 2) Si ninguno de los hijos se halla en disposición de continuar trabajando para la empresa, se puede designar

---

sucesor es parte del pacto, pues será necesario su consentimiento para poder extinguir el pacto por mutuo disenso. Pero la seguridad de la designación del sucesor puede producir el efecto contrario, desincentivar su conducta, o producirse otras circunstancias sobrevenidas. Dada la irrevocabilidad del pacto, habrá que prever los posibles riesgos en el pacto sucesorio, estableciendo cláusulas de revocación específicas, modos o finalidades, sustituciones fideicomisarias o reversiones, que faciliten el camino en caso de modificación de la voluntad del causante. Es decir, que impliquen un menor coste económico en caso de modificación de esa voluntad., lo que implica de entrada unos mayores costes de información y, por tanto, de transacción. Pero es imposible prever todos los riesgos e intentar preverlos generaría costes de información muy elevados. Por tanto, si no se pueden prever todos los riesgos y acaecen aquellos no previstos por las partes, el único cauce jurídico será extinguir el pacto a través del mutuo disenso, en el que será necesario el acuerdo de todos los otorgantes del pacto sucesorio, lo que implica contraer nuevos costes económicos. Concluye que parece que el pacto sucesorio no es, como regla general, un instrumento jurídico suficientemente «eficiente» como para incentivar su celebración y tampoco son lo suficientemente «eficientes» como para influenciar la conducta del sucesor.

69. En otros ordenamientos, el artículo 105.2 de la Ley vasca se refiere a «*patrimonios productivos en los que trabaje el instituido*»; en Cataluña, el artículo 431.6 de su Código Civil dispone que la finalidad de los pactos puede consistir también «*en el mantenimiento y continuidad de una empresa familiar o en la transmisión indivisa de un establecimiento profesional*», se refiere a su publicidad — artículo 431-8— y a la disposición de los bienes y normas sobre la administración de la empresa — artículo 431-25—.

como sucesor a un socio del fundador, a un empleado ejemplar, o al cónyuge de algunos de los hijos<sup>70</sup>.

Las modalidades de los pactos sucesorios del Derecho aragonés permiten tanto la incorporación del elegido a las actividades de la empresa, si se opta por la entrega actual de los bienes (institución de presente), o simplemente un mayor compromiso, si se opta por demorar la entrega al tiempo del fallecimiento (institución para después de los días)<sup>71</sup>. Lo más habitual será el otorgamiento de un pacto sucesorio a título singular, que tenga por objeto la empresa familiar, dejando al margen el resto del patrimonio del empresario de modo que pueda ordenar la sucesión del resto de sus bienes por testamento o mediante otros pactos sucesorios como lo estime oportuno.

Hacer constar que, al implicar el consentimiento del instituido en el pacto sucesorio la aceptación de la herencia o legado, no pudiendo repudiar —artículo 385 CDFa—, se evitan los problemas tan habituales derivados del fallecimiento del empresario que implican la interrupción de la actividad normal de la empresa, no siendo de aplicación las normas previstas para la herencia yacente en el artículo 324 CDFa.

En cuanto al contenido de estos pactos, más allá de la institución y designación como sucesor en la titularidad de la empresa familiar, será frecuente incluir cláusulas relativas a:

— Cargas u obligaciones que se impongan al instituido, de forma que éste se comprometa a continuar la actividad de la empresa o se obligue a asumir su gerencia o dirección y a trabajar en la misma. Puede acudirse a fórmulas similares a la realización de prestaciones accesorias reconocidas por la legislación mercan-

---

70. Los obstáculos proceden, como suele ser habitual, por la existencia del sistema de legítimas y su caracterización como «pars bonorum» y por los derechos del cónyuge viudo. Téngase en cuenta, no obstante, que el artículo 496.3 CDFa contempla el supuesto de que si el objeto de la reducción fuera un bien o un conjunto de bienes, el favorecido por ella y los legitimarios pueden compensarse en metálico como convengan, y que si, en defecto de acuerdo, la reducción no absorbe la mitad de su valor, quedará para el que hubiera recibido la liberalidad, si bien en caso contrario, queda para el legitimario que reclama; norma que parece aplicable a la empresa o negocio familiar. También, según el párrafo 1 de dicho artículo, si la reclamación se dirigiese contra el cónyuge, por ser éste el designado en la sucesión de la empresa, puede evitarla pagando en metálico en cualquier caso. Igualmente, si se designa sucesor de la empresa a un único hijo, se le puede imponer la carga de abonar en metálico a sus hermanos la parte alícuota de su valor, pues el artículo 501 CDFa considera como gravámenes permitidos aquellos dispuestos en beneficio de otros descendientes. Por el contrario, si se designa sucesor en la empresa a persona que no sea uno de los descendientes, recordar que el artículo 492 CDFa permite la renuncia a la legítima, y que conforme al artículo 399 CDFa el pacto de renuncia puede ser a título gratuito pero también a título oneroso. Por último, con relación al usufructo viudal, el artículo 284 CDFa permite que el titular de empresas o explotaciones económicas privativas que se transmitan a hijos o descendientes pueda ordenar la sustitución del usufructo viudal del sobreviviente sobre las mismas por una renta mensual a cargo del adquirente.

71. Fernando CURIEL LORIENTE, «La sucesión de la empresa familiar en el Derecho Civil Aragonés. Aspectos sustantivos», Actas de los XI Encuentros del Foro de Derecho aragonés, año 2001.

til: obligación de prestar servicios, prohibición de competencia...<sup>72</sup>. También es posible someter la institución a condición, de manera que si el sucesor no continúa la actividad de la empresa familiar, pueda resolverse la institución<sup>73</sup>. Todo ello al amparo del artículo 381 CDFa.

Si bien la irrevocabilidad del pacto sucesorio proporciona certeza, la doctrina destaca que, al mismo tiempo, también supone un «elemento de rigidez» que puede perjudicar con el tiempo la continuidad de la empresa si, por ejemplo, el instituyente se equivocó al apreciar las aptitudes de la persona a la que designó sucesor. De ahí la importancia de especificar las cargas y obligaciones a las que esté sometido el sucesor, lo que permitirá al instituyente la revocación unilateral del pacto, conforme al artículo 401 CDFa, en caso de incumplimiento de las mismas.

— Cláusulas relativas a la transmisión de las acciones o participaciones sociales.

Si el pacto se configura como para después de los días, según el art 393 CDFa, el instituyente conserva sus facultades dispositivas a título oneroso, salvo pacto, por lo que deberá estipularse que las acciones o participaciones sociales no puedan transmitirse sin consentimiento del sucesor. De no estipularse así, desaparecería para el sucesor elegido, la certeza de continuar en la titularidad de la empresa al fallecimiento del empresario.

Por el contrario, si se configura como pacto de presente, las facultades dispositivas corresponden al sucesor —artículo 390 CDFa—. Es conveniente también en este caso convenir que para disponer de las acciones o participaciones sociales se requiera el consentimiento del instituyente, como medida para garantizar la conservación de la empresa en el seno de la familia.

— También se pueden establecer reglas sobre la administración de la empresa, tanto en vida como tras el fallecimiento del instituyente, pudiendo incorporarse a los estatutos sociales<sup>74</sup>.

Por último, en materia de publicidad de pactos sucesorios que tengan por objeto o finalidad la empresa familiar, el artículo 431-8 del Código civil catalán dispone que 1) si incluyen o tienen por objeto acciones nominativas o participaciones sociales, pueden hacerse constar, en vida del causante, en los respectivos

---

72. Artículos 86 y ss del Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital y artículos 127 y 187 del Reglamento del Registro Mercantil. Si la empresa familiar tiene forma societaria y el pacto es de presente, dichas prestaciones accesorias podrán incorporarse a los estatutos sociales. Si la institución es para después de los días, hay que recordar que la posición de socio la sigue ostentando el instituyente.

73. Así lo entiende Carmen BAYON si lo establecen los otorgantes. El artículo 109 de la Ley vasca prevé la resolución de la designación sucesoria por cumplimiento de la condición resolutoria a la que estaba sujeta.

74. Así lo contempla expresamente el artículo 431-25 del Código Civil catalán.

asentamientos del libro registro de acciones nominativas o del libro registro de socios; y 2) Puede hacerse constar la existencia del mismo en el Registro Mercantil con el alcance y de la forma que la ley establece para la publicidad de los protocolos familiares, sin perjuicio que consten, además, las cláusulas estatutarias que se refieran al mismo. Solución idéntica puede adoptarse para los pactos sucesorios otorgados en Aragón, aunque nuestro legislador guarde silencio al respecto.

### 3.7. Estadísticas

Habiendo transcurrido veinte años desde la entrada en vigor de la Ley de Sucesiones por Causa de Muerte de Aragón que, como se ha dicho, introdujo una regulación completa, moderna y avanzada de la sucesión paccionada, es tiempo suficiente para plantearse si dicha legislación ha supuesto un auge de los pactos sucesorios o, por el contrario, no ha conseguido revertir la línea descendente en el número de pactos otorgados en Aragón. Habida cuenta la exigencia de escritura pública como requisito de validez de los pactos sucesorios —art. 377 CDFa— y de que la inmensa mayoría de los testamentos otorgados revisten la forma notarial, resulta obligada la consulta de los datos resultantes de las estadísticas notariales<sup>75</sup>. Examinado el periodo de los últimos diez años, que abarcan desde el año 2009 hasta el año 2018, se puede afirmar con rotundidad que los pactos sucesorios son escasamente utilizados. Así:

— En estos últimos diez años se han otorgado 896 pactos sucesorios, lo que implica una media inferior a 90 pactos al año.

— De ellos, un 63% —565— lo fueron para después de los días, y un 37% —331— con transmisión de bienes de presente.

— Por territorios, un 53% —477— fueron otorgados en la provincia de Huesca, un 35% —310— en la de Zaragoza y solo un 12% —109— en la provincia de Teruel, lo que confirma los orígenes altoaragoneses de esta institución y su desigual implantación territorial, máxime si tenemos en cuenta la diferencia de población entre la provincia de Huesca y la de Zaragoza<sup>76</sup>.

75. Fuente: Ilustre Colegio Notarial de Aragón. Agradezco la ayuda que me ha prestado su oficial mayor, Francisco Javier Albajez Giménez.

76. La estadística completa:

	2018			2017			2016			2015			2014			Totales
	Zgz	Hu	Te													
Para después días	18	27	8	28	21	2	24	27	10	30	22	12	22	24	5	280
De presente	19	15	4	21	16	3	8	13	16	14	5	1	5	15	2	157
Totales	37	42	12	49	37	5	32	40	26	44	27	13	27	39	7	437
	2013			2012			2011			2010			2009			

— Si comparamos con el total nacional, en el año 2018 se otorgaron en Aragón 53 pactos sucesorios para después de los días, en el conjunto de España 1330; en cuanto a los pactos de presente, frente a los 38 otorgados en Aragón se otorgaron en toda España 21574<sup>77</sup>. Nos situamos por debajo de la media nacional, teniendo en cuenta además que en gran parte del territorio nacional rige la prohibición del artículo 1271.2 Cc.

— Lo exiguo de las cifras tampoco permite obtener datos concluyentes acerca de una tendencia ascendente o descendente en su utilización, aunque se aprecia un cierto estancamiento —86 pactos sucesorios otorgados en el año 2009 frente a 91 en el año 2018—, un notable descenso de los mismos en la provincia de Huesca y un paulatino incremento en la de Zaragoza.

— Todavía son peores los resultados si los comparamos con el número de testamentos otorgados. En el último quinquenio —que comprende desde al año 2013 hasta el año 2018—, se otorgaron 437 pactos sucesorios en Aragón, frente a 60347 testamentos, tanto unipersonales como mancomunados otorgados en el mismo periodo<sup>78</sup>; o lo que es lo mismo, por cada pacto sucesorio, se otorgaron 138 testamentos<sup>79</sup>.

Las estadísticas parecen claras; los pactos sucesorios hoy en Aragón, constituyen una figura prácticamente residual, lo que nos conduce a la cuestión planteada por el título de esta ponencia: la vigencia hoy de los pactos sucesorios, entendiendo tal vigencia como su utilización efectiva, parece cuando menos cuestionada.

	Zgz	Hu	Te	Totales												
Para después días	13	31	6	25	27	7	11	24	2	21	39	3	27	45	4	285
De presente	9	18	13	3	39	2	8	28	1	4	31	7	0	9	1	174
Totales	22	50	19	28	66	9	19	52	3	25	70	10	27	54	5	459

77. Fuente: página web del Consejo General del Notariado [www.notariado.org](http://www.notariado.org). No obstante, las cifras a nivel nacional hay que tomarlas con prudencia, ya que 19686 —más del 85% del total— corresponden a pactos sucesorios otorgados en Galicia, según me informó el Ilustre Colegio Notarial de Galicia.

78. Número de testamentos otorgados. Fuente: Ilustre Colegio Notarial de Aragón.

	2018			2017			2016			2015			2014			Totales
	Zgz	Hu	Te	Totales												
Unipersonal	5201	1510	798	5148	1424	765	5260	1347	814	5100	1333	795	5072	1452	844	36863
Mancomunado	3505	855	410	3642	853	487	3382	745	402	3214	774	436	3441	886	452	23484
Totales	8706	2365	1208	8790	2277	1252	8642	2092	1216	8314	2107	1231	8513	2338	1296	60347

79. Si comparamos la evolución partiendo de las manifestaciones de Gil Berges y pasando por los datos proporcionados por Castán Vázquez en la época previa a la Compilación, constatamos que la línea descendente de los pactos sucesorios en relación al número de testamentos otorgados no ha hecho más que acentuarse.

## 4. CAUSAS DE LA CRISIS DE LOS PACTOS SUCESORIOS

No obstante contar en nuestro Derecho con una regulación completa, moderna y avanzada, como ha quedado dicho, y no obstante considerar la doctrina que a través de este instrumento se puede dar protección a nuevas necesidades sociales, como la transmisión de la empresa familiar, la protección de los hijos con discapacidad, la protección de las personas mayores, entre otras, lo cierto es que los aragoneses —y tampoco es algo exclusivo nuestro— acuden en escasas ocasiones a ordenar su sucesión mediante el otorgamiento de pactos sucesorios. Ello lleva a preguntarse cuáles son las razones para ello. Tradicionalmente se suele invocar el oneroso tratamiento fiscal a dicha institución o, como se le suele denominar, el «maltrato fiscal». Pero a mi juicio, y siendo importante la cuestión fiscal, no es la única causa de la escasa aplicación que esta figura tiene en la actualidad.

### 4.1. Su desconocimiento

Desde su origen, los pactos sucesorios han tenido una muy desigual implantación territorial en Aragón, siendo práctica habitual en la provincia de Huesca y en algunas zonas de la provincia de Zaragoza, pero no en el resto de Aragón, llegándose a poner en duda si era válida la institución contractual fuera de dichas zonas<sup>80</sup>.

Incluso la afirmación de Gil Berges de que en Huesca, lo normal, lo corriente, era la regulación contractual de las sucesiones, hay que tomarla con prudencia; en Huesca, como en el resto de Aragón, el modo ordinario de delación de la sucesión, no era el pacto sucesorio ni el testamento, sino la sucesión legal. Y a lo largo de estos últimos cien años, el testamento ha ido ganando terreno a costa de la sucesión legal y, también, de los pactos sucesorios, fundamentalmente por su sencillez y coste, que han hecho de España el país de la Unión Europea en el que se otorgan más testamentos en relación al número de herencias causadas, un 50%. Sin embargo, la implantación del pacto sucesorio no se ha visto incrementada en igual medida a costa de la sucesión legal, seguramente porque era una institución nacida para satisfacer unas necesidades muy concretas: ordenar la sucesión de la casa o de la explotación agraria o empresarial, problemática que es ajena a una gran mayoría de los ciudadanos.

A ello ha contribuido la influencia del principio prohibitivo del artículo 1271.2 Cc., y las corrientes de pensamiento, acentuadas en la Ilustración y en el proceso codificador, contrarias a los pactos sucesorios, invocando fundamentalmente el principio de libertad: la sucesión *mortis causa* tiene un carácter necesariamente

---

80. Sobre esta cuestión, CASTÁN VÁZQUEZ, *Op. cit.*, afirma que se entendió que sí: Isábal alegaba el principio «*standum es chartae*»; Albareda defendía la sucesión contractual mientras no se demuestre que es contraria al Derecho natural.

revocable, siendo la libertad de testar una manifestación de la libertad individual, de la que una persona no se puede ver privado<sup>81</sup>.

La opción entre las diferentes instituciones del Derecho sucesorio aragonés, en aquello que no tiene un carácter imperativo, viene motivada por el precedente, por la costumbre, por la tradición, en definitiva por aquello que es conocido y se considera como propio. Y en aquellas zonas en los que no era práctica habitual el otorgamiento de pactos sucesorios, va a ser extraño que los ciudadanos, de entrada, lo soliciten. En este sentido, puede hablarse de ausencia de interés, o directamente de desconocimiento, de los pactos sucesorios<sup>82</sup>.

No es algo que nos afecte solo a los aragoneses. URRUTIA BADIOLA<sup>83</sup> afirma que es imprescindible la creación de una auténtica «cultura del pacto sucesorio» de su utilización y aplicabilidad, para lo que es preciso que los agentes jurídicos tengan un conocimiento preciso y pleno de la figura. Es preciso superar el «miedo» o las dudas que parece suscitar la conclusión los pactos sucesorios, ya que las ventajas y posibilidades de utilización que esta institución ofrece son numerosas, y esa superación únicamente puede venir por la vía del conocimiento del pacto como instrumento sucesorio de alto valor.

#### 4.2. *Su irrevocabilidad*

A mi juicio la irrevocabilidad de los pactos sucesorios es otra de las principales causas de su escasa utilización. La revocabilidad esencial de las disposiciones testamentarias —artículo 431 CDFR— representa un valor añadido muy apreciado por las personas a la hora de ordenar su sucesión, sabedores que pueden cambiar su voluntad si las circunstancias varían o si el nombrado no responde a sus expectativas, de una forma tan sencilla como es otorgando otro testamento. Frente a ello, como indica Carmen BAYOD, la característica principal del pacto sucesorio es que una vez convenido deviene irrevocable, sustrayendo al instituyente la posibilidad de disponer por causa de muerte estableciendo algo distinto a lo previsto en dicho pacto, aunque no pueda definirse como un «testamento irrevocable». Y a una persona, la sola idea de verse privado de su capacidad de disposición *mortis causa*, de poder cambiar sin trabas su última voluntad, le genera de entrada, extrañeza y rechazo. Para superarlas es necesario

---

81. Un segundo argumento invocado contra los pactos sucesorios era el denominado *votum mortis*, es decir, la inmoralidad a la que puede llevar que, como esta regulación tiene como presupuesto la muerte de otra persona, el beneficiado de la misma se vea atraído a adelantarla, como recuerda María Díez ARNAIZ en «Los pactos sucesorios: hacia una reforma del Código Civil», si bien, como acertadamente apunta, más razón puede tener para matar al causante la persona que, habiendo sido instituido en testamento, tema del otorgante su cambio o modificación.

82. No está de más, en este punto, hacer una llamada de autocrítica a los que integramos eso que ahora se ha dado en llamar como «operadores jurídicos».

83. Citado por LARRABEITI ASTOREKA, *op. cit.*

que el causante aprecie y valore las ventajas y posibilidades de utilización que esta institución le ofrece en determinadas ocasiones frente al testamento; pero al mismo tiempo, es necesaria una regulación legal que permita la revocación unilateral en caso de que las expectativas se vean efectivamente frustradas y que esta regulación sea eficaz. En realidad, más que de una irrevocabilidad absoluta de los pactos sucesorios, habría que hablar de una irrevocabilidad relativa o de su revocación por causas tasadas.

El artículo 400 CDFA establece la regla general al disponer que «*las estipulaciones contractuales pueden modificarse o revocarse mediante pacto sucesorio celebrado por las mismas personas o sus herederos*». De aquí resulta el principio de irrevocabilidad de los pactos sucesorios y de su vinculación para el instituyente; su modificación o revocación requiere no sólo su voluntad, sino la de todos los otorgantes, por mutuo acuerdo, y mediante el otorgamiento de un nuevo pacto sucesorio<sup>84</sup>.

Por su parte, el artículo 401 CDFA exceptúa esta regla general al disponer que «*el disponente solo puede revocar unilateralmente su disposición paccionada*<sup>85</sup>: a) *Por las causas expresamente pactadas. b) Por incumplimiento grave de las cargas y prestaciones impuestas al instituido...c) Por haber incurrido el instituido en causa de indignidad o en situación que, de ser legitimario, implicaría causa de desheredación*». Siendo los supuestos bajo las letras a) y b) los más habituales.

La letra a) se remite a las causas expresamente pactadas. Al amparo de este precepto y de la libertad de contenido que predica el artículo 381 CDFA, se considera posible, por ejemplo, someter la institución a término o condición, aunque la Ley aragonesa no lo contemple expresamente.

Lo que no admite la doctrina<sup>86</sup> es pactar como causa de revocación la mera voluntad unilateral del instituyente, por chocar con lo dispuesto en el artículo 1256 del Cc.. Admitir lo contrario convertiría al pacto en una institución esencialmente revocable, destruyendo su naturaleza jurídica contractual, por lo que no podría ser considerado como tal. Ni siquiera cabría entender que puede esta-

84. Llama la atención la referencia a «sus herederos». Para Carmen BAYOD, congenia mal con el carácter personalísimo de los pactos sucesorios —artículo 379 CDFA— y además, si ha fallecido el instituyente, lo que ocurre es que se consolida la posición jurídica del heredero, y si es el instituido el que fallece antes, habrá que estar al pacto o al derecho de transmisión regulado en el artículo 387 CDFA o, en último término la institución devendrá ineficaz, por lo que todo convenio con sus herederos será más un nuevo pacto que modificación del anterior. Tal vez se refiera a los pactos sucesorios no de disposición *mortis causa* a favor de contratante, sino de disposición *mortis causa* a favor de tercero o terceros, para el supuesto de fallecimiento del cocontratante que recibe la declaración de voluntad del instituyente.

85. El precepto dice «*puede revocar*», supuesto distinto a lo dispuesto en el artículo 404 CDFA —«*Salvo que del contrato resulte otra cosa, las atribuciones sucesorias pactadas entre cónyuges quedarán sin efecto si, al fallecimiento de uno de ellos, estuviera declarada judicialmente la nulidad del matrimonio, decretado el divorcio o la separación o se encontraran en trámite, a instancia de uno o ambos cónyuges, los procedimientos dirigidos a ese fin*»— que produce sus efectos automáticamente.

86. LARRABEITI ASTOREKA, *op. cit.*

blecerse, como contempla el artículo 641 del Cc. en materia de donaciones, una reversión en favor solo del donante para cualquier caso y circunstancia: el pacto, para que lo sea, implica que su devenir no puede depender solo de la voluntad del instituyente, ni siquiera con la prestación de consentimiento anticipado por el instituido. Vendría a ser un equivalente, en el sentido opuesto, a lo establecido para los testamentos en el artículo 431.2 y 3 CDFA.

Por su parte, la letra b) permite la revocación unilateral por incumplimiento por parte del instituido de las cargas u obligaciones que le hubieran sido impuestas al amparo del artículo 381 CDFA, lo cual va a permitir al instituyente revocar el pacto si se frustra la finalidad que lo motivó. De ahí la importancia de determinar con la mayor precisión posible las cargas y obligaciones impuestos al instituido. Ahora bien, en consonancia con el principio general de irrevocabilidad de los pactos sucesorios, no basta cualquier incumplimiento, el precepto determina que éste ha de ser «grave».

Aunque la Ley aragonesa no lo establece expresamente, se entiende que la acción de revocación es personalísima del instituyente —Carmen BAYOD, LARRA-BEITI ASTOREKA—, en consonancia con la naturaleza personalísima del pacto, por lo que no cabe su ejercicio por personas distintas del instituyente, ni representación o sustitución, no transmitiéndose a descendientes u otros sujetos con derecho a la herencia, salvo la continuación en el ejercicio de las acciones ya iniciadas por el instituyente en vida, en el caso de fallecimiento de éste, si ha habido lugar a un procedimiento judicial<sup>87</sup>. Tampoco señala plazo para el ejercicio de la acción; para Carmen BAYOD, parece que en vida del instituyente éste podrá ejercitarla en cualquier momento; la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 1 de diciembre de 2009 declaró que «la doctrina no es unánime en cuanto al plazo de ejercicio de la acción de revocación unilateral del pacto sucesorio, si el de 15 años (art. 1966 Cc.) —en realidad art. 1964, que actualmente fija un plazo de 5 años, desde la Ley 42/2015, de 5 de octubre—, el de 4 años (aplicación analógica de lo dispuesto en el art. 1299 Cc.) o el de 1 año (donación por ingratitud del art. 652 Cc.), tesis ésta la mayoritaria», y que el cómputo del plazo se inicia desde el día que el instituyente tuvo conocimiento del hecho y la posibilidad de ejercitar la acción (art. 652 Cc. y STSJA de 9 de noviembre de 1991).

El artículo 401.2 CDFA regula la forma de practicar la revocación. El artículo 103.3 de la derogada Compilación permitía al disponente «revocar sus disposiciones, con arreglo a las normas sobre el Código Civil sobre las donaciones», por lo que era necesario el ejercicio judicial de la acción, lo que en la práctica dificultaba la misma, ya que en la mayoría de los casos el procedimiento judicial se debía entablar contra un hijo. La regulación actualmente, en cambio, «desjudicializa» su ejercicio, estableciendo un procedimiento en apariencia muy sencillo:

87. Así lo entendió, para la legislación anterior, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 9 de noviembre de 1991.

— Debe hacerse en escritura pública y notificarse por el notario a los demás otorgantes dentro de los ocho días hábiles siguientes. Añadiendo que la falta de notificación no afectará a la eficacia de la revocación, sin perjuicio de las responsabilidades a que hubiera lugar.

— Y conforme el párrafo 3º del artículo 401 CDFA, si la institución contractual se hubiera inscrito en el Registro de la Propiedad, su revocación podrá hacerse constar en el mismo una vez transcurrido tres meses desde el otorgamiento de la escritura<sup>88</sup>.

A pesar de esta aparente sencillez, que permitiría dar cobijo a revocaciones meramente arbitrarias o infundadas, la realidad no es así. La experiencia demuestra que la gran mayoría de las revocaciones unilaterales que se pretenden concluyen en un procedimiento judicial o en su caso culminan con una transacción. Si bien es cierto que no se puede impedir que el instituido se oponga o discuta si ha existido o no incumplimiento de la carga u obligación o si dicho incumplimiento es grave o no, el legislador no ha establecido un plazo para formular su oposición. A falta de dicho plazo, parece que regirá el de cinco años que para las acciones que no tengan un plazo especial fija el artículo 1964 Cc. Ello supone prolongar la situación de incertidumbre acerca de la firmeza de la revocación; situación que se agrava si transcurrido el plazo de los tres meses desde la revocación notarial ésta se ha hecho constar en el Registro de la Propiedad, y el instituyente dispone posteriormente de algunos de los bienes, surgiendo terceros protegidos por el artículo 34 de la Ley hipotecaria, aunque luego se acredite que la revocación era infundada o arbitraria.

Por todo ello, me parece acertada la propuesta que formuló Carmen BAYOD de que el legislador estableciese un plazo por el que el instituido pudiera manifestar su oposición a la revocación, por ejemplo, el de tres meses desde que se le notificó la revocación —coincidente con el plazo establecido por el artículo 401.3 CDFA para que la revocación pueda hacerse constar en el Registro de la Propiedad—, de modo que si en dicho plazo el instituido no interpone demanda judicial oponiéndose a la revocación, ésta devenga inatacable<sup>89</sup>.

Otra cuestión a plantear es si la intervención de la Junta de Parientes ayudaría a simplificar la revocación unilateral de los pactos sucesorios en caso de

---

88. Como indica, José Luis BATALLA CARILLA, con ello se da tiempo para que pudiera anotarse con anterioridad a la inscripción de revocación una posible demanda de quien pudiera sentirse afectado en sus derechos por la revocación unilateral.

89. Esta es la solución de la legislación catalana, que establece una regulación más completa. Según el artículo 431-15 del Código Civil de Cataluña, *«la persona afectada por la revocación puede oponerse a la misma en forma auténtica en el plazo de un mes a contar de la recepción de la notificación. Si no se opone, el pacto o la disposición quedan sin efecto»*, añadiendo que *«si la persona afectada por la revocación se opone a la misma o si se desconoce su paradero, o si no ha sido posible la notificación, la acción de revocación debe ejercerse ante la autoridad judicial competente de su domicilio en el plazo de un año a contar de la oposición o del otorgamiento de la escritura de revocación»*.

incumplimiento de cargas u obligaciones por el instituido. El artículo 103 de la derogada Compilación exigía para el ejercicio de la revocación «*el parecer de la Junta de Parientes*», lo que ofrecía dudas acerca de que fuese posible el ejercicio judicial de la acción revocación si la Junta de Parientes no podía o no quería constituirse, o hasta qué punto vinculaba su parecer al Juez, entre otros<sup>90</sup>. El CDFA ha suprimido la necesaria intervención de la Junta de Parientes, pero nada obsta a que, con base en el principio de libertad de pacto, los otorgantes convengan que para acreditar el incumplimiento baste que así lo manifiesten ante Notario la Junta de Parientes<sup>91</sup>.

La intervención de la Junta de Parientes cumpliría una función de «filtro» que eliminaría las revocaciones unilaterales basadas en apreciaciones puramente subjetivas del instituyente, carentes de fundamento, de igual forma que dificultaría la oposición infundada por el instituido a la revocación. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 23 de febrero de 2011 declaró que conforme al artículo 178.1 CDFA las decisiones de la Junta de Parientes se presumen válidas y eficaces mientras no se declare judicialmente su invalidez. Y no habiendo impugnado el instituido la decisión de la Junta de Parientes en la que sus miembros mantuvieron el incumplimiento grave del instituido —sobre la base de las causas de invalidez aludidas en el artículo 179 CDFA y menos en el juicio verbal al que se refiere el artículo 180 CDFA—, la presunción no desvirtuada de validez y eficacia de la decisión adoptada en Junta de Parientes lleva a mantener la propia eficacia de la revocación unilateral de la institución de heredero.

## 5. SU TRATAMIENTO TRIBUTARIO

Es idea preconcebida y consolidada, de forma reiterada y constante, que el tratamiento tributario que se dispensa a los pactos sucesorios penaliza su utilización, de tal forma que un aragonés que conozca la institución de los pactos, que esté convencido de sus ventajas hasta el punto de superar su inicial reticencia a su irrevocabilidad, se ve desmotivado a ordenar su sucesión otorgando un pacto sucesorio por los costes fiscales que le acarrea si acude a la sucesión paccionada en vez de ordenar su sucesión mediante el otorgamiento de un testamento. Hasta el punto de que la doctrina tanto civil como tributaria usa habitualmente

---

90. Vid, a este respecto, BAYOD LÓPEZ, «La revocación de los pactos sucesorios por incumplimiento de cargas (A propósito de la STSJ de Aragón de 9 de noviembre de 1991)», RDCA, II, 1996, n° 1.

91. Así, en algunas escrituras notariales se incluyen cláusulas del tipo «*Para acreditar este incumplimiento bastará que así lo manifiesten ante Notario la Junta de Parientes y además, dos testigos idóneos e imparciales designados por el propio notario autorizante (en su caso, entre los propuestos por los interesados), sin intervención judicial. Dichos parientes que integren la Junta serán los más próximos en grado con los que se pueda contar sin grave incomodidad, prefiriendo en lo posible, en caso de igualdad a los de más edad con discernimiento suficiente, frente a los más jóvenes; y en todo caso a los que residan en ...; a falta de ellos a los que hayan residido algún tiempo en ella, y a falta de dicha residencia, a cualesquiera otros dentro del cuarto grado de consanguinidad*».

la expresión de «maltrato fiscal» para los pactos sucesorios, que tiene su fundamento en la sospecha, tanto por el legislador como por la administración tributaria, de que los pactos de presente se utilizan para eludir el pago del Impuesto de Donaciones aunque, como posteriormente se expondrá, dicho «maltrato fiscal» alcanza también a los pactos sucesorios para después de los días.

El tratamiento tributario de los pactos sucesorios es objeto de estudio detallado a lo largo de esta ponencia<sup>92</sup>, por lo que me limitaré a hacer algunas consideraciones de carácter general para tratar de comprobar si este «maltrato fiscal» que se achaca es cierto o no, o si es predicable de su tratamiento fiscal en todo el territorio nacional o constituye una «especialidad» de su situación en Aragón.

Como punto de partida, hay que afirmar que la adquisición patrimonial por medio de pacto sucesorio, tanto si lo es de presente como para después de los días, constituye una adquisición gratuita *mortis causa*. Así resulta de:

— El artículo 3 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, que establece que «*constituye el hecho imponible: a) La adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio*»;

— Y del artículo 11 del Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, que aclara que, entre otros, «*son títulos sucesorios a los efectos de este Impuesto, además de la herencia y el legado, los siguientes: ... b) Los contratos o pactos sucesorios*»<sup>93</sup>.

No obstante este pronunciamiento general o de partida, posteriormente el legislador estatal omite cualquier referencia a los pactos sucesorios dentro del articulado tanto de la Ley como del Reglamento, posiblemente motivado por el principio general prohibitivo de los pactos que resulta del artículo 1271.2 CC, ignorando su existencia en los territorios forales. Ello ha provocado en la práctica una serie de disfunciones o dudas interpretativas en especial en relación a los pactos sucesorios con transmisión de bienes de presente. Así, por ejemplo:

— El artículo 24 de la Ley, en su redacción original, disponía que «*en las adquisiciones por causa de muerte el impuesto se devengará el día del fallecimiento del causante*», sin hacer ninguna previsión especial respecto de los pactos de presente, lo cual generaba la duda de si había que esperar al fallecimiento del instituyente para que se devengase el impuesto, lo que se ajustaba a su tenor literal, o bien el devengo se producía en el momento de otorgarse el pacto, que parecía lo razonable aunque lo cierto es que la Ley no distinguía entre distintos tipos de adquisición *mortis causa*. Ello provocó la actuación de legislador, y así mediante

92. Centra las intervenciones de Javier OÑATE CUADROS y Francisco POZUELO ANTONI.

93. Hay que reconocer que los preceptos citados no constituyen un alarde de precisión conceptual, pues mezclan o confunden el pacto sucesorio que es un modo de delación junto al testamento y la sucesión legal —artículo 317 CDFA— con el llamamiento sucesorio a título universal o particular, como heredero o legatario —artículo 319 CDFA—.

Ley 62/2003, de 30 de diciembre se modificó el precepto, añadiendo «*no obstante, en las adquisiciones producidas en vida del causante como consecuencia de contratos y pactos sucesorios, el impuesto se devengará el día en que se cause o celebre dicho acuerdo*».

— Aclarado el devengo, el artículo 67 del Reglamento establece como plazo de presentación de los documentos o declaraciones «*cuando se trate de adquisiciones por causa de muerte, el de seis meses, contados desde el día del fallecimiento del causante*», lo cual es un contrasentido, el impuesto se devenga en la fecha del pacto, pero puede ocurrir que el plazo de presentación concluya cuando el impuesto esté ya prescrito. Por ello, la práctica tributaria ha tenido que interpretar el precepto, estableciendo que el plazo de presentación es el de seis meses, pero que computa desde la fecha en que se otorgó el pacto<sup>94</sup>.

— También se han planteado propuestas como prever la posibilidad de solicitar la devolución del impuesto, una vez transcurrido el plazo ordinario de prescripción cuando el beneficiario adquiere bienes en vida del causante, pero éste se reserva el poder de disponer sobre los mismos<sup>95</sup>.

— Mayor interés presenta la situación de los pactos sucesorios en relación al tratamiento fiscal de la acumulación de donaciones. El artículo 30 de la Ley dispone que «*las donaciones y demás transmisiones "inter vivos" equiparables que se otorguen por un mismo donante a un mismo donatario dentro del plazo de tres años, a contar desde la fecha de cada una, se considerarán como una sola transmisión a los efectos de la liquidación del impuesto*», añadiendo que lo mismo «*será igualmente aplicable a las donaciones y demás transmisiones "inter vivos" equiparables acumulables a la sucesión que se cause por el donante a favor del donatario, siempre que el plazo que medie entre ésta y aquéllas no exceda de cuatro años*». Dado el carácter progresivo de la tarifa o del tipo de gravamen del Impuesto de Sucesiones y Donaciones —artículo 21 de la Ley— para evitar que mediante el fraccionamiento en distintas donaciones de los bienes transmitidos se eluda dicha progresividad, la Ley considera como una sola transmisión las donaciones efectuadas dentro de un plazo de tres años, y si fallece el donante como una sola transmisión los bienes objeto de la sucesión junto a las donaciones efectuadas en los cuatro años anteriores a su fallecimiento, siempre eso sí que se trate del mismo donante/causante y del mismo donatario/sucesor.

La acumulación a efectos del impuesto tiene lugar o bien entre donaciones entre sí, o bien entre donaciones y la sucesión. Pero el pacto de presente no es una donación, lo que ha supuesto que la Dirección General de Tributos haya

---

94. El legislador aragonés ha aclarado esta cuestión, al disponer el artículo 133-1 del Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de septiembre, del Gobierno de Aragón, que el plazo de presentación, cuando se trate de adquisiciones *mortis causa*, «*será de seis meses contados desde el día siguiente a la fecha del devengo del impuesto*».

95. Fundación Impuestos y Competitividad. «Propuestas para la reforma de los Impuestos sobre el Patrimonio y sobre Sucesiones y Donaciones en España». Año 2015

declarado que la adquisición de diversos bienes y derechos del mismo transmitente mediante pactos sucesorios sucesivos no supone que los pactos anteriores deban acumularse a los posteriores<sup>96</sup>, y que lo adquirido mediante pacto sucesorio tampoco sea acumulable a lo adquirido al fallecimiento del causante<sup>97</sup>, con el argumento, precisamente, de que la normativa del Impuesto no ha previsto tal supuesto.

En conclusión, si una misma persona dona a un mismo hijo diferentes bienes en distintas donaciones en un periodo de tres años, dichas donaciones se acumularán entre sí, como si fuesen una, lo que repercutirá en la cuota tributaria dada la progresividad del impuesto; pero ese efecto no se producirá si se otorgan sucesivos pactos sucesorios de presente. Por lo que no se puede hablar de discriminación fiscal de los pactos sucesorios, al menos en esta cuestión, sino de todo lo contrario.

— Otro hito de gran trascendencia relativo a la tributación de los pactos de presente, lo constituye la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, de 9 de febrero de 2016. Se discutía si el posible incremento patrimonial puesto de manifiesto con ocasión del otorgamiento de un pacto de «apartación» con arreglo a la legislación gallega, debía tributar como ganancia patrimonial en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas de conformidad con el artículo 33 de la Ley 35/2006, reguladora del IRPF. Para el Alto Tribunal no cabe ninguna duda de que los pactos sucesorios, y entre ellos el de mejora con entrega de bienes y el de apartación, constituyen negocios jurídicos *mortis causa*, o celebrados por causa de muerte, de modo que las transmisiones que tengan lugar mediante estos pactos sí se entienden amparadas por la exención fiscal prevista en el artículo 33.3 b) de la Ley 35/2006, según el cual «*se estimará que no existe ganancia o pérdida patrimonial en los siguientes supuestos: b) Con ocasión de transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente*»<sup>98</sup>. Considera que no estamos ante dos negocios, uno *inter vivos* y otro *mortis causa*, sino ante un solo negocio, un negocio jurídico por causa de la muerte de la persona; sin que esa naturaleza jurídica sufra porque el efecto patrimonial se anticipe a la muerte del causante, que constituye, como no puede ser de otra forma en los negocios *mortis causa*, la causa del negocio. Añade que de haberlos querido excluir el legislador, bien podría haber excluido los pactos sucesorios del artículo 33.3 b) o imponer como condición la muerte física del contribuyente.

Esta doctrina de nuestro Tribunal Supremo, aunque referida a un pacto otorgado con arreglo a la legislación gallega, se considera generalizable a los pactos de presente previstos en otras legislaciones forales. Encontramos aquí otra

96. Consultas vinculantes V3087-13, de 17/10/2013, y V2235-19, de 20/08/2019.

97. Consulta Vinculante V 1206-14, de 30/04/2014.

98. La tradicionalmente denominada «*plusvalía del muerto*».

manifestación en la que difícilmente puede hablarse de discriminación fiscal o maltrato fiscal de los pactos sucesorios<sup>99</sup>.

Esta es la situación, en líneas generales, del tratamiento fiscal de los pactos sucesorios, en especial de los de presente, desde la perspectiva del legislador estatal. Con relación a la legislación tributaria de las Comunidades Autónomas, en especial las de «régimen común» como es el caso de Aragón, su competencia normativa viene determinada por la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común, cuyo artículo 48 dispone que podrán asumir competencias normativas en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones en relación, entre otras, a reducciones de la base imponible y a deducciones y bonificaciones de la cuota. En desarrollo de esta competencia, las diferentes Comunidades Autónomas han ido introduciendo en su legislación propia una serie de beneficios fiscales, tanto en el Impuesto de Sucesiones como en el de Donaciones, en adquisiciones *mortis causa* e *inter vivos*, fundamentalmente por razón de parentesco o con motivo de la adquisición de negocios o empresas o participaciones en entidades. Y si bien, por regla general, las Comunidades Autónomas, tal y como ocurre en la legislación estatal, tampoco regulan desde la normativa tributaria de forma específica las particularidades de los pactos sucesorios, vienen aplicando a éstos las reducciones en la base imponible establecidas para las adquisiciones *mortis causa*, sobre todo por razón de parentesco, bien por remisión expresa, como hace la legislación balear<sup>100</sup>, o bien de forma indirecta, al excluir de dichos beneficios fiscales a determinados pactos sucesorios<sup>101</sup>.

La conjunción de las tres circunstancias anteriormente expuestas —no aplicación de la normativa de acumulación de donaciones, aplicación de las reducciones en la base imponible previstas para las adquisiciones *mortis causa*, y, sobre todo, la exención en el IRPF de la ganancia patrimonial puesta de manifiesto— explica, a mi juicio, el incremento exponencial que se ha producido en el número de pactos sucesorios con transmisión de presente de los bienes otorgados en España, hasta el punto de haberse casi triplicado desde el año 2015<sup>102</sup>.

---

99. Advertir que, con arreglo a esta doctrina, en la anterior Legislatura estaba prevista la modificación de la Ley del IRPF en el sentido de que los bienes que se adquirieran mediante un pacto de presente mantengan la fecha de adquisición y el valor que tenían para el instituyente, en lugar de actualizarse al momento del pacto, lo que permitía al instituido transmitirlos sin tributar por el incremento patrimonial. Según la memoria elaborada por la Dirección General de Tributos, «se ha detectado un mayor número de operaciones en las que, una vez recibidos los bienes a través del pacto sucesorio, son enajenados por los nuevos propietarios», lo que considera una «operación abusiva».

100. Los artículos 57 y 59 del Decreto Legislativo 1/2014, de 6 de junio, disponen que la donación universal, la definición y los pactos sucesorios gozarán de los beneficios fiscales inherentes a las adquisiciones sucesorias en cuanto les sean aplicables.

101. Así, por ejemplo, el artículo 8.6 del Decreto Legislativo 1/2011, de 28 de julio, de Galicia.

102. Según las estadísticas del Índice Único Informatizado notarial, en el año 2015 se otorgaron 7.709 contratos sucesorios con transmisión de bienes de presente, que pasaron a ser 16.282 en el año

Sin embargo, en este periodo en Aragón no ha existido un incremento similar en el número de pactos de presente otorgados, tal y como reflejan las estadísticas que anteriormente se expusieron, fenómeno al que hay que encontrarle una explicación. Puede ser que esta figura sea en Aragón todavía más desconocida que en otros territorios, tal vez se deba a fuertes inercias de tiempos pretéritos, o puede ser que responda a otras causas. En particular, si el tratamiento tributario de los pactos sucesorios en Aragón en relación a la aplicación de las reducciones en la base imponible del Impuesto de Sucesiones, ha oscurecido las otras ventajas fiscales de los mismos.

La legislación tributaria aragonesa, en la materia que nos ocupa, está integrada por el Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de septiembre —objeto de sucesivas modificaciones, la última hasta la fecha por la Ley 10/2018, de 6 de septiembre—, el cual, de forma similar a la legislación estatal y a las de otras Comunidades Autónomas, no se ocupa específicamente de los pactos sucesorios; tampoco los menciona<sup>103</sup>. De forma similar a otras Comunidades Autónomas, establece, para el concepto de Sucesiones, reducciones en la base imponible en las adquisiciones *mortis causa*, principalmente por razón de parentesco —artículo 131-5—, relativas a la empresa, negocio o participación en entidades —artículo 131-3 y 6— y por adquisición de vivienda habitual —artículo 131-8—; y para el concepto de Donaciones igualmente reducción en la base imponible en las adquisiciones *inter vivos* de empresas, negocios o participaciones —artículo 132-1, 3 y 4— y por razón de parentesco, reducciones en la base —artículo 132-2— o bonificaciones de la cuota —artículo 132-6—.

Pues bien, el criterio adoptado por la administración tributaria aragonesa en relación a los pactos sucesorios que supongan una transmisión de bienes en vida del causante, es decir, en relación a los pactos de presente, es que no le son de aplicación las reducciones en la base imponible por el concepto de Sucesiones, ni por razón de parentesco del artículo 131-5 ni por transmisión de empresa del artículo 131-3; a diferencia de lo que ocurre en otras Comunidades Autónomas, en las que sí les son de aplicación. Así se explicita en la Instrucción 1/2018, sobre interpretación y aplicación de las nuevas medidas relativas al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y en la Consulta 4/2018, ambas de la Dirección General de Tributos del Gobierno de Aragón y ambas de fecha 18 de octubre de 2018. El argumento utilizado es que para la aplicación de este beneficio a una transmisión *mortis causa* se exige que se haya producido el fallecimiento del causante. Invoca para ello la Exposición de Motivos de la Ley 10/2018 —que utiliza expresiones

---

2016, llegando en el año 2018 a 21.574. Bien es cierto que la gran mayoría de ellos se refieren a pactos sucesorios otorgados en Galicia, a cuyo ámbito se refiere la STS de 9 de febrero de 2016, pero se está produciendo igualmente un incremento notable en el número de pactos sucesorios otorgados en Cataluña y en las Islas Baleares.

103. Y eso que según la Disposición Adicional, Única, de la Ley 1/1999 de 24 de febrero, de Sucesiones por Causa de Muerte, «El Gobierno remitirá en el plazo de un año un Proyecto de Ley que regule las particularidades fiscales de la sucesión *mortis causa* en Aragón...»

como «la especial situación que sobreviene cuando fallece un familiar cercano» o «mejor trato fiscal que el producido entre esas mismas personas antes del óbito»—. Añádase que el legislador, al regular estos beneficios fiscales, alude constantemente a «la persona fallecida» o al «fallecido»<sup>104-105</sup>.

Ahora bien, aun admitiendo esto, lo adquirido por medio de pacto sucesorio de presente no deja de constituir una adquisición *mortis causa*, como ha declarado la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de febrero de 2016, y reconoce la propia Dirección General de Tributos del Gobierno de Aragón en su Resolución y Consulta, de 18 de octubre de 2018. Se trataría de adquisiciones *mortis causa* en las que, para el legislador aragonés, simplemente no concurren los requisitos establecidos para la aplicación de los beneficios fiscales consistentes en la reducción de la base imponible. Pero al tratarse de adquisiciones *mortis causa*, por eliminación no pueden ser adquisiciones *inter vivos*, lo que hace surgir la duda de si a lo adquirido por medio de pacto sucesorio de presente tampoco le serán de aplicación las reducciones y bonificaciones previstas por la normativa tributaria aragonesa para las adquisiciones *inter vivos* —teniendo en cuenta que en su regulación utiliza constantemente las expresiones «donaciones» y «donatarios»—. De ser así, nos encontraríamos ante tres categorías: 1) adquisiciones *mortis causa* una vez producido el fallecimiento del causante, a las que les son de aplicación las reducciones en la base imponible previstas; 2) adquisiciones *inter vivos*, igualmente con sus correspondientes reducciones y bonificaciones; y 3) adquisiciones *mortis causa* recibidas antes del fallecimiento del causante, es decir, las adquisiciones *mortis causa* derivadas de un pacto sucesorio de presente, que no gozarían ni de unas ni de otras.

Y este resultado se produciría no por la incoherencia de la aplicación de una normativa estatal inspirada en una legislación civil que proscribe los pactos sucesorios, sino por la aplicación de una normativa propia, aragonesa, que discrimina a una institución foral propia. Y esto, como mínimo, debería invitar a una reflexión<sup>106</sup>.

104. Entiendo que no se trata de un descuido no querido o inconsciente, de forma que pueda equipararse la expresión a todo «causante», pues cuando el legislador ha querido decir causante, lo dice —artículo 131-1, relativo a las adquisiciones que correspondan a los hijos del causante menores de edad, que como tales menores, no pueden otorgar pactos sucesorios—.

105. No siempre ha sido así. La Dirección General de Tributos del Ministerio de Hacienda, en Consulta V2233-12, de 20/11/2012, declaró que en el caso de transmisión actual de inmuebles consecuencia del pacto sucesorio, también resultará aplicable la reducción prevista en su artículo 131-5 dado que se trata de una reducción propia autonómica para supuestos de adquisiciones «*mortis causa*»; y la propia Dirección General de Tributos del Gobierno de Aragón consideró aplicable a los pactos de presente las reducciones estatales y autonómicas correspondientes a las transmisiones «*mortis causa*», en contra de su criterio anterior que considera que constituían una transmisión *inter vivos*. Y el precepto ya utilizaba la expresión «fallecido».

106. De momento, no se ha llegado a esta interpretación extrema. La Consulta de 18 de octubre de 2018 considera aplicables los beneficios fiscales previstos para las donaciones, por «su sentido y finalidad».

El tratamiento tributario de los pactos de presente en Aragón no solo puede considerarse como especialmente oneroso, sino que visto con la perspectiva de los últimos años puede calificarse además de cambiante y contradictorio, con hasta tres criterios distintos en la última década. Y ello agrava el recurso a los pactos sucesorios como modo de ordenar la sucesión, porque ya no se trata de que tengan un régimen fiscal más oneroso o no, sino que se añade la incertidumbre e inseguridad jurídica de cuál va a ser ese régimen fiscal, lo que hace que en muchas ocasiones se descarte su utilización. Y es que en el fondo subyace siempre la sospecha de que los pactos de presente encubren una donación, mediante los cuales se pretende eludir el Impuesto de Donaciones, de forma que los cambios de criterio se producen al mismo tiempo que varía la ecuación fiscal entre el tratamiento tributario que se aplica a las sucesiones y a las donaciones. Si el legislador considera que en los pactos de presente a título singular, bajo el ropaje de los mismos se esconde una donación, desvinculada a todo fenómeno sucesorio, debería decirlo expresamente y tratarlos como donación<sup>107</sup>. Pero no pueden recibir el mismo tratamiento tributario los bienes transmitidos de presente incluidos en una institución a título universal, ya que no se nombra heredero para eludir el Impuesto de Donaciones, sino que suponen un adelanto de herencia en el que el efecto patrimonial se anticipa a la muerte del causante.

Más pacífico es el tratamiento fiscal en el Impuesto de Sucesiones de las adquisiciones derivadas de un pacto sucesorio para después de los días. Conforme al artículo 392 CDFA, «*en la institución para después de los días, la adquisición de los bienes por el instituido solo se produce una vez fallecido el instituyente*». Con arreglo a la normativa del Impuesto, se consideran que constituyen una adquisición gratuita *mortis causa* —artículo 3 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones y artículo 11 de su Reglamento—, cuya efectividad se halla sujeta a una condición o un término, conforme al artículo 24 de la Ley<sup>108</sup>. En consecuencia, fallecido el instituyente, serán de aplicación las reducciones en la base imponible establecidas por el legislador aragonés por razón de parentesco —artículo 131-5—, empresa, negocio o participación en entidades —artículo 131-3 y 6— y vivienda habitual —artículo 131-8—.

Pero para la administración tributaria aragonesa, además, la escritura pública en la que se constituye el pacto sucesorio «Institución para después de los días» queda sujeta a la cuota variable de Actos Jurídicos Documentados, cuando el

---

107. Como expresamente hace el artículo 431-29.3 del Código Civil catalán: «*Si en el pacto sucesorio de atribución particular existe transmisión de presente de bienes, el acto se considera donación*». Sin perjuicio de que en Derecho aragonés existen importantes diferencias entre los pactos sucesorios con entrega de presente y la donación. *Vid.* José María NAVARRO VIÑUALES, *Actas de los II Encuentros del Foro de Derecho Aragonés*, año 1992.

108. Artículo 24.3 Ley del Impuesto sobre Sucesiones: «*Toda adquisición de bienes cuya efectividad se halle suspendida por la existencia de una condición, un término, un fideicomiso o cualquier otra limitación, se entenderá siempre realizada el día en que dichas limitaciones desaparezcan*».

documento sea inscribible en el Registro de la Propiedad, Mercantil, de la Propiedad Industrial y Bienes Muebles, en cuyo caso cumplirá los tres requisitos del artículo 31.2 Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de Septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados<sup>109</sup>. En consecuencia y de acuerdo a este criterio, si el pacto para después de los días tiene por objeto un inmueble, sin perjuicio de la tributación que corresponda al instituido en el Impuesto de Sucesiones cuando fallezca el instituyente, se devenga al otorgamiento del pacto el Impuesto de Actos Jurídicos Documentados —actualmente en Aragón al tipo del 1,5% sobre el valor del inmueble—. Como una postura crítica a este criterio se trata en extenso en otro lugar de esta ponencia<sup>110</sup>, me limitaré a apuntar algunas reflexiones:

— Frente al tratamiento tributario de los pactos de presente, no se trata de una cuestión en la que incida normativa tributaria propia de Aragón, sino del alcance e interpretación de normas estatales de aplicación de toda las Comunidades Autónomas de régimen común (Ley del Impuesto de Sucesiones y Texto Refundido del ITPyAJD, compatibilidad entre el Impuesto de Sucesiones y el IAJD, determinación de la cuantía y cosa valuable, alcance de la inscribibilidad en Registros,...). Por tanto, el tratamiento de esta cuestión debería ser uniforme en todas las Comunidades Autónomas de régimen común en las que se admiten los pactos sucesorios, y sin embargo no lo es; Aragón es la única Comunidad Autónoma en la actualidad en la que se exige la liquidación por AJD<sup>111</sup>.

— Según el artículo 2 de la Ley General Tributaria, el hecho imponible de los impuestos debe poner de manifiesto la capacidad económica del contribuyente. Y si analizamos la posición jurídica del instituido en pacto sucesorio a título singular para después de los días, resulta que no se le transmite la propiedad, ni tiene el uso ni la posesión del bien legado; como indica Carmen BAYOD, su posición es personalísima y, por lo tanto indisponible *inter vivos*, no representa un valor económico, ni ninguna posibilidad de enajenación, siendo también inembargable; sólo ostenta una expectativa de adquirir el bien al fallecimiento del instituyente que además puede ser frustrada si se dispone del bien objeto de legado conforme al artículo 393 CDFA. Como concluye Adolfo CALATAYUD

109. Invocando en este sentido la Resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Aragón de 22 de enero de 2010. En los mismos términos, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala de lo Contencioso, de 28 de febrero de 2014, para un supuesto de donación *mortis causa*. La argumentación del Tribunal: «Es claro que el hecho imponible acaece para después de los días de la causante pues, al realizarse la donación *mortis causa*, todavía no se había producido el fallecimiento de este, por lo que el devengo del Impuesto y la adquisición del bien, al no estar sujeto al Impuesto de sucesiones, resulta sujeto al Impuesto de Actos Jurídicos Documentados».

110. Intervención de Javier OÑATE CUADROS.

111. No obstante, apúntese que la Dirección General de Tributos del Ministerio de Hacienda sí que consideró sujeto a AJD un supuesto de revocación de pacto sucesorio —Consulta Vinculante V2102-10, de 22/09/2010—.

SIERRA, su posición es más segura que la que tiene el instituido en testamento, pero en absoluto definitiva, no produciendo ninguna consecuencia de naturaleza patrimonial.

— Coincidiendo con la introducción de este criterio por la administración tributaria aragonesa, el número de pactos sucesorios para después de los días otorgados en Aragón se redujo prácticamente a la mitad<sup>112</sup>. Hay que ser consciente que las cifras que aportan las estadísticas son tan exiguas que es muy difícil establecer con rotundidad y con carácter concluyente una relación causa-efecto; pero igual y precisamente por eso, por ser tan escasos en la actualidad los pactos para después de los días, hay que ser especialmente prudentes en la introducción de medidas que puedan provocar su desaparición.

— Igual que se afirmaba que en los pactos de presente existía la sospecha de que fuesen un medio para eludir el pago del Impuesto de Donaciones, en los pactos sucesorios para después de los días no existe tal. La opción entre ordenar la sucesión mediante pacto para después de los días en vez de mediante testamento responderá a diferentes motivaciones, algunas de las cuales se han expuesto, pero ninguna de carácter fiscal. Y ante la disyuntiva del otorgamiento de un testamento sin ningún coste fiscal o el de un pacto sucesorio en el que la incidencia del AJD puede acarrear el pago de uno o varios miles de euros, la decisión más frecuente será optar por el testamento y desechar el pacto. No es de extrañar que algunos autores hablen de «derogación fiscal» de esta institución.

— En último término, si la lógica del razonar jurídico-tributario lleva a la conclusión de que es inevitable la sujeción al AJD de los pactos sucesorios para después de los días, el legislador aragonés debería explorar sus competencias normativas en la modalidad Actos Jurídicos Documentados, al amparo del artículo 49 de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, para establecer deducciones y bonificaciones de la cuota<sup>113</sup>.

En definitiva, para el aragonés que conozca la institución de los pactos sucesorios, y que esté convencido de sus ventajas hasta el punto de superar su inicial reticencia a su irrevocabilidad, el otorgamiento de dichos pactos, ya sean de presente o para después de los días, le va a conllevar un tratamiento fiscal más oneroso que si opta por el testamento como modo ordenar su sucesión, por lo que en la mayoría de las ocasiones optará por este último. De ahí que la expresión «maltrato fiscal» de los pactos sucesorios deba considerarse, desgraciadamente, acertada.

---

112. En el año 2009, se habían otorgado en Aragón 76 pactos sucesorios para después de los días; en el año 2010, en el que se introdujo el nuevo criterio, 63; en el año 2011 sólo se otorgaron 37.

113. No parece que, en atención al número de pactos para después de los días que se otorgan, supusiese ningún desequilibrio para las arcas públicas. Téngase en cuenta además que estos pactos vendrían a reemplazar el otorgamiento de testamentos, que no representan ningún ingreso fiscal.

## 6. CONCLUSIONES

1º.— La manifestación tradicional de la sucesión contractual en Aragón, es decir, el heredamiento universal pactado en capitulaciones matrimoniales dentro del ámbito de la Casa aragonesa, por el cual los contrayentes pactan que un hijo o hija del matrimonio será heredero universal de la casa y de los bienes, prácticamente ha desaparecido en la actualidad.

2º.— El recurso a los pactos sucesorios como modo de ordenar voluntariamente la sucesión es rara o escasamente utilizado en la actualidad en Aragón, motivado fundamentalmente por su desconocimiento, las dificultades que entraña su revocación y un tratamiento tributario gravoso. Hace falta una «cultura del pacto sucesorio».

3º.— No obstante ello, Aragón cuenta con una de las legislaciones en esta materia más completas y avanzadas de nuestro entorno. Cabe preguntarse acerca de la necesidad de tal regulación. La respuesta ha de ser afirmativa, utilizando las mismas palabras de José María CASTÁN VÁZQUEZ cuando esta cuestión se planteó en los trabajos previos a la Compilación:

— «Es preferible que los casos, pocos o muchos, que se presenten de institución contractual de heredero tengan perfectamente previstos sus efectos»;

— Y «cabe incluso sospechar un posible renacimiento de la sucesión contractual en el futuro».

4º.— Los pactos sucesorios pueden atender intereses dignos de protección de forma más ventajosa que el testamento, proporcionando certeza, seguridad jurídica y evitando futuras disputas.

La función de los pactos sucesorios no va a consistir en reemplazar con carácter general el predominio de la sucesión testada, pero sí de complementarla en algunos casos.

5º.— Por último, a la Comunidad Autónoma le corresponde la competencia exclusiva en materia de «*conservación, modificación y desarrollo del Derecho foral aragonés*», según el artículo 71 de nuestro Estatuto. Compete a los poderes públicos la adopción de medidas de conservación y fomento de los pactos sucesorios, no sólo tendentes a su difusión o conocimiento, o de modificación de la legislación en algún aspecto concreto, sino sobre todo de carácter tributario, regulando las particularidades fiscales de la sucesión *mortis causa* en Aragón.

El objetivo no es premiar a los pactos sucesorios, sino que cuando un aragonés se enfrente a la disyuntiva de ordenar su sucesión mediante pacto o testamento, pueda optar en condiciones de igualdad a unos o a otros.

# LOS PACTOS SUCESORIOS: SU VIGENCIA HOY Y SU TRATAMIENTO TRIBUTARIO

F. JAVIER OÑATE CUADROS  
Notario de San Sebastián

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.– 2. PRINCIPIOS GENERALES DE LA TRIBUTACIÓN DE LOS ACTOS A TÍTULO GRATUITO.– 3. TRIBUTACIÓN POR IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES.– 4. TRIBUTACIÓN DE LOS PACTOS SUCESORIOS DE INSTITUCIÓN EN LA REGULACIÓN ESTATAL. EXAMEN DE LA SITUACIÓN EN ARAGÓN: 4.1. Tributación de los pactos sucesorios con transmisión en vida del instituyente.– 4.2. Tributación de los pactos sucesorios con eficacia *post mortem* (para después de los días).– 5. TRIBUTACIÓN DE LOS PACTOS SUCESORIOS DE INSTITUCIÓN EN EL PAÍS VASCO. EXAMEN ESPECIAL DE LA SITUACIÓN EN GIPUZKOA.– ANEXOS.

## 1. INTRODUCCIÓN

Buenas tardes. Quería comenzar mi intervención agradeciendo en primer lugar como aragonés, tanto civil como afectivo, a nuestra querida institución del Justicia de Aragón, representada en este acto por su actual titular, Don Ángel Dolado, de tan rancio abolengo histórico como necesidad en los tiempos actuales, la organización de estos XXIX Encuentros del Foro de Derecho Aragonés, que han alcanzado un merecido prestigio que confío no decaiga tras mi exposición.

En segundo lugar, nobleza obliga, a mis compañeros y sin embargo grandes amigos Dámaso Cruz, Decano del Ilustre Colegio Notarial de Aragón, Adolfo Calatayud y Fermín Moreno, que con generosidad tan infinita como su temeridad, insistieron en proponerme como coponente y en defender mi nominación.

A los coponentes, muy especialmente a mi compañero Javier Palazón, con quien he trabajado codo con codo en la elaboración de esta ponencia, que es tan suya como mía, al menos en todo aquello que no sea erróneo o inexacto, que será responsabilidad exclusivamente mía.

Y finalmente, a las personas e instituciones que han colaborado en la organización del evento y a los asistentes, muchos compañeros y compañeras a quienes me alegro de ver después de muchos, demasiados años, especialmente a José Luis Merino, por sus amables palabras de presentación.

Y tras los agradecimientos de rigor, una advertencia no menos obligada. Aunque mi ejercicio como notario en San Sebastián desde finales del siglo pasado ha sido compatible con el seguimiento y estudio del derecho foral aragonés y de sus avatares fiscales, actividad siempre satisfactoria tanto en el plano intelectual como en el de los afectos, sin embargo es obvio que por la falta de contacto con la práctica diaria, el nivel y profundidad de mis conocimientos no puede estar a la altura de los de los presentes, a quienes ruego su indulgencia y magnanimidad si algo de lo que exponga a continuación chirría con aspectos concretos de la regulación o de la práctica aragonesa, que voy a tratar de analizar desde el punto de vista de la nueva legislación vasca, con la que tiene tanto indudables similitudes como importantes diferencias.

Como cuestión previa, es imprescindible señalar que así como la regulación civil de los pactos sucesorios en el País Vasco establecida por la Ley del Parlamento vasco 5/2015, del Derecho civil vasco (en vigor desde el 3 de octubre de 2015) es común para toda la Comunidad Autónoma Vasca (en adelante, CAV), la normativa fiscal en todos sus aspectos normativos, así como de recaudación, gestión e inspección, conforme a la Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco, es de la competencia exclusiva de las Diputaciones Forales, en lo que respecta al objeto de esta ponencia.

En efecto, de acuerdo con el art. 7.6 de la Ley de Territorios Históricos (oficialmente, Ley 27/1983, de 25 de noviembre, de Relaciones entre las Instituciones Comunes de la Comunidad Autónoma y los Órganos Forales de sus Territorios Históricos), la normativa tributaria vasca no es aprobada por el Parlamento Vasco, sino por las Juntas Generales de las respectivas Diputaciones Forales por medio de las llamadas Normas Forales.

Esto implica que en materia de tributación cada TH tiene normativa propia, con aspectos armonizados entre ellas y también con numerosas especialidades normativas y distinta práctica administrativa en cada provincia. Para armonizar los aspectos más importantes de cada normativa, existe un órgano de coordinación tributaria, el Consejo Vasco de Finanzas, formado por el Gobierno Vasco y las tres Diputaciones (téngase en cuenta que aproximadamente un 70% de lo recaudado por éstas se transfiere al Gobierno Vasco). Pese a ello, existen diferencias tributarias entre los Territorios, que pueden llegar a ser notables.

Con esta puntualización, por razones de claridad expositiva y por ser la normativa tributaria que mejor conozco por razón de mi ejercicio en San Sebastián, me referiré exclusivamente a la vigente en el TH de Gipuzkoa, salvo que expre-

samente indique lo contrario. En todo caso, en lo tocante a los pactos sucesorios, las Haciendas Forales alavesa y guipuzcoana suelen seguir los criterios genéricos de la vizcaína, aunque sin sentirse vinculadas por ellos, apartándose de ellos cuando lo consideran oportuno.

Por otra parte, aunque no es objeto de esta ponencia, es preciso apuntar que las normas de fijación de los puntos de conexión para determinar tanto la normativa fiscal como la competencia administrativa, foral o estatal, para la exacción de los tributos establecidos en la LCE (recientemente actualizados) no siempre son coincidentes con los de la Ley del Convenio Económico con la Comunidad Foral de Navarra o en la Ley de Cesión de Tributos a las CC.AA. de régimen común.

## 2. PRINCIPIOS GENERALES DE LA TRIBUTACIÓN DE LOS ACTOS A TÍTULO GRATUITO

Toda transmisión gratuita entre personas físicas es susceptible de gravamen por tres impuestos diferentes: El Impuesto sobre Donaciones y Sucesiones (ISD), el Impuesto Municipal sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (plusvalía municipal, IIVTNU) y el IRPF.

La tributación por estos dos últimos impuestos es sorprendente o, cuando menos, claramente cuestionable. En buena lógica, no parece que haya posible discusión en considerar que toda transmisión a título gratuito implica una pérdida patrimonial para el transmitente. Sin embargo, la normativa del IRPF considera que en caso de transmisión gratuita *inter vivos* se produce una alteración patrimonial que revela una ganancia implícita en el transmitente.

Lo lógico sería compensarla con la disminución patrimonial que experimenta el transmitente, con el límite si se quiere de las ganancias patrimoniales del sujeto pasivo a fin de que éste no pueda ver reducida su tributación por renta cuando efectúa transmisiones gratuitas a terceros mediante la compensación con otras ganancias patrimoniales. Sin embargo la normativa del Impuesto es durísima: Hay ganancia patrimonial por la variación patrimonial manifestada y no se computa la pérdida patrimonial por la transmisión lucrativa *inter vivos* (arts. 33, 34 y 36 LIRPF):

Art. 33 LIRPF: «Concepto.

1. Son ganancias y pérdidas patrimoniales las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél, salvo que por esta Ley se califiquen como rendimientos. (...)

3. Se estimará que no existe ganancia o pérdida patrimonial en los siguientes supuestos: (...)

b) Con ocasión de transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente.

c) Con ocasión de las transmisiones lucrativas de empresas o participaciones a las que se refiere el apartado 6 del artículo 20 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. (...)

e) Con ocasión de las aportaciones a los patrimonios protegidos constituidos a favor de personas con discapacidad.

4. Estarán exentas del Impuesto las ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto:

a) Con ocasión de las donaciones que se efectúen a las entidades citadas en el artículo 68.3 de esta Ley.

5. No se computarán como pérdidas patrimoniales las siguientes:

c) Las debidas a transmisiones lucrativas por actos *inter vivos* o a liberalidades».

«Artículo 34. Importe de las ganancias o pérdidas patrimoniales. Norma general».

1. El importe de las ganancias o pérdidas patrimoniales será:

a) En el supuesto de transmisión onerosa o lucrativa, la diferencia entre los valores de adquisición y transmisión de los elementos patrimoniales. (...)

«Artículo 36. Transmisiones a título lucrativo.

Cuando la adquisición o la transmisión hubiera sido a título lucrativo se aplicarán las reglas del artículo anterior, tomando por importe real de los valores respectivos aquellos que resulten de la aplicación de las normas del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, sin que puedan exceder del valor de mercado».

Aparte de razones de tipo ideológico, la única razón que explicaría este proceder sería evitar la elusión fiscal generalizada que se produciría mediante el simple expediente de transmitir en vez de a título oneroso, a título gratuito y luego éste a título oneroso a un tercero a fin de evitar la tributación de la ganancia patrimonial. Sin embargo atajar este problema sería bien sencillo, pues bastaría con considerar que en la adquisición a título gratuito no se produce una actualización del valor de adquisición, teniéndose en cuenta para el cálculo de la ganancia patrimonial el valor de la última adquisición onerosa. Y aunque de forma muy tímida y limitada exclusivamente a determinadas transmisiones de presente verificadas en pacto sucesorio, ésta es la idea que inspira la solución de la norma fiscal guipuzcoana (también la alavesa y vizcaína) a que más adelante me referiré con detalle.

Lo señalado para el IRPF sirve también para el IIVTNU. Con matizaciones importantes. De una parte, porque en este tributo no entran en juego los incrementos patrimoniales manifestados por los diferentes valores de adquisición y enajenación: la simple variación, naturalmente al alza, de los valores catastrales del suelo, ya es presupuesto del hecho imponible. Y de otra, porque la indudable similitud en el tratamiento fiscal en ambos impuestos podría implicar para el tratamiento en IRPF la misma tacha de confiscatoriedad que afecta al IIVTNU.

En efecto, el TC ha tenido la oportunidad de fijar algunos criterios consolidados:

— Las SSTC 26/2017, de 16 de febrero (Norma Foral de Guipúzcoa); 37/2017, de 1 de marzo (Norma foral de Álava); 48/2017, de 27 de abril (Norma Foral de Álava); 59/2017, de 11 de mayo (referida a la Ley de Haciendas Locales) y 72/2017, de 5 de junio, (Ley Foral navarra), declararon la nulidad parcial por inconstitucionalidad de determinados artículos referidos a la plusvalía municipal «únicamente en la medida en que someten a tributación situaciones de inexistencia de incrementos de valor», es decir en caso de existir pérdida patrimonial.

— La STC 107/2019, de 30 de septiembre, precisamente sobre un asunto de Zaragoza, establece la misma consecuencia porque «se estaría tributando por una renta inexistente, virtual o ficticia. Ello es contrario a los principios constitucionales de capacidad económica y no confiscatoriedad» pero «únicamente en aquellos casos en los que la cuota a satisfacer es superior al incremento patrimonial realmente obtenido por el contribuyente. Eso sí, la inconstitucionalidad así apreciada no puede extenderse, sin embargo, como pretende el órgano judicial, al ... (tipo de gravamen), pues el vicio declarado se halla exclusivamente en la forma de determinar la base imponible ...».

La Sentencia 1591/2018 del Tribunal Supremo de 7 de noviembre ya declaró como valores válidos a efectos de prueba, los consignados en las correspondientes escrituras públicas.

Parece indudable que esta doctrina debería aplicarse a las transmisiones a título gratuito, donde por definición, «todo es pérdida patrimonial».

Y con la máxima prudencia que exige el intento de extrapolación de esta doctrina a la tributación de las ganancias patrimoniales en IRPF, no parecería osado aplicar los mismos razonamientos, máxime teniendo en cuenta la deducción parcial de lo pagado por IIVTNU en IRPF, lo que ha hecho considerar a buena parte de la doctrina que se trata de una tributación distribuida en dos impuestos diferentes, a fin de evitar la tacha de doble imposición.

### 3. TRIBUTACIÓN POR IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES

A pesar de que en muchos casos es el que menor carga fiscal implica por sí mismo, el impuesto directo que grava genuinamente las transmisiones a título gratuito es el ISD. Señala el art. 3 LISD:

«Artículo 3. Hecho imponible.

1. Constituye el hecho imponible:

a) La adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio.

b) La adquisición de bienes y derechos por donación o cualquier otro negocio jurídico a título gratuito, “intervivos”».

A pesar de su tratamiento normativo conjunto, la tradicional equiparación de las transmisiones lucrativas *inter vivos* y *mortis causa* tiene sin embargo nume-

rosas excepciones. El legislador frecuentemente opta por aplicar a las transmisiones *mortis causa* un tratamiento fiscal más benigno que a las lucrativas *inter vivos*, como respuesta a la impopularidad, cada vez más creciente, del llamado «impuesto a la muerte». Ya hemos visto la exención de IRPF de la llamada «plusvalía del muerto» (art. 33.3. b) LIRPF, la actualización del valor patrimonial de los bienes por fallecimiento de su titular está exenta de gravamen). Se añade además la posibilidad de la exención prevista en el TRLHL:

«Artículo 108. Tipo de gravamen. Cuota íntegra y cuota líquida. (...)

4. Las ordenanzas fiscales podrán regular una bonificación de hasta el 95 por ciento de la cuota íntegra del impuesto, en las transmisiones de terrenos, y en la transmisión o constitución de derechos reales de goce limitativos del dominio, realizadas a título lucrativo por causa de muerte a favor de los descendientes y adoptados, los cónyuges y los ascendientes y adoptantes».

Sin embargo, en el marco del ejercicio de sus competencias, muchas CC.AA. siguiendo la estela de Madrid y Valencia (no es el caso de Aragón) han ido progresivamente equiparando el régimen fiscal en ISD de donaciones y sucesiones en lo relativo a tipos y mínimos exentos, considerando implícitamente las donaciones en el ámbito familiar como parte integrante de un complejo negocial que en última instancia trata de planificar la sucesión a favor de los futuros herederos. El propio legislador fiscal no es ajeno del todo a esta idea cuando establece normas de acumulación de donaciones y sucesiones a la hora de determinar la base imponible. Esta tendencia sirve de punto de partida para el análisis del concreto tratamiento tributario de los pactos sucesorios.

En el sistema sucesorio del Código Civil, con contadísimas excepciones (arts. 826 y 831 CC), existe una relación biunívoca entre fallecimiento y herencia: Sólo se concibe la existencia de una herencia con muerto y sin muerto no hay herencia. Sin embargo, en los territorios con derecho civil propio esta relación se rompe. En efecto, instituciones como el heredero de confianza, el poder testatorio, la fiducia sucesoria en suma, implican la existencia de herencias pendientes de asignación, esto es, de muertos sin herencia. Y en los pactos sucesorios, cuanto implican la transmisión de presente de bienes determinados a cuenta de la herencia futura o de la renuncia a aquélla, implican la anticipación del fenómeno sucesorio al inevitable hecho biológico, esto es, que haya herencias sin muerto.

De entrada, nos encontramos con un primer problema de calificación en Derecho civil: La entrega o transmisión de bienes de presente por virtud de pacto sucesorio, ¿es donación o sucesión? Aunque la respuesta es clara desde el punto de vista teórico, en determinados casos límite la cuestión se oscurece considerablemente. Por ejemplo, en el caso de la RDGRN 20-2-2017 se admitió una donación *inter vivos* con eficacia *post mortem*, mientras que la de 27-3-2019 calificó como donación *mortis causa* no inscribible una donación condicionada a

la muerte del donante en que éste se reservaba la facultad de disponer «para sí» los bienes donados por la simple decisión de recuperarlos sin más.

Ahora bien, una vez determinada con precisión en el plano del derecho civil un negocio jurídico como *inter vivos* o *mortis causa*, ¿sería vinculante en el plano fiscal?

En principio aunque sería lo deseable, no tendría por qué ser así forzosa-mente. Como señaló magistralmente mi distinguido coponente y Director General de Tributos de la DGA Francisco Pozuelo, en su discurso de ingreso en la Real Academia Aragonesa de Derecho y Legislación, el legislador fiscal no está obligado a aceptar hasta sus últimas consecuencias la calificación civil de los actos jurídicos y tiene un amplísimo margen para definir y delimitar los hechos imposables, hasta el punto, añadiría yo, de utilizar de forma generalizada una técnica similar a la de los «conceptos autónomos» muy frecuente en los Reglamentos y Directivas de la Unión Europea, a los únicos efectos de la aplicación de determinadas normas fiscales.

Esta forma de proceder, empero, no puede entenderse de forma ilimitada, ya que su abuso puede dar al traste con la unidad del ordenamiento jurídico que no es sólo un axioma dogmático más o menos discutible, sino quizás la última garantía de los principios constitucionales de interdicción de la arbitrariedad y seguridad jurídica. Que el legislador fiscal no esté maniatado por la regulación civil, no significa que pueda actuar indiscriminadamente al margen de aquella y mucho menos, frontalmente en contra. Una actuación de este tipo sería inconstitucional, por ser contraria al art. 9.3 CE.

Su utilización está plenamente justificada en aquellos supuestos en que no existe un razonable consenso en la doctrina y jurisprudencia civil o en aquellos en que por mor de la autonomía de la voluntad, los interesados construyen negocios jurídicos complejos con la finalidad de acogerse a un tratamiento fiscal más benévolo. Para estos casos, las propias normas fiscales han desarrollado una profusa normativa que trata de acotar la cada vez más delgada línea que separa la economía de opción del propósito de elusión fiscal, construcción que ha objetivado el fraude a la ley tributaria, de más difícil apreciación.

En el caso concreto del ISD, lo anteriormente señalado se traduce en dos importantes preceptos del RISD (RD 1629/1991):

«Artículo 7. Principio de calificación.

El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones se exigirá con arreglo a la verdadera naturaleza del acto o contrato que sea causa de la adquisición, cualquiera que sea la forma elegida o la denominación utilizada por los interesados, prescindiendo de los defectos intrínsecos o de forma que puedan afectar a su validez y eficacia, sin perjuicio del derecho a la devolución en los casos que proceda.

Artículo 8. Concurrencia de condiciones.

Cuando el acto o contrato que sea causa de un incremento patrimonial sujeto al Impuesto esté sometido al cumplimiento de una condición, su calificación se realizará con arreglo a las prescripciones de la legislación civil. Si se calificare como suspensiva no se liquidará el Impuesto hasta que la condición se cumpla, pudiendo procederse a la inscripción de los bienes en los Registros públicos siempre que se haga constar al margen del asiento practicado el aplazamiento de la liquidación. Si se calificare como resolutoria, se exigirá el Impuesto, desde luego, sin perjuicio de la devolución que proceda en el caso de cumplirse la condición».

Este mismo principio es establecido por el TRITPAJD:

«Artículo 2.

1. El impuesto se exigirá con arreglo a la verdadera naturaleza jurídica del acto o contrato liquidable, cualquiera que sea la denominación que las partes le hayan dado, prescindiendo de los defectos, tanto de forma como intrínsecos, que puedan afectar a su validez y eficacia.

2. En los actos o contratos en que medie alguna condición, su calificación se hará con arreglo a las prescripciones contenidas en el Código Civil. Si fuere suspensiva no se liquidará el impuesto hasta que ésta se cumpla, haciéndose constar el aplazamiento de la liquidación en la inscripción de bienes en el registro público correspondiente. Si la condición fuere resolutoria, se exigirá el impuesto, desde luego, a reserva, cuando la condición se cumpla, de hacer la oportuna devolución según las reglas del artículo 57.

Artículo 3.

Para la calificación jurídica de los bienes sujetos al impuesto por razón de su distinta naturaleza, destino, uso o aplicación, se estará a lo que respecto al particular dispone el Código Civil o, en su defecto, el Derecho Administrativo».

Como vemos, tanto el ISD como el ITPAJD son tributos de carácter marcadamente técnico en que el respeto de la consideración civil de los hechos imponibles es vital. Desde Aragón, al igual que desde otros territorios con derecho civil propio, es tan criticable como descriptivo del estado de la cuestión, la mención al «Código Civil» en lugar de al «Derecho Civil», como sería obligado, tanto desde el punto de vista del reconocimiento del hecho incontrovertible que supone la pluralidad legislativa en esta materia, constitucionalmente garantizada, como desde la realidad incontestable de la existencia en los derechos forales de instituciones jurídicas desconocidas en el derecho civil común cuyo tratamiento tributario puede resultar problemático.

En este sentido, con mis compañeros de mesa, Pozuelo y Merino concuerdo en que no se puede hablar propiamente de un maltrato consciente y deliberado del legislador fiscal estatal al derecho foral, sino más bien de una ignorancia — culpable, diría yo, pues el principio de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento obliga con mayor rigor a las autoridades y poderes públicos que al resto de los ciudadanos— acerca de su existencia, con la consiguiente inseguridad en su tratamiento tributario. La dificultad inherente a los supuestos fácticos a los que se aplican estos tributos, su carácter residual en el conjunto

del sistema tributario, el fraccionamiento de la competencia normativa entre el Estado y las CC.AA. y la ignorancia de muchas instituciones civiles forales, plantean numerosos problemas de encaje.

Pero discrepo con ellos en el sentido de que este papel maltratador de las instituciones forales, paradójicamente, ha sido asumido por la DGA, al menos en mi percepción como observador externo, con el deliberado y proclamado propósito de evitar que las instituciones forales sean utilizadas de forma torticera de elusión fiscal. Lo desarrollo a continuación.

Señala la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común:

«Artículo 45. Titularidad de competencias.

1. La titularidad de las competencias normativas y de aplicación de los tributos cuyo rendimiento se cede a las Comunidades Autónomas, de la potestad sancionadora, así como la revisión de los actos dictados en ejercicio de las competencias citadas, corresponde al Estado. (...)

Artículo 48. Alcance de las competencias normativas en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

1. En el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias normativas sobre:

a) Reducciones de la base imponible: Las Comunidades Autónomas podrán crear, tanto para las transmisiones ``*inter vivos*´´, como para las *mortis causa*, las reducciones que consideren convenientes, siempre que respondan a circunstancias de carácter económico o social propias de la Comunidad Autónoma de que se trate.

Asimismo, las Comunidades Autónomas podrán regular las establecidas por la normativa del Estado, manteniéndolas en condiciones análogas a las establecidas por éste o mejorándolas mediante el aumento del importe o del porcentaje de reducción, la ampliación de las personas que puedan acogerse a la misma o la disminución de los requisitos para poder aplicarla.

Cuando las Comunidades Autónomas creen sus propias reducciones, éstas se aplicarán con posterioridad a las establecidas por la normativa del Estado. Si la actividad de la Comunidad Autónoma consistiese en mejorar una reducción estatal, la reducción mejorada sustituirá, en esa Comunidad Autónoma, a la reducción estatal. A estos efectos, las Comunidades Autónomas, al tiempo de regular las reducciones aplicables deberán especificar si la reducción es propia o consiste en una mejora de la del Estado.

b) Tarifa del impuesto.

c) Cuantías y coeficientes del patrimonio preexistente.

d) Deducciones y bonificaciones de la cuota.

Las deducciones y bonificaciones aprobadas por las Comunidades Autónomas resultarán, en todo caso, compatibles con las deducciones y bonificaciones establecidas en la normativa estatal reguladora del impuesto y no podrán suponer una modificación de las mismas. Estas deducciones y bonificaciones autonómicas se aplicarán con posterioridad a las reguladas por la normativa del Estado. (...)

Artículo 49. Alcance de las competencias normativas en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

1. En el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias normativas sobre:

a) Tipos de gravamen: En relación con la modalidad «Transmisiones Patrimoniales Onerosas», las Comunidades Autónomas podrán regular el tipo de gravamen en:

Concesiones administrativas.

Transmisión de bienes muebles e inmuebles.

Constitución y cesión de derechos reales que recaigan sobre muebles e inmuebles, excepto los derechos reales de garantía.

Arrendamiento de bienes muebles e inmuebles. Los modelos de contrato para el arrendamiento de inmuebles podrán ser elaborados por la propia Comunidad Autónoma.

En relación con la modalidad «Actos Jurídicos Documentados», las Comunidades Autónomas podrán regular el tipo de gravamen de los documentos notariales.

b) Deducciones y bonificaciones de la cuota: Las deducciones y bonificaciones aprobadas por las Comunidades Autónomas sólo podrán afectar a los actos y documentos sobre los que las Comunidades Autónomas pueden ejercer capacidad normativa en materia de tipos de gravamen con arreglo a lo dispuesto en la letra anterior.

En todo caso, resultarán compatibles con las deducciones y bonificaciones establecidas en la normativa estatal reguladora del impuesto sin que puedan suponer una modificación de las mismas. Estas deducciones y bonificaciones autonómicas se aplicarán con posterioridad a las reguladas por la normativa del Estado.

Ese el ámbito competencial propio de las CC.AA. de régimen común. Me interesa subrayar un aspecto por su vital importancia para lo que se va a sostener a continuación: La competencia normativa para la adaptación a determinadas «circunstancias de carácter económico o social propias de la Comunidad Autónoma» que obviamente pueden resultar de la existencia de un derecho civil propio, sólo pueden ser utilizadas para el establecimiento de determinadas reducciones de la base imponible pero no para aumentarla ni menos aún para crear por vía indirecta un hecho imponible allá donde la normativa sustantiva, de competencia estatal, no lo establece.

#### **4. TRIBUTACIÓN DE LOS PACTOS SUCESORIOS DE INSTITUCIÓN EN LA REGULACIÓN ESTATAL. EXAMEN DE LA SITUACIÓN EN ARAGÓN**

A los efectos del presente trabajo, limitado a los pactos de institución sucesoria, interesa la distinción entre los que implican una transmisión actual o futura de bienes en vida del instituyente y los que tienen una eficacia transmisora dife-

rida al momento del fallecimiento de éste. Nótese que vamos a estudiar por un lado los pactos sucesorios con eficacia en vida del instituyente, incluyendo tanto los pactos con eficacia de presente como los sujetos a plazo o condición distinta de su fallecimiento y por otro, los pactos sucesorios con eficacia *post mortem* o como se denominan en el derecho aragonés «para después de los días»<sup>1</sup>.

#### ***4.1. Tributación de los pactos sucesorios con transmisión en vida del instituyente.***

En el ISD estatal, recientemente se ha puesto de manifiesto una abundante conflictividad en torno a la calificación fiscal de los pactos sucesorios con eficacia de presente. La ignorancia de normativa específica aplicable a estos pactos, fiel trasunto de su prohibición en el Código Civil, motivó que las distintas administraciones, tanto la AEAT como las autonómicas, se pronunciasen por su tributación como donaciones, lo que en la práctica los condenaba al ostracismo, ante la desventaja comparativa frente a la tributación «normal» de la sucesión *mortis causa*.

Sin embargo, esta práctica debe considerarse totalmente desterrada en la actualidad, como consecuencia de distintos pronunciamientos del Tribunal Supremo, del TSJG y finalmente de la DGT. En el ámbito de los pactos sucesorios de mejora gallegos, los asimila a todos los efectos, tanto en el ISD como, mucho más importante, en el IRPF a la tributación de la sucesión *mortis causa*, como consecuencia obligada de su inequívoca naturaleza jurídica civil.

Siguiendo a mi compañero Vicente Martorell<sup>2</sup> podemos concluir que:

— No está sujeta a IRPF la ganancia o pérdida patrimonial puesta de manifiesto en el pacto sucesorio gallego de apartación o de mejora, que debe recibir el trato de lo sucesorio (SSTSJG de 16-7-2012, 27-9-2012 y 23-1-2013).

— En sentido contrario, la STSJG 6-2-2013 entendió que «*en la medida en que nos encontramos ante un pacto sucesorio en el que se transmiten bienes a favor de los mejorados sin necesidad de que se abra la sucesión por el fallecimiento del causante, ha de equipararse a la transmisión inter vivos a efectos de su tributación*». Pero dicha Sentencia fue declarada nula por Auto TSJG de 16-5-2013 debido a «*un error de intertextualización en la mecanización de la sentencia*», siendo sustituida por la STSJG de 19-6-2013, según la cual, «*... estamos ante un pacto sucesorio cuyo devengo se anticipa al fallecimiento del causante, lo que justifica que se liquide el Impuesto de Sucesiones y Donaciones y, por tanto, no proceda la tributación por IRPF*».

1. Resulta deliciosamente llamativo que en Aragón se utilice una expresión más popular —eufemismo incluido—, mientras en Euskadi, tan celosa en el fomento y protección de su bellísima lengua vasca, se utilice una expresión latina más directa.

2. <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/fiscal/articulos-fiscal/la-mejora-y-apartacion-gallegas-en-la-practica-cuestiones-transfronterizas/#fiscales>.

Tras diversas vicisitudes del TEARG y TEAC, la cuestión ha sido resuelta por la STS 9-2-2016 que declara la no sujeción a IRPF de la ganancia o pérdida patrimonial puesta de manifiesto en el pacto sucesorio gallego de apartación, criterio que debe hacerse extensivo a cualquier pacto sucesorio con transmisión de bienes de presente, como señaló la RTEAC de 2-3-2016, en unificación de doctrina, en relación al pacto sucesorio gallego de apartación y también, a regañadientes las RRDGT de 17-2-2017 y 18-5-2017. El resultado: ¡Más de 30.000 pactos sucesorios de mejora en 2018, un promedio de 82 diarios!<sup>3-4</sup>.

En Aragón, la utilización de los pactos sucesorios con transmisión en vida del instituyente tienen una muy escasa vigencia en la práctica. Sin embargo, no puede achacarse tal situación a una falta de demanda por parte de los ciudadanos que, desde luego, no somos más ajenos a nuestro derecho foral que los gallegos. Mi impresión es justamente la contraria: los aragoneses somos muy conscientes de nuestro derecho foral, mientras que los gallegos parece que lo acaban de descubrir en este punto.

Tampoco a una falta de impulso legislativo o una normativa civil inadecuada. Más bien al contrario, como señala Adolfo Calatayud<sup>5</sup>, la mera mención de la sucesión paccionada como la primera forma de suceder *mortis causa* (art. 317.1 CDFA) y su pormenorizada regulación (arts. 377-404 CDFA) son indicativos precisamente de lo contrario.

La causa por la que no se utilizan no es otra que los embates fiscales que ha sufrido a lo largo de la historia y que, por desgracia, continúan en la actualidad. Como los presentes conocen mejor que yo la situación, me limitaré a señalar los hitos fundamentales:

1) Tradicionalmente, las transmisiones en vida contenidas en pactos sucesorios tributaban como donación.

2) La Instrucción de la DGT de Aragón de 1-3-2010, haciéndose eco del criterio de las consultas vinculantes de la DGT estatal relativas a pactos de definición

3. [https://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/economia/2019/01/15/treinta-mil-gallegos-recibieron-bienes-herencias-vida-ultimo-ano/0003\\_201901G15P30993.htm](https://www.lavozdeg Galicia.es/noticia/economia/2019/01/15/treinta-mil-gallegos-recibieron-bienes-herencias-vida-ultimo-ano/0003_201901G15P30993.htm).

4. La neutralidad e independencia del TEAC ha sido cuestionada por el Abogado General, que ha recomendado al TJUE que no admita su competencia para plantear cuestiones prejudiciales ya que «no cumple los requisitos de independencia necesarios para constituir un órgano jurisdiccional a efectos de la remisión de cuestiones prejudiciales» dado que sus miembros «no gozan ni de inamovilidad ni de garantía alguna frente a la destitución», elementos que «constituyen un aspecto tradicional e indispensable de la independencia judicial»). Criterio que ha sido ratificado por la STJUE de 21-1-2020. Circunstancias que, por el contrario sí concurren en los notarios que, a los efectos de los Reglamentos 650/2012, 2016/1103 y 2016/1104, tiene la consideración de «tribunal» y, por tanto podrían quizá estar facultados para plantear cuestiones prejudiciales en expedientes de jurisdicción voluntaria cuya resolución dependa de la compatibilidad de una disposición interna con determinadas disposiciones de dichos reglamentos.

5. En escrito de recurso pendiente de resolución.

de Baleares y pactos de mejora de Galicia<sup>6</sup>, considera que tienen carácter sucesorio. El mismo criterio fue seguido por la Resolución del TEAR de Aragón de 26-11-2009. Pero había *truco*: En aquel momento el mínimo exento en sucesiones era de 150.000 euros y en donaciones de 300.000.

3) El 1 de enero de 2018, manteniéndose su tratamiento fiscal como sucesión, desaparece la bonificación de 300.000 de donaciones.

4) La Ley 10/2018, de 6 de septiembre, de medidas relativas al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones amplía el mínimo exento por sucesiones a 500.000 euros. Sin embargo, La RDGT-A de 18-10-2018 considera no aplicables tales beneficios a los pactos de presente.

Esta Resolución, cuya fecha es anterior a la entrada en vigor de la Ley, pretende realizar, sin tener a mi juicio competencia para ello<sup>7</sup>, una interpretación *auténtica* de las intenciones del legislador. Y toma como punto de referencia para llegar a tal conclusión la exposición de motivos de la Ley en la que se puede leer lo siguiente:

«Más allá del beneficio singular que pueda reportar a los contribuyentes, el establecimiento o aumento de reducciones propias en este impuesto reconoce la especial situación que sobreviene cuando fallece un familiar cercano. En ese sentido, la adquisición lucrativa que se produce en vida del transmitente, también gravada en este impuesto, no tiene la misma significación que la que obtiene un causahabiente después del fallecimiento de su familiar. Por eso, la mejora en la situación patrimonial del cónyuge, ascendientes y descendientes, tras el fallecimiento del causante, se hace acreedora de un mejor trato fiscal que el producido entre esas mismas personas antes del óbito».

En consecuencia, continúa la Resolución señalando que:

«Por tanto, en atención a lo que el espíritu y finalidad de la ley revela, esta reducción no procede en los pactos sucesorios que, aun teniendo civilmente tal naturaleza, supongan una transmisión de bienes en vida del causante. Esta interpretación es la que ya recoge la contestación a la consulta vinculante n° 4/2018 de este centro directivo, que se puede consultar en nuestra página web».

La verdad es que el razonamiento me produjo —y me sigue produciendo— perplejidad. Considerar que a las instituciones sucesorias no se les aplican las reducciones previstas para las adquisiciones sucesorias requiere un considerable ejercicio dialéctico y argumentativo que yo, desde luego, dejo para otros. Lo del dolor como fuente del derecho fiscal, también. Aunque bien pensado, quizás

---

6. Consultas vinculantes 0508-05 y 2404-06

7. Es obvia la facultad administrativa para interpretar la Ley, cualquier ley, pero también que dicha interpretación jamás puede ser tenida como auténtica e irrefutable, pudiendo ser cuestionada ante la jurisdicción contencioso-administrativa, donde debería apreciarse una igualdad procesal y material entre las diversas interpretaciones sustentadas por las partes del eventual proceso.

modular el rigorismo propio en la formulación y no digamos ya la aplicación del derecho tributario en virtud del sufrimiento impetrado en la persona del contribuyente contribuya a abrir una nueva vía en una interpretación y aplicación más humana del derecho fiscal.

Pero yo, que me considero ante todo un jurista práctico formado en una visión que podríamos llamar clásica del derecho, ajena al postmodernismo hiperpositivista, prefiero apegarme al terreno que conozco o, al menos me resulta familiar. Y me viene a la cabeza la distinción entre la causa objetiva de los actos jurídicos (y legislar es un acto jurídico) y la motivación subjetiva de las partes, que carece de relevancia jurídica salvo que se haya erigido en elemento causal del acto<sup>8</sup>. La causa es fuente del derecho o, si se quiere, un elemento esencial del acto jurídico, los motivos, no. O dicho en palabras del profesor Lacruz, cuyos manuales muchos aquí presentes estudiamos y en tal sentido, somos sus discípulos, la *voluntas legis* debe prevalecer sobre la *voluntas legislatoris*.

Por otra parte, no se puede olvidar que, como ha señalado reiteradamente el Tribunal Constitucional desde la muy añeja STC 36/81, de 12 de noviembre «el preámbulo no tiene valor normativo aunque es un elemento a tener en cuenta en la interpretación de las Leyes» (F.J. 7) precisando la STC 150/1990, de 4 de octubre (F.J. 2) que «los preámbulos o exposiciones de motivos de las leyes carecen de valor normativo y no pueden ser objeto de un recurso de inconstitucionalidad», principios que tanto ha utilizado para no entrar a valorar la inadecuación constitucional de determinadas proclamaciones soberanistas de los parlamentos vasco o catalán.

En definitiva, una cosa es que el legislador, en uso legítimo de una opción de política legislativa establezca una mejor tributación de las transmisiones lucrativas que se produzcan en el ámbito de una sucesión *mortis causa* ante «el dolor causado por el óbito» y otra cosa muy distinta es que el óbito se constituya como la causa determinante del beneficio fiscal. ¿Acaso no hay dolor cuando hay enfermedad, el óbito está próximo o el futuro causante se encuentra en una situación personal de dependencia o de creciente deterioro cognitivo? ¿Se va a erigir el legislador, *rectius*, la administración aragonesa en cuantificadora del dolor?<sup>9</sup>.

En mi opinión, si el legislador aragonés hubiera querido aplicar los beneficios sucesorios únicamente cuando ya ha fallecido el instituyente, habría tenido fácil excluir de la aplicación del beneficio a las sucesiones paccionadas, simplemente reconociéndolos a las adquisiciones sucesorias producidas una vez muerto el

---

8. «Los motivos son los móviles o impulsos puramente subjetivos (...), ordinariamente irrelevantes y sin trascendencia jurídica, a menos que se incorporen a la declaración de voluntad». STS, Sala 1ª 6-6-2002. Según reiteradísima jurisprudencia, la causa, como elemento esencial del negocio jurídico es un concepto objetivo; el móvil subjetivo es, en principio una realidad extranegocial, a no ser que se incorpore al negocio como cláusula o condición».

9. Que no tiene en cuenta si el óbito es anterior o posterior a la transmisión *mortis causa* ni tampoco circunstancias susceptibles de modular el dolor que, aun medible, nunca podrá serlo mediante una variable matemática cuantitativa continua.

causante, cosa que no hizo. A diferencia de otros momentos históricos en que la sucesión testamentaria estaba fiscalmente favorecida frente a la intestada o legal, el legislador aragonés no la ha privilegiado en modo alguno frente a la paccionada. *Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*, donde la ley no distingue, no debemos distinguir, dice el antiguo brocardo, al que cabría añadir el recordatorio de que la ley obliga también —y sobre todo a— los poderes públicos y a la Administración, por más que (o mejor aún porque) haya tenido un papel preponderante en su elaboración.

La administración tributaria no puede pretender que aplicar diferentes beneficios tributarios a las diferentes formas de disponer *mortis causa* es ser respetuoso con el diferente tratamiento fiscal de la sucesión y la donación mediante el simple expediente de una alusión en una exposición de motivos cuidadosamente descontextualizada y que no puede tener otra pretensión que hacerse eco de la creciente impopularidad del ISD, como pone de manifiesto la gran movilización ciudadana contraria, muy intensa en Aragón.

El criterio administrativo lo que pretende y consigue en la práctica es sujetar las entregas en vida en virtud de pacto sucesorio al régimen fiscal de la donación. Se olvida del principio de reserva de ley en la configuración del hecho imponible, cuestión en la que el legislador aragonés carece por completo de competencia, a diferencia del estatal. Por otra parte, no es posible, salvo que así lo disponga el legislador fiscal competente para ello, que un mismo acto sea sucesión *mortis causa* a efectos de un impuesto —el IRPF— y transmisión *inter vivos* para otro, el ISD<sup>10</sup>.

En definitiva, si conforme a la ley civil aragonesa un pacto sucesorio con eficacia de presente es una institución de naturaleza inequívocamente sucesoria y la ley fiscal, sea estatal o aragonesa —restringiendo las reducciones en la base imponible a las transmisiones *mortis causa post mortem*—, no establece expresamente un distinto tratamiento fiscal a las herencias testamentarias y las contractuales, no es lícito establecerlo por la puerta de atrás del criterio administrativo —forzosamente de parte— para acabar asimilándolas a las donaciones. De este modo se colisiona con el art. 7 RISD que se dice respetar y nos llevamos por delante una institución jurídica de raigambre incuestionable y capital en el sistema sucesorio aragonés.

No se trata de que la administración aragonesa deba mimar las instituciones jurídicas forales frente a las del derecho civil común. Bastaría con que no utilizara el fuego *amigo*; quizá convendría que el Justicia, como institución a la que compete por razón del Estatuto de Autonomía de Aragón la defensa del ordenamiento jurídico aragonés podría decir algo al respecto. En definitiva, en términos

---

10. No sería argumento contrario el tratamiento en el IIVTNU, pues es establecido por el mismo legislador, se devenga del mismo modo en las transmisiones gratuitas con independencia de si la transmisión es *inter vivos* o *mortis causa*.

castizos, si se me permite la chanza, volver al tradicional *in dubio pro reo* frente al tan generalizado en materia fiscal *in dubio, te arreo*.

#### 4.2. *Tributación de los pactos sucesorios con eficacia post mortem (para después de los días)*

Si el criterio respecto de los pactos sucesorios con transmisión de presente resulta chirriante —y contrario a la jurisprudencia del TS y TEAC—, no menos resulta la reiterada pretensión de someter a tributación por IAJD los pactos sucesorios con eficacia *post mortem* —para después de los días— cuando afectan a bienes inscritos en los Registros de la Propiedad y Mercantiles. Aunque no es el objeto específico de esta ponencia, este Foro es particularmente apropiado para sumarme a la denuncia, cada vez más generalizada, en torno a la contra todo pronóstico vigorosa existencia del IAJD en nuestros días. En este punto resulta obligado remitirse en bloque al artículo recientemente publicado por mi compañero de Valencia Máximo Javier Juárez González, en la revista *El Notario del Siglo XXI*, del Colegio Notarial de Madrid, en el que de forma insuperable despedaza sin piedad este tributo.

Antes de entrar en un análisis muy resumido de sus argumentos, mi primera reflexión es que tras 30 años de ejercicio profesional, no he conseguido que nadie me proporcione una explicación convincente de en qué consiste su hecho imponible. Según Juárez, el IAJD «Tiene (...) un origen formal: someter a tributación determinadas formas documentales (...) radicando su fundamento precisamente en el «plus» de valor jurídico o económico de los mismos. Por tanto, no es un impuesto en cuanto no grava ni de manera inmediata ni mediata capacidad económica alguna». Con contundencia incontestable añade: «La cuota gradual de AJD tampoco puede catalogarse como tasa ni como precio público. La Administración no presta servicio alguno (...) la documentación notarial y la inscripción registral es prestada por profesionales públicos [bajo su exclusiva responsabilidad] retribuidos por los usuarios mediante tarifas oficiales (...) que tiene(n) su cobertura normativa con rango de ley en la disposición adicional tercera de la Ley 8/1989, de Tasas y Precios Públicos». Y concluye que «(...) tanto para los expertos como para los profanos se contempla como un peaje tributario a la formalización documental de operaciones que, o bien ya tributan en la imposición indirecta, o que no debían de tributar (...).

Alegar que lo gravado es la especial seguridad jurídica que el ordenamiento concede a determinados documentos notariales «de cuantía» e «inscribibles en los registros de la propiedad y mercantiles» resulta hilarante ... excepto para el sujeto pasivo del impuesto, claro. La atribución —en Reglamento y no en la Ley— de la condición de sujeto pasivo al «deudor» en los préstamos hipotecarios, cuando el directamente beneficiado de la seguridad jurídica es el acreedor, era radicalmente contraria a su pretendido espíritu y su anulación en un espec-

táculo lamentable de sentencias contradictorias de las secciones y el Pleno de la Sala 3ª del TS, ha concluido el vodevil con su imposición al acreedor, con serias dudas acerca de su conformidad con las directivas europeas.

Su inane justificación y su marginal recaudación deberían conducir a su supresión, lisa y llana. Un tributo que no es impuesto, tasa ni precio público, en que el hecho imponible es una entelequia, la base imponible está sujeta a una amplia discrecionalidad administrativa y judicial, cuando no es fijada directamente de forma totalmente arbitraria, sólo puede ser calificado como confiscatorio. En definitiva, como señaló a este ponente en conversación informal un magistrado del TSJ del País Vasco, las administraciones cobran el IAJD ... porque pueden hacerlo.

Pero si complicado resulta entender la mera existencia del IAJD, tampoco resulta fácil su encaje o «compatibilidad» con otros impuestos. Con carácter general, el TRITPAJD establece:

— La incompatibilidad entre ISD, ITP, OS, y AJD. Cuando un acto esté sujeto —aunque esté exento— a cualquiera de dichos impuestos, no estará no sujeto a IAJD (art. 31,2 TRITPAJD).

— La compatibilidad entre IVA e IAJD, cuando un acto está sujeto, exento o no, al IVA y se den los demás presupuestos del hecho imponible del IAJD.

Es pacífico, por tanto, que cuando un acto está gravado, aunque esté exento, por ISD no está sujeto a IAJD. Y al aplicarse el principio tanto a herencias como a donaciones, lo mismo ocurrirá con los pactos sucesorios con transmisión de presente.

Ante la paladina incompatibilidad entre ISD e IAJD establecida por el art.31,2 LITP, la pretensión de la administración tributaria aragonesa por someter a IAJD los pactos sucesorios con eficacia *post mortem* —para después de los días— nos parece digna de mejores causas. El ISD, en cualquiera de sus dos modalidades, es un tributo directo que grava la capacidad económica manifestada por el incremento del patrimonio del adquirente —persona física— de un bien a título gratuito. Ahora bien, ¿es admisible la pretensión de sujetar a IAJD la escritura de pacto sucesorio SIN entrega de bienes de presente cuando afecta a bienes inmuebles u otros bienes inscribibles?

Aparentemente se dan los requisitos a que hace referencia el art. 31 del TRITPAJD: Cuantía valuable, formalizado en escritura pública e inscribible en el Registro de la Propiedad. Además no está sujeto a ISD, por cuanto no se produce transmisión ACTUAL alguna. Sin embargo, en mi opinión estos argumentos son puramente formales y forzados y los contrarios son definitivos.

En primer lugar, por definición, en todo pacto sucesorio hay una transmisión *mortis causa*, puesto que del pacto sucesorio nacen unos derechos expectantes a favor del instituido que normalmente, se materializarán en el momento del falle-

cimiento del instituyente, cuando se producirá la transmisión de ciertos bienes al instituido.

Si el pacto afectaba a bienes singulares, la propiedad de los mismos o los que se hayan subrogación en su lugar pasarán a ser propiedad del instituido o quienes le sustituyan. Si afectara a la totalidad o a una parte del patrimonio del instituyente, los bienes concretos que recibirá el instituido serán los que en ese momento formen parte de su patrimonio que no tienen por qué coincidir con los que había en el momento de la formalización del pacto.

Bien se sabe en Aragón que un derecho expectante es mucho más que una expectativa de derecho. Como consecuencia del pacto, el instituido adquiere ordinariamente unos derechos derivados de la limitación de las facultades de disposición de los bienes por parte del instituyente, sin el consentimiento del instituido.

El que tales derechos expectantes del instituido no sean disponibles sin el consentimiento del instituyente no obsta en absoluto al hecho de que el instituyente no puede privar de ellos al instituido de forma libérrima, pues en tal caso, la situación quedaría asimilada a una suerte de donación mortis causa revocable en la que sería difícil, por no decir imposible cuantificar en modo alguno el valor de lo adquirido por el donatario.

En cualquier caso, si el pacto afectara a bienes inscribibles, la publicidad registral no reflejará transmisión de derecho hereditario alguno actual a favor del instituido, sino su derecho a adquirir mortis causa el bien en el momento del fallecimiento del instituyente. En efecto, el derecho hereditario del sucesor no puede ser objeto de inscripción alguna y el que puede ser objeto de anotación preventiva conforme al art. 46 LH sólo es lo es a instancia de un sucesor una vez fallecido el causante<sup>11</sup>.

Lo que en realidad accederá al RP será la limitación de las facultades dispositivas del instituyente sobre el bien afectado por el pacto, conforme a lo establecido por la ley sucesoria o por el propio pacto.

Cabría no obstante considerar que el derecho expectante del instituido es una suerte de titularidad sujeta a condición suspensiva, de modo que el Registro publicaría su titularidad suspensivamente condicionada. En este caso, tanto el TRITPAJD como la LISD y el RISD establecen que no sólo la liquidación sino el mismo devengo del impuesto se suspenderá hasta que ésta se cumpla (arts. 2.2 TRITPAJD y art. 24.3 LISD).

Lo anterior no implica desconocer el hecho de que las SSTs 13 y 18-11-2015 establecieron que en IAJD (e IOS), el impuesto se devenga el día en que se forma-

---

11. En materia de anotaciones preventivas el sistema legal es de *numerus clausus*. El legislador civil aragonés no ha previsto, como podría haber hecho, la posibilidad de que el sucesor instituido en pacto sucesorio para después de los días pueda instar la anotación preventiva de su derecho hereditario.

lice el acto sujeto a gravamen, esto es, el día en que se otorga la escritura pública (art. 2.1 TRITPAJD), aun cuando estuviera sujeto a condición suspensiva, pero la incompatibilidad entre ISD y IAJD impide que un acto sujeto al primero, aun cuando esté exento o suspendido su devengo, pueda gravarse por IAJD.

Interesa recalcar que no se produce aquí elusión tributaria alguna. Será en el momento en que se cumpla la condición, esto es el fallecimiento del instituyente cuando la transmisión se consumará y tributará por IS conforme a las normas vigentes en el momento de cumplirse la condición. No se trata sino de la aplicación armoniosa de las normas generales de devengo del impuesto. Si como consecuencia del pacto el instituyente recibiera alguna contraprestación, quedará ésta última sujeta a ITP o a ISD, según se entienda que es onerosa o gratuita.

En definitiva, es un hecho incuestionable que esta modalidad de pacto sucesorio tiene siempre y en todo caso naturaleza sucesoria, como negocio *mortis causa* que es, por lo que está sujeto a ISD. Si no devenga impuesto alguno es o porque se considera que no hay transmisión alguna o porque dicha transmisión no se puede valorar económicamente. De haber base imponible, tributaría por ISD y si no tributa en este impuesto, no habiendo exención alguna para este tipo de pacto será porque no hay base. Y si no la hay para ISD, tampoco la podrá haber para IAJD, fallando el presupuesto de «cuantía valuable» para el devengo del IAJD.

Más dificultades aún plantearía determinar quién sería el sujeto pasivo; en teoría el instituido, pero se plantea un problema irresoluble, ya que sería un sujeto pasivo quien no adquiere derecho valuable alguno. Y no digamos ya si el pacto es en favor de tercero.

Empero todavía cabría otra posibilidad. Considerar valuable económicamente las limitaciones a la transmisión de los bienes afectados por el pacto y considerarla como la base imponible del IAJD<sup>12</sup>. Sin embargo, no existe ningún criterio específico en las normas fiscales para determinar dicho valor, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo con los usufructos o las rentas vitalicias. Máxime teniendo en cuenta que tales limitaciones pueden afectar sólo a determinadas modalidades de transmisión o que el pacto podría ser configurado por los interesados con carácter puramente obligacional y no inscribible. Y en caso de tener algún valor, sería difícil sostener por la administración tributaria una valoración distinta a la que hubieran dado los interesados, por ejemplo, un euro.

Por otra parte, aludir como hace la Instrucción aragonesa, al tratamiento sucesorio tributario de la viudedad, como si ésta pudiera tener otro distinto es totalmente erróneo, por no utilizar otro adjetivo más duro. Obvia el hecho incuestionable de que el usufructo viudal nace *mortis causa* y con carácter gratuito, aun

---

12. En este sentido, el reciente criterio de considerar como base imponible en las vinculaciones *ob rem* la del bien afectado por la vinculación y no la suma del valor de todos ellos o en los cambios de uso, el valor de las obras realizadas o el aumento del valor catastral como consecuencia de las mismas, descartando que sea el valor final del inmueble.

cuando su naturaleza jurídico civil no sea sucesoria. Si se quiere traer a colación la viudedad, hágase de forma rigurosa: Si con alguna institución goza de cierta analogía la situación del instituido por virtud del pacto para después de los días es con la del cónyuge no titular de los bienes cuando el matrimonio se rige por la ley aragonesa, que ostenta un derecho expectante de viudedad, cuyas vicisitudes no producen devengo alguno por IAJD.

En conclusión, la pretensión de liquidar los pactos sucesorios para después de los días por IAJD es vana:

— Si se consideran que están sujetos, exentos o no a ISD, entonces no están sujetos a IAJD.

— Si no están sujetos a ISD es porque no existe transmisión de derechos valuable económicamente y por tanto, no hay base imponible sobre la que aplicar el tipo de IAJD.

— Las limitaciones a la libre transmisibilidad no son valiables económicamente —como tampoco lo es la concesión de un poder o las derivadas del derecho expectante de viudedad— y en caso de serlo, no hay normas en las leyes fiscales para su determinación como ocurre con los derechos temporales como usufructos o rentas vitalicias.

— En caso de tributación por ISD, lo sería en la modalidad de sucesiones y como transmisión sujeta a condición suspensiva, lo que implica la incompatibilidad con IAJD.

En realidad, la consecuencia del criterio de la DGT-A, pretendida o no, es la ya vista para los pactos de institución con transmisión en vida del instituyente: Desvirtuar el carácter sucesorio del pacto y extirparlo de la práctica jurídica aragonesa.

## **5. TRIBUTACIÓN DE LOS PACTOS SUCESORIOS DE INSTITUCIÓN EN EL PAÍS VASCO. EXAMEN ESPECIAL DE LA SITUACIÓN EN GIPUZKOA**

La capacidad normativa en relación con el ITPAJD y el AJD es abrumadoramente mayor en el País Vasco (y Navarra) que en los territorios de derecho fiscal común, ya que ambos impuestos tienen el carácter de tributos concertados con normativa propia. Esto quiere decir que las Diputaciones forales gozan de competencia normativa plena en lo relativo a los mismos, sin más límites expresamente establecidos por la Ley de Concierto Económico. Según la Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico con la Comunidad Autónoma del País Vasco:

«Artículo 25. Normativa aplicable y exacción del Impuesto.

Uno. El Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones es un tributo concertado de normativa autónoma. (...)

### Artículo 30. Normativa aplicable.

El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, tendrá el carácter de tributo concertado de normativa autónoma, salvo en las operaciones societarias, letras de cambio y documentos que suplan a las mismas o realicen función de giro, que se regirán por la normativa común (...).

Aunque la regulación civil vasca de los pactos sucesorios es más escueta que la aragonesa, sin embargo su ámbito de aplicación es mucho más amplio en cuanto a los supuestos admitidos (sin apenas límites en cuanto a las partes del pacto y su contenido) y la regulación más laxa desde el punto de vista formal (a diferencia de la aragonesa, la vasca no exige unidad de acto ni actuación personalísima) manteniendo, eso sí, la escritura pública como forma constitutiva esencial para su validez.

La Ley 5/2015, del derecho civil vasco, estableció:

«Disposición adicional tercera. Adecuación de la normativa tributaria. Los órganos forales de los territorios históricos procederán, en el uso de sus competencias, a la acomodación de las respectivas normas tributarias a las instituciones reguladas en esta ley».

En cumplimiento del mandato legal, las Diputaciones Forales procedieron a reformar sus respectivas Normas Forales. La de Vizcaya sufrió escasos cambios, dado que la Ley 3/92 ya regulaba los pactos sucesorios y eran utilizados con relativa frecuencia en el ámbito de vigencia del Fuero de Vizcaya. Algo parecido ocurrió en Álava, dada la vigencia de éste en parte de su territorio, aunque la práctica fue escasa. Fue en Guipúzcoa, donde se operaron los mayores cambios, ya que con anterioridad a la Ley 5/2015 los pactos sucesorios estaban limitados a la transmisión sucesoria de los caseríos, regulada en la ley 3/99, de escasa incidencia fiscal ante las amplias exenciones fiscales de que disfrutaban.

Nos vamos a centrar en la normativa guipuzcoana, que con distinta redacción y matices, coincide con la de los otros dos Territorios Históricos.

Tras la entrada en vigor de la Ley 5/2015, del Derecho civil vasco, las Juntas Generales de Guipúzcoa aprobaron una primera Norma Foral 7/2015, de 23 de diciembre, con efectos desde el 3 de octubre, introdujo las primeras modificaciones «de urgencia» para adaptar la normativa fiscal a la civil. Otra posterior, la Norma Foral 4/2016, de 14 de noviembre, de adaptación del sistema tributario del Territorio Histórico de Gipuzkoa a la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco introdujo modificaciones más profundas regulando con singular detalle en la regulación de las herencias sujetas al ejercicio de poder testatorio<sup>13</sup>.

13. El poder testatorio (más bien sucesorio) confiere al comisario unas facultades fiduciarias más amplias que las contempladas en la legislación aragonesa, ya que puede ejercitarlas por actos *inter vivos* o *mortis causa*.

Las normas que afectan al objeto de la presente ponencia son las siguientes:

— **NORMA FORAL 3/1990, de 11 de enero, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones:**

«Artículo 3. Hecho imponible.

1. Constituye el hecho imponible:

a) La adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio. Entre otros, son títulos sucesorios a los efectos de este Impuesto, además de la herencia y el legado, los siguientes:

a') La donación «*mortis causa*».

b') Los contratos o pactos sucesorios, **independientemente del momento en que opere su eficacia**. A estos efectos, el pacto sucesorio con eficacia de presente que suponga la atribución de la titularidad de un bien singular tendrá carácter de título sucesorio solamente en el supuesto en que esa atribución sea parte de una disposición más amplia en la que, al menos, debe concurrir otro elemento vinculado con la designación hereditaria en un instrumento paccionado respecto de otros elementos patrimoniales diferentes. En otro caso, tendrá el carácter de negocio jurídico gratuito e «*inter vivos*». No obstante, no se exigirá el contenido adicional a que se refiere el párrafo anterior para que un pacto sucesorio con eficacia de presente tenga carácter de título sucesorio en el caso de que el bien singular cuya titularidad se atribuya sea el único elemento integrante del patrimonio del instituyente.(...)

e') La designación de sucesor en capitulaciones matrimoniales.

f') Los actos que resulten de la utilización del poder testatorio por el comisario, cualquiera que sea la forma que adopten.

g') Los pactos sucesorios de renuncia regulados en el primer inciso del apartado 2 del artículo 100 de la Ley 5/2015, de 25 de junio, de Derecho Civil Vasco. No obstante, la adquisición de bienes y derechos por la persona renunciante como consecuencia de un pacto de renuncia a parte de los derechos sucesorios solamente tendrá el carácter de título sucesorio cuando la atribución de los bienes y derechos sea parte de una disposición más amplia en la que, al menos debe concurrir otro elemento vinculado con la designación hereditaria en un instrumento paccionado respecto a otros elementos patrimoniales diferentes. En otro caso, tendrá el carácter de negocio jurídico gratuito e «*intervivos*». En los supuestos de pactos sucesorios de renuncia a la totalidad de los derechos sucesorios, las adquisiciones de bienes y derechos por la persona renunciante, incluso con posterioridad al fallecimiento de la persona instituyente, tendrán la consideración de negocios jurídicos a título gratuito e «*intervivos*» de acuerdo con lo establecido en la letra b) siguiente, sin perjuicio de la tributación que corresponda a los sucesores y a las sucesoras».

— **NORMA FORAL 17 de enero, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas del Territorio Histórico de Gipuzkoa:**

«Art. 35. Rendimientos obtenidos por la cesión a terceros de capitales propios (...)

4. En relación con los activos representativos de la captación y utilización de capitales ajenos a que se refiere este artículo, se estimará que no existe rendimiento del capital mobiliario en las transmisiones lucrativas de los mismos, por causa de muerte del contribuyente, ni se computará el rendimiento del capital mobiliario negativo derivado de la transmisión lucrativa de aquellos por actos «*inter vivos*».

Lo dispuesto en el párrafo anterior se aplicará incluso cuando la transmisión lucrativa se efectúe en uso del poder testatorio por el comisario, o por cualquier título sucesorio con eficacia de presente, teniendo a estos efectos la consideración de títulos sucesorios los previstos en el artículo 3 de la Norma Foral del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

En las transmisiones lucrativas por título sucesorio con eficacia de presente a que hace referencia el párrafo anterior, se tomará como valor de adquisición, para el adquirente de los activos representativos de la captación y utilización de capitales ajenos, a efectos de futuras transmisiones el que tuvieran en el momento de la entrega de los mismos por parte del donante al donatario, excepto que el donatario transmita los mismos activos antes de que se produzca el fallecimiento del donante, en cuyo caso el donatario se subrogará, respecto de los valores y fechas de adquisición de dichos activos, en la posición del donante, conservando los que tuviera este con anterioridad al pacto sucesorio con eficacia de presente».

Artículo 41. Supuestos especiales.

2. Se estimará que **no existe ganancia o pérdida patrimonial** en los siguientes supuestos: (...)

b) Con ocasión de transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente, incluso cuando la transmisión lucrativa se efectúe en uso del poder testatorio por la o el comisario, o por cualquier título sucesorio con eficacia de presente. A estos efectos, son títulos sucesorios los previstos en el artículo 3 de la Norma Foral 3/1990, de 11 de enero del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones».

«Art. 46 Transmisiones a título lucrativo.

Cuando la adquisición o la transmisión hubiere sido a título lucrativo se aplicarán las reglas del artículo anterior, tomando por importe real de los valores respectivos aquellos que resulten de la aplicación de las normas del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

Lo dispuesto en el párrafo anterior se aplicará incluso cuando la transmisión lucrativa se efectúe en uso del poder testatorio por el comisario, o por cualquier título sucesorio con eficacia de presente, teniendo a estos efectos la consideración de títulos sucesorios los previstos en el artículo 3 de la Norma Foral del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.

En las transmisiones lucrativas por título sucesorio con eficacia de presente a que hace referencia el párrafo anterior, se tomará como valor de adquisición, para el adquirente de los bienes a efectos de futuras transmisiones el que tuvieran en el momento de la entrega de los bienes por parte del donante al donatario, excepto que el donatario transmita los mismos bienes antes de que se produzca el fallecimiento del donante, en cuyo caso el donatario se subrogará, respecto de los valores y fechas de adquisición de dichos bienes, en la posición del donante, conservando los que tuviera este con anterioridad al pacto sucesorio con eficacia de presente.

En las adquisiciones a que se refieren las letras c), d) y f) del apartado 2 del artículo 41 de esta Norma Foral que sean lucrativas, el donatario se subrogará, respecto de los valores y fechas de adquisición de dichos bienes, en la posición del donante».

En resumen los principios generales de la normativa guipuzcoana son los siguientes:

a) La normativa fiscal somete todos los pactos sucesorios a ISD, excluyéndose la tributación por IAJD de los pactos con eficacia post mortem, por la incompatibilidad entre ambos impuestos<sup>14</sup>.

b) La coordinación entre ISD e IRPF es total. No existe ninguna diferencia de trato tributario entre la sucesión contractual, testamentaria y legal.

c) No obstante lo anterior, la normativa tributaria establece normas especiales en virtud de las cuales:

— La norma general es que las transmisiones de presente tributan como donaciones *inter vivos*, excepto en determinados supuestos en que tributan como sucesiones.

— Las adquisiciones a título gratuito del renunciante a la totalidad de los derechos hereditarios tributa como donación. Lo normal es hacer una atribución con eficacia de presente y renuncia simultánea —mejor aún posterior, a la totalidad de los derechos hereditarios, ya que la NFISD presupone que la adquisición de derechos es posterior a la renuncia.

d) En la práctica, los criterios de las autoridades fiscales aún no están lo suficientemente asentados, sujetas a una doble presión de tendencias antagónicas. Por una parte, la necesidad política, tanto desde un punto de vista identitario —fomentar la aplicación del nuevo derecho civil vasco-, como práctico, por su innegable superioridad por los mecanismos ofrecidos a los ciudadanos para planificar, regular y ejecutar su sucesión, frente a la normativa rígida del Código Civil. Por otra, las insaciables necesidades recaudatorias.

En términos vulgares, el «protocriterio» manifestado por la Hacienda Foral de Gipuzkoa para considerar que en un pacto sucesorio la transmisión de bienes de presente tributa por sucesión es que «huela a muerto». En terminología legal, que dicha transmisión esté vinculada a la sucesión *mortis causa* del transmitente. ¿Cómo se traduce esto en la práctica? Puede haber infinidad de supuestos, pero lo más corriente será uno de estos tres:

14. Excede ampliamente al objeto de la presente ponencia el examen de los posibles conflictos de leyes fiscales como consecuencia de la distinta calificación —y la consiguiente tributación— que pudiera tener una transmisión verificada por pacto sucesorio en virtud de la ley fiscal aplicable, que podría implicar una doble tributación —si ambas normas la atraen a su respectivo campo— o a su exención —ambas leyes le atribuyen una naturaleza jurídica que la arroja ad extra, eximiendo de tributación en la ley propia.

— Pactos sucesorios singulares con eficacia de presente incluidos en un pacto sucesorio global con eficacia *post mortem*. Será el caso más habitual.

— Pactos sucesorios singulares con eficacia de presente complementarias de un testamento otorgado simultáneamente.

— Pactos sucesorios singulares con eficacia de presente complementarios o de ejecución parcial de otro pacto sucesorio o testamento otorgado en un momento anterior o posterior.

En Vizcaya, se suele admitir esta vinculación siempre y cuando entre los instrumentos sucesorios generales y el pacto sucesorio de presente no haya transcurrido más de un año.

En Guipúzcoa, por el contrario, la Hacienda Foral sólo admite, en principio, que la disposición de presente forme parte de un pacto sucesorio más global. En un primer momento, aceptó sin mayores problemas que éste contuviera las previsiones típicas de un testamento que, en mi caso concreto, para cónyuges es por defecto el mancomunado con concesión recíproca de poder testatorio y testamento preventivo, es decir el equivalente al testamento mancomunado con viudedad y fiducia, lo que en las comarcas pirenaicas se conoce como «señorío mayor», con la salvedad del mayor ámbito de facultades dispositivas que corresponde al comisario vasco.

Sin embargo, un cliente del despacho planteó una consulta vinculante a la HFG que contestó de forma claramente reactiva, interpretando de forma muy restrictiva los requisitos de la NFISD para poder acoger el pacto de transmisión de presente a la normativa de las sucesiones. Considerando que esta herramienta podía servir para causar un agujero recaudatorio, eludiendo la normativa de las donaciones, que más allá de la regulación de los mínimos exentos y tarifas, es coincidente con la del derecho fiscal común, también en IRPF. Visión cortoplacista absurda, pues la realidad es que con el régimen fiscal tan gravoso de las donaciones, éstas han desaparecido cuando la transmisión afecta a bienes susceptibles de generar una ganancia patrimonial implícita que quizá el TC pudiera considerar como «renta inexistente, virtual o ficticia».

Veamos la respuesta de la HFG.

«Consulta vinculante HFG 22/06/2018 sobre pacto sucesorio con efecto de presente en el que resulten de aplicación los beneficios fiscales en el impuesto de la renta de las personas físicas para los consultantes y en el de sucesiones y donaciones para los herederos

Los consultantes pretenden formalizar un pacto sucesorio, cuyos aspectos más relevantes son los siguientes:

- 1.– Los cónyuges instituyentes, tienen vecindad civil vasca y local guipuzcoana.
- 2.– Los cónyuges ceden en concepto de pacto sucesorio con eficacia de presente la plena propiedad de una finca descrita bajo el expositivo V del documento a su hija, que acepta la cesión realizada a su favor.

3.- En el remanente de sus bienes, los cónyuges se nombran recíprocamente comisarios de su herencia, disponiendo que para el caso de extinguirse el poder testatorio, el cónyuge sobreviviente conservará el usufructo vitalicio de todos los bienes y derechos de que no haya dispuesto e instituyen herederas por partes iguales a sus tres hijas.

4.- Pactan los comparecientes que la institución de herederas pueda ser llevada a cabo mediante cualquier forma admitida en derecho.

Si el Pacto Sucesorio reúne los requisitos antes referidos previstos en el artículo 3 de la Norma Foral 3/1990, tendrá a efectos tributarios el tratamiento de título sucesorio y tributará por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, concepto sucesiones, en caso contrario tributará por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones pero por el concepto, donaciones.

En las estipulaciones del documento presentado, los instituyentes ceden con eficacia de presente la finca descrita en el expositivo V y en el remanente de sus bienes, los cónyuges se nombran recíprocamente comisarios de su herencia con la facultad de distribuir libremente sus bienes, derechos, acciones, etc. Por otro lado, se pacta que la institución de herederas pueda ser llevada a cabo mediante cualquier forma admitida en derecho. Por consiguiente, el documento presentado no contiene la designación total de herederos.

Por otro lado, cabe indicar que en el documento no consta la disposición de la totalidad de los bienes que integran el patrimonio de los instituyentes sino que tan solo se transmite con eficacia de presente el bien inmueble descrito en el expositivo V del mismo, no disponiéndose en el momento del otorgamiento del pacto, de todos los bienes pertenecientes en la actualidad a los instituyentes.

En consecuencia, el documento presentado no constituye un pacto sucesorio de los regulados en el artículo 3.1 a) b') de la Norma Foral 3/1990, de 11 de enero, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, debido a que no contiene la designación total de herederos ni se efectúa la transmisión de la totalidad del patrimonio de los instituyentes».

La respuesta de la HFG es claramente forzada. En el documento presentado sí había institución de heredero, si bien quedaba su efectividad a la condición suspensiva del no ejercicio del poder testatorio por parte del cónyuge comisario o su extinción por las causas previstas en el pacto. Por otra parte, aunque no hay disposición actual de todo el patrimonio, pero sí hay disposiciones sucesorias que afectan a la totalidad del patrimonio del instituyente, de manera que el criterio administrativo añade requisitos que ni la NF ni el Reglamento del ISD exigen.

No obstante, la superación de los aparentemente exigentes requisitos de la HFG es sencilla: Basta con una institución de herederos compatible con el recíproco nombramiento de comisarios con facultades más limitadas. Y por otra parte, no existiría inconveniente alguno en hacer otro pacto sucesorio distinto entre los mismos otorgantes, sin disposición de bienes en el que los cónyuges se nombraran comisarios con amplísimas facultades. Téngase en cuenta que la HFG no exige, al menos por ahora, que la institución de herederos sea aceptada por

los instituidos, aunque suele ser lo más frecuente. Ni tampoco que la institución de heredero sea a favor del instituido en el pacto de presente<sup>15</sup>.

Otra cuestión problemática es la consideración fiscal invariable e inflexible de las donaciones *mortis causa* como donaciones intervivos sujetas a condición de fallecimiento del donante. Las Haciendas forales confunden la donación con causa *succedendi* propia del derecho civil vasco que tiene naturaleza de pacto sucesorio (arts. 102 LDCV y 3.1. a) a') NFISD), siguiendo con la interesada inercia de considerarlas donaciones *inter vivos* sujetas a la condición suspensiva de la muerte del donante, con causa *donandi*, en la lógica del derecho civil común.

En definitiva, la actuación de las Haciendas Forales se ajusta a la perfección al patrón clásico del **pase foral**: Se acata pero no se cumple, con la *nueva novedad* de que en este caso no se predica respecto a una normativa con origen lejano extraño (Madrid), sino originada en los propios Territorios y en el Parlamento Vasco. ¡Quién lo iba a decir, lo foral reducido a lo común en el lugar más insospechado!

Concluyo este trabajo resaltando que mi experiencia personal en relación con los pactos sucesorios es extraordinariamente positiva. Cumplen una función jurídica crucial en la resolución o prevención de problemas en infinidad de situaciones que no es posible abordar de forma razonable con otras instituciones civiles. Mi compañero Javier Palazón que me ha precedido en el uso de la palabra ha insistido en ello.

En atención a lo que ambos hemos expuesto, creo que el legislador, tanto el civil como el fiscal debería apostar a fondo por los pactos sucesorios. En el caso del legislador civil aragonés, quizás debería replantearse algunas cuestiones técnicas y suprimir ciertos límites que hoy carecen de sentido (por ejemplo, la prohibición de otorgamiento de pactos sucesorios a favor de personas jurídicas que sean parte del mismo o flexibilizar la enorme rigidez de la unidad de acto de su otorgamiento), en estos momentos en que se tratan de fomentar los mecanismos alternativos de prevención y solución de conflictos, así como de la necesidad imperiosa de allegar recursos para poder afrontar el reto del envejecimiento<sup>16</sup>. Y, en congruencia con estos objetivos de interés general, el legislador fiscal apoyarlos decididamente o, al menos, no entorpecer su uso, simplemente aplicándoles la fiscalidad normal de las herencias.

Muchas gracias.

---

15. En el derecho civil histórico el pacto más frecuente era el de designación de un hijo como sucesor *en el caserío* o en el pequeño negocio familiar a cambio de entregas gratuitas de presente a los demás, normalmente mediante entregas de dinero para sufragar los gastos de los estudios, la ayuda en los primeros gastos de establecimiento del negocio o la entrada del piso y la renuncia a la herencia.

16. Cuestión esta última que era objeto de estudio monográfico y multidisciplinar en el Congreso Notarial español, pospuesto *sine die* como consecuencia de la epidemia COVID-19.

## ANEXOS

1.– Estadística notarial de testamentos, pactos sucesorios y particiones de herencia.

Carezco de datos agregados de número de otorgamiento de pactos sucesorios sujetos a la Ley Civil Vasca. Por tener una idea, hago constar las estadísticas de mi notaría (desde el 1-1-2016 hasta el 30-09-2019), advirtiéndolo que no son extrapolables, dado mi sesgo pro-foral:

- Testamentos individuales: 792.
- Testamentos mancomunados: 317.
- Pactos sucesorios con entrega de presente: 42.
- Pactos sucesorios sin entrega de presente: 11.
- Particiones de herencia: 474.

La opción por el testamento mancomunado es cada vez más frecuente en mi notaría.

2.– Declaración de Granada acerca del sistema tributario español, de 18-5-2018:

*«La Hacienda Pública se ha convertido en agente de la razón de Estado. Una razón que descansa sobre un solo pilar cual es la recaudación. En el margen del camino ha ido quedando primero la Ley; más tarde la seguridad jurídica y unos metros más allá las garantías y los derechos del contribuyente...».*

*«Parece que el **afán recaudatorio** se ha convertido en el único objetivo del comportamiento de los órganos tributarios, con olvido de los derechos y garantías individuales... se lleva a cabo atendiendo de manera preferente a normas reglamentarias e instrucciones internas que, más veces de las deseables, solo están hechas para allegar recursos al Erario público, pero no necesariamente para hacerlo de forma más justa».*

*«El legislador usa en demasiadas ocasiones expresiones difícilmente comprensibles, permanentes remisiones normativas y otras fórmulas similares, que hacen poco menos que imposible no ya la interpretación de los textos legales o reglamentarios, sino su propia comprensión incluso por los especialistas en la materia... lo que convierte a la DGT en una especie de oráculo que viene a explicar a todos (Administración, contribuyentes y tribunales) la verdad revelada contenida en la norma... frente a al principio de presunción de inocencia, parece haberse dado cálida acogida en las dependencias administrativas a la presunción de culpabilidad, convirtiendo al contribuyente en una especie de administrador vicario, lo que le obliga a cumplir con unas obligaciones materiales y unos deberes formales que deberían ser propios de la Administración Tributaria... **Hemos llegado así a una Administración que sólo realiza funciones de control y castigo».***

## PACTOS SUCESORIOS: SU FISCALIDAD

FRANCISCO POZUELO ANTONI

Director General de Tributos del Gobierno de Aragón

**SUMARIO:** 1. RESUMEN GLOBAL DE LA FISCALIDAD DE LOS PACTOS SUCESORIOS TIPIFICADOS EN EL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN (EN ADELANTE CDFA).– 2. LA STS 407 DE 9 DE FEBRERO DE 2016.– 3. EL COMPLICADO ACOMODO DE LOS PACTOS SUCESORIOS EN LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES.– 4. CONSIDERACIÓN FINAL.

Pretender definir y resumir la tributación de los pactos sucesorios no sólo resulta una tarea especialmente difícil, sino que tiene también algo de contradictorio.

Es difícil porque la normativa de los distintos impuestos concernidos está diseñada tomando como sustrato el derecho civil común, bien diferente en este punto, pero, además, sus referencias a las figuras forales suelen ser incompletas e insuficientes y, por eso mismo, coadyuvantes en la complejidad de su interpretación. Tampoco ayuda que a la jurisprudencia supervisora de las actuaciones administrativas haya que añadir la implicación de distintos poderes legislativos: el nacional, titular omnipotente de los impuestos existentes sobre las relaciones patrimoniales de las personas físicas, y el autonómico aragonés, bastante limitado en sus posibilidades de actuación.

Y tiene de contradictorio intentar encerrar en un corsé teórico las múltiples opciones que el efecto centrifugador del principio *standum est chartae*, singularmente informador de este modo de delación, pone a disposición de los instituyentes.

No obstante, como la práctica enseña que la conflictividad tributaria de los pactos gira fundamentalmente sobre su consideración como negocio *inter vivos*

o *mortis causa*, centraremos la ponencia en la institución de presente y en cómo deba tratarse en la imposición personal.

## 1. RESUMEN GLOBAL DE LA FISCALIDAD DE LOS PACTOS SUCESORIOS TIPIFICADOS EN EL CÓDIGO DEL DERECHO FORAL DE ARAGÓN (EN ADELANTE CDFA<sup>1</sup>)

La más inmediata justificación de los calificativos que empleábamos antes para caracterizar esta tarea (difícil y contradictoria) se encuentra en la inexistencia de una categoría única de pacto sucesorio aragonés y en la ausencia de una definición de qué sea, para el derecho positivo, tal tipo de negocio.

Enfrentando la lógica de no abordar el dibujo de las coordenadas tributarias en que se mueven los pactos sucesorios, se resumen a continuación las principales cuestiones que pueden identificarse en las modalidades de pacto sucesorio recogidas en el artículo 380 CDFA<sup>2</sup> :

— De disposición *mortis causa* de uno o varios contratantes a favor de otro u otros de ellos.

En la institución de heredero o legatario en pacto sucesorio a favor de contratante pueden distinguirse, a su vez, dos clases:

- a) «De presente», con transmisión actual de los bienes al instituido.
- b) «Para después de los días» del instituyente y, por lo tanto, sin transmisión actual de los bienes al instituido.

Institución de heredero o legatario de presente

Es este pacto sucesorio el que mayor conflictividad plantea en el terreno fiscal por lo que será objeto central de esta intervención y se tratará posteriormente.

Institución de heredero o legatario para después de los días

La diferencia fundamental que presenta este pacto sucesorio con el anterior, y que simplifica su fiscalidad, es la inexistencia de transmisión actual de bienes al instituido.

---

1. Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón,

2. artículo 380 CDFA Modalidades

Los pactos sucesorios pueden ser:

- a) De disposición *mortis causa* de uno o varios contratantes a favor de otro u otros de ellos.
- b) De institución recíproca.
- c) De disposición *mortis causa* de los contratantes a favor de tercero o terceros.
- d) De renuncia de uno o varios contratantes a la herencia del otro u otros.

Siendo una institución sucesoria desde la perspectiva civil, y produciéndose sus efectos una vez fallecido el instituyente, no hay duda de su liquidación conforme a las reglas de las adquisiciones *mortis causa*: Se devenga el hecho imponible en la fecha de fallecimiento del instituyente, se calcula la base imponible en función del caudal hereditario existente en esa fecha y se aplican las reducciones de la base imponible propias de las adquisiciones *mortis causa*.

En el momento de celebración del pacto, y habida cuenta de que es requisito de su validez que se concierten en escritura pública, puede devengarse la cuota variable del subconcepto documentos notariales a que se refiere el apartado 2 del artículo 31 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre. Así será, por ejemplo, cuando el pacto incluya inmuebles pues concurrirán los elementos necesarios para la exacción de la referida cuota: existencia de una primera copia de escritura, que tenga por objeto cantidad o cosa valuable y que documente un acto o contrato inscribible en el Registro de la Propiedad. La necesaria no sujeción al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones nos parece irrefutable si, como señalamos en el párrafo anterior, el devengo de esta figura se produce en el posterior momento del fallecimiento.

Un par de apuntes más sobre alguna de las previsiones que hace la norma civil:

La disposición a título oneroso de los bienes objeto de la institución por parte del instituyente, en definitiva propietario de los mismos en tal momento, supondrá la tributación correspondiente por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante, IRPF), normalmente como ganancia o pérdida patrimonial, sin que deba aplicarse la exoneración de tributación de las transmisiones *mortis causa* que luego se comentará.

Por otra parte, en la disposición a título gratuito, el instituido debe prestar su consentimiento. Fiscalmente, tal tipo de actuación, lógica por el empobrecimiento del patrimonio que se esperaba recibir, no supone ninguna consecuencia: Dona fiscalmente quien lo hace civilmente, y la tributación que pueda corresponder al donante por tal negocio gratuito (en el IRPF o en el Impuesto sobre el Valor Añadido, en adelante, IVA) queda lógicamente limitada al instituyente.

#### — Institución recíproca

Los efectos que se han seleccionado para perfilar la fiscalidad de los dos pactos anteriores (momento de la adquisición del instituido y facultades de disposición sobre los bienes en cuestión), son, en la institución recíproca, los previstos para la institución para después de los días. Así pues, lo dicho antes para éste, vale ahora para aquél. Y, naturalmente, las restantes previsiones legales respecto de la existencia o no de descendientes, o las relativas al fallecimiento del último de los otorgantes, son relevantes y obligado presupuesto de la norma fiscal.

### — Pacto en favor de tercero

La peculiaridad de este pacto es que el beneficiado no es uno de los otorgantes. Fiscalmente, la herencia o legado que reciba ese tercero constituirá, en principio, hecho imponible del impuesto, entendiéndose devengado en el momento del fallecimiento del instituyente que es el instante en que el artículo 397 CDEA sitúa la delación.

Menos sencillo de resumir es la tributación que pueda corresponder a los otorgantes de este pacto en la medida en que, por ejemplo, el favor al tercero pueda suponer una modulación en la calificación jurídico fiscal de las prestaciones que entre ellos pudieran haberse pactado. Habrá que estar a cada caso y al juego de sus particulares circunstancias para determinar la posible tributación de los contratantes e, incluso, la verdadera naturaleza de la adquisición del tercero (y por ende su tributación).

No es ocioso adelantar que las transmisiones por causa de muerte del contribuyente están no sujetas en el IRPF siempre que sean lucrativas. Si quien pacta sobre su herencia obtiene una contraprestación, deberá tributar en tal impuesto.

### — Pactos de renuncia

Ocurre con estos pactos algo parecido a los anteriores. Lo escueto de su regulación y el abanico de posibilidades que apuntan los convierten en difícil objeto de análisis cuando éste se hace sobre el derecho positivo y no sobre un concreto y real acuerdo.

La norma civil fija como partes de la renuncia o transacción a la persona o personas cuya herencia se negocia y a quienes van a renunciar o transigir. En tal planteamiento resulta inexcusable el precisar cuál es el objeto de la negociación.

Por ello, decidir si lo negociable es la posición que el renunciante tendrá en el caso de ser efectivamente llamado, el derecho sucesorio que antes de la apertura de la sucesión pueda corresponderle, o ambos tipos de acuerdos, se presenta como paso previo fundamental. Dada la naturaleza del Derecho Aragonés, tan proclive a la libertad como dificultadora de su resumen fiscal, conviene no descartar ninguna posibilidad.

A modo de simple guía debe recordarse que:

— La renuncia de derechos en favor de persona determinada se equipara a una adquisición lucrativa del beneficiado, siempre que aquélla tenga tal carácter.

— Si lo renunciado es el llamamiento efectivo sobre herencia o legado, se aplican las normas fiscales sobre repudiación y renuncia.

— Si la renuncia es onerosa, la renta obtenida tributará en el IRPF. Tanto si por el derecho sucesorio renunciado se pagó en origen un precio como si se consideró una adquisición lucrativa.

Una vez contradicha con este apartado la prevención inicial sobre los resúmenes fiscales, se pasa a abordar en los siguientes bloques distintas cuestiones sobre el pacto de presente por considerar que es del que mejor se pueden inducir reglas generales de interpretación de los contratos sucesorios.

## 2. LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 407 DE 9 DE FEBRERO DE 2016

Por lo que tiene de transmisión, la fiscalidad de un pacto sucesorio puede proyectarse tanto sobre el instituyente como sobre el instituido. El IRPF es el impuesto que corresponde al primero mientras que es el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (en adelante ISD) el que se aplica sobre el causahabiente.

En ambos impuestos el centro de la controversia ha sido el mismo desde hace años: la consideración del pacto con transmisión actual de bienes como negocio *mortis causa* o como acto *inter vivos*. Posiblemente la situación haya merecido algún calificativo adicional al de controvertida durante el largo lapso de tiempo en que el Ministerio de Hacienda consideró este tipo de pactos como de transmisión *inter vivos* a efectos del IRPF y, simultáneamente, como adquisición *mortis causa* para ubicarlo en este concepto impositivo dentro del ISD. La STS 407 de 2016 tilda simple y prudentemente de «contra sentido» esta interpretación administrativa.

El hito final<sup>3</sup> de esa doble calificación conjuntiva (el pacto era a la vez *mortis causa* e *inter vivos* según en qué impuesto se contemplara) lo marcó precisamente

---

3. El Tribunal Económico-Administrativo Central en resolución de 2 de marzo de 2016 recoge lo dicho en su sentencia por el Tribunal Supremo y resolviendo un recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio fija el siguiente criterio:

«A la alteración patrimonial puesta de manifiesto con ocasión de las transmisiones realizadas mediante la institución de la apartación regulada en la Ley 2/2006, de 14 de junio de Derecho Civil de Galicia le resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 33.3.b) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, por lo que se estima que en dichos supuestos no existe ganancia o pérdida patrimonial sujeta al IRPF, por cuanto las características propias de este pacto sucesorio del derecho civil gallego permiten concluir que nos encontramos ante una adquisición *mortis causa*».

Y la V 1225-17 de la DGT lo asume: «Esta configuración de la apartación como transmisión lucrativa por causa de muerte que efectúa el Tribunal Supremo, configuración asumida por el Tribunal Económico-Administrativo Central en su unificación de criterio, motivó que por esta Dirección General se replantease el criterio que había venido manteniendo —considerar que la ganancia patrimonial derivada de la transmisión de bienes mediante este pacto sucesorio no se encuentra amparada por la excepción de gravamen que el mencionado artículo 33.3.b) de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas establece para las transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente—, procediendo a su modificación en contestación de 16 de febrero de 2017 (consulta vinculante V0430-17), donde se establece como criterio aplicable que se considera incluida en el ámbito del artículo 33.3.b) de la Ley 35/2006 —«se estimará que no existe ganancia o pérdida patrimonial con ocasión de transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente»— la transmisión de bienes a través del pacto sucesorio de apartación regulado en el capítulo III, «De los pactos sucesorios», del título X, «De la sucesión por causa de muerte», de la Ley de derecho civil de Galicia.»

esta STS que, aun referida a un pacto distinto del aragonés y a un impuesto diferente del ISD, es de ineludible referencia en esta intervención. El fallo de la sentencia es que, a efectos del IRPF, la figura gallega de la apartación debe considerarse como una transmisión lucrativa *mortis causa*.

El TS se pronuncia en contestación a un recurso de casación en interés de la ley contra la Sentencia dictada el 29 de octubre de 2014 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Galicia. En la recurrida, con cita de la Sentencia de 22 de marzo de 2006 de esa misma sala, se recoge un estudio del origen de la apartación como institución de derecho consuetudinario, del que procede destacar los siguientes párrafos:

*«En definitiva, la condición de apartado y la adquisición inmediata de bienes que obligatoriamente ello conlleva, se encuentra íntimamente conectada con la de una adquisición mortis causa, sin el que no es entendible la figura de la apartación, que en caso contrario perdería todo significado, pero para el que el legislador, paradójicamente, no ha previsto un régimen específico de reducciones y bonificaciones, que sin embargo sí prevé para la sucesión.*

...

*De lo que se deriva, a los efectos que aquí interesan, la necesidad de conciliar la naturaleza inter vivos de la adquisición patrimonial con la del pacto de no suceder, en cuanto que ambos integran la apartación, lo que solo se consigue otorgando la naturaleza de título mortis causa a la apartación, y que a su vez permite mantener la naturaleza gratuita de la adquisición, que como tal deberá ser entendida...».*

Tomando como referencia esta descripción jurisprudencial, parece existir la suficiente identidad entre las figuras gallega y aragonesa, en lo que tienen de título *mortis causa* y de adquisición patrimonial *inter vivos*, como para intentar proyectar el razonamiento del TS sobre nuestra institución de presente.

Más allá del fallo ya resumido, incluso más allá de que la clave del mismo sea la consideración de esa adquisición *inter vivos* como integrante de un negocio sucesorio, queremos poner en valor tanto el modo como el contenido de los razonamientos del TS, por entender que marcan la pauta de cómo proceder cuando haya que subsumir una institución civil en una norma tributaria.

De entrada, es destacable que deje claro que *«la cuestión a dilucidar no radica en determinar y definir la naturaleza jurídica del instituto de la apartación gallega...»*. Y aunque lo hace con el marcado objeto procesal de rechazar la causa de inadmisibilidad alegada (pues si la esencia del asunto fuera la naturaleza jurídica de la figura foral la exclusividad de pronunciamiento judicial recaería en el TSJ competente), sirve como inmejorable valedor de nuestro criterio de dar prioridad al sentido y finalidad de la norma tributaria cuando de lo que se está tratando es de su aplicación. El TS sí es claro en que ésta es la vía a seguir por el operador jurídico cuando afirma que *«la correcta interpretación y aplicación de la ley tributaria*

*no pasa determinativamente por la interpretación sobre la naturaleza, las características y el alcance de aquellos negocios o situaciones, sino por las consecuencias económicas o patrimoniales tenidas en cuenta para la delimitación de la obligación tributaria...».*

Sentado que la base es la norma tributaria, el TS, en el caso enjuiciado, la encuentra en el artículo 33.3.b) de la LIRPF<sup>4</sup>. Pero como éste, a su vez, determina su presupuesto de aplicación por referencia a un concepto que no tiene un contenido tributario autónomo distinto del civil (las «transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente»), el péndulo que marca el sector del ordenamiento a considerar en la interpretación vuelve a situarse en el terreno civilista. Es decir, finalmente, la clave en el IRPF para considerar que no existe ganancia o pérdida patrimonial la dará la expresión «transmisión lucrativa por causa de muerte». Y como civilmente la figura gallega, y también la aragonesa, tienen por causa la muerte del causante, la consecuencia es que no existe ganancia o pérdida a efectos del IRPF.

El razonamiento y conclusión del TS nos sugieren algunas reflexiones sobre su extensión y motivación.

En primer lugar parece claro, por existir una cierta identidad en su naturaleza civil, que la conclusión de exoneración de gravamen en el IRPF ha de aplicarse también sobre la institución aragonesa de presente.

También nos resulta obvio que la ausencia de tributación debe restringirse a la transmisión sucesoria que tenga carácter lucrativo. Lo que habrá de tenerse en cuenta cuando las modulaciones contractuales que permite nuestro ordenamiento tengan un componente de onerosidad. Valgan de ejemplo los acuerdos de renta vitalicia o análogos.

Finalmente, aun entendiendo que el *iter* del razonamiento judicial debe empezar en la expresión «transmisión lucrativa por causa de muerte», se echa en falta un complemento sistemático y finalista del análisis esencialmente lingüístico del TS.

Compartimos con el Alto tribunal que estamos ante un término empleado en una norma tributaria que hay que interpretar conforme a su sentido jurídico. Siendo así, conforme al artículo 12.2. LGT, en ausencia de significado tributario propio, debe recalarse en el vivero terminológico y conceptual del derecho civil. Y no hay discusión posible sobre que el pacto de presente es un negocio sucesorio y que, por tanto, cuando sea lucrativo, no desencadenará tributación.

No obstante, y simplemente por enmarcar el criterio sentado por el TS en el ámbito de otras interpretaciones posibles, se nos ocurren al menos dos distintas que hubieran llevado a otro resultado.

---

4. En su redacción actual, la letra b del apartado 2 del artículo 33 LIRPF dice lo siguiente: «3. Se estimará que no existe ganancia o pérdida patrimonial en los siguientes supuestos: ...b) Con ocasión de transmisiones lucrativas por causa de muerte del contribuyente».

Desde un punto de vista puramente lingüístico, que no tribute una transmisión «*por causa de muerte del contribuyente*» nos parece sustituible, con mínima violencia conceptual, por la proposición de que no se tribute «como consecuencia de la muerte del contribuyente». Vía interpretativa que no conculca el armazón civil (en el que el carácter *mortis causa* no se predica tanto de una transmisión/adquisición sino de la sucesión como fenómeno jurídico<sup>5</sup> y en el que el carácter *inter vivos* del momento de la transmisión es evidente) y que da relevancia a que en el IRPF la muerte del contribuyente marca el devengo del impuesto y pone también de manifiesto una alteración y variación en su patrimonio susceptible de tributación.

Alternativamente, si se prefiere una interpretación sistemática, no debería ignorarse que nuestro IRPF se inclina más por un modelo hacendístico de tributación de la renta extensiva que por el de la renta consumida. Pero a pesar de ello, el «mero» incremento de valor de los bienes no tributa si esa revalorización no se pone de manifiesto por una alteración en la composición del patrimonio. Que hace años se gravara en el impuesto la denominada plusvalía del muerto tenía, en consecuencia, la justificación de que el patrimonio del fallecido había podido revalorizarse sin tributación y que su sucesión originaba una transmisión relevante fiscalmente. Cuando a partir de enero de 1992 deja de tributar esta ganancia patrimonial, el ámbito de exoneración podría haberse limitado cabalmente –mediante norma expresa o mediante adecuada interpretación, según el grado de seguridad jurídica que requiriera la medida– a los casos en los que se altera el patrimonio como consecuencia del fallecimiento del contribuyente, pues no nos parece que el óbito de una persona deba ser irrelevante en la fiscalidad y no vemos la razón, desde una visión patrimonial y hacendística, del diferente trato que acompaña en el IRPF, según el criterio del TS, a un pacto sucesorio de presente frente al de una donación.

### 3. EL COMPLICADO ACOMODO DE LOS PACTOS SUCESORIOS EN LA LEY DEL IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES

Ante un pacto, los impuestos concernidos son todos aquellos que giran sobre la riqueza o transmisión patrimonial de las personas físicas. Pero a diferencia de lo que ocurre en las legislaciones tributarias vizcaína y guipuzcoana, que simplemente por existir son de obligada referencia comparativa, no hay ni en la nacional ni en la aragonesa una regulación del pacto sucesorio mínimamente estructurada.

En el IVA, el ITP y AJD, el Impuesto sobre el Patrimonio o el IRPF ni siquiera hay menciones específicas a los pactos. Y las que hay en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, que de inmediato se abordarán, nacieron como precipitada

5. Artículo 316 CDFR *La sucesión por causa de muerte*

*La sucesión por causa de muerte es la ordenación del destino de las relaciones jurídicas de una persona fallecida que no se extingan por su muerte y no estén sujetas a reglas distintas. En los pactos sucesorios algunos efectos de la sucesión mortis causa se anticipan a la muerte del instituyente.*

respuesta a situaciones concretas, pero sin un plan normativo ni una concepción global de la figura.

Se está entonces en el habitual escenario de tener que aplicar sobre instituciones forales propias un derecho fiscal diseñado sobre el derecho civil común. En efecto, dada la condición de impuestos cedidos del ISD, IRPF o IP, la delimitación de alguno de sus elementos claves (quién, por qué y cuándo hay que pagar) corresponde exclusivamente al legislador estatal que, posiblemente con buen criterio, nunca ha afrontado la tarea de adaptar cada impuesto a la variedad de figuras civiles de derecho común o regional. Esta distribución competencial de la capacidad normativa se pena en el terreno de la interpretación de las normas y muy singularmente cuando hay que encajar en las previsiones tributarias estatales nuestras instituciones forales

Que la sucesión se defiera por pacto es en principio irrelevante para su exacción por este impuesto. Por ello, su discreta presencia normativa es comparable a la de las otras formas de delación (por testamento o por ley). Cuestión distinta es que esa puntual aparición en la normativa fiscal esté repleta de equívocos y que el silencio sobre los pactos sucesorios se extienda al de alguno de sus efectos más característicos y diferenciadores de otras formas de delación: que pueda existir transmisión de los bienes antes de la muerte del instituyente.

Siguiendo su hipotética consideración tributaria como adquisición *mortis causa*, proponemos en las siguientes líneas el razonamiento que habría que hilar en la liquidación de un pacto sucesorio de presente, deteniéndonos exclusivamente en los elementos más relevantes o polémicos: determinación del hecho imponible, devengo y aplicación de beneficios fiscales.

En cuanto a la sujeción, la letra a del artículo 3 de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones dispone que constituye el hecho imponible la adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio. Complementariamente, es el Reglamento del Impuesto el que contempla los pactos, en el artículo 11, como una modalidad de título sucesorio. Esta calificación legal arrastra a los pactos al común epígrafe de adquisiciones *mortis causa* (junto a la herencia, el legado, la donación *mortis causa* o las percepciones de los albaceas) como actos sujetos al tributo. Pero una vez afianzada su plena sujeción, pierden su singularidad y la atención del legislador, debiendo buscarse sus normas de liquidación (base imponible, reducciones y cuota) en las genéricas de las adquisiciones sucesorias. Sólo a la hora de regular el devengo vuelve la ley a acordarse de los pactos.

Por ser la clave sobre la que suele sustentarse su tratamiento en este impuesto, conviene incorporar un sucinto comentario sobre la inclusión de los pactos como título sucesorio.

Dejando al margen el caso de los seguros de vida, el Impuesto pretende gravar las adquisiciones lucrativas, distinguiendo entre las *inter vivos* y las *mortis*

*causa*. Esta distinción no se advierte inmediatamente en los preceptos dedicados al hecho imponible, pero resuelta la sujeción de cualquier adquisición lucrativa, los restantes elementos de la liquidación se establecen siempre, como ya hemos apuntado, distinguiendo entre adquisiciones por causa de muerte y adquisiciones *inter vivos*.

En tal situación, un pacto de evidente raíz sucesoria, concertado obviamente entre vivos, destinado a regular relaciones jurídicas en función de la muerte de uno de los contratantes, con transmisión actual de bienes, y desconocido en el derecho común, puede crear la duda de qué sistema liquidatorio seguir, si el de las adquisiciones *inter vivos* o el de las *mortis causa*.

La solución que, según la DGT del Ministerio, se desprende de la normativa (artículos 3 LISD y 11 RISD cuyo simplista esquema es identificar todo pacto sucesorio como título sucesorio) es la de considerarlo una adquisición *mortis causa*<sup>6</sup>. La norma vizcaína llega a la misma respuesta, pero al menos explícita que es consciente de que hay pactos con transmisión de presente pues considera título sucesorio a «los contratos o pactos sucesorios, independientemente del momento en que opere su eficacia».

Y es que lo que se echa en falta en la normativa nacional es que no se ponga en valor, en el sentido que fuera adecuado para el legislador, la singularidad de que en el pacto de presente se anticipe la transmisión al fallecimiento. En esta institución, buena parte del problema estriba en que la norma fiscal hace depender la tributación del carácter *inter vivos* o *mortis causa* de la adquisición, sin precisar adecuadamente qué deba entenderse por tal y sin existir tampoco en las normas civiles una solución clara a la cuestión cuando se está ante un negocio que toma rasgos de ambos criterios clasificatorios<sup>7</sup>.

Por cómo se desenvuelve posteriormente la norma fiscal y por su basamento civil en el derecho común, no tenemos duda de que el legislador fiscal estatal,

---

6. De los artículos que citamos, a juicio de la DGT ( V2233-12), «...se desprende que debe darse al pacto sucesorio aragonés que nos ocupa el tratamiento que corresponde a las adquisiciones *mortis causa* y ello, tanto en lo referente a la aplicación de las reducciones como en lo relativo a todos los demás elementos del impuesto (hecho imponible, base imponible, base liquidable, tipo de gravamen, deuda tributaria, sujeto pasivo, etc.), ...».

7. Sin una especial profundización en los matices (por ejemplo sobre cuál deba ser el objeto de calificación, si el negocio o sus consecuencias), los conceptos *inter vivos* y *mortis causa* parecen gravitar no tanto sobre el momento de celebración del negocio sino sobre el momento del despliegue de sus efectos y la causa de la disposición. Y cuando la catalogación como *inter vivos* o *mortis causa* tiene un interés distinto al meramente teórico, la primera apariencia, ajustada al tenor literal de las dos opciones, es que con esa dicotomía no se cubren todas las posibilidades de negocios. Y, así, mientras que las adquisiciones *mortis causa* parecen elegidas en función de su causa, motivo o referencia, las *inter vivos* parecen definidas por un elemento temporal que exige, sea al momento de celebración del acuerdo, sea al momento de producción de efectos, la supervivencia de los contratantes o de los beneficiarios. Con esta visión, casi exclusivamente lingüística, quedaría una zona en el universo de los negocios jurídicos sin adecuado encasillamiento.

cuando incluyó entre las adquisiciones *mortis causa* a los contratos sucesorios, no se planteaba el caso de una anticipación de la transmisión respecto del hecho que la configura. Más modestamente, y siempre que se comparta la interpretación que antes se ofrecía, posiblemente trataba de ilustrar sobre los pactos que, concertados entre vivos en función de la muerte de uno de ellos, producen efectos después del fallecimiento. Conocido el relieve que el derecho foral tiene en los preceptos fiscales, afirmar que la institución de presente era tenida en cuenta por la Administración estatal que elaboró el reglamento parece excesivo.

Si unimos esa falta de consideración a la equívoca referencia que se hace en el citado artículo 3 LISD para incluir los pactos como título sucesorio (como si fuera una categoría adicional a la herencia y el legado), aceptar su tributación como una adquisición *mortis causa*, así, sin matices, requiere cierta disciplina y correlativo abandono de la interpretación finalista de la ley.

Nos inclinamos, por tanto, por proponer una modificación normativa adecuada a la naturaleza civil de la figura, con el fin último de que existan normas de liquidación del impuesto ajustadas a la realidad patrimonial que evidencia un pacto de presente. No sólo por lo que tendría de adecuada sintonía entre lo civil y lo tributario, sino por el no menos desdeñable propósito de una mayor seguridad y certeza jurídicas.

Hasta en tanto el legislador nacional emprenda esa tarea, la superposición del montaje tributario sobre el pacto de presente provoca notables fricciones como las que pasan a exponerse.

El devengo se produce el día en que se formalice el acuerdo<sup>8</sup>. Así resulta de la segunda frase que se añadió quince años más tarde a la redacción original del apartado 1 del artículo 24 LISD. Se solucionó así una de las dudas más llamativas que creaba esta figura, pues no parecía adecuado que una transmisión con efectos *inter vivos* no se devengara hasta la fecha del fallecimiento del causante por mucho que tuviera un fundamento sucesorio.

No obstante, es reprochable al legislador que, una vez que sale de su hibernación, no estirara un poco más su actividad y no modificara en consonancia la fecha de inicio del cómputo de los 6 meses para presentar la autoliquidación que sigue siendo la del fallecimiento<sup>9</sup>. Nos resulta un sinsentido el que se deriva

---

8. Artículo 24 LISD. Devengo.

1. En las adquisiciones por causa de muerte y en los seguros sobre la vida, el impuesto se devengará el día del fallecimiento del causante o del asegurado o cuando adquiera firmeza la declaración de fallecimiento del ausente, conforme al artículo 196 del Código Civil. No obstante, en las adquisiciones producidas en vida del causante como consecuencia de contratos y pactos sucesorios, el impuesto se devengará el día en que se cause o celebre dicho acuerdo.

9. El art 67 RISD, desarrollando el 31 LISD, tiene el siguiente texto en su letra a). Art. 67. Plazos de presentación.

1. Los documentos o declaraciones se presentarán en los siguientes plazos:

de la literal interpretación del artículo 67 RISD (por tanto, de su mera lectura), pero seguro que habrá valedores de separar el devengo de un pacto de presente, ubicable en la fecha del contrato, del plazo de presentación de la correspondiente autoliquidación que podría esperar a que se produjera el fallecimiento del causante.

Fuera de esta incompleta norma de devengo no hay más precisiones normativas sobre cómo liquidar un pacto de presente. La vía que abre la ya citada V2233-12 de aplicar, aparentemente sin excepciones, las reglas de las adquisiciones *mortis causa* nos resulta inconsistente en lo teórico por su desconsideración, tanto del relevante efecto civil de anticipar la transmisión, como de la no menos decisiva distinción en la ley del impuesto de sus reglas de liquidación, claramente diseñadas, en nuestra opinión, para aplicarse según la transmisión sea o no *post mortem*.

Pero es que, además, en la práctica, las dudas y contradicciones no son menores. Valga de ejemplo el tener que dar relevancia, o no, al distinto uso en la normativa de las palabras «causante» y «fallecido» que, en nuestra opinión, no tiene más alcance que la de evitar repeticiones lingüísticas<sup>10</sup> y por tanto son equivalentes en la mente del legislador que no contempla los pactos con efectos de presente. Pero en la tesitura de literalidad a la que lleva la DGT, quizás habría que reservar para el pacto de presente la aplicación de las normas que se refieran al causante y no las que giren sobre el fallecido. Y otro tanto habría que decir sobre si el término «fallecimiento» hay que interpretarlo en la LISD como «devengo» cuando se trate de un pacto sucesorio o si requiere la muerte del causante.

Así, a la hora de cuantificar el caudal relicto fiscal, ¿son aplicables las adiciones al mismo que puedan resultar de las presunciones del artículo 11 LISD<sup>11</sup>? No en nuestra opinión, que llevaría a considerar insuficiente la previsión inicial

---

a) Cuando se trate de adquisiciones por causa de muerte, incluidas las de los beneficiarios de contratos de seguro de vida, en el de seis meses, contados desde el día del fallecimiento del causante o desde aquel en que adquiera firmeza la declaración de fallecimiento. El mismo plazo será aplicable a las adquisiciones del usufructo pendientes del fallecimiento del usufructuario, aunque la desmembración del dominio se hubiese realizado por acto «inter vivos».

10. Y fundamentamos nuestra opinión repitiendo que el legislador fiscal estatal no concibe la figura de un causante hasta que no hay fallecimiento.

11. Art 11.1. LISD: 1. En las adquisiciones «mortis causa», a efectos de la determinación de la participación individual de cada causahabiente, se presumirá que forman parte del caudal hereditario:

a) Los bienes de todas clases que hubiesen pertenecido al causante de la sucesión hasta un año antes de su fallecimiento, salvo prueba fehaciente de que tales bienes fueron transmitidos por aquél y de que se hallan en poder de persona distinta de un heredero, legatario, pariente dentro del tercer grado o cónyuge de cualquiera de ellos o del causante. ...

b) Los bienes y derechos que durante los tres años anteriores al fallecimiento hubieran sido adquiridos a título oneroso en usufructo por el causante y en nuda propiedad por un heredero, legatario, pariente dentro del tercer grado o cónyuge de cualquiera de ellos o del causante.

c) Los bienes y derechos que hubieran sido transmitidos por el causante durante los cuatro años anteriores a su fallecimiento, reservándose el usufructo de los mismos o de otros del adquirente o cualquier otro derecho

de ese artículo, pero ¿por qué no han de serlo si un pacto de presente es una «adquisición *mortis causa*» que es la condición necesaria para que desplieguen sus efectos las presunciones de su apartado 1 y las implicaciones derivadas de ellas?

Mayor importancia práctica tiene situar estas reflexiones en sede de las reducciones de la base imponible. La V 2233-12, específicamente referida al pacto de presente aragonés, señala que «...en el caso de transmisión actual de inmuebles consecuencia del pacto sucesorio a que se refiere el escrito de consulta se considerará una adquisición de las previstas en el artículo 3.1.a) de la Ley 29/1987, aplicándose la reducción prevista en el artículo 20.2.a) de dicha ley. Asimismo, entiende este Centro Directivo que, en tanto se cumplan los requisitos establecidos por el Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de las disposiciones en materia de tributos cedidos por la Comunidad Autónoma de Aragón, también resultará aplicable la reducción prevista en su artículo 131-5 dado que se trata de una reducción propia autonómica para supuestos de adquisiciones «*mortis causa*»».

De ese pronunciamiento interesa destacar, en primer lugar, que la DGT, en vez de abstenerse de contestar aquello para lo que resulta notoriamente incompetente, como por cierto suele hacer<sup>12</sup>, opina sobre la aplicación de una norma fiscal aragonesa, cuya interpretación administrativa corresponde en exclusividad al órgano autonómico aragonés equivalente<sup>13</sup>.

Más allá del ámbito competencial hay que referirse, en la medida en que haya que dar relevancia a la alternativa fallecido-causante, a que el artículo 20.2.a,

---

*vitalicio, salvo cuando se trate de seguros de renta vitalicia contratados con entidades dedicadas legalmente a este género de operaciones; y*

*d) Los valores y efectos depositados y cuyos resguardos se hubieren endosado, si con anterioridad al fallecimiento del endosante no se hubieren retirado aquéllos o tomado razón del endoso en los libros del depositario, y los valores nominativos que hubieren sido igualmente objeto de endoso, si la transferencia no se hubiere hecho constar en los libros de la entidad emisora con anterioridad también al fallecimiento del causante.*

12. Valga de ejemplo lo que dijo en la V996-19 Por último, en cuanto a su pregunta relativa a la aplicación de determinada deducción autonómica (Comunidad Autónoma de Aragón), debe señalarse al respecto que el artículo 46.1.c) de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias (BOE de 19 de diciembre), establece el alcance de las competencias normativas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en particular, sobre deducciones de la cuota íntegra autonómica.

El artículo 55.2.a) de la mencionada Ley 22/2009, excluye del alcance de la delegación de competencias del Estado a las Comunidades Autónomas: «La contestación de las consultas reguladas en los artículos 88 y 89 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, salvo en lo que se refiera a la aplicación de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma en el ejercicio de sus competencias».

En consecuencia, dado que dicha pregunta se refiere a una disposición dictada por una Comunidad Autónoma en ejercicio de sus competencias, su contestación deberá ser realizada por el órgano competente de esa Administración territorial, conforme al citado artículo 55.2.a) de la Ley 22/2009.

13. La letra a del apartado 2 del artículo 51 de la ley 22/2009 dice que «. No son objeto de delegación las siguientes competencias:

*a) La contestación de las consultas reguladas en los artículos 88 y 89 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, salvo en lo que se refiera a la aplicación de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma en el ejercicio de sus competencias.»*

objeto de la consulta, establece los beneficios en función de la relación de parentesco con el «causante». ¿Está con ello pronunciándose la DGT por aplicar al pacto de presente sólo las normas que se refieran al causante y no las del «fallecido»? Aunque pudiera defenderse tal opción no nos parece que en la base del razonamiento de la DGT esté esta idea sino, simplemente, la de aplicar cualquier beneficio de las adquisiciones *mortis causa* a este pacto sucesorio.

Entre las reducciones de mayor importancia económica destacan las del 20.2.c LISD, y singularmente la de sucesión empresarial *mortis causa* y la de transmisión de vivienda habitual. Según la V1874-17, referido al pacto gallego de mejora, el beneficio es aplicable<sup>14</sup>, con la escueta justificación de que «los pactos sucesorios son títulos sucesorios y, consiguientemente, será de aplicación el supuesto de reducción previsto en el artículo 20.2.c) de la LISD siempre que, como es obvio, se cumplan los requisitos establecidos en dicho precepto».

Al margen de por qué la DGT no hace una interpretación más adecuada al sentido y finalidad del beneficio, dos dudas destacadas nos surgen del entrecuillado anterior. La primera, si es necesario que se cumpla el requisito de que haya un fallecido (como expresamente se desprende del tenor de la norma) y cómo casaría tal exigencia con la determinación del devengo en el momento del pacto. La segunda, también gravitando sobre la literalidad de la norma y su mención a un plazo de mantenimiento a partir del «fallecimiento», sería decidir entre iniciar el cómputo de ese plazo en el momento del fallecimiento o en el del pacto.

No compartiendo las bases interpretativas que maneja la DGT sobre esta figura foral en el ISD<sup>15</sup>, nos resulta complicado pronunciarnos sobre cuáles son las respuestas correctas que se derivarían de este razonamiento administrativo. De optar por ajustar la interpretación a la literalidad que está en el fundamento de la vía por la que se decantó hace unos años la DGT, habría que apostar por entender que está exigiendo la concurrencia del fallecimiento para poder aplicar el beneficio, pero juega en sentido contrario que con ello vaciaría de contenido y sentido su pronunciamiento. Y algo parecido cabría razonar respecto de la fecha *a quo* del cómputo del plazo de mantenimiento de 10 años que, literalmente, debería arrancar con el fallecimiento.

Los aparentes sinsentidos no son freno para que la DGT mantenga una interpretación literalista. Y mucho menos cuando con ello se evita algún límite o

---

14. la contestación no precisa si se le preguntaba por la empresarial o por la de vivienda.

15. En el artículo 20.2.c de la LISD se recoge una reducción por la adquisición *mortis causa* de bienes empresariales de la persona fallecida. En el apartado 6 de ese mismo artículo 20 se recoge una reducción en los casos de «transmisión de participaciones *inter vivos*». Una interpretación literal de ambos apartados, que sin embargo no es la que hace en este punto la DGT del Ministerio, y en la que se pusiera en valor que se exige la concurrencia de un fallecimiento para acogerse al apartado 2, y que el apartado 6 se reserva para transmisiones entre personas vivas, residenciaría en este último la vía de acceso al beneficio en los casos de legado de presente de una empresa.

norma «desfavorable». Así ocurre con la inaplicación de la técnica de la «acumulación» prevista en el artículo 30 LISD<sup>16</sup> según la V2618-18.

En esta consulta se preguntaba por la figura catalana del pacto sucesorio regulado en los artículos 431-18 y siguientes de la Ley 10/2008, de 10 de julio, del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, relativo a las sucesiones, que regula la figura del heredamiento o pacto sucesorio de institución de heredero. Y en concreto el heredamiento cumulativo, es decir, aquél que comprende la entrega de bienes de presente (prelegados con entrega de presente) y bienes que no se adquirirán hasta el fallecimiento de los heredantes.

Es una situación patrimonial que bien puede darse en nuestra institución de presente si ésta incluyera también la transmisión de los bienes que el instituyente pudiera tener en el momento del fallecimiento. Ya se ha dicho que, por la entrega de bienes de presente como consecuencia de pactos sucesorios, el devengo se adelanta al día en que se celebre el acuerdo. Lógicamente, este devengo anticipado supone la configuración de un hecho imponible distinto del que se produzca posteriormente por el pacto sucesorio con entrega de bienes en el momento del fallecimiento.

Dándose esta situación, o por ejemplo la equivalente de existir sucesivos legados a través de pactos de presente, se plantea si procede una suerte de acumulación de hechos imponibles. El criterio de la DGT, ajustado a la letra del artículo 30 LISD ( que, efectivamente, no contempla<sup>17</sup> la acumulación de las transmisiones *mortis causa* operadas entre los mismos intervinientes), es que no procede la acumulación de las bases liquidables de los sucesivos pactos sucesorios entre unos mismos contratantes.

Nuevamente procede citar en este punto la legislación vizcaína cuya norma foral 4/2015, de 25 de marzo, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones plantea la suma de las distintas adquisiciones recibidas a través de figuras civiles

---

16. Artículo 30. Acumulación de donaciones.

1. Las donaciones y demás transmisiones «inter vivos» equiparables que se otorguen por un mismo donante a un mismo donatario dentro del plazo de tres años, a contar desde la fecha de cada una, se considerarán como una sola transmisión a los efectos de la liquidación del impuesto. Para determinar la cuota tributaria se aplicará a la base liquidable de la actual adquisición el tipo medio correspondiente a la base liquidable teórica del total de las adquisiciones acumuladas.

2. Lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de la determinación de la cuota tributaria, será igualmente aplicable a las donaciones y demás transmisiones «inter vivos» equiparables acumulables a la sucesión que se cause por el donante a favor del donatario, siempre que el plazo que medie entre ésta y aquéllas no exceda de cuatro años.

3. A estos efectos, se entenderá por base liquidable teórica del total de las adquisiciones acumuladas la suma de las bases liquidables de las donaciones y demás transmisiones «inter vivos» equiparables anteriores y la de la adquisición actual.

17. Esa falta de contemplación desde luego no es deliberada. Estamos ante un nuevo ejemplo de la falta de atención del legislador estatal al derecho foral español. No cabía en la mente del legislador tributario de 1987 que pudiera darse una acumulación de distintas adquisiciones *mortis causa*.

vascas equivalentes, por ejemplo, a nuestro pacto sucesorio o a las ejecuciones fiduciarias<sup>18</sup>.

Por lo que nos toca, hasta en tanto no se modifique la normativa estatal en este punto, vale el criterio expuesto de la DGT. Con el relevante matiz de que, dependiendo de las circunstancias concurrentes, pudiera entrar en juego alguna de las medidas previstas en la LGT para regularizar tributariamente conductas «anómalas», y señaladamente el «conflicto en la aplicación de la norma tributaria<sup>19</sup>».

Expuestos los criterios que se manejan por la DGT del Ministerio de Hacienda, terminamos este apartado con una resumida referencia a los que se han ido evacuando por parte de la DGT del Gobierno de Aragón y que fundamentalmente se contienen en las contestaciones 2-2012, 4-2018 (que cambia parcialmente el criterio sentado en la 2-2012) y 10-2019:

— sobre la consideración *mortis causa* del pacto de presente:

El criterio de la 2-12 es que, conforme al artículo 386 CDFA, no hay duda de la naturaleza sucesoria del legado de presente por el que se consulta. Cuestión distinta es que tal condición civil implique siempre la aplicación de todos y cada uno de los beneficios fiscales previstos para las transmisiones *mortis causa*. Expresamente se dice en la 4-2018 que hay que considerar «*en cada elemento de la liquidación fiscal tanto sus requisitos como su sentido y finalidad*».

18. Artículo 56. *Acumulación de adquisiciones hereditarias.*

1. *Deberán considerarse como una sola adquisición hereditaria todos los incrementos de patrimonio que obtenga un causahabiente, que sean consecuencia de una misma sucesión respecto a un causante determinado, con independencia de que su obtención derive de distintos títulos sucesorios.*

2. *En tal sentido, se acumularán todas las adquisiciones de bienes y derechos recibidas, ya sean consecuencia de pactos sucesorios con eficacia de presente, de ejercicios parciales o totales del poder testatorio o de otras causas de extinción del mismo, ya sean dispuestas directamente por el testador en su testamento o por la Ley en ausencia de éste.*

3. *Todos los incrementos de patrimonio a que se ha hecho referencia en los dos apartados anteriores de este artículo se considerarán como una sola adquisición hereditaria a los efectos de la liquidación del Impuesto, por lo que la cuota tributaria se obtendrá en función de la suma de todas las bases imposables, aplicando una sola vez las reducciones de la base imponible correspondientes de entre las que se regulan en esta Norma Foral.*

*Además, las cuotas satisfechas con anterioridad por las liquidaciones acumuladas serán deducibles de la liquidación que se practique como consecuencia de la acumulación, sin que proceda devolución de cuotas por este motivo.*

19. Artículo 15 LGT *Conflicto en la aplicación de la norma tributaria*

1. *Se entenderá que existe conflicto en la aplicación de la norma tributaria cuando se evite total o parcialmente la realización del hecho imponible o se minore la base o la deuda tributaria mediante actos o negocios en los que concurran las siguientes circunstancias:*

- a) *Que, individualmente considerados o en su conjunto, sean notoriamente artificiosos o impropios para la consecución del resultado obtenido.*
- b) *Que de su utilización no resulten efectos jurídicos o económicos relevantes, distintos del ahorro fiscal y de los efectos que se hubieran obtenido con los actos o negocios usuales o propios.*

Conforme al artículo 3 de la Ley y el 10 y 11 del Reglamento del Impuesto, la sujeción de los pactos sucesorios al impuesto resulta pacífica y, literalmente, su inclusión se instrumenta a través de su consideración como título sucesorio. Por tanto, y con independencia de que en el caso concreto de los pactos con transmisión de presente de los bienes deba procederse a una especial labor interpretativa por la singularidad de que es un negocio sucesorio que origina un desplazamiento patrimonial en vida del disponente, a efectos del impuesto, tal contrato sucesorio se considera adquisición *mortis causa* y no «donación».

No teniendo en ningún caso la consideración de «donación», no resulta aplicable ninguna de las normas aragonesas que se refieran a ese tipo de transmisión, sean favorables o desfavorables al contribuyente.

— sobre la aplicación de las reducciones.

Respecto de la reducción del artículo 131-5 TR<sup>20</sup> (del 100% con un límite actualmente de 500.000 euros), en la contestación 2/2012 se concluía, sin expresar ninguna motivación, que era aplicable en las instituciones de presente. Sin embargo, en la 4-2018 se modifica el criterio, motivándolo en el siguiente párrafo de la Ley 10/2018: *«Más allá del beneficio singular que pueda reportar a los contribuyentes, el establecimiento o aumento de reducciones propias en este impuesto reconoce la especial situación que sobreviene cuando fallece un familiar cercano. En ese sentido, la adquisición lucrativa que se produce en vida del transmitente, también gravada en este impuesto, no tiene la misma significación que la que obtiene un causahabiente después del fallecimiento de su familiar. Por eso, la mejora en la situación patrimonial del cónyuge, ascendientes y descendientes, tras el fallecimiento del causante, se hace acreedora de un mejor trato fiscal que el producido entre esas mismas personas antes del óbito».*

Respecto de la reducción del artículo 131-3 TR, en la redacción dada por la ley 10/2018 que recoge una reducción propia autonómica del 99% en los supuestos de transmisión *mortis causa* de la empresa individual o societaria, se niega su aplicación porque, partiendo también de lo dispuesto en el preámbulo de la Ley, aunque el párrafo copiado anteriormente no se refiere expresamente a este concreto beneficio (y sí al del 131-5), se considera esa exposición de motivos como «la mejor guía interpretativa» a la hora de decidir la tributación de las instituciones civiles concebidas en atención a la ordenación de la sucesión de una persona pero con una transmisión dominical en vida del causante. Debe destacarse entonces que se sigue por la Administración Autonómica un criterio distinto del que tiene el Ministerio respecto de la reducción estatal sobre la sucesión empresarial equivalente. Diferencia interpretativa que es posible por lo que más adelante se indica sobre el órgano competente para evacuar contestaciones vinculantes.

20. Con TR identificaremos al texto refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de tributos cedidos aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de septiembre, del Gobierno de Aragón

Para ambas reducciones (131-3 y 131-5), el criterio administrativo se basa en consecuencia en dar relevancia, a la hora de liquidar una adquisición *mortis causa*, a la circunstancia de que exista o no un fallecimiento: los beneficios fiscales son mayores en el ámbito de las transmisiones *mortis causa* que en las *inter vivos* por la circunstancia de que existe un fallecimiento y no por la calificación jurídica como institución sucesoria. Este principio informador, no explicitado hasta la aprobación de esta ley, es el que permite entender, por ejemplo, que en la atribución del derecho de usufructo vidual recogido en el artículo 283 CDFA, y que conforme al mismo nace con el fallecimiento del cónyuge, se deba tributar como adquisición *mortis causa* cuando en nuestro derecho civil es una institución del Derecho de Familia.

Una vez dicho que se rechaza en el criterio administrativo aragonés la aplicación al pacto sucesorio de presente de la reducción del artículo 131-3 (de la sección 1ª concepto Sucesiones del capítulo III del Título I), debe ponderarse la subsidiaria aplicación de las reducciones contempladas para la sucesión empresarial *inter vivos* en los artículos 132-1 y 132-3 (de la sección 2ª concepto Donaciones) del TR.

El razonamiento administrativo, favorable a la aplicación de esas reducciones, parte de considerar que tanto el legislador estatal como el aragonés han distinguido dos regímenes distintos para privilegiar la sucesión en la empresa familiar (el de las adquisiciones *mortis causa* y el de las adquisiciones *inter vivos*). Y para validar la aplicación de las reducciones previstas para las transmisiones *inter vivos* añade que *«aunque el sentido de este doble régimen de beneficios no es fácil encontrarlo en la exposición de motivos de las leyes que los incorporaron pues, aunque la que introdujo el beneficio en la transmisión de la empresa del fallecido es bastante elocuente de que se construye tan importante excepción de tributación sobre la idea de que hay un fallecimiento<sup>21</sup>, la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social que incorpora el apartado 6 al artículo 20 LISD no lo justifica ni motiva. Sin embargo, el sentido y finalidad de ambos beneficios puede inducirse fácilmente de sus requisitos. Así, mientras el artículo 20.2.c gira sobre una circunstancia inevitable como es el fallecimiento y tiene como finalidad aliviar el coste fiscal de tal transmisión, la exigencia del artículo 20.6 de que el donante deje de ejercer las funciones que en su caso ejerciera en la empresa, conduce necesariamente a explicar este beneficio como una ayuda fiscal al relevo generacional. En este planteamiento, no hay dudas de que un pacto sucesorio de presente sobre bienes empresariales debe resultar fiscalmente beneficiado en atención al relevo generacional y no como alivio de la carga tributaria que pudiera comportar el fallecimiento, no acaecido, del titular de la empresa.*

21. La Exposición de motivos del Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, sobre Medidas urgentes de carácter fiscal y de fomento y liberalización de la actividad económica dice lo siguiente: *«Las medidas sobre el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones pretenden aliviar el coste fiscal derivado de la transmisión “mortis causa” de las empresas familiares (en su forma de empresa individual o de participaciones) y de la vivienda habitual, cuando dicha transmisión se efectuase a favor de ciertas personas allegadas al fallecido».*

*Además de la literalidad de las normas y su sentido y finalidad, por la consideración del principio ya expuesto de que no es irrelevante para la ley aragonesa que la transmisión se produzca antes o después del fallecimiento, la conclusión es que al pacto de presente que tenga por objeto bienes empresariales corresponde aplicarle, si procede, los beneficios de los artículos 132-1 o 132-3 y no los del 131-3».*

Por tanto, confrontados los criterios administrativos estatal y aragonés, la llamativa situación actual es que la reducción estatal para sucesión *mortis causa* (del 95%) es aplicable en el pacto de presente (con todas las dudas y reservas que hemos expresado antes) pero no la reducción aragonesa alternativa del 99% prevista también para la sucesión empresarial *mortis causa*. Por su parte, la reducción estatal para sucesión empresarial *inter vivos* no sería aplicable según el criterio del Ministerio, mientras que la reducción aragonesa mejorada (cuyo sustrato básico es, por definición, el que tiene la estatal que mejora) sí se considera aplicable por la Administración aragonesa.

Más allá de la fuerza vinculante que quepa atribuir a cada criterio administrativo, lo cierto es que concluir que son aplicables los beneficios previstos en Aragón para las adquisiciones *inter vivos* en los artículos 132-1 y 132-3 de su citada norma reguladora, se hace forzando su encaje, pues las reducciones de estos preceptos se construyen en la ley aragonesa, a diferencia de las *mortis causa* que se configuraron en 2018 como reducciones autonómicas «propias», como mejoras de las reducciones estatales del artículo 20.6 LISD. Y es que tiene algo de contrasentido que el criterio administrativo estatal lleve la sucesión empresarial instrumentada en un pacto de presente por la vía *mortis causa* (negando por tanto la del artículo 20.6 en favor de la del segundo apartado de este mismo artículo 20) mientras que el criterio autonómico la residencia en la mejora aragonesa de la reducción del apartado 6.

La diferencia más relevante entre que una reducción autonómica sea propia o mejora de la estatal es, por lo que ahora interesa, que la interpretación administrativa de la misma corresponde íntegramente en el primer caso al centro directivo autonómico competente mientras que, cuando es una reducción mejorada, la capacidad de interpretación por el órgano autonómico se circunscribe exclusivamente a aquellos elementos del beneficio regulados por ley autonómica. Y es en este punto donde el criterio autonómico estira al máximo el ámbito de la reducción del artículo 20.6 para no dejar sin beneficio a la sucesión empresarial arbitrada en un pacto de presente.

#### 4. CONSIDERACIÓN FINAL

La conclusión final, que suponemos imaginable desde la lectura de las primeras líneas de esta intervención, es que urge una modificación normativa que compete a las Cortes Generales. Tal cambio, que bien pudiera ir en la línea de lo que las legislaciones vascas prevén para sus instituciones análogas a las nues-

tras, debe compatibilizar la realidad civil del pacto de presente con el sentido del impuesto, claramente montado en nuestra opinión, pero no en el criterio de la DGT del Ministerio de Hacienda, sobre la idea de dar un tratamiento distinto a las adquisiciones según sean o no *post mortem*.

Todo ello con independencia de la decisión del legislador aragonés acerca de incentivar o no el uso de las figuras forales, cuestión de profundo alcance y complicado resumen. En ese debate, nos inclinaríamos por una fiscalidad neutral que no «penalizara» el empleo de nuestras instituciones, especialmente la de aquellas que, como ha puesto de relieve el ponente principal de esta sesión, pueden resultar singularmente útiles y prácticas. Pero también resulta imprescindible no diluir la lógica de tributar conforme a la verdadera capacidad contributiva puesta de manifiesta en cada acto, evitando de paso llegar a la incongruencia de un mantenimiento «artificial», puramente basado en un supuesto interés fiscal, de las instituciones civiles.

## **Sesión II**

# **LIBERTAD RELIGIOSA EN LA ESCUELA ARAGONESA Y EN LA APERTURA DE CENTROS DE CULTO**

### **Ponente**

*D. Juan Carlos Zapata Híjar*

PÁG. 105

### **Coponentes**

*D.<sup>a</sup> María Jesús Cruz Gimeno*

PÁG. 163

*D. Fernando Zamora Martínez*

PÁG. 177



# **LIBERTADES PÚBLICAS Y ESCUELA ARAGONESA: CONTROVERSIAS JURISPRUDENCIALES EN MATERIA DE APERTURA DE CENTROS, CONCIERTOS EDUCATIVOS, CLASES DE RELIGIÓN Y EDUCACIÓN EN CENTROS EXCLUSIVAMENTE FEMENINOS Y MASCULINOS**

**JUAN CARLOS ZAPATA HÍJAR**

Presidente de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior  
de Justicia de Aragón

**Sumario:** 1. LA LIBERTAD RELIGIOSA, AHORA.– 2. LA LIBERTAD RELIGIOSA Y EL PODER PÚBLICO.– 3. LA LIBERTAD RELIGIOSA Y LA EDUCACIÓN. DERECHOS FUNDAMENTALES.– 4. LOS CENTROS DIFERENCIADOS POR SEXOS.– 5. EL CASO DEL COLEGIO ÁNFORA.– 6. LIBERTAD RELIGIOSA Y CONCIERTOS EDUCATIVOS. LA DENEGACIÓN DEL CONCIERTO EN SU TOTALIDAD.– 7. LIBERTAD RELIGIOSA Y CONCIERTOS EDUCATIVOS. LA DENEGACIÓN DE AULAS CONCERTADAS.– 8. LA CLASE DE RELIGIÓN.– 9. LA LIBRE ELECCIÓN DE EDUCACIÓN NO RELIGIOSA.

## **1. LA LIBERTAD RELIGIOSA, AHORA**

La libertad de culto o libertad religiosa es el derecho fundamental por el que cada persona puede elegir libremente su religión, o no elegir ninguna (irreligión), o no creer en la existencia de un Dios (ateísmo y agnosticismo) y ejercer dicha creencia públicamente, sin ser víctima de opresión, discriminación o intento de cambiarla a la fuerza.

La libertad religiosa es reconocida por el derecho internacional en el artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 217 A, el 10 de diciembre de 1948, el artículo 18 y 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante la Resolución 2200 A,

de 16 de diciembre de 1966, art. 14 de la Convención de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas de 1989 y el artículo 9 de la Convención Europea de Derechos Humanos aprobada por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950.

En nuestro derecho interno, las normas más relevantes que regulan la libertad religiosa son los arts. 1, 9, 10, 14, 16 y 20 de la Constitución Española de 26 de diciembre de 1978, la Ley 7/1980 de 5 de julio de Libertad religiosa y los Acuerdos con la Santa Sede y el Estado Español de 28 de julio de 1976 y de 3 de enero de 1979, así como las Leyes 24, 25 y 26 de 1992 de 10 de noviembre de cooperación con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEDERE), con la Federación de Comunidades Judías de España (FCJE) y la Comisión Islámica de España (CIE).

La protección del derecho a la libertad religiosa comprende dos realidades. Por un lado la denominada Irreligión, que engloba agnosticismo, ateísmo, no teísmo ignoteísmo, antireligión, escepticismo religioso, librepensamiento, anti-teísmo, apateísmo, no creencia, humanismo secular y deísmo, que aunque varía en los diferentes países, alrededor del 16% de la población mundial (1.100 millones de personas) se consideran no religiosas<sup>1</sup>.

Podíamos pensar que la relación Estado, confesión religiosa y la derivada de libertad religiosa se diluye e incluso desaparece cuando el Estado es no confesional, o cuando el Estado directamente no quiere regular el hecho religioso, ni para protegerlo, ni para imponerlo, como ocurre con los todavía regímenes comunistas. Sin embargo incluso en esos países existe un gran número de personas que declaran que la religión es parte importante de su vida. Hemos de tener en cuenta que según la encuesta de Gallup a la respuesta *¿considera la religión una parte importante de su vida?*, en Cuba dijeron que no un 64% por ciento de los encuestados y en España un 55%. Esa pequeña diferencia nos invita a pensar que la intervención estatal en la regulación de la libertad religiosa no hace de menor importancia su desarrollo y ejercicio en la vida de las personas en esa comunidad.

Para hablar de libertad religiosa en España necesitamos partir de los datos que proporciona el informe anual de la situación de la libertad religiosa en España, del que obtenemos la información del último publicado que es de 2017<sup>2</sup>.

Las confesiones religiosas más notorias, son la Iglesia católica, la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, la Federación de Comunidades Judías de España, la Comisión Islámica de España, la Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días, los Testigos Cristianos de Jehová, la Federación de Comunidades Budistas de España y la Iglesia ortodoxa.

Los datos más relevantes de la Iglesia católica son los siguientes: 32.556.922 católicos, 22.999 parroquias, 18.576 sacerdotes, 101.751 catequistas, 827 monas-

---

1. **Gallup:** porcentaje de «no» a la pregunta: *¿considera la religión una parte importante de su vida?*

2. Se puede consultar este informe en la página web del Ministerio de Justicia.

terios, 55.367 religiosos, 10.899 entre monjas y monjes de clausura, 13.000 misioneros y 502 familias en misión

La Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España (FEREDE) es la entidad que aglutina y representa a la mayoría de las iglesias evangélicas del país. Según datos ofrecidos por el Observatorio del Pluralismo Religioso, a fecha de diciembre de 2017 existen aproximadamente 3.921 lugares de culto evangélicos, que suponen un 58,15% con respecto a los de las religiones no católicas. A modo de ejemplo, la Iglesia de Filadelfia —principal movimiento evangélico de los romaní— cuenta con más de 700 lugares de culto. La suma de estas estimaciones estaría en torno a 1.500.000 protestantes en España.

Se calcula en torno a 45.000 el número de practicantes de la religión judía, existiendo más de 33 sinagogas en el país, algunas con capacidad de hasta 800 personas. Por el Real Decreto 893/2015, de 2 de octubre, que concede la nacionalidad española por carta de naturaleza a determinados sefardíes originarios de España, a pesar de que los términos «sefardí» y «judío» no se identifican, posiblemente incrementará el número de judíos españoles. Hasta el momento se ha concedido la nacionalidad a 1.678 sefardíes.

El número estimado de fieles que pertenecen a la confesión islámica de España es de 1.946.300 musulmanes.

En el Registro de Entidades Religiosas figuran inscritas aproximadamente 1.700 entidades islámicas, con una cifra estimada por la CIE de 1.363 mezquitas.

La Iglesia de Mormones empezó su actividad en España en la década de los sesenta, con los militares estadounidenses miembros de la Iglesia de las bases de Zaragoza, Madrid, Sevilla y Cádiz, organizados en un distrito que formaba parte de la Misión Francesa. La Iglesia de Jesucristo de los Santos de los Últimos Días tiene en España 56.725 feligreses.

El número de miembros activos de los Testigos de Jehová asciende a 113.000 y el de asistentes a la conmemoración anual de la muerte de Cristo, el día 11 de marzo de 2017, ha sido de 188.092. En el Registro de Entidades Religiosas constan 709 lugares de culto de la confesión.

Según los datos de que dispone la Federación de centros budistas de España, el número aproximado de practicantes budistas en nuestro país estaría en una cifra aproximada de 85.000.

La importancia del hecho religioso se detecta por la magnitud de los datos en cuanto a actividad de todo tipo.

Mencionando solo las dos religiones con más fieles, hemos de indicar que la Conferencia Episcopal Española es la representación institucional de la Iglesia católica en España. Está constituida por 75 obispos (entre titulares y auxiliares) de las 70 diócesis de España, más 38 obispos eméritos que tienen voz, pero no

voto, en la conferencia. En el año 2017, la asignación económica a la Iglesia Católica derivada de la indicación del IRPF fue de más de 201 millones de euros.

Por otro lado, de las más de 1.700 entidades musulmanas inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, 1.306 entidades pertenecen a la CIE, que está compuesta a su vez por 22 federaciones y 19 comunidades musulmanas.

Siendo cierto que el resto de religiones, no recibe subvención alguna, la Fundación Pluralismo y Convivencia, otorga a FEREDE 356.800 euros, a FCJE 169.362,83 euros y a CIE 255.000 euros.

Las confesiones religiosas sin embargo, no se han librado de acciones que para ellas son consideradas ofensas a los sentimientos religiosos y delitos de odio por motivos religiosos, como se constata en el informe aludido del Ministerio de Justicia<sup>3</sup>. Recientemente un Juzgado de lo Penal de Sevilla<sup>4</sup> absolvió a las participantes en la manifestación realizada en Sevilla el día 1 de mayo de 2014 en lo que se llamó «aquelarre feminista», en la exhibición pública por las calles del centro de Sevilla de una vagina de látex de grandes dimensiones que portaban en andas, bajo el nombre de «procesión de la anarcofradía del santísimo coño insumiso y el santo entierro de los derechos socio-laborales» de los delitos que se le imputaban, delito de provocación a la discriminación, al odio y a la violencia por motivos referentes a la religión o creencias del artículo 510.1 del código penal y delito contra los sentimientos religiosos del artículo 525.1 del código penal.

Todo ello determinó un comunicado conjunto de las confesiones religiosas en España ante las ofensas a los sentimientos religiosos.

## 2. LA LIBERTAD RELIGIOSA Y EL PODER PÚBLICO

También en el reiterado informe las confesiones religiosas exponen que ha encontrado dificultades en el ejercicio de la libertad religiosa en el espacio

---

3. A la petición de información del ministerio la Iglesia católica afirma que, durante el año 2017, se ha venido observando con gran preocupación un aumento progresivo de las ofensas y ataques contra los sentimientos religiosos de los católicos, entre los que destaca los siguientes: • Ataques a la Eucaristía. Lo más sagrado que tiene la Iglesia católica es el sacramento de la Eucaristía, por lo que resulta especialmente lamentable el incremento de profanaciones en este ámbito, destacando el robo de formas consagradas en diversas partes del territorio nacional, entre otras, en: Segovia, Valencia, Parla, Alcalá de Henares y Castellón. También en este sentido se lamentan los espectáculos de escarnio hacia la Eucaristía como los realizados por Leo Bassi en Madrid. • En los templos y lugares de culto de diversas ciudades españolas se han producido pintadas con imágenes y lenguaje soez, en las que se incita al odio contra los católicos y se procura su intimidación. • En el mundo del arte y la cultura han proliferado las obras de carácter vejatorio contra la religión católica. También con ocasión de los carnavales se han producido actuaciones injuriosas hacia los católicos. • En los medios de comunicación, ha disminuido la sensibilidad hacia el respeto al sentir religioso de las personas, incluyendo emisiones que ridiculizan las creencias, con imágenes y lenguaje procaz, incluso en horario infantil. Como se lee en ese informe también las otras confesiones religiosas, se quejan de distintas acciones contra sentimientos religiosos.

4. Sentencia del Juzgado de lo Penal nº 10 de Sevilla de 9 de octubre de 2019 (juicio oral 521/2017).

público, especialmente en lo concerniente a la expresión de las creencias religiosas, como la retirada de belenes en la época de Navidad, la exigencia de retirada de símbolos religiosos, supresión de fiestas católicas, etc.<sup>5</sup>.

La difícil relación entre el sentimiento religioso y poder público llegó al Tribunal Superior de Justicia de Aragón, al impugnar el Grupo del Partido Popular del Ayuntamiento de Huesca, el Acuerdo del Pleno del citado Ayuntamiento de 29 de junio de 2016 por el que se aprueba el Reglamento Municipal de Protocolo y Ceremonial y Honores y Distinciones. Allí se discutía —entre otros— un precepto<sup>6</sup> en el que se establecía que la Corporación municipal, no iba a participar en celebraciones religiosas y que los miembros de la corporación y personal del Ayuntamiento no podían hacerlo, sino a título particular. La Sala en Sentencia de 24 de julio de 2019 (PO 224/2016) anula parte de este precepto e indica que es perfectamente posible y que no vulnera el principio de neutralidad, que la

---

5. En el informe se expone los siguientes ejemplos de la religión católica: • Callosa de Segura: retirada de la cruz por el Ayuntamiento, sin garantías jurídicas. • Boadilla del Monte: comisión de acto vandálico contra la exposición de un belén. • Decapitación de la imagen de la Virgen de Covadonga en Piloña (Asturias). • *Drag queen* actúa en Vinaroz y en el Carnaval de las Palmas de Gran Canaria, contra los sentimientos religiosos. • Obra de teatro irrespetuosa con los sentimientos religiosos en La Laguna (Canarias). • Pregón del carnaval de Santiago de Compostela, con graves ofensas contra los sentimientos religiosos. • Condena a cinco proabortistas por irrumpir en una iglesia de Palma de Mallorca. • Colegios vascos eliminan la referencia a «Jesús» de los villancicos para no molestar a los alumnos. FEREDE Detecta un incremento en las dificultades que experimentan las iglesias evangélicas para manifestar públicamente su fe, en la utilización de la vía pública y otros espacios públicos y en la realización de sus actividades. Es grave que muchas de estas dificultades procedan de la misma Administración Pública, que no es dueña del espacio público, sino gestora del mismo, y por tanto no puede denegar su uso o expulsar del mismo a las confesiones religiosas. En el mismo sentido se quejan por dificultades para ocupar la vía pública los testigos de Jehová, mormones, y la CIE indica que en Melilla durante las semanas previas a la celebración de la Pascua del Sacrificio parece recurrente la polémica respecto a no poder pasar los animales desde Marruecos por la frontera, como se venía haciendo tradicionalmente, por razones de legislación fitosanitaria ante riesgos para la salud y problemas de epidemias.

6. El precepto en su totalidad indica:

*Artículo 13. Actos de carácter confesional.*

13.1. *El Ayuntamiento, incluidos sus cargos de representación y sus empleados públicos, de conformidad con lo establecido en el artículo 16 de la Constitución respecto a la aconfesionalidad del Estado, no asistirá a ningún acto que tenga carácter religioso, declinando las invitaciones que se le pudieran hacer para su participación, y no organizará ni programará actos que, en el marco de su actividad institucional, representativa y laboral, tengan carácter confesional.*

13.2. *Las personas integrantes de la Corporación podrán asistir a esos actos de manera particular, sin que en ningún caso puedan emplear los símbolos que acrediten su condición de miembro de la Corporación ni hacer uso de los privilegios o prerrogativas que pudieran corresponderle por su condición, tales como la ubicación en espacios reservados o preferentes.*

13.3. *Las personas que tengan vinculación laboral con el Ayuntamiento podrán asistir a esos actos a título particular y en ningún caso en horario laboral, salvo que hayan pedido — y se les haya concedido— el permiso de asuntos propios correspondiente. En consecuencia, aquellas personas que en el desempeño de su actividad laboral municipal utilicen uniformes u otro tipo de símbolo que acrediten su condición, no podrán hacer uso de los mismos cuando asistan a los actos religiosos.*

Corporación «como tal corporación» no participe en celebraciones religiosas, indicando:

Se cuestiona por el recurrente que la decisión de la Corporación de no acudir a actos de carácter confesional, vulnera el derecho a la libertad religiosa, por confundir aconfesionalidad, con laicidad y también desprecia las costumbres oscenses, por el hecho de no acudir a los actos confesionales tradicionales, como se imponía en el anterior Reglamento de 2009.

Ante todo hemos de diferenciar el Ayuntamiento como corporación, o entidad local y los miembros de la misma, los concejales y aún con una mayor diferenciación el propio personal que tiene vinculación laboral con el Ayuntamiento que también se cita en el precepto impugnado.

Nos vamos a referir ahora a la primer cuestión. Esto es si el pleno del Ayuntamiento puede como tal, decidir que no va a acudir a actos confesionales. Y entendido desde esta perspectiva, ya adelantamos que la Sala no considera contrario al principio de libertad religiosa del art. 16 de la Constitución esta decisión.

Cuando este Tribunal en Sentencia de 6 de noviembre de 2012 (ROJ 1382) resolvió el recurso interpuesto por una asociación en defensa del Estado laico, contra un Reglamento análogo al presente pero del Ayuntamiento de Zaragoza y con un precepto que precisamente sostenía lo contrario, esto es que la Corporación zaragozana acudiría a los actos solemnes tradicionales y de contenido religioso, consideró que esta decisión no era contraria a ningún precepto constitucional, precisamente porque «no imponía obligación alguna a los concejales y demás personal de la Corporación a asistir a estos actos religiosos» y por tanto la presencia de ellos era voluntaria. Diferenciáramos con el Reglamento actos oficiales de actos solemnes confesionales, confirmando la obligatoriedad impuesta en el Reglamento, para los miembros de la corporación de acudir a los primeros y no a los segundos, presencia en estos últimos que era voluntaria. Y todo ello porque la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha entendido que las entidades locales y los organismos públicos, pueden dotarse de símbolos de contenido religioso, basados en la costumbre y en la tradición y con ello no se vulnera el derecho a la libertad religiosa.

Con claridad se pronuncia el Tribunal Constitucional en la STC 34/2011 de 28 de marzo, en la que considera que nombrar patrona del Colegio de Abogados de Sevilla a la Santísima Virgen María, en el Misterio de su Concepción Inmaculada, no es vulnerar ese derecho a la libertad religiosa.

Efectivamente el Tribunal Constitucional nos recuerda que en un sistema jurídico político basado en el pluralismo, la libertad ideológica y religiosa de los individuos y la aconfesionalidad del Estado, todas las instituciones públicas han de ser ideológicamente neutrales (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 9), pero añade que eso no impide que las instituciones pueda adoptar símbolos, señas, siempre que con ello, no se vulnere la imparcialidad que deben de regir con terceros ajenos a esta creencia. Así dice:

*es propio de todo ente o institución adoptar signos de identidad que contribuyan a dotarle de un carácter integrador ad intra y reconocible ad extra, tales como la denomi-*

*nación —elemento de individualización por excelencia—, pero contingentemente también los emblemas, escudos, banderas, himnos, alegorías, divisas, lemas, conmemoraciones y otros múltiples y de diversa índole, entre los que pueden encontrarse, eventualmente, los patronazgos, en su origen propios de aquellas confesiones cristianas que creen en la intercesión de los santos y a cuya mediación se acogen los miembros de un determinado colectivo.*

*Sobre la importancia de estos elementos representativos señalamos en la STC 94/1985, de 29 de julio, que «no puede desconocerse que la materia sensible del símbolo ... trasciende a sí misma para adquirir una relevante función significativa. Enriquecido con el transcurso del tiempo, el símbolo [político allí] acumula toda la carga histórica de una comunidad, todo un conjunto de significaciones que ejercen una función integradora y promueven una respuesta socioemocional, contribuyendo a la formación y mantenimiento de la conciencia comunitaria, y, en cuanto expresión externa de la peculiaridad de esa Comunidad, adquiere una cierta autonomía respecto de las significaciones simbolizadas, con las que es identificada; de aquí la protección dispensada a los símbolos [políticos allí] por los ordenamientos jurídicos» (FJ 7).*

*Naturalmente, la configuración de estos signos de identidad puede obedecer a múltiples factores y cuando una religión es mayoritaria en una sociedad sus símbolos comparten la historia política y cultural de ésta, lo que origina que no pocos elementos representativos de los entes territoriales, corporaciones e instituciones públicas tengan una connotación religiosa. Ésta es la razón por la que símbolos y atributos propios del Cristianismo figuran insertos en nuestro escudo nacional, en los de las banderas de varias Comunidades Autónomas y en los de numerosas provincias, ciudades y poblaciones; asimismo, el nombre de múltiples municipios e instituciones públicas trae causa de personas o hechos vinculados a la religión cristiana; y en variadas festividades, conmemoraciones o actuaciones institucionales resulta reconocible su procedencia religiosa.*

*Por consiguiente, es obvio que no basta con constatar el origen religioso de un signo identitario para que deba atribuírsele un significado actual que afecte a la neutralidad religiosa que a los poderes públicos impone el art. 16.3 CE . La cuestión se centra en dilucidar, en cada caso, si ante el posible carácter polisémico de un signo de identidad, domina en él su significación religiosa en un grado que permita inferir razonablemente una adhesión del ente o institución a los postulados religiosos que el signo representa.*

*Pues bien si esto es posible para una Corporación, si este Tribunal ya indicó que no era contrario a derecho, que por un Ayuntamiento como el de Zaragoza, se acordase acudir a celebraciones religiosas, solo como tal Corporación, es claro, que en el uso legítimo de la decisión plenaria, un Ayuntamiento puede acordar lo contrario, que no va a acudir a ninguna celebración de carácter confesional. Tan legítimo es decidir que se va a apoyar esas celebraciones confesionales, por que el Consistorio, se siente identificado con ellas, como lo contrario, esto es considerar al Consistorio ajeno a estas celebraciones y por tanto decidir, reiteramos como tal Consistorio, que no se va a acudir a ellas.*

La Sala constata en atención a la doctrina constitucional que las instituciones pueden tomar partido, sobre la conciencia y pertenencia religiosa de la misma, sea en un sentido o en otro y que ello, no vulnera ni el principio de neutralidad religiosa, ni ningún derecho adquirido por el hecho de que antes se hiciera de otra forma. Eso sí en lo que hace referencia a la negativa a que los miembros

de la Corporación o el personal de la misma no puedan acudir a celebraciones religiosas, la Sala considera contrario a derecho y razona:

Los miembros de las Corporaciones Locales son elegidos democráticamente y como tales tienen un derecho/deber a ejercer esa representación instituida personalmente, más allá de la pertenencia a la Corporación y a sus órganos de gobierno. La elección de los ciudadanos recae sobre personas determinadas y no sobre los partidos que las proponen, con independencia de que las elecciones se articulen en listas cerradas y bloqueadas.

Si no fuera así, y no tuvieran una representación distinta y eficaz, a la del propio consistorio, no se verían completados sus derechos a la participación pública, derivados de principios democráticos a los que se refiere el art. 23.2 de la Constitución en el ejercicio de sus funciones. Por tanto tiene razón el recurrente cuando indica que el Consistorio, no puede negar que los concejales acudan, como tales y en ejercicio de su representación como concejal a los actos confesionales, que consideren adecuados y con el tratamiento y honores que como tales se les disponga. Si a los concejales se les invita a un acto confesional, y es su voluntad acudir, no existe esa disociación que indebidamente establece el Reglamento. Dentro de su función pública también está acudir, como concejal a estos actos y evidentemente a otros distintos y separados de lo que la mayoría del consistorio, considere adecuados. Esta prohibición escapa de las facultades que tiene el plenario, que cuando impone restricciones solo puede obligar a la Corporación y no a sus miembros individualmente considerados.

La STC 101/2004 de 23 de junio, indica al respecto:

*En cuanto derecho subjetivo, la libertad religiosa tiene una doble dimensión, interna y externa. Así, según dijimos en la STC 177/1996, de 11 de noviembre, FJ 4, la libertad religiosa «garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la personalidad y dignidad individual», y asimismo, ‘junto a esta dimensión interna, esta libertad... incluye también una dimensión externa de agere licere que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros (SSTC 19/1985, de 13 de febrero, FJ 2 ;120/1990, de 27 de junio, FJ 10, y 137/1990, de 19 de julio, FJ 8)». Este reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de agere licere lo es «con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales» (STC 46/200 1, de 15 de febrero, FJ 4, y, en el mismo sentido las SSTC 24/1982, de 13 de mayo, y 166/1996, de 28 de octubre ) y se complementa, en su dimensión negativa, por la prescripción del art 16.2 CE de que «nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias».*

*La dimensión externa de la libertad religiosa se traduce, demás, «en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso» (STC 46/200 1, de 15 de febrero), tales como las que se relacionan en el art. 2.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de libertad religiosa (LQLR), relativas, entre otros particulares, a los actos de culto, enseñanza religiosa, reunión o manifestación pública con fines religiosos, y asociación para el desarrollo comunitario de este tipo de actividades».*

Si a eso unimos el carácter representativo del concejal miembro de la Corporación, esto es partícipe de la decisión del pueblo en el proceso democrático de elección, debemos preservar aún más su esfera de ejercicio, no solo a su libertad religiosa, sino a todos los derechos fundamentales, que se ven limitados o coartados por el poder público y que impidan que pueda ejercer su función de representación con libertad.

Por todo lo dicho el art. 13.2 y 13.3 del Reglamento vulnera los derechos fundamentales del art. 16.1 y 23.2 de la Constitución y deben ser anulados.

### 3. LA LIBERTAD RELIGIOSA Y LA EDUCACIÓN. DERECHOS FUNDAMENTALES

El Tribunal constitucional tiene dicho sobre estos dos derechos fundamentales<sup>7</sup> y en concreto sobre el desarrollo de los derechos fundamentales del art. 27.

En esta línea, por tanto, el encuadramiento constitucional de la ley se sitúa esencialmente en el marco del artículo 27 CE, y afecta a gran parte de los concretos derechos y prescripciones contenidos en él. Por ello, resulta conveniente recordar que nuestra STC 86/1985, de 10 de julio, FJ 2, se pronunció sobre la relación que existe entre los distintos preceptos contenidos en ese artículo constitucional, manifestando literalmente que «mientras algunos de ellos consagran derechos de libertad (así, por ejemplo, apartados 1, 3 y 6), otros imponen deberes (así, por ejemplo, obligatoriedad de la enseñanza básica, apartado 4) garantizan instituciones (apartado 10) o derechos de prestación (así, por ejemplo, la gratuidad de la enseñanza básica, apartado 3) o atribuyen competencias a los poderes públicos (así, por ejemplo, apartado 8), o imponen mandatos al legislador. La estrecha conexión de todos estos preceptos, derivada de la unidad de su objeto, autoriza a hablar, sin duda, en términos genéricos, como denotación conjunta de todos ellos, del derecho a la educación, o incluso del derecho de todos a la educación, utilizando como expresión omnicomprendiva la que el mencionado artículo emplea como fórmula liminar. Este modo de hablar, no permite olvidar, sin embargo, la distinta naturaleza jurídica de los preceptos indicados». Continúa afirmando dicha sentencia que «el derecho de todos a la educación incorpora así, sin duda, junto a su contenido primario de derecho de libertad, una dimensión prestacional, en cuya virtud los poderes públicos habrán de procurar la efectividad de tal derecho y hacerlo, para los niveles básicos de la enseñanza, en las condiciones de obligatoriedad y gratuidad que demanda el apartado cuarto de este artículo 27 de la norma fundamental. Al servicio de tal acción prestacional de los poderes públicos se hallan los instrumentos de planificación y promoción mencionados en el núm. 5 del mismo precepto, así como el mandato en su apartado noveno, de las correspondientes ayudas a los Centros docentes que reúnan los requisitos que la Ley establezca». Ello, por supuesto, teniendo en cuenta, respecto de estas últimas que, «el citado artículo 27.9, en su condición de mandato al legislador, no encierra, sin embargo, un derecho subjetivo a la

7. STC 31/2018 de 10 de abril.

prestación pública», aunque ello no significa que «el legislador sea enteramente libre para habilitar de cualquier modo este necesario marco normativo». Por el contrario, la norma legal que reclama el artículo 27.9 CE deberá ceñirse al doble límite de no contrariar ninguno de los derechos y libertades educativas presentes en el mismo artículo, de un lado, y, de otro, «deberá configurar el régimen de ayudas en régimen de igualdad». Por otro lado, este Tribunal ha indicado la vinculación del artículo 27.2 CE con la libertad de creación de centros docentes, de la que deriva el derecho al ideario o carácter propio de aquellos que no son de titularidad pública. En nuestra STC 5/1981, de 13 febrero, FJ 7, ya dijimos que «la libertad de enseñanza que explícitamente reconoce nuestra Constitución (art. 27.1) puede ser entendida como proyección de la libertad ideológica y religiosa y del derecho a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones que también garantizan y protegen otros preceptos constitucionales [especialmente arts. 16.1 y 20.1.a)]» ... añadiéndose, en cuanto sus límites, que «[ha] de moverse en todos los casos dentro de límites más estrechos que los de la pura libertad de expresión. Así en tanto que esta (art. 20.4 de la Constitución) está limitada esencialmente por la necesidad de proteger a la juventud y a la infancia, el ejercicio de la libertad de creación de centros docentes tiene la limitación adicional, impuesta en el mismo precepto que la consagra, del respeto a los principios constitucionales que, como los del Título Preliminar de la Constitución (libertad, igualdad, justicia, pluralismo, unidad de España, etc.) no consagran derechos fundamentales, y la muy importante, derivado del art. 27.2 de la Constitución de que la enseñanza ha de servir determinados valores (principios democráticos de convivencia, etc.) que no cumplen una función meramente limitativa, sino de inspiración positiva», por ello «cuando en ejercicio de esa libertad se acomete la creación de los centros docentes que han de impartir enseñanzas regladas, e insertos, por tanto, en el sistema educativo, los centros creados, además de orientar su actividad, como exige el apartado segundo del art. 27, hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales, con las precisiones que de algunos aspectos de este enunciado hace el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 13), se han de acomodar a los requisitos que el Estado imponga para los centros de cada nivel».

De todo ello podemos resumir:

1. El derecho a la educación está íntimamente unido con el derecho a la libertad de expresión, como corolario de los derechos también de primera generación de libertad religiosa de ideas y de creencias.
2. El Estado no es neutro en la contemplación de estos derechos.
3. Por un lado debe de permitir la creación de centros y por otro debe de garantizar a los padres el ejercicio de estos derechos a través de una actividad prestacional, un sistema planificado de ayudas, de configuración legal.

#### 4. LOS CENTROS DIFERENCIADOS POR SEXOS

El Tribunal Constitucional conoció del recurso de inconstitucionalidad interpuesto por parlamentarios del Grupo Socialista contra la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (en adelante, LOMCE) y en concreto entendía contrario a la Constitución los párrafos segundo y tercero del artículo 84.3 LOE, en la nueva redacción dada al mismo por la LOMCE. El precepto dice así: *«En ningún caso habrá discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social. No constituye discriminación la admisión de alumnos y alumnas o la organización de la enseñanza diferenciadas por sexos, siempre que la enseñanza que impartan se desarrolle conforme a lo dispuesto en el artículo 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, aprobada por la Conferencia General de la UNESCO el 14 de diciembre de 1960. En ningún caso la elección de la educación diferenciada por sexos podrá implicar para las familias, alumnos y alumnas y centros correspondientes un trato menos favorable, ni una desventaja, a la hora de suscribir conciertos con las Administraciones educativas o en cualquier otro aspecto. A estos efectos, los centros deberán exponer en su proyecto educativo las razones educativas de la elección de dicho sistema, así como las medidas académicas que desarrollan para favorecer la igualdad».*

El Tribunal Constitucional, en su Sentencia 31/2018 de 10 de abril<sup>8</sup>, declaró que ese precepto no era contrario a la Constitución. En su fundamento de derecho 4 indica que los derechos —entre ellos el de igualdad— deben de interpretarse de conformidad a los Tratados internacionales y así hace mención a que este tipo de educación no es contraria a la convención de la UNESCO:

Dicho texto fue adoptado el 14 de diciembre de 1960 por la conferencia general de la UNESCO, siendo España parte de la Convención mediante instrumento de ratificación de 20 de agosto de 1969. El artículo 1 de la Convención prohíbe de manera nítida cualquier género de discriminación educativa por razón de sexo, indicando que «a los efectos de la presente Convención, se entiende por ‘discriminación’ toda distinción, exclusión, limitación o preferencia, fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza». Seguidamente, el artículo 2 determina que, siempre que el Estado las permita, «no son constitutivas de discriminación en el sentido del artículo 1: a) la creación o mantenimiento de sistemas o establecimientos de enseñanza separados para los alumnos del sexo masculino y para los del sexo femenino, siempre que esos sistemas o establecimientos ofrezcan facilidades equivalentes de acceso a la enseñanza, dispongan de un personal docente igualmente calificado, así como de locales escolares y de un equipo de igual calidad y permitan seguir los mismos programas de estudio o programas equivalentes». La mera lectura de ese precepto permite apreciar que lo relevante a los efectos de analizar una posible discrimina-

8. En el mismo sentido las SSTC 53, 49 y 66 de 2018.

ción de la educación diferenciada por sexos es la equivalencia en el acceso de los alumnos y alumnas a la enseñanza, en las condiciones de prestación y en los contenidos docentes. Por el contrario, no es determinante en sí mismo, a tales efectos, si el modelo pedagógico es de coeducación o de educación diferenciada por sexos, siempre que esté garantizada aquella equivalencia. De esta forma, en los términos de la Convención, la educación diferenciada por sexos no es discriminatoria, como tampoco lo es la educación separada por motivos lingüísticos o religiosos o en centros privados, siempre que se cumplan las condiciones previstas en ese texto internacional. En la línea de lectura evolutiva de los textos internacionales a la que antes nos hemos referido, conviene poner de relieve que la previsión de la Convención de 1960 que se acaba de exponer fue confirmada expresamente por el Comité de derechos económicos, sociales y culturales de la ONU en diciembre de 1999 (vigésimo primer período de sesiones, 1999). En esa fecha, se aprobó la observación general núm. 13, relativa al derecho a la educación consagrado en el artículo 13 del Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales de 1966 [U.N. Doc. E/C.12/1999/10 (1999)]. El apartado 33 de dicha observación reiteró los términos del artículo 2 del Convenio de 1960, señalando expresamente que «el Comité ratifica el artículo 2 de la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza (1960)». Respecto al valor de este género de textos emanados del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, hemos de aplicar el mismo criterio que el sostenido en relación con los dictámenes del Comité de Derechos Humanos de Naciones Unidas, sentado en la STC 116/2006, de 24 de abril, FJ 5. En este sentido, indica dicha Sentencia que ya que las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la Constitución deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España (art. 10.2 CE), esa «interpretación ... no puede prescindir de la que, a su vez, llevan a cabo los órganos de garantía establecidos por esos mismos tratados y acuerdos internacionales (STC 81/1989, de 8 de mayo, FJ 2)». Como acertadamente ponen de relieve los recurrentes, es preciso tener también en cuenta la Convención de las Naciones Unidas sobre la eliminación de toda forma de discriminación hacia la mujer, de 18 de diciembre de 1979. Dicho texto fue ratificado por España por instrumento de 16 de diciembre de 1983. Se prevé en él que los Estados parte se han de comprometer al «estímulo de la educación mixta y de otros tipos de educación que contribuyan a lograr el objetivo de eliminación de todo concepto estereotipado de los papeles masculino y femenino en todos los niveles y en todas las formas de enseñanza». No es una norma prohibitiva, por tanto, sino de fomento, y no proscribire la existencia de otros modelos educativos. Obliga de manera expresa a estimular el modelo educativo mixto, objetivo claramente logrado en nuestro sistema, ya que es fácilmente constatable el predominio general de la enseñanza mixta en España.

Por otro lado se refiere a la situación en otros países de nuestro entorno que contemplan este tipo de educación. Y finalmente determina que no vulnera los derechos fundamentales alegados, en atención a un último fundamento.

En este plano, hay que partir nuevamente de que la educación diferenciada por razón de sexo se presenta por sus promotores como un determinado tipo o

modelo pedagógico, sobre el que este Tribunal —obvio es decirlo— no puede ofrecer criterio valorativo alguno. Sí es relevante para nuestro análisis, sin embargo, que esa caracterización implica su consideración como una parte del ideario o carácter propio del centro que escoge esa fórmula educativa. De esta forma, para analizar su conformidad con el texto constitucional ha de analizarse si cumple los límites del derecho de creación de centros docentes, del que, como ya se ha expuesto, nace el derecho al ideario. En este sentido, resulta claro que el carácter propio o ideario no sería aceptable si tiene un contenido incompatible por sí mismo con los derechos fundamentales o si, sin vulnerarlos frontalmente, incumple la obligación, derivada del artículo 27.2 de la Constitución, de que la educación prestada en el centro tenga por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia, y a los derechos y libertades fundamentales en su concreta plasmación constitucional, pues estos han de inspirar cualquier modelo educativo, público o privado. Estas dos son las perspectivas que asumen los recurrentes cuando indican en su recurso que establecer diferencias entre grupos sociales, como la que supone la educación por separado de niños y niñas, conlleva un riesgo muy alto de considerar a uno de ellos como inferior, y añaden que este Tribunal ha exigido que cualquier diferencia que se realice en estos ámbitos deba tener una especial justificación para que no sea considerada sospechosa (STC 147/1995, de 16 de octubre, FFJJ 2 y 6). Para los recurrentes, la separación en las aulas sería discriminatoria por no existir en este caso esa justificación reforzada, pues las meras razones basadas en el diferente grado de maduración de niños y niñas no serían suficientes a estos efectos. Pero ya hemos expresado que la educación diferenciada no puede ser considerada discriminatoria, siempre que se cumplan las condiciones de equiparabilidad entre los centros escolares y las enseñanzas a prestar en ellos a que se refiere la Convención de 1960, lo que en nuestro caso está fuera de toda duda, pues está garantizado el puesto escolar en todos los casos; y la programación de las enseñanzas que corresponde a los poderes públicos ex artículo 27.5 CE, así como la forma esencial de prestación de las mismas, no hacen distinción alguna entre centros mixtos, centros femeninos y centros masculinos. Si alguna diferencia de trato indebida existiera sólo sería atribuible al centro escolar en la que se produjera, y no sería imputable al modelo en sí. Por lo tanto, no se cumple la premisa de la que parten los recurrentes, la de que la educación diferenciada implica una discriminación. Por ello, no resulta necesario adentrarse en el análisis propuesto en el recurso, según el cual esa discriminación no estaría suficientemente justificada. Como conclusión, el sistema de educación diferenciada es una opción pedagógica que no puede conceptuarse como discriminatoria. Por ello, puede formar parte del derecho del centro privado a establecer su carácter propio, en los términos que hemos expuesto precedentemente.

Por todo ello considera que el sistema es constitucional y no hay motivo para no concertar con los centros educativos que tienen este sistema.

En consecuencia, y dado que las ayudas públicas previstas en el artículo 27.9 CE han de ser configuradas «en el respeto al principio de igualdad» (STC 86/1985, FJ 3), sin que quepa justificar un diferente tratamiento entre ambos modelos peda-

gógicos, en orden a su percepción, la conclusión a la que ha de llegarse es la de que los centros de educación diferenciada podrán acceder al sistema de financiación pública en condiciones de igualdad con el resto de los centros educativos; dicho acceso vendrá condicionado por el cumplimiento de los criterios o requisitos que se establezcan en la legislación ordinaria, pero sin que el carácter del centro como centro de educación diferenciada pueda alzarse en obstáculo para dicho acceso.

El Tribunal Constitucional a la vista de esta Sentencia considera contrario al art. 27 de la Constitución la denegación de concierto en base a la enseñanza diferenciada en su STC 74/2018 de 5 de julio. Sentencia que ha confirmado la doctrina ya establecida por el Tribunal Supremo en Sentencia de 4 de mayo de 2017 (2994/2015) y de 11 de julio de 2017 (2165/2016) y que con posterioridad ha servido de base para que el Tribunal Supremo siguiendo su mismo razonamiento, se ratifique en su doctrina y declare que el hecho de que un centro lleve a cabo la educación por el sistema de diferenciación de sexos, no es motivo para no conceder el concierto que se solicitó. STS de 16 de julio de 2018 (487/2016)<sup>9</sup>, entre otras muchas.

A pesar de todo lo indicado es obligado decir que en Aragón, al menos en las dos últimas legislaturas, no ha existido denegación de concierto por enseñanza diferenciada. Es cierto que como veremos con posterioridad, se ha denegado concierto a dos colegios uno masculino y otro femenino, en los que la educación se presta por este sistema, pero la denegación del concierto no se ha llevado a cabo por esta causa, como ocurría en los casos que han quedado indicados.

## 5. EL CASO DEL COLEGIO ÁNFORA

En el verano de 2015 se leía en la prensa<sup>10</sup>:

El Departamento de Educación considera que «el Gobierno de Aragón nunca debería haber permitido que se utilizara la educación como negocio en lugar de como servicio público».

Educación convoca de urgencia a la comisión de garantías para dar solución a los 165 alumnos que estaban matriculados en el centro.

Podemos decir que «respira aliviado» por esta decisión; califican el colegio como «un proyecto incierto cuyas obras está llevando a cabo una constructora —Adefel— relacionada con la trama Púnica».

Y posteriormente<sup>11</sup>:

---

9. En el mismo sentido las SSTs de 16 de julio de 2018 (recursos 500 y 542/2016), de 17 de julio de 2018 (recursos 544, 547 y 653/2018) de 19 de julio de 2018 (recursos 657 y 1297/2016), de 1 de octubre de 2018 (recursos 1618, 2396/2018) y de 5 de octubre de 2018 (recursos 660 y 696/2018).

10. Noticia de eldiario.es de 20 de agosto de 2015.

11. Noticia de eldiario.es de 8 de septiembre de 2015.

Desde que el 16 de diciembre de 2014 se presentara la solicitud de autorización del centro docente Internacional Ánfora, el proceso ha estado jalonado de irregularidades, según consta en el expediente abierto por el Gobierno de Aragón.

A 21 de agosto, por ejemplo, las parcelas seguían estando a nombre Yerhec Aragonesa S. A. y no de la empresa promotora del colegio.

Hubo informes desfavorables de los inspectores de Primaria y Secundaria, que fueron obviados por el anterior Ejecutivo autonómico.

Los trámites los inicio Alfonso Ferrón del Río, pero desapareció, como denuncia el Grupo contra los conciertos educativos, tras publicarse su presunta relación con la trama Púnica.

Pero no solo había contestación sobre la apertura del Colegio, algo que dividió incluso a los padres de Cuarte de Huerva entre los favorables a la educación pública y los contrarios a ella, también distintas asociaciones se negaban al propio concierto del Colegio<sup>12</sup>.

El Departamento de Educación ha recogido más de 200 alegaciones contra el concierto del colegio Internacional Ánfora de Cuarte de Huerva. A falta de contabilizar las que llegaron ayer —último día del plazo habilitado para su presentación—, la inmensa mayoría de ellas pertenecen a colectivos y organizaciones que decidieron sumarse a la iniciativa puesta en marcha por la Federación de Asociaciones de Padres de Alumnos (Fapar) de la escuela pública.

El primer recurso que vio este Tribunal (STSJA de 2 de abril de 2019 —DF 174/2015—) se interpuso por padres del Colegio contra varias resoluciones del Departamento de Educación, todas acumuladas a un mismo proceso. La Resolución de 20 de agosto de 2015, del Director General de Planificación y Formación Profesional del Departamento de Educación, Cultura y Deporte, del Gobierno de Aragón, por la que se deniega la autorización de apertura y funcionamiento del centro docente privado de Educación Infantil, Primaria y Secundaria, «Internacional Ánfora» de Cuarte de Huerva (Zaragoza); la Resolución de 31 de agosto del mismo año de la Consejera de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón, que suspende la ejecución de la Orden de 12 de junio de 2015 que resolvía el expediente de acceso y modificación de los conciertos educativos para el curso 2015-2016 en lo concerniente al Colegio Ánfora —suspensión conciertos—; y la Resolución de 17 de noviembre de 2015 del Director General de Planificación por la que se modifica el concierto educativo con centro «Internacional Ánfora».

Los hechos que considera probados la Sentencia son los siguientes:

Por Orden de la Consejera de Educación, Universidad, Cultura y Deporte, de 12 de junio de 2015 —acto firme al no haber sido impugnado jurisdiccionalmente—, por la que se resuelven los expedientes de acceso y modificación de los conciertos educativos para el curso 2015-2016, en lo referente a la aprobación del

12. Noticia de *El periódico de Aragón* de 29 de septiembre de 2015.

expediente de acceso al concierto educativo para el centro «Internacional Anfora» de Cuarte de Huerva (Zaragoza), se otorgó el concierto educativo para cuatro unidades de segundo ciclo de educación infantil, seis en educación primaria y dos en educación secundaria obligatoria, tal y como consta en el Anexo V de dicha Orden.

2.– En la mañana del día 17 de agosto de 2015, alrededor de mediodía, tras comunicar telefónicamente la Arquitecto Técnico de la Unidad Técnica de Construcción del Servicio Provincial de Educación de Zaragoza al Arquitecto de la Dirección Facultativa de la obra, que se iba a proceder a la inspección de las obras del colegio Anfora, Fase, I, se personaron media hora después en la obras: el Secretario General Técnico del Departamento de Educación del Gobierno de Aragón, la Arquitecta del Departamento de Educación del Gobierno de Aragón y la Arquitecta y Arquitecta Técnico, ambas de la Unidad Técnica de Construcción de Servicio Provincial de Educación de Zaragoza. El mismo día 17 de agosto se dictó resolución por el Director General de Planificación y Formación Profesional, por la que se requería a la Cooperativa para la presentación en el plazo de 24 horas de la certificación final de obra así como la documentación prevista en el Anexo, a los efectos de continuar con la tramitación del procedimiento. La documentación requerida: certificado de final de obra, certificados correspondientes en materia de instalaciones contra incendios, electricidad y baja tensión, calefacción, fontanería, saneamiento, telefonía/datos, seguridad contra robos, ascensor y acreditación de la propiedad de terreno donde se ubica el centro, fue entregada el día 18 de agosto siguiente. El mismo día 18 de agosto, sin previo aviso acuden a la obra, sobre las 15 horas, los Técnicos del Servicio Provincial, cuando los jefes de obra se encuentran fuera de la misma. Visita de inspección en la que se detectaron determinados trabajos pendientes de ejecutar o ciertas deficiencias respecto del proyecto edificatorio de la primera fase de este centro, aprobado en la resolución anteriormente citada, que se detallan en el informe desfavorable emitido a la implantación de las enseñanzas solicitadas, en fecha 19 de agosto de 2015.

Por Resolución de 20 de agosto de 2015 del Director General de Planificación y Formación Profesional del Departamento de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón —primera resolución aquí impugnada—, se deniega la autorización de apertura y funcionamiento del referido Centro, con fundamento en el citado informe emitido en fecha 19 de agosto de 2015 por la Arquitecta Técnica de la Unidad Técnica de Construcción del Servicio Provincial a solicitud del Servicio Provincial de Zaragoza de Educación y Vº Bº de la Arquitecta de la misma Unidad.

Paralelamente, una vez presentado el certificado final de obra, por Decreto del Alcalde-Presidente del Ayuntamiento de Cuarte de Huerva, de fecha 26 de agosto del mismo año —obrante en las actuaciones—, en relación con la solicitud de 17 de agosto de 2015 del representante de ANFORA, SOCIEDAD COOPERATIVA ARAGONESA para la concesión de la licencia de primera ocupación de la obra correspondiente al Colegio Anfora Internacional (FASE I), se concedió la licencia solicitada, tras los informes favorables, del Arquitecto Técnico del Ayuntamiento, previa visita de inspección de las obras el día 24 de agosto, y de Secretaría. Señalándose «... QUINTO. Teniendo en cuenta el informe técnico proporcionado por la Dirección Facultativa y adjuntado al expediente de los aspectos y anomalías expuesto en la Resolución de 20 de Agosto de 2015, del Director General de Pla-

nificación y Formación Profesional del Departamento de Educación, Cultura y Deporte, se han revisado cada uno de ellos, para comprobar la subsanación de los mismos. En su comprobación se observan que han sido reparados a falta de:

- Pavimentación del patio exterior.
- Remates vierteaguas de salida de las aulas al patio infantil.
- Falta de equipamiento en todas las aulas.
- Remates entre pavimentación y rodapiés de las aulas de infantil.
- Delimitación exterior entre Fase 1 y Fase II, mediante vallado rígido.

SEXTO.— Teniendo en cuenta que la apertura del centro se ha solicitado mediante la declaración responsable para el día 15 de septiembre de 2015, y que las incidencias pendientes de resolver, se consideran que no son incompatibles con el uso del edificio y de la seguridad interior del mismo, se informa FAVORABLEMENTE la ocupación y uso del Centro, Supeditado al cumplimiento de los siguientes condicionantes antes de su apertura y ejercicio de la actividad...».

Mediante escrito presentado en la Secretaria de este Tribunal, en fecha 1 de septiembre de 2015, la parte actora formuló el presente recurso contencioso administrativo por procedimiento especial de protección de derechos fundamentales contra la citada resolución de 20 de agosto de 2015, aportando acta de manifestación y presencia notarial, de fecha 20 de agosto de 2015 —obrante e la pieza de medidas cautelares—, practicada a requerimiento de D. Raúl, arquitecto, como representante de la Dirección de la obra, para que se constituya y compruebe el estado de las obras del Colegio que se está realizando en Cuarte de Huerva (Zaragoza), previa entrega del informe emitido por los técnicos de la DGA, revisando los defectos achacados .

Por Auto de esta Sala, de 3 de septiembre, y por los razonamientos que se especificaban, se admitió la medida cautelar positiva interesada por los mismos recurrentes, de autorización provisional de apertura y funcionamiento del Centro Docente de Educación Infantil, Primaria y Secundaria «Internacional Ánfora «de Cuarte de Huerva, denegada por la Resolución de 20 de agosto de 2015.

3.— La Orden de la Consejera de Educación, Universidad, Cultura y Deporte de 31 de agosto de 2015, anteriormente especificada, a la que se ha ampliado el recurso, acuerda la suspensión de la referida Orden de 12 de junio de 2015 del mismo órgano, por cuanto —según justifica— en Resolución de 20 de agosto de 2015 del Director General de Planificación y Formación Profesional del Departamento de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón, se deniega la autorización de apertura y funcionamiento del referido Centro y la autorización es un requisito previo para el concierto, tal y como se deduce del *artículo 5 del Reglamento sobre normas básicas de conciertos educativos, aprobado por Real Decreto 2377/1985, de 18 de diciembre*, de lo que se desprende una suerte de condición suspensiva de la autorización en relación con el concierto y, por otra parte, dice, la Dirección General ha formulado propuesta de inicio de la revisión de oficio de la citada Orden de 12 de junio de 2015, en relación con el centro de referencia, por entender que se habían detectado diversas irregularidades en su tramitación —revisión de oficio, que, tras el informe desfavorable del Consejo Consultivo de Aragón, de 24 de noviembre del mismo año, obrante en las actuaciones, fue

archivada por resolución de la Consejera de Educación de 11 de diciembre de 2011—.

4.— Desde que se dictó la citada Orden de 12 de junio de 2015, acuerdo firme y eficaz que determinó que se ofertara el colegio en cuestión a los padres como concertado y fueran admitidos en el proceso público de ingreso del nuevo Centro concertado por convenio publicado en el BOA de 18 de junio de 2015, y hasta que por *auto de esta Sala de 9 de septiembre de 2015*, se acuerda la suspensión cautelar de la referida Resolución de 31 de agosto de 2015 por la que se acordó la suspensión de la referida Orden de 12 de junio de 2015, en el seno del expediente abierto de revisión del concierto otorgado por ésta, de los 165 alumnos que inicialmente y al amparo de dicha Orden optan por una plaza en dicho centro escolar concertado, hubo una disminución relevante del número de alumnos que terminaron iniciando el curso escolar 2015/16 .

En fecha de 8 de octubre de 2015, se firma el concierto en ejecución del referido *auto de esta Sala de 9 de septiembre de 2015*, conforme y en ejecución de la Orden de 12 de junio de 2015.

Con posterioridad al inicio del curso escolar, la Inspección educativa emite informe de 13 de octubre de 2015, en el que da a conocer la nueva situación en la cual hay dos aulas vacías de 1º y 2º cursos de segundo Ciclo de Educación Infantil, así, como un aula vacía en 4º curso de Educación Primaria, proponiendo, como se acordó, la supresión de un aula de infantil y la conformación de un aula mixta de 2º y 3º de infantil, así como la conformación de un aula mixta en 3º y 4º curso de Educación Primaria. Con base en ese informe de 13 de octubre, fechado cinco días después de —es de reiterar— la firma del concierto en ejecución del auto de esta Sala de 9 de septiembre, se abre expediente de modificación del concierto firmado días antes, que culmina con la resolución también recurrida, de 17 de noviembre de 2015, que viene a justificar la reducción de aulas propuesta por la Inspección educativa, en el ajuste a datos reales de escolarización del concierto otorgado mediante la Orden de 12 de junio de 2015 y con base en el incumplimiento por parte del centro de la obligación que pesa sobre el mismo, de mantener en funcionamiento el número total de unidades escolares correspondiente a los niveles de enseñanza objeto del concierto, así como a tener una ratio alumnos/profesor no inferior a la que se determine por la Administración. La referida resolución aplica sus efectos restrictivos con carácter retroactivo a 1 de septiembre de 2015.

El objeto del recurso como se ve no era, ni podía ser, un control de la actividad y planificación educativa general del Gobierno de Aragón que en esos momentos acababa de comenzar la legislatura, ni tampoco el cuestionamiento de un sistema de ayuda a la educación concertada. En menor medida un cuestionamiento a la educación religiosa, cuando el Colegio, no era sustentado por ninguna orden ni confesión religiosa. Quiero decir que visto desde la neutralidad del recurso lo que fue objeto de enjuiciamiento fue una denegación de apertura y relacionada con ella una denegación del concierto. Nada más.

Por eso la Sala estima el recurso y razona.

De lo expuesto se deduce la arbitraria por injustificada actuación de la Administración que partiendo ab initio de una sorpresiva y anómala inspección de las obras por el Secretario General Técnico del Departamento de Educación del Gobierno de Aragón, la Arquitecta del Departamento de Educación del Gobierno de Aragón y la Arquitecta y Arquitecta Técnico, ambas de la Unidad Técnica de Construcción del Servicio Provincial de Educación de Zaragoza el día 17 de agosto de 2015, en que debían concluirse; dictarse el mismo día la resolución de requerimiento para cumplimentar en 24 horas; presentarse la documentación requerida al día siguiente, 18 de agosto y, en el mismo día, realizarse nueva visita de inspección esta vez por las Técnicos de la Unidad de Construcción, se emite informe el día 19 de agosto que señala una serie de defectos, muchos de ellos subsanables como señalaron los Técnicos del Ayuntamiento de Cuarte en los informes emitidos previamente al Decreto de la Alcaldía a aprobar la licencia de primera ocupación del centro, y, posteriormente, subsanados como consta en el citado informe del Técnico Municipal, y se refleja en el acta de manifestación y presencia notarial, de fecha 20 de agosto de 2015; y, en un breve espacio de tiempo, sin que existiera requerimiento de subsanación a la Cooperativa, se dicta la resolución impugnada de 20 de agosto. Informe de 19 de agosto, desvirtuado por el del Arquitecto Técnico Municipal, respecto a que las obras estaban concluidas para la obtención de la licencia de primera ocupación, con defectos, que en ningún caso, como indicaba, suponían inseguridad alguna para los alumnos —circunstancia especial y significativa que determinó la medida cautelar adoptada por la Sala en fecha 3 de septiembre del mismo año—, ni impedían la apertura del centro. Informe que, no obstante, al acordarse, fue determinante de las sucesivas resoluciones administrativas, ahora también impugnadas, anteriormente referidas, suspensión de la resolución de otorgamiento del concierto primero —resolución de 31 de agosto— y la limitación del concierto después —resolución de 17 de noviembre— ante la disminución de solicitudes de alumnos dada la situación y circunstancias de inseguridad creadas por la Administración en el mes de agosto ante la proximidad de la fecha de inicio del curso escolar el 10 de septiembre siguiente, que obligó a algunos padres ante la situación creada a tener que acudir a otro centro de los ofrecidos por la Administración, distintos del inicialmente solicitado y adjudicado, vulnerando su derecho a la elección de centro educativo por las cortapisas sin justificación material establecidas para la apertura del centro y las posteriores consecuencias de la resolución de no apertura —resolución de suspensión de concierto y de modificación del mismo— que, indudablemente, vulneraron el derecho fundamental a la educación en su vertiente de ayuda y facilitar libertad de elección de centro, como propugnan los padres de alumnos, ahora recurrentes.

No atendiendo a las justificaciones de la Administración para denegar la apertura, teniendo en cuenta.

- a) ningún motivo urbanístico impedía la apertura del Colegio que tenía concedida la licencia municipal.
- b) El centro había sido autorizado por la Administración en un acto firme y no recurrido.

y c) Satisfacía necesidades educativas en el municipio como era notorio.

Por ello y de forma relacionada, la Sala concede el concierto solicitado y que había sido suspendido hasta esta decisión.

En el caso enjuiciado, la suspensión del concierto y la posterior modificación, son consecuencias de haber denegado improcedentemente la Administración la autorización administrativa de apertura del centro, vulnerando la resoluciones impugnadas los derechos constitucionales de los padres a la elección de centro. Por ello, procede estimar el presente recurso contencioso-administrativo.

De la misma fecha es la Sentencia (PO 340/2015) que conoce de la misma resolución contra la denegación de apertura. Se trata de un procedimiento ordinario en el cual la Sala entiende que la Administración ha dictado la denegación sin amparo procedimental y sin justificación y razón:

Tampoco son admisibles los razonamientos de la Orden de 25 de noviembre de 2015, desestimatoria del recurso de alzada interpuesto por la Cooperativa, sosteniendo que fue motivada la resolución de 20 de agosto de 2015, cuando entiende que la Inspección constató la existencia de defectos en la obra determinantes que el Centro no cumpliera los requisitos mínimos exigidos en el Real Decreto 132/2010 sin que la subsanación posterior de las deficiencias desvirtúe la realidad que sirvió de base a la resolución denegatoria de la autorización, con la indicación de que «...nada obsta a que pueda volver a solicitar la autorización de apertura del Centro ...», puesto que, según lo expuesto con anterioridad, en la visita inspectora que se llevó a cabo el 24 de agosto el Arquitecto Municipal del Ayuntamiento de Cuarte de Huerva, como trámite previo a la concesión de la licencia de apertura otorgada por el Alcalde del Municipio, se constató que las deficiencias habían sido subsanadas, y dado que el informe de 19 de agosto y la resolución impugnada de 20 de agosto no se referían a los requisitos mínimos de los centros que impartan las enseñanzas del segundo ciclo de la educación infantil, sino —como hemos expuesto con anterioridad— a defectos de obra como se reflejaron en los mismos, dicho informe y resolución denegatoria fueron desvirtuados por los informes del Arquitecto y Secretario municipal, en los cuales se reflejan la subsanación de los señalados y la ausencia de inseguridad para los alumnos, con independencia de los condicionamientos que la licencia de primera ocupación incluye. Y ya en fecha 26 de agosto, con anterioridad a la formulación del recurso de alzada, la hoy actora solicitó formalmente de nuevo la autorización de apertura y funcionamiento del Centro conforme al artículo 7.1 del Real Decreto 332/1992, sin que la nueva solicitud fuera respondida por la Administración demandada, quien se limitó a la desestimación del recurso de alzada.

Con posterioridad a los actos que fueron enjuiciados en dichas Sentencias, se produjo la modificación del concierto, rebajando las aulas concertadas en concreto se suprimió un aula de infantil y la conformación de un aula mixta de 1º y 2º, así como la conformación de un aula mixta 3º y 4º de educación primaria. La Sala del TSJ de Aragón dictó Sentencia de 29 de junio de 2018 (PO 102/2018) en

recurso interpuesto por el Colegio que estimaba el recurso y anulaba la modificación del concierto, razonando:

Y es que no puede decirse que la cadena de acontecimientos que van desde junio a septiembre de 2015, de la que en modo alguno es ajena la Administración que luego modifica el contenido del concierto previamente otorgado y que ha intentado suspender y revisar previamente, no haya tenido influencia en el hecho objetivo y cierto, eso es verdad, de las bajas operadas en la escolarización del centro al inicio del curso escolar 2015/16. Tales dudas todavía se refuerzan más, precisamente, cuando, primero, la resolución posterior de la misma Administración educativa de 26 de abril de 2016, vuelve a ampliar el contenido y extensión concretos del concierto en cuestión, se entiende que ante las previsiones de incremento de solicitudes y, luego, el mismo proceso de escolarización, pasados varios meses del azaroso proceso vivido por los iniciales solicitantes en el verano de 2015.

En definitiva, debe concluirse que el incumplimiento, cierto, del artículo 16 del Reglamento de Conciertos de 1985, que justifica la actuación administrativa impugnada, no tiene una causa únicamente imputable a la actuación propia del centro en cuestión, como tampoco se tiene en cuenta, por otra parte, en la resolución impugnada la excepción prevista en el artículo 17 b) del mismo Reglamento, que se encuentra además contemplada en la base Primera f) de la Orden de convocatoria, cuando viene a decir que, no obstante lo dispuesto en el artículo 16, habrá de tenerse en cuenta también la excepción prevista en el referido precepto, de suerte que podrá quedar exceptuado del cumplimiento de la previa obligación impuesta de cumplimiento de las ratios que administrativamente se establezcan y compromisos de mantenimiento de unidades concertadas inicialmente, a los centros que de la celebración del concierto pueda preverse que en un plazo no superior a la mitad de la duración del mismo, alcancen la relación media alumnos/profesor requerida.

Quiere decirse que, contra lo alegado por la Administración en oposición, el ajuste puramente técnico en que dice que consiste la resolución de noviembre de 2015, debió tener en cuenta, si no ya la influencia de todo el proceso anterior a la firma del concierto en ejecución de nuestro auto de 9 de septiembre de 2015, sí al menos haber descartado la excepción que establece el artículo 17 b) del Reglamento, más teniendo en cuenta que nos hallábamos en el primer año de vigencia del contrato, con una duración posible de, conforme al artículo 6 del citado Reglamento, hasta cuatro años.

Lo cierto es que, el restablecimiento de la situación a términos menos, podemos decir, conflictivos, determinó, atendido el hecho notorio de una oferta escolar deficitaria en la zona afectada —Cuarte y todo el corredor del Huerva—, tal y como se desprende de la documental obrante en autos aportada con la demanda, en la que se evidencia por información de prensa de principal difusión en la provincia esta situación, no negada de contrario, trajo como consecuencia un notable incremento de las solicitudes de escolarización en dicho centro y, antes, una nueva revisión al alza de las unidades objeto de concierto.

Todo lo expuesto, hace desproporcionada la medida y decisión adoptada por la Administración demandada en un resolución que pretende sostenerse en un

mero ajuste técnico, y que, sin embargo, no contempla posibles excepciones y ajustes en un concierto que, como el centro en cuestión, se encontraba al inicio de su andadura como tal, andadura por lo demás que, como es de ver, comenzó de manera ciertamente accidentada y azarosa.

SEXTO.— No es suficiente por lo tanto la constatación de una variación en el número de unidades concertadas, sino que debe atenderse a la perspectiva de la misma prolongada en el tiempo, por propia actuación del centro inspeccionado, y no sobre la base de un resultado inspector que tan sólo constata los efectos perniciosos en el inicio del centro escolar de una situación inicial donde la actuación administrativa ha tenido clara influencia.

Tampoco basta con constatar, de manera pretendidamente neutra una variación en las unidades inicialmente concertadas o en otras circunstancias individualizadas, sino que también debe despejarse que dicha variación es enteramente imputable al centro concertado o, al menos, no achacable como se decía, en mayor o menor medida, a la propia actuación de la Administración con anterioridad.

Tampoco parece ajustado a un proporcionado uso de la facultad que el artículo 46 del Reglamento de Conciertos confiere a la Administración, proceder a una revisión o ajuste del alcance y contenido del concierto, transcurrida la primera semana de vigencia del concierto, terminando por la resolución impugnada, pasado tan sólo poco más de un mes desde la firma del concierto.

Finalmente, habremos de decir que la resolución de 26 de abril de 2016, por la que la Administración decide ajustar al alza el alcance del concierto no puede producir aquí el efecto de dejar sobrevenidamente carente de objeto el presente pleito, habida cuenta la efectividad retroactiva de la resolución aquí impugnada. El ajuste operado por la resolución impugnada, afectó y supuso un coste sobrevenido, no previsto ni contemplado inicialmente, que debió ser soportado por el centro escolar afectado. En definitiva, la resolución impugnada, si bien que limitada su eficacia en el tiempo —al curso escolar 2015/16—, sin duda la ha desplegado plenamente y ha producido efectos que siguen vigentes, razón por la cual, primero no procede plantearse la pretendida carencia sobrevenida de objeto del presente pleito y, más bien, el refuerzo de la conclusión a la que debe llegarse de estimación del presente recurso.

## **6. LIBERTAD RELIGIOSA Y CONCIERTOS EDUCATIVOS. LA DENEGACIÓN DEL CONCIERTO EN SU TOTALIDAD**

Amén del ya indicado del Colegio Ánfora, la única denegación de concierto que ha llegado al conocimiento de la Sala de Aragón es la correspondiente a los Colegios Montearagón y Sansueña. Reitero que aunque pudiera pensarse que la causa fundamental es la educación diferencias por sexos (Montearagón chicos y Sansueña chicas), dada la modificación legislativa a que antes he hecho mérito, las causas de denegación fueron otras. Las dos primeras Sentencias dictadas por la Sala de 22 de febrero de 2017 (200/2014 y 180/2015) estimaron el recurso y concedieron los conciertos para los cursos 2014/2015 y 2015/2016.

En la Orden recurrida se dice que se deniega el acceso al régimen de concierto educativo en Educación Infantil en Sansueña y Educación Secundaria Obligatoria por incumplimiento de los requisitos y/o criterios contemplados en la legislación vigente en materia de conciertos educativos. Entre otros los arts. 116 y 109 de la Ley Orgánica 2/2006 de 3 de mayo en la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2013 de 9 diciembre, de la mejora de la calidad educativa, el Real Decreto 2377/1985 de 18 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de Normas Básicas de conciertos educativos, así como los recogidos en la base Primera f) de la Orden de 30 de diciembre de 2014 por la que se convoca el procedimiento de acceso y modificación de los conciertos educativos para el curso académico 2015/2016.

La Sala estima que hay falta de motivación y basándose en la jurisprudencia del Tribunal Supremo indica:

Como hace la recurrente hemos de citar dos Sentencias del Tribunal Supremo que ante situaciones análogas a la presente, declaran que la denegación del convenio justificada por la expresión «no existe necesidad de escolarización», sin más prueba, informe o justificación en la que basarse es contraria a derecho y debe de procederse a su anulación.

En las dos Sentencias de 25 de septiembre de 2012 y de 19 de febrero de 2013 el Tribunal Supremo dice:

«Esta Sala y Sección en aquellos supuestos en que la Administración educativa deniega o no renueva conciertos educativos a centros docentes que así lo solicitan, exige que aquélla justifique mediante razones concretas, explícitas y suficientemente motivadas y acreditadas, que no concurren los requisitos precisos para su concesión o renovación —inexistencia de necesidades de escolarización que el centro pueda satisfacer o insuficiencia de crédito presupuestario que lo haga imposible— sin que baste acudir para denegarlo a fórmulas estereotipadas o juicios de valor carentes de todo sustento para denegar el concierto o no acceder a su renovación. Así resulta con toda evidencia de las sentencias citadas más arriba en el fundamento de derecho segundo, y también de otras más recientes como las dos de 18 de enero de 2010 (recursos de casación 392/2.006 y 3.638/2.007) y la de 20 de enero de 2010 (recurso de casación 6.942/2.005). E incluso de la de 28 de enero de 2010 (recurso de casación 5.731/2.007) que cita la sentencia recurrida, y que se resolvió conjuntamente con la de 27 de enero de ese mismo año, recaída en el recurso de casación para la unificación de doctrina 18/2.009. Estas dos últimas sentencias comparten un razonamiento final lo suficientemente expresivo sobre la necesidad de profundizar en los motivos de la denegación y justificar su concurrencia. Para justificar en ambos casos la estimación del recurso por ser insuficiente la motivación de la resolución denegatoria dicen una y otra que *«es suficiente con afirmar que ni la resolución recurrida de la Consejería de Educación de la Junta de Galicia ni la Sentencia de instancia ofrecieron razones suficientes que justificasen la modificación del convenio vigente y que condujeran a reducir en una las unidades de primaria concertadas con anterioridad. Ni se acreditó que las necesidades escolares de la zona estuvieran suficientemente cubiertas ni que el centro no cumpliera con la ratio alumnos/profesor que*

*le era exigible, ni que existieran razones presupuestarias que impidieran el mantenimiento del concierto en el modo y forma que hasta entonces venía aplicándose».*

En los supuestos analizados por el Tribunal Supremo, existían informes favorables y a pesar de ello la resolución era desfavorable. En ese caso el Supremo indica que la resolución podía apartarse de los informes pero motivando ese juicio. Y así concluye la Sentencia que casa la Sentencia de instancia que había confirmado el acto recurrido.

Al no entenderlo así, la sentencia recurrida infringió el artículo 54, apartados 1.a ) y 2, de la Ley 30/1992 . Sin que pueda admitirse el recurso al informe de la inspección educativa de 26 de junio de 2008 que contiene el fundamento jurídico sexto de la sentencia de instancia para justificar la disponibilidad de plazas vacantes y la consiguiente inexistencia de necesidades de escolarización. Primero, porque es un informe elaborado por la Administración en fase de prueba y, por tanto, después del acto impugnado, que es de 12 de abril de 2006, por lo que lógicamente no puede servir de motivación a éste, ni siquiera por referencia. Y segundo, porque en él se limita a afirmar la inspección, nuevamente de manera apriorística y carente de toda prueba, que «el alumnado susceptible de ser escolarizado» en esos tres centros «tiene suficiente oferta de puestos escolares para las enseñanzas de 1º y 2º de Educación Secundaria Obligatoria, no sólo en las localidades en las que se encuentran ubicados cada uno de los centros para los que se solicita el concierto (...) sino también en las localidades de las que procede el resto del alumnado». Pero no aporta ninguna prueba de ello (v. gr. el listado de colegios y plazas vacantes en cada uno de ellos para el curso académico de referencia)».

Pues bien en este caso, la Administración nada ha informado al respecto, carece absolutamente el expediente de cualquier informe, dato o estadística en la que basa su juicio apriorístico de que no existe necesidad de escolarización. Ni siquiera indica o desmonta la justificación dada en las dos memorias de los Colegios recurrentes que sí consideran que se cubren estas necesidades de escolarización.

Siguiendo las últimas Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de diciembre y 21 de diciembre de 2016 hemos de indicar el ineludible deber de motivación que la Administración debe cumplir cuando decide que no se renueven o no se conceden los conciertos, pues esta motivación está incluida en el Real Decreto 2377/1985, de 18 de diciembre (Normas Básicas sobre Conciertos Educativos) el art. 24.1 sostiene que «la aprobación o denegación de los conciertos se efectuara por los órganos a que se refiere el artículo tercero, previa comprobación del cumplimiento de los requisitos previstos y de acuerdo con los correspondientes criterios de preferencia» y añade que «si la resolución fuera denegatoria, ésta deberá ser motivada». Además, sin perjuicio de esta regulación específica, dada la vinculación del régimen de conciertos con el derecho fundamental a la educación en los términos en que así lo tienen declarado tanto el Tribunal Constitucional como la jurisprudencia del Tribunal Supremo, el deber de motivación de la decisión denegatoria encuentra su apoyo en el propio artículo 54.1.a) y 54.2) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

Por todo ello procede estimar el recurso y entrar a resolver el fondo del asunto y ello a pesar de que si siguiésemos lo acordado por el Tribunal Supremo en las Sentencias aludidas bastaría la falta de motivación para conceder el concierto, no

obstante este Tribunal considera que debe de acreditarse, al menos los requisitos negados aún sin justificación por la Administración, para reconocer el derecho al concierto que se solicita.

La Sentencia tras expresar la normativa de aplicación<sup>13</sup>, dice que esta normativa debe aplicarse en atención al principio de no subsidiariedad.

Pues bien, como muy bien alega la entidad recurrente estas normas y criterios han de interpretarse de conformidad a la no exigencia del principio de subsidiariedad, según el cual solamente se podría autorizar centros privados concertados en aquellos supuestos en los que no está cubierta la enseñanza con centros públicos. Enunciada en términos positivos estas normas deben de interpretarse y aplicarse en atención al principio de enseñanza dual, donde la Administración educativa

---

13. Es necesario reseñar la normativa de aplicación que es la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en su art. 108 clasifica los centros en públicos aquellos cuyo titular sea una administración pública y privados aquellos cuyo titular sea una persona física o jurídica de carácter privado y son centros privados concertados los centros privados acogidos al régimen de conciertos legalmente establecido.

El párrafo 6 de este precepto dice que «Los padres o tutores, en relación con la educación de sus hijos o pupilos, tienen derecho, de acuerdo con lo establecido en el artículo 4 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, a escoger centro docente tanto público como distinto de los creados por los poderes públicos, a los que se refiere el apartado 3 del presente artículo.

El art. 109. cuando habla de la programación de la red de centros dice que en la programación de la oferta de plazas, las Administraciones educativas armonizarán las exigencias derivadas de la obligación que tienen los poderes públicos de garantizar el derecho de todos a la educación y los derechos individuales de alumnos y alumnas, padres, madres y tutores legales y en su párrafo segundo que Las Administraciones educativas programarán la oferta educativa de las enseñanzas que en esta Ley se declaran gratuitas, teniendo en cuenta la programación general de la enseñanza, las consignaciones presupuestarias existentes y el principio de economía y eficiencia en el uso de los recursos públicos y, como garantía de la calidad de la enseñanza, una adecuada y equilibrada escolarización de los alumnos y alumnas con necesidad específica de apoyo educativo, tomando en consideración la oferta existente de centros públicos y privados concertados y la demanda social. Asimismo, las Administraciones educativas garantizarán la existencia de plazas suficientes.

En lo que hace referencia a los centros privados concertados el art. 116 de la Ley dice que los centros privados que ofrezcan enseñanzas declaradas gratuitas en esta Ley y satisfagan necesidades de escolarización, en el marco de lo dispuesto en los artículos 108 y 109, podrán acogerse al régimen de conciertos en los términos legalmente establecidos, sin que la elección de centro por razón de su carácter propio pueda representar para las familias, alumnos y alumnas y centros un trato menos favorable, ni una desventaja, a la hora de suscribir conciertos con las Administraciones educativas o en cualquier otro aspecto. Los centros que accedan al régimen de concertación educativa deberán formalizar con la Administración educativa que proceda el correspondiente concierto.

Y señala en su párrafo segundo que entre los centros que cumplan los requisitos establecidos en el apartado anterior, tendrán preferencia para acogerse al régimen de conciertos aquéllos que atiendan a poblaciones escolares de condiciones económicas desfavorables o los que realicen experiencias de interés pedagógico para el sistema educativo. En todo caso, tendrán preferencia los centros que, cumpliendo los criterios anteriormente señalados, estén constituidos y funcionen en régimen de cooperativa.

Todavía hemos de reseñar como norma de referencia para la regulación de los conciertos el Real Decreto 2377/1985, de 18 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos.

debe de prever los mecanismos adecuados para que puedan coexistir dos tipos de enseñanza, la pública y la privada de todo tipo de inspiración moral, política o religiosa. Y sólo es posible hacer efectivo el derecho del art. 27.3 y 6 de la Constitución, el derecho a recibir formación religiosa y moral y el derecho a la creación de centros docentes con el mantenimiento de este sistema dual.

Así lo expresa la última jurisprudencia del Tribunal Supremo, cuando sentencia incluso que no es posible denegar el mantenimiento de un concierto, frente a la existencia de plazas vacantes en un Colegio público de la localidad, pues ello conllevaría la desaparición de este régimen de concierto. La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2016 dice al respecto:

La interpretación, por tanto, que subyace en la motivación que la Administración esgrime en la orden impugnada en la instancia, sobre el requisito de la satisfacción de necesidades de escolarización, se concreta en que la llamada que hace la Ley Orgánica de Educación a los centros privados concertados, únicamente debe producirse, cuando no hay plazas vacantes para escolarizar en los centros públicos, pues cuando hay vacantes en estos centros han de suprimirse las plazas de los centros privados concertados. Se sigue, por tanto, un principio de subsidiariedad de la enseñanza privada concertada respecto de la enseñanza pública, pues aquella sólo debe intervenir cuando está no alcance la plena y completa escolarización.

Pues bien, bastaría para desautorizar dicha interpretación con señalar que esta Sala Tercera ha declarado que no resulta de aplicación el principio de subsidiariedad en relación con la enseñanza privada concertada. Nos referimos a nuestras Sentencias de 6 de noviembre de 2008 (recurso de casación n° 1548/2006 ) y de 18 de enero de 2010 (recurso de casación n° 163/2007 ), al concluir la primera de ellas, y reiterar la segunda, que «Esa afirmación no puede compartirse porque es contraria a la letra y al espíritu de la Constitución y de la Ley Orgánica del Derecho a la Educación». La afirmación a que se refiere es la alusión expresa que hacía la sentencia de instancia, que fue casada, al principio de subsidiariedad.

OCTAVO.– Y es que la Ley reguladora del Derecho a la Educación de 1985 y la Ley Orgánica de Educación de 2006 establecen un régimen dual para la prestación del servicio educativo, en lo relativo a la enseñanza obligatoria y gratuita. Es decir, el sistema pivota sobre dos ejes, la enseñanza privada concertada y la enseñanza pública.

Así se pone de manifiesto en la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación cuando, en su exposición de motivos, declara que aunque hay centros privados que funcionan en régimen de mercado, mediante precio, y hay centros sostenidos con fondos públicos, dentro de estos están los centros concertados y los de titularidad pública. Calificando dicha red como una «red dual integrada por estos dos últimos tipos de centros» (privados concertados y públicos) a los que «encomienda la ley la provisión de la educación obligatoria en régimen de gratuidad».

A partir de entonces, y a pesar de la constante sucesión normativa en la materia, lo cierto es que el sistema ha seguido sustentándose, por designio del legislador, sobre las dos columnas representadas por los centros privados concertados y por los centros públicos, respecto de la enseñanza obligatoria y gratuita.

La Ley Orgánica de Educación de 2006, de aplicación al caso, mantiene en lo esencial ese sistema dual. Ya anuncia, respecto del segundo ciclo de educación infantil, que «a fin de atender las demandas de las familias, las Administraciones educativas garantizarán una oferta suficiente de plazas en los centros públicos y concertarán con centros privados, en el contexto de su programación educativa» (artículo 15).

Acorde con dicha previsión, en el título IV de dicha Ley Orgánica, cuando se regula el género de los centros docentes, se establecen como especies relevantes a los efectos de la «prestación del servicio público de la educación», que ahora importa, a los centros públicos y los privados concertados (artículo 108.4).

Es cierto que la Ley Orgánica inicialmente (artículo 108.1) se refiere a los centros docentes públicos y privados, pero hace recaer el valor de esa diferencia en la titularidad del centro, teniendo ambas categorías una moderada relevancia en la regulación legislativa de la educación. Por el contrario, la diferencia esencial es la que media entre los centros públicos y los privados concertados. Entre ellos se advierte una coincidencia cardinal, ambos convergen en la prestación del servicio de una enseñanza obligatoria y gratuita, y tienen un denominador común pues ambos, respecto de tal enseñanza, se nutren de fondos públicos.

De modo que el legislador ha considerado, a los efectos del artículo 27.4 de la CE, que la «la enseñanza básica obligatoria y gratuita», a que se refiere dicha norma constitucional, se presta por los centros públicos y los privados concertados. Se dibuja, de este modo, para dicha enseñanza, insistimos, un sistema dual en el que ambos tipos de centros coincide en la relevante prestación del servicio público de la educación.

Conviene añadir que efectivamente en la programación de la red de centros rige la armonización para garantizar el derecho de todos a la educación y los derechos individuales de alumnos, alumnas, padres, madres y tutores legales (artículo 109.1). Por lo que dicha programación, a la que ya se refería el artículo 15, ha de hacerse tomando en consideración la oferta existente de centros públicos y privados concertados y la demanda social (artículo 109.2). Con sujeción a dichos principios, se regula el régimen de conciertos, para los años de duración de la enseñanza gratuita, cuando se satisfagan necesidades de escolarización (artículo 116.1).

Ahora bien, estas necesidades de escolarización no se encuentran desvinculadas, en definitiva, de los principios que se relacionan en expresados artículos 108 y 109, al contrario, constituyen su marco de aplicación, singularmente en la referencia a la dualidad que establece y a su dosificación en función de la «demanda social». El contenido de dichos preceptos proporciona, por tanto, el hábitat imprescindible para interpretar y determinar el alcance de dicha exigencia. Además, el citado artículo 116.1 añade que, en esos casos, podrán acogerse al régimen de conciertos, de modo que regula un momento temporal diferente al de la renovación al que se refiere la orden impugnada en la instancia, cuando hay un concierto ya suscrito, según figura en el encabezamiento de dicha orden.

NOVENO.— En fin, la solución contraria a la que sostenemos determinaría que la Administración educativa podría ir incrementando plazas en los centros públicos, y correlativamente suprimir unidades en los centros privados concertados (a pesar

de que la demanda de los mismos se mantenga o se incremente y se cumpla la ratio profesor/alumnos), haciendo desaparecer esa necesidad de escolarización, y por dicha vía, derogar el sistema de conciertos previsto en la ley. Esta consecuencia distorsiona y vulnera el sistema que traza la Ley Orgánica de Educación, violenta el régimen dual que regula y se apoya en el principio de subsidiariedad que esta Sala Tercera ya ha desautorizado.

Ese tipo de decisiones, en consecuencia, no corresponden a la Administración educativa, corresponden al Legislador mediante la correspondiente modificación legislativa, en el marco constitucional que regula el artículo 27 sobre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza. El Legislador, en definitiva, podría haber diseñado otro modelo, o establecer modulaciones o correcciones al vigente, en lo relativo a la prestación del servicio público de la educación (enseñanza obligatoria y gratuita), pero el que establece la Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación de 1985 y la Ley Orgánica de Educación de 2006, que debemos aplicar, sigue el régimen que apuesta por una duplicidad de redes en los términos que hemos descrito. No se otorga, en dicha regulación legal, a los centros privados concertados un carácter secundario o accesorio respecto de los centros públicos, para llegar únicamente donde no lleguen estos últimos, es decir, para suplir las carencias de la enseñanza pública, que es lo que se infiere de la motivación, para la supresión de una unidad, en la orden impugnada en la instancia. Recordemos que bastaría, en consecuencia, con la mera existencia de plazas vacantes en los centros públicos.

En cualquier caso la Sala entra a determinar si las solicitudes de concierto cumplen los requisitos, en especial la necesidad de escolarización, y valorando la prueba concluye:

Dicho todo lo anterior queda por precisar si hay o no necesidades de escolarización para otorgar el concierto, pues ésta es la única causa que se invoca en el expediente y en la resolución. Como vemos la justificación que con gran esfuerzo interpretativo se da en la contestación a la demanda no es válida a los efectos de mantener esta educación dual, pues aún admitiendo que existiesen plazas vacantes en centros públicos en la zona (zona de escolarización 5 de Zaragoza) ello no puede ser motivo en atención a la doctrina jurisprudencial citada para denegar el concierto, pues con esa interpretación, bastaría crear plazas públicas para impedir el concierto con centros privados. En cualquier caso tampoco se ha acreditado que estos centros públicos y privados de la zona que se citan en la contestación a la demanda tengan plazas vacantes, más bien de lo acreditado aquí se ha probado lo contrario.

En relación a la necesidad de escolarización sí son relevante los criterios que en la Orden de 30 de diciembre de 2014 de convocatoria de los conciertos, se indican.

Por un lado el art. 21 del Real Decreto 2377/1985, de 18 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos que dice:

1. A efectos de lo dispuesto en el artículo anterior, los centros privados que satisfagan necesidades de escolarización, atiendan a poblaciones escolares de

condiciones socioeconómicas desfavorables o, que, cumpliendo alguno de los requisitos anteriores, realicen experiencias de interés pedagógico para el sistema educativo, presentarán, junto con la solicitud de concierto, una memoria explicativa de las circunstancias señaladas, que será evaluada por la Administración educativa competente.

2. La memoria explicativa deberá especificar, en cada caso:

a) Los términos en que se satisfacen necesidades de escolarización de acuerdo con la demanda existente en la comarca, municipio, o, en su caso, distrito en que esté situado el centro.

b) Las condiciones socioeconómicas desfavorables de la población escolar atendida.

c) Las características de las experiencias pedagógicas realizadas en el centro y el interés que las mismas suponen para la calidad de la enseñanza y para el sistema educativo.

A efectos de lo señalado en los apartados a) y b) se podrán utilizar como indicadores para la evaluación de las memorias presentadas, entre otros, la insuficiencia de la oferta de puestos escolares en centros sostenidos con fondos públicos, el volumen de alumnos acogidos al transporte escolar y el coste de los servicios complementarios del centro. Se considerará, en todo caso, que un centro no satisface necesidades de escolarización o no atiende a poblaciones desfavorecidas cuando su ubicación impida el acceso al mismo de alumnos que carezcan de recursos económicos para hacer frente al coste de los servicios de transporte y comedor escolares.

Y la Base Primera d) y e) de la Orden de la convocatoria que indica:

Asimismo, además de las previsiones del artículo 21 del Reglamento de Conciertos, se tendrán en cuenta las siguientes cuestiones: la impartición completa de enseñanzas en todos los cursos de cada etapa (en el caso de segundo ciclo de infantil, se atenderá a dicho ciclo); la continuidad de los niveles educativos en la enseñanza básica en régimen de concierto educativo. Asimismo, podrán concertarse, con carácter preferente, los ciclos de Formación Profesional Básica que, conforme a lo previsto en la LOMCE, los centros privados concertados impartan a su alumnado. Dichos conciertos tendrán carácter general. Estos conciertos asegurarán que las familias no realicen aportaciones económicas. En el caso de centros de la misma localidad que impartan diferentes enseñanzas declaradas gratuitas, a efectos de la impartición completa de enseñanzas y continuidad de los alumnos, se tendrá en cuenta la solicitud por parte de la titularidad de adscripción entre tales centros.

e) Se tomará en consideración que la relación media de alumnos y alumnas por unidad escolar no sea inferior a la que se determine, teniendo en cuenta la existente en los centros públicos de la comarca, municipio o, en su caso, zona escolar en que esté ubicado el centro, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 17 y en la disposición adicional segunda del Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos.

A estos efectos, y de acuerdo con el artículo 16 del Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos, la Dirección General de Ordenación Académica determinará en el curso académico 2014-15 la relación media de alumnos

por unidad escolar, teniendo en cuenta la existente para los centros educativos sostenidos con fondos públicos de la comarca, municipio o, en su caso, zona escolar donde esté ubicado el centro educativo. La determinación de dicha relación de alumnos por unidad escolar se publicará el mes de enero mediante resolución de dicha Dirección General en el «Boletín Oficial de Aragón».

Pues bien en la demanda, con remisión a la memoria presentada se van precisando y acreditando las necesidades de escolarización exigidas por la norma, con un juicio que esta Sala no puede desautorizar pues, como reiteramos, no hay informe contradictorio alguno, ni en el expediente, ni aportado con la contestación a la demanda que contradiga lo argumentado y acreditado por la recurrente.

Y por eso concluimos:

1º) Con los datos que nos constan se cumplen por los Colegios Montearagón y Sansueña la ratio alumno/profesor por unidad escolar exigida en el art. 16 del Reglamento y que están aprobadas y publicadas por la Resolución de 21 de enero de 2015 de la Dirección General de Ordenación Académica (BOA 30 de enero de 2015), entendido el cumplimiento como permite la Base Primera e) de la Orden de la convocatoria.

	Ratio Resolución	Ratio Sansueña	Ratio Montearagón
Educación Infantil	23,35	20,44	
Educación Primaria	23,71	26,42	21,08
ESO	26,10	24,67	19,86

Y como vemos aunque solo por los alumnos ahora matriculados, cumple la ratio el Colegio Sansueña en Ecuación primaria, es de aplicación el art. 17 del Reglamento de Conciertos que permite cumplir la ratio de la siguiente forma:

No obstante lo dispuesto en el artículo anterior, y atendiendo a razones suficientemente justificadas, podrá exceptuarse del cumplimiento de esta obligación a los siguientes centros:

b) Aquellos otros en los que de la celebración del concierto pueda preverse que, en un plazo no superior a la mitad de la duración del mismo, alcancen la relación media alumnos/profesor requerida.

2) El cumplimiento de la ratio en plazo no superior a la mitad de duración del concierto, es previsible de conformidad a las necesidades de escolarización de la zona. Está acreditado en el recurso que la ubicación del Colegio que está a menos de un kilómetro según el doc. 9 de la demanda de las zonas de crecimiento del sur de la ciudad, permitirá solventar las necesidades de escolarización de esa zona esto es los distritos de Valdespartera, Arcosur, Montecanal y Rosales del Canal, así como todo el corredor del Huerva (Cuarte de Huerva, Cadrete, María de Huerva). En esas zonas hay necesidades de escolarización, pues basta leer en la misma Acta de la Comisión de conciertos que consta en el expediente el hecho de que en Cuarte de Huerva hay 12 barracones donde se dan clases y se ha concertado el Colegio Ánfora en esa localidad y donde igualmente se acredita que la Dirección Provincial admite que faltan dos colegios más en la zona de Valdespartera (doc. 8 aportado con la demanda y no negado, *Heraldo de Aragón* de 8 de abril de 2015), necesidad de escolarización que no ha cesado desde el año 2015 hasta la actualidad, pues son notorias las movilizaciones

de las familias del sur de Zaragoza para exigir la apertura de nuevos colegios (*Heraldo de Aragón* de 21 de febrero de 2017 página 6). Y por otro lado la población menor de edad dada la tipología de estos barrios de nueva creación es proporcionalmente muy importante (doc. 12 de la demanda en el que se consignan los datos de empadronamiento de menores de 11 años en los barrios del Distrito de Casablanca facilitados por el Observatorio Municipal de Estadística del Ayuntamiento y Doc. 15 estudio de la oferta y demanda de plazas escolares en Casablanca realizado por la empresa Scien Analytics por encargo del Ayuntamiento de Zaragoza), por lo que es necesaria la concertación y hay demanda social que lo solicita.

3) Y todo ello sin valorar —porque no lo ha hecho la Administración—, el hecho de que los Colegios puedan atender a alumnos con necesidades especiales, como se indica en la memoria, o puedan atender a alumnos en deficientes condiciones socioeconómicas, —la entidad recurrente acredita que las becas que permiten a familias estar escolarizadas en estos colegios—, o en fin las iniciativas de interés pedagógico que se reseñan en la memoria.

Las dos Sentencias aludidas fueron recurridas en casación por la Administración autonómica, inadmitiendo los recursos el TS en Providencias de 13 de septiembre y 2 de noviembre de 2017. La Sala en parecidos términos a las Sentencias indicadas ha estimado los recursos interpuestos contra las denegaciones de los conciertos en los cursos 2016/2017 y 2017/2018 en Sentencias de 18 de octubre y 5 de mayo de 2019.

Tras la firmeza de las dos primeras Sentencias la Sala ha abierto dos piezas de ejecución para indemnizar los perjuicios ocasionados por la denegación contraria a derecho del concierto. Por Auto de 10 de septiembre de 2018, reconoce el derecho de los ejecutantes a que le sean abonadas por la Administración demandada, por el concierto educativo correspondiente al curso escolar 2014/2015 de los colegios Sansueña y Montearagón, las cantidades de 998.870,64 euros y 744.409.80 euros, respectivamente, más los intereses legales desde la fecha en que las mismas debieron ser abonadas por aquella hasta su efectivo pago; cantidades, con sus correspondientes intereses, que deberán ser reintegradas a las familias de los alumnos escolarizados en dicho curso que abonaron las correspondientes cuotas en concepto de enseñanza reglada. Por Auto de 14 de enero de 2019, se fijaron las indemnizaciones para el Curso 2015/2016 para el colegio Sansueña 964.749 euros y para Montearagón 695.792 euros.

No se puede acabar una visión de esta materia, sin señalar la STS de 11 de julio de 2017 (recurso 2165/2016) en el que a la vista del voto del Magistrado José Luis Requero, parece que el alto Tribunal, se separa de la doctrina aludida del principio de no subsidiariedad. El voto que más parece concurrente que discrepante, reitera lo dicho con anterioridad sobre la cuestión, pero entiendo que la Sentencia no sostiene lo que parece combatir, la vuelta al principio de subsidiariedad de la educación concertada. En cualquier caso en el indicado voto, se hace una exposición didáctica y completa de la interrelación entre las dos cuestiones. Libertad de los padres para elegir centro y concierto educativo.

El artículo 27.4 de la Constitución reconoce como derecho fundamental la gratuidad de la enseñanza en niveles obligatorios y que tal enseñanza puede impartirse en centros privados es lo que da sentido al sistema de educación concertada y a los apartados 1, 3, 6 y 9 del artículo 27.

Mediante la educación concertada se cohonesta el reconocimiento constitucional de la existencia a centros de iniciativa social como plasmación de la libertad de enseñanza y del derecho de los padres a la elección de centros, que participa, además, del derecho reconocido en el artículo 16 de la Constitución.

La consecuencia es que no cabe disociar el régimen de la financiación pública de la enseñanza obligatoria con el contenido de los apartados 6 y 9 del artículo 27, lo que lleva a ese sistema de enseñanza concertada como concreción de la garantía constitucional de ayuda a los centros que cumplan los requisitos previstos en las leyes.

Que la contemplación del cumplimiento de esos requisitos tiene alcance constitucional es algo que desde antiguo viene declarando esta Sala al considerar procedente que en sede del procedimiento especial y sumario de tutela de los derechos y libertades fundamentales —primero en el la Ley 62/1978, hoy en los artículos 114 y siguiente de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso-administrativa— se enjuicien aquellos que deniegan el acceso o la renovación de conciertos educativos (cf. Sentencias 25 de junio de 1988; 24 y 30 de mayo, 28 de junio, 9 de julio y 18 de octubre de 1990; 10, 25 y 31 de enero de 1991; 3 de julio y 27 de noviembre de 1995 entre otras muchas y por citar las más antiguas).

Esa realidad es algo mas que un «entrelazamiento» entre la legalidad ordinaria y la constitucional al que alude la sentencia mayoritaria: la realidad de estos pleitos es que en ellos se juega la efectividad de esos derechos fundamentales. Por eso no deja de ser paradójico que la sentencia mayoritaria se apoye en unas sentencias dictadas en ese procedimiento especial de tutela — sentencias favorables a la no renovación — y que soslaye una constante jurisprudencia — en especial de esta Sección — que en sede de procedimiento ordinario sí ha sido sensible hacia la tutela de los mismos.

En esa jurisprudencia esta Sala ha deducido siempre que el contenido del artículo 27. 6 y 9 debe aplicarse en el contexto del artículo 27.1 y que la libertad de creación prevista en el artículo 27.6 no resulta real y efectiva (artículo 9.2) si no va acompañada del sistema de conciertos.

A estos efectos el artículo 27.4 no hace distingo alguno reconoce un más un derecho al ciudadano, pero sin congelar su contenido en los centros de titularidad pública y sin que ese poder de financiación pueda emplearse como instrumento para restringir —hasta su extinción— la realidad y efectividad de los derechos deducibles de los artículos 27.1,3, 6 y 9.

Sobre la exigencia de necesidades de escolarización, se trata de un criterio preferencial y cuando se trata de renovación ese criterio preferencia juega en caso de asignación presupuestaria insuficiente (artículo 43.1 del Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos ), algo que —como se ha dicho ya— debe estar debidamente justificado y razonado. Así en sentencia de esta Sala de 30 de enero de 2007 se dijo que la ausencia de necesidades de escolarización debe

probarse y, en sí, no es motivo para denegar el concierto pues depende de unas razones presupuestarias que la Administración debe probar.

Por otra parte y según la Sentencia de 22 de julio de 2008, la regulación de las necesidades de escolarización es una materia vedada a la Administración y debe regularse por ley (ídem Sentencias de 24 de enero de 1985, 7 de junio de 1986, 23 de mayo y 7, 8, 15, 19 y 20 de junio y 21 de septiembre de 1990) dependiendo de la demanda social. Esto da particular relevancia a los informes de órganos de la Administración —en este caso de la Comisión Provincial y de la Delegación Territorial— que en el caso de autos han sido contradictorios en pocos días o en el mismo día tal y como refleja la sentencia de instancia. Sobre tal punto hay que recordar las sentencias de esta Sala de 30 de enero de 2007 y de 18 de julio de 2008 según las cuales hay falta de motivación en caso de informes contradictorios, sin dar razones de dicha contradicción.

Con todo, lo más grave de la sentencia mayoritaria es que al estimar el recurso de casación respalda un criterio de la Administración recurrente que de forma expresa e intencionada, prescinde de los derechos deducibles del artículo 27 de la Constitución : su lógica llevará a que mientras existan plazas vacantes en centros públicos, se cercenará el derecho fundamental de los padres para llevar a sus hijos a un colegio de su elección en el que se impartan las enseñanzas obligatorias en régimen de gratuidad.

A tal efecto se limita a contemplar la gestión de un servicio público atribuyendo a la enseñanza concertada una función subsidiaria que paulatinamente irá extinguiendo. En este sentido la propia Administración recurrente no esconde que su plan es no renovar progresivamente unidades, lo que llevará o al cierre del colegio. En definitiva esta Sala, apartándose de una andadura jurisprudencial *pro libertate*, ampara un criterio según el cual una acción de fomento —que es en definitiva el sistema de conciertos— se ejerce al margen del mandato del artículo 9.2 de la Constitución: «*corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas*». No entra en la lógica administrativa que mediante el sistema de conciertos que gestiona se creen las condiciones para que los derechos educativos sean reales y efectivos.

La sentencia mayoritaria se apoya en sentencias de la Sección Séptima de esta Sala sobre la variación de conciertos (cf. Sentencias de 27 de abril de 2004 recurso de casación 8186/2000 ; de 4 de mayo de 2005, recurso de casación núm. 47/2001 o de 13 de marzo de 2006, recurso de casación 328/2001 ). En la sentencia de 4 de mayo de 2005 se apuntaba como procedente modificar un concierto educativo por disminución de alumnos del centro concertado y por buscarse un reparto igualitario de alumnos entre todos los centros sostenidos por fondos públicos.

Ahora bien, en el caso de autos ya se ha dicho que la Administración no acaba razonando por qué se aparta de los códigos C1 y D antes reconocidos por la Comisión de Conciertos; de esta manera admite que tiene demanda, pero su razón de decidir no es otra sino la existencia de plazas vacantes en centros públicos de la zona y a tales efectos ni está probado en autos el descenso poblacional ni la llamada a la falta de disponibilidad de los recursos públicos.

Y si se trata de una «equitativa distribución del gasto público» habrá que recordar que como dijimos en la sentencia de 6 de noviembre de 2011 (recurso de casación 1548/2006) —a la que luego me referiré— ese «*no era motivo bastante para reducir el concierto en una unidad cuando en modo alguno se alega que no existieran fondos públicos para hacer frente a la carga económica que representaba la unidad denegada*».

Una visión en conjunto de las Sentencias citadas nos debe llevar a la conclusión práctica y así lo sostiene la Sala en posteriores casos:

- 1) La denegación de un concierto debe de estar justificada y motivada por la Administración autonómica.
- 2) La normativa sobre conciertos debe de se interpretada bajo el principio de no subsidiariedad.
- 3) Este principio determina que no quepa denegar un concierto por el solo hecho de existir vacantes en centros públicos.
- 4) Este principio no impide que si el centro a concertar no satisface necesidades de escolarización, no debe de concederse el mismo.

## **7. LIBERTAD RELIGIOSA Y CONCIERTOS EDUCATIVOS. LA DENEGACIÓN DE AULAS CONCERTADAS**

Previo al curso 2016/2017 se produjo por la administración educativa de Aragón, una serie de actuaciones administrativas tendentes a la no renovación de determinadas aulas concertadas.

Tomemos uno de esos Colegios, el Virgen de Guadalupe, como ejemplo para explicar lo que ocurrió. Los hechos probados de la Sentencia del TSJ de Aragón de 18 de junio de 2019 (121/2017) indican:

Se publicó la Orden ECD/1952/2016 de 27 de diciembre, para acceso, renovación y modificación de los conciertos educativos, para el curso académico 2017/2018. El centro desde el año 2013, tiene concertada la educación infantil segundo ciclo, con una sola unidad.

Se fijó por el Director General de Planificación y Formación Profesional el 2 de febrero de 2017, la relación media de alumnos/profesores de unidad escolares a que hace referencia el art. 16 del Reglamento de Normas Básicas sobre conciertos educativos para el municipio de Zaragoza en 22,13. Esta resolución está impugnada en este Tribunal (PO 146/2017), la base de la impugnación es que esta ratio está calculada sobre el numero de alumnos matriculados en centros públicos y privados y no solo en centros públicos como dice la norma.

Se convoca el procedimiento de escolarización de alumnos el 22 de marzo de 2017 y el centro presenta vacantes en todas las unidades incluidas primero de infantil.

El 6 de abril de 2017, se carga en el sistema GIR de la Dirección Provincial las vacantes del procedimiento, no incluyéndose ofertas en primero de infantil en el Centro recurrente. Se interpone recurso contra esta decisión y se adopta medida cautelar, consistente en la participación del Colegio en el proceso de escolarización.

Tras la solicitud expresa de ampliación del expediente consta informe de la Inspectora de Educación de 21 de febrero de 2017, en la que se emite informe favorable al concierto en Educación Primaria.

El centro tenía matriculados en Segundo ciclo de Educación infantil el 1 de marzo de 2017, 66 alumnos para 3 unidades, lo que determinaba una ratio de 22.

Según el acta de la Comisión de Conciertos educativos de 27 de febrero de 2017 y propuesta de renovación, se deniega el aula de infantil de Segundo Ciclo de Educación Infantil para el centro recurrente, por que no cumple la relación media alumnos/profesor del art. 16 del Reglamento de Normas Básicas sobre conciertos educativos.

El 5 de abril de 2017 se notifica la propuesta en la que se deniega la renovación en resolución provisional por incumplimiento de la Base primera a) de la Orden ECD/1952/2017 falta de consignación presupuestaria e incumplimiento de la Base Primera d) y f) por falta de escolarización de alumnos con necesidades especiales por no cumplir la ratio prevista en el curso 2016/2017, y no cumplir satisfacciones de escolarización.

Finalmente se dicta la Orden recurrida de 15 de mayo de 2017, en la que se deniega el concierto del aula de infantil, por incumplimiento de las bases d) falta de escolarización de alumnos con necesidades especiales y f) falta de cumplimiento de la ratio alumno/profesor. y h) no necesidad de escolarización. En la resolución definitiva se dice que el número de solicitudes de infantil, siempre ha sido inferior a la dispuesta en el art. 16 del Reglamento de Normas Básicas de Conciertos Educativos.

La administración actuó en vía de hecho al no ofrecer las vacantes de las aulas que consideraba que no iba a concertar. No incluirlas en el sistema GIR, impedía que los padres pudiesen pedir las mismas. Estas actuaciones fueron anuladas por los Juzgados de lo Contencioso de Zaragoza, por todas ellas baste citar la Sentencia del JCA nº 3 de 26 de octubre de 2017, en las que se condenaba a la Administración a incluir las plazas hasta que se decidiese el concierto. Fueron resoluciones que precedieron a algunas denegaciones de la Administración de determinados conciertos. Los recursos se tramitaron en la Sala (se trataba de ordenes del Departamento de Educación) y en ellos se solicitaron como medidas cautelares positivas la concesión del concierto. La Sala que concedió en casi todos los casos la medida cautelarísima, valoró en esas decisiones cautelares, el *fumus* de la pretensión y para ello esperó a tener los datos del proceso de admisión de ese curso. Así nos encontramos con algún caso en el que no se concedió la medida al no tener alumnos que solicitasen las aulas no concertadas (Auto de 2 de junio de 2017 —recurso 6/2017— Colegio La Anunciata) y en otros concedió la medida al existir demanda de alumnos (Auto de 2 de junio de 2017 —recurso 10/2017— Colegio Virgen de Guadalupe).

En cuanto al fondo sobre la cuestión atinente a la denegación o no de las aulas, reproduce la Sentencia aludida sobre el Colegio Virgen de Guadalupe y otras en el mismo sentido<sup>14</sup>, lo ya reseñado en los supuestos de denegación del concierto en su totalidad, pero añadiendo una nueva circunstancia en lo relativo a la ratio alumno/profesor a aplicar. Y es que el TSJ de Aragón había anulado la Resolución que fijaba la misma, lo que ha favorecido también la concertación educativa, que estos colegios solicitaban.

Así dijimos en la aludida Sentencia:

Para resolver esta cuestión lo primero que hemos de afirmar, estando de acuerdo con la parte actora, que es preciso partir de una fecha para la toma de datos de estos alumnos, que no ha sido correctamente tomada por la Administración en atención a las circunstancias del caso.

En atención a lo que anteriormente hemos venido razonando, las condiciones de cumplimiento de la necesidad de escolarización y la ratio de alumnos profesores debe de apreciarse con los alumnos matriculados en el año anterior, es decir con la situación del concierto vigente, que es el que se renueva. Lo que no es posible —y en ello se queja con razón, la entidad recurrente— es tomar como número de alumnos los que se matriculan para el curso 2017/2018, si como ha ocurrido, el sistema GIR, no permitía el única aula de infantil concertada, actividad fuera de ordenación procedimental que fue anulada por la Sentencia aludida, pues es claro que los progenitores a la hora de la matrícula tendrán en cuenta las aulas concertadas, lo que desincentiva y obliga a buscar otros colegios, para evitar quedarse sin plaza concertada en primero de infantil.

Transcurso de fechas y exigencia de una y otra ratio, que no puede en este caso conformarse a derecho, pues está ayuna de la necesaria seguridad jurídica. Por eso reiteramos que el número de alumnos a tener en cuenta debió ser el que tenían las unidades a renovar en este caso, eran 66 en educación, en marzo de 2017, por lo que la ratio era de 22 alumnos, ratio que era superior a la exigida en la Resolución de 2 de abril de 2017 de 21,23, lo que conlleva a que también este requisito se cumplía por el Centro recurrente.

Y todo ello además sin tener en cuenta, que aunque está pendiente de resolución el procedimiento 146/2017 en el que la propia recurrente cuestiona la ratio del art. 16 de las Normas básicas, si hemos resuelto en Sentencia de 16 de abril de 2019 (PO 150/2017), en la que era recurrente la Federación autonómica de Educación y Gestión Aragón, la nulidad de la resolución de 2 de abril de 2017 y el derecho a la fijación de la ratio alumnos/profesor por unidad escolar para los centros escolares concertados, por referencia a la ratio que resulte para los públicos, esto es el cociente entre el número de alumnos en centros públicos y el número de aulas concertadas en ellos dentro de cada etapa educativa. Estimación que evidentemente rebaja más la ratio aquí exigida.

---

14. Sin animo de ser exhaustivo, STSJA de 24 de mayo de 2019 —Colegio San Gabriel, 24 de mayo de 2019 —Teresianas del Pilar—, 2 de mayo de 2019 —Santo Domingo de Silos—, 16 de abril de 2019 —Colegio Sagrada Familia,

Es evidente que como dijimos anteriormente no en todas las circunstancias cabe la concesión del concierto. Es estrictamente necesario que se cumplan los requisitos normativos establecidos y entre los fundamentales que se cumpla la necesidad de escolarización. La libertad religiosa no se puede imponer sobre la realidad, pues conllevaría un uso inadecuado y desproporcionado de los recursos públicos.

Hemos de mencionar aquí la Sentencia del Tribunal de Aragón de 24 de mayo de 2019 (recurso 240/2018) que estima el recurso de apelación interpuesto por el Gobierno de Aragón, contra Sentencia de instancia que estimaba el recurso y concedía la escolarización del hijo de los recurrentes en el centro elegido. Se trataba del concierto con el Colegio Santa María de la Esperanza de Pina de Ebro. El recurso había sido interpuesto por los padres de un niño de Primero de Infantil que había sido escolarizado en un centro público, al no haber sido autorizado el concierto. En los antecedentes de la Sentencia decíamos:

Por Resolución de 5 de abril de 2017, de la Dirección General de Planificación y Formación Profesional, se aprueba provisionalmente el acceso, renovación y modificación de los conciertos educativos para el curso académico 2017-2018. Respecto al Colegio se acuerda la no renovación del concierto de una unidad en primer curso, del segundo ciclo de educación infantil.

En dicho colegio hay concertada una unidad mixta, en el curso actual, de 2º y 3º de infantil, en ese momento de 1º y 2º.

Interpuesto recurso contencioso administrativo contra la anterior resolución por el Colegio, mediante Auto de 12 de abril de 2017 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 4 de Zaragoza, se accedió a la medida cautelar de suspensión planteada por la parte recurrente, para la no supresión de unidades escolares en el centro, hasta la conclusión del proceso de escolarización obligatoria para el curso 2017-2018.

La Orden ECD/615/2017, de 12 de mayo, por la que se resuelven los expedientes de renovación de los conciertos educativos, deniega con carácter definitivo la solicitud de renovación de una unidad en primer curso de educación infantil al Colegio por incumplimiento de los requisitos contemplados en la legislación vigente en materia de conciertos educativos.

El hijo de la recurrente fue incluido en las listas del Colegio, derivada de la medida cautelar del Juzgado nº 4. La Sección Primera del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, por Auto de 16 de mayo de 2017 acordó como medida cautelar provisionalísima la suspensión de la Orden ECD/615/2017, de 12 de mayo, referente a la supresión de la unidad concertada en primero de educación infantil, manteniendo la medida cautelar adoptada por el Juzgado Contencioso Administrativo nº 4 de Zaragoza.

Se interpone recurso contencioso administrativo contra la Orden ECD/615/2017, de 12 de mayo por parte de la Fundación Xafer (titular del Colegio) y el AMPA. Se forma rollo de procedimiento ordinario 125/2017 ante la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Posteriormente el Auto de 2 de junio de 2017, la Sección Primera del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, alzó la medida cautelar acordada con fecha 16 de mayo de 2017 denegando las medidas cautelares previstas con anterioridad y resultando ejecutiva la Orden ECD/615/2017, de 12 de mayo, que resolvió entre otras, la suspensión del concierto de una unidad del primer curso, del segundo ciclo de educación infantil del Colegio DIRECCION000 de DIRECCION001.

La fundación Xafer y el AMPA desisten del recurso contencioso procedimiento ordinario 125/2017 por escrito de 6 de octubre de 2017.

La Sentencia 135/2017, de 29 de junio de 2017 del Juzgado Contencioso Administrativo nº 4 de Zaragoza, declara la nulidad de pleno derecho de la Resolución de 5 de abril de 2017, que denegó provisionalmente la renovación del concierto educativo de una unidad de primer curso del segundo ciclo de Educación Infantil del Colegio .

Tras el Auto del TSJ de justicia de Aragón, de 2 de junio de 2017, vuelve a ser ejecutiva la Orden ECD/615/2017, de 12 de mayo, por la que se resuelven los expedientes de renovación de los conciertos educativos, que suprimió con carácter definitivo el concierto de una unidad en primer curso de educación infantil al Colegio .

Tras el alzamiento de la medida cautelar de suspensión del concierto educativo, el Servicio Provincial de Educación, Cultura y Deporte de Zaragoza con fecha 10 de julio de 2017 procedió a la ejecución de la anterior Orden.

En disconformidad con esta asignación de plaza escolar en el CEIP, la recurrente interpone recurso de reposición contra la citada Resolución de fecha de 10 de julio de 2017 de la Directora del Servicio Provincial de Educación, Cultura y Deporte de Zaragoza.

El departamento contesta por resolución de 3 de octubre de 2017. Dicha resolución señala que ha de resolver en el mismo sentido que la resolución de 10 de julio de 2017. No obstante, se señala el deber de cumplir el Auto resolviendo las Medidas que dictó este juzgado nº 5.

2) La Sentencia estima la demanda y reconoce el derecho de Óscar, hijo de la recurrente a permanecer escolarizado en el Colegio Mientras se encuentre en infantil y si se mantiene el concierto de una unidad en años venideros en una unidad mixta.

Razona la Sentencia que se basa en otra anterior del JCA nº 2 de Zaragoza dictada al recurso PO 250 de 2017, indica:

Que el derecho de elección de centro del art. 27 de la Constitución, no se vulnera por la falta de concierto, si está justificado por motivos presupuestarios y aquí solo hubo 5 solicitantes para 1º de infantil. No se vulnera los criterios de preferencia porque no ha habido concierto.

Que ha de conjugarse el derecho a la libertad religiosa y la conciliación familiar, más favorable en este centro, admitiendo la posibilidad de que se siga en un aula mixta (Disposición Adicional 2ª del R.D. 153/72003), lo que implica superar la ratio (art. 8.6 del Decreto 30/2016 de 22 de marzo ) por circunstancias excepcionales, como hizo este Tribunal en Sentencia de 17 de febrero de 2017 . No habiendo

sido acreditado un mayor gasto en diligencia de prueba, al no discriminar las horas que corresponderían a los alumnos admitidos, concluye la Sentencia que dado que el niño se ha adaptado plenamente al colegio y que una hermana cursa estudios en el mismo centro el recurso debe ser estimado.

La Sala como decimos revoca la Sentencia de instancia. Y lo hace fundamentalmente porque sin concierto, no es posible mantener la escolarización de un niño en un Centro concertado.

Con independencia de los motivos que se aducen en la Sentencia es lo cierto que si el Colegio Santa María de la Esperanza de Pina de Ebro, no tiene concertada la enseñanza de 1º de educación infantil, no es posible acordar la escolarización de un alumno, con fondos públicos, como se acuerda en el fallo de la Sentencia.

Los alumnos pueden ser escolarizados en centros públicos y privados y dentro de estos últimos, centros con unidades educativas concertadas o no. Si las unidades no están concertadas, la educación solo puede ser privada. No es posible la concertación de plazas, fuera del procedimiento concurrente y ordenado del concierto público. Pues de esa forma como se dice en la contestación a la demanda, se hace de imposible concreción la planificación de la acción educativa, soportada en principios de proporcionalidad y de eficiencia, pues es precisamente en la concertación donde se puede hacer efectivo esos principios.

Como ha reiterado este Tribunal es conocida la doctrina de la Sala Tercera Sección Cuarta del Tribunal Supremo fijada, entre otras, en sentencia 7 de febrero 2018 (rec. 2008/2016), en el fundamento de derecho segundo in fine nos dice con claridad «lo que no puede sostenerse con éxito, en definitiva, es que en el ejercicio del derecho a la educación no resulte de aplicación ni la programación, ni los principios de eficiencia y economía que establece la Ley Orgánica de Educación (artículos 15 y 109), ni que en el nivel de enseñanza examinado no puedan reducirse unidades, respecto de convenios ya aprobados», matiza que se trata de un supuesto donde se había producido una reducción sustancial de solicitantes.

En el presente caso, no es en absoluto debatido y este Tribunal, lo tuvo presente en el momento en que alzó la suspensión acordada, que el número de solicitudes era de cinco alumnos, por lo que carecía de sustento la renovación del concierto que se solicitaba. De hecho el Colegio desistió del recurso tras la denegación de la medida cautelar. Por tanto a la solicitud del hijo de la actora, no se le podía adjudicar plaza en unidad concertada, por la sencilla razón de que no existía. Y como se sostiene en el recurso de apelación y ratifica esta Sala sin concierto, no es posible adjudicar plaza sostenida con fondos públicos a un alumno.

Por este motivo ya debe estimarse el recurso, sin entrar a debatir, porque tampoco lo hace la Sentencia que haya cualquier otro motivo legal, que permita la estimación del recurso. La propia Sentencia descarta que haya una difícil conciliación, ni el derecho unívoco a la libertad de elección de centro.

Para la Sala, la libertad religiosa no ampara la libre elección de colegio, ni que este, esté financiado con fondos públicos, si motivos de planificación y presupuestarios lo impiden como es el caso.

Y en relación a las aulas mixtas, razona igualmente:

Tampoco la alegación a la previa existencia de una aula mixta en el Colegio, que desconocemos por lo actuado en el presente procedimiento a qué es debida, permite la estimación del recurso y en absoluto fundamenta la posibilidad de que el menor se escolarice en una vía sin concierto.

La regulación está contenida en la Disposición Adicional Tercera del R.D. 132/2010 de 12 de febrero, por el que se establecen los requisitos mínimos de los centros que impartan las enseñanzas del segundo ciclo de la educación infantil, la educación primaria y la educación secundaria que dice:

*DISPOSICIÓN ADICIONAL TERCERA. CENTROS QUE ATIENDAN A POBLACIONES DE ESPECIALES CARACTERÍSTICAS SOCIODEMOGRÁFICAS.*

*1. Los centros de educación infantil y de educación primaria que atiendan a poblaciones de especiales características sociodemográficas o escolares quedan exceptuados de los requisitos establecidos en los artículos 6.1 y 9 de este real decreto, en cuanto al número de unidades con que deben contar los centros.*

*2. Para estos centros se entenderá por unidad escolar la agrupación de alumnos atendidos conjunta y simultáneamente por un profesor de manera ordinaria, independientemente del nivel al que pertenezcan.*

*3. A los efectos previstos en esta disposición, las Administraciones educativas competentes adecuarán los requisitos previstos en los títulos II y III de este real decreto a las especiales características y dimensiones de estos centros.*

Pues bien lo primero que hemos de indicar, es que la existencia o no de una aula mixta, con evidencia no está supeditada en ningún caso, como aquí ha ocurrido al escaso número de alumnos que solicitan la educación en un centro concertado. Existirá o no este tipo de aula en atención a las especiales características sociodemográficas o escolares de una población, algo que aquí no concurre pues se trata de una población con al menos dos centros escolares. Obligar a que se escolarice el hijo de la recurrente en un aula mixta, escapa con claridad de la necesaria organización y planificación de este tipo de decisión que obligadamente tiene que llevar a cabo la Administración tal y como indica el apartado tercero de la Disposición Adicional referida. En ningún caso en el expediente la autoridad educativa se ha planteado esta decisión y en menor medida para el centro educativo de Santa María de la Esperanza, centro que en ningún momento solicitó, esa forma de prestar la educación. Hemos de reiterar, como se observa con claridad en la regulación citada, que esta forma de prestar la educación debe de ser absolutamente excepcional y cuando las circunstancias de la población, no permiten cumplir la regla general, una unidad por curso en la educación infantil.

Cuando la Dirección provincial para cumplir la decisión cautelar del Juzgado amplió a tres cursos la aula mixta que ya existía en el Centro, lo hizo de forma excepcional, pero ello no puede convertir lo que es una decisión obligada por mandato judicial en la regla general. Dicho de otro modo, no existe un derecho subjetivo a satisfacer el derecho a la elección de centro se haga a través de una aula mixta, cuando no hay demanda suficiente, como reiteramos el aula mixta, está prevista para otras circunstancias.

## 8. LA CLASE DE RELIGIÓN

La Iglesia Católica tiene 25.660 profesores de Religión Católica, con 3.561.970 alumnos inscritos en clase de Religión, según los datos del informe sobre la libertad religiosa de 2017, ya reiterado. Por tanto, hemos de partir del hecho de que cualquier decisión sobre la asignatura de Religión, tanto en primaria, como secundaria y Bachillerato, es claro que tiene unos efectos evidentes para la sociedad.

Aunque es posterior a las Sentencias que vamos a citar y que se refieren a las decisiones del Gobierno de Aragón sobre la asignatura de Religión en los currículos educativos, lo primero que hemos de reseñar es la STC 31/2018 de 10 de abril, que desestima el recurso interpuesto contra la LOMCE, cuando impone la Religión como asignatura obligatoria<sup>15</sup>.

Para efectuar un análisis de la impugnación de los preceptos transcritos es preciso detenerse en la lectura que este Tribunal ha realizado del artículo 16 CE, en tanto en cuanto la libertad religiosa y la neutralidad del Estado constituyen la base de la argumentación del recurso. Nuestra jurisprudencia ha partido de la idea de que el Estado, tal y como afirma la doctrina en expresión gráfica, es un sujeto «religiosamente incapaz», lo que hemos expresado en la fórmula «el Estado se prohíbe a sí mismo cualquier concurrencia, junto a los ciudadanos, en calidad de sujeto, de actos o actitudes de signo religioso» (STC 24/1982, de 13 de mayo, FJ 1). Y ello porque no es sujeto de la libertad religiosa, pues sus titulares son únicamente los individuos y las comunidades. En este sentido, resulta claro que el Estado no puede enseñar religión, sino que «son únicamente las iglesias, y no el Estado, las que pueden determinar el contenido de la enseñanza religiosa a impartir y los requisitos de las personas capacitadas para impartirla.» (STC 38/2007, de 15 de febrero, FJ 9). Esa condición de sujeto «religiosamente incapaz» del Estado deriva de la fórmula «ninguna confesión tendrá carácter estatal» (artículo 16.3 CE), procedente de la Constitución de Weimar de 1919, y continúa vigente en la República Federal de Alemania por aplicación del artículo 140 de la Ley fundamental de Bonn. Plasma, junto al mandato de cooperación con las confesiones también mencionado en el artículo 16.3 CE, un modelo de aconfesionalidad o laicidad positiva, que no implica el cierre del espacio público a algunas manifestaciones de carácter religioso, aunque tampoco permite una actitud abstencionista del Estado frente a esas manifestaciones si vulneran principios democráticos de convivencia o no respetan los derechos y libertades fundamentales consagrados constitucionalmente. Es decir, en cuanto ahora nos afecta, que «si la impartición en los centros educativos de una determinada enseñanza religiosa pudiera eventualmente resultar contraria a la Constitución, ya fuere por los contenidos de dicha enseñanza o por los requisitos exigidos a las personas

15. En el mismo sentido se pronuncia el Tribunal Supremo en Sentencia de 18 de marzo de 2019 —recurso 1942/2016 en recurso interpuesto contra la Comunidad de Madrid, por **ASOCIACIÓN MADRILEÑA DE ATEOS Y LIBREPENSADORES**, desechando que a la Administración no le sea obligado establecer una asignatura de religión.

encargadas de impartirla, lo que habría de cuestionarse es el acuerdo en virtud del cual esa enseñanza religiosa se imparte, no la forma elegida para instrumentarlo» (STC 38/2007, de 15 de febrero, FJ 13). Conectando el contenido del artículo 16 CE con el ámbito de enseñanza de la Religión en los centros docentes, hemos afirmado en nuestra STC 38/2007, de 15 de febrero, FJ 5, que esa inserción «-que sólo puede ser, evidentemente, en régimen de seguimiento libre (STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ 9)— hace posible tanto el ejercicio del derecho de los padres de los menores a que éstos reciban la enseñanza religiosa y moral acorde con las convicciones de sus padres (art. 27.3 CE ), como la efectividad del derecho de las Iglesias y confesiones a la divulgación y expresión públicas de su credo religioso, contenido nuclear de la libertad religiosa en su dimensión comunitaria o colectiva (art. 16.1 CE ). El deber de cooperación establecido en el art. 16.3 CE encuentra en la inserción de la religión en el itinerario educativo un cauce posible para la realización de la libertad religiosa en concurrencia con el ejercicio del derecho a una educación conforme con las propias convicciones religiosas y morales. En este punto es de recordar que el contenido del derecho a la libertad religiosa no se agota en la protección frente a injerencias externas de una esfera de libertad individual o colectiva que permite a los ciudadanos actuar con arreglo al credo que profesen (SSTC 19/1985, de 13 de febrero, 120/1990, de 27 de junio, y 63/1994, de 28 de febrero, entre otras), pues también comporta una dimensión ad extra que se traduce en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso, asumido en este caso por el sujeto colectivo o comunidades, tales como las que enuncia el artículo 2 de la Ley Orgánica de libertad religiosa (LOLR) y respecto de las que se exige a los poderes públicos una actitud positiva, de naturaleza asistencial o prestacional, conforme a lo que dispone el apartado tercero del artículo 2 LOLR, según el cual «[p]ara la aplicación real y efectiva de estos derechos [los que se enumeran en los dos anteriores apartados del precepto legal], los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar ... la formación religiosa en centros docentes públicos». a) Desde ese marco doctrinal, las normas cuestionadas no vulneran el marco constitucional, como afirman los recurrentes, por haber configurado como asignatura la enseñanza de la religión. La existencia de esa asignatura no implica valoración alguna de las doctrinas religiosas que pudiera afectar a la obligación de neutralidad del Estado. Y ello porque, como ya se ha expuesto, el principio de «aconfesionalidad o laicidad positiva» que caracteriza nuestro sistema constitucional en este aspecto (SSTC 46/2001, de 15 de febrero, FJ, 4 y 38/2007, de 15 de febrero, FJ 5) implica una garantía prestacional respecto al ejercicio del derecho a la libertad religiosa, del que gozan tanto los individuos como las iglesias y confesiones. A ello hay que añadir que el contenido nuclear de la libertad religiosa en su dimensión comunitaria o colectiva es precisamente «la divulgación y expresión públicas de su credo religioso» (STC 38/2007, FJ 5). Por último, ese sistema es también un cauce adecuado para el ejercicio por los progenitores del derecho a que sus hijos reciban una formación religiosa y moral de acuerdo con sus convicciones. Por último, con la introducción de una asignatura de religión se da también cumplimiento a lo establecido en el acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre enseñanza

y asuntos culturales, firmado el 3 de enero de 1979, y ratificado por instrumento de 4 de diciembre de 1979, cuyo artículo II contiene la siguiente previsión: «Los planes educativos en los niveles de Educación Preescolar, de Educación General Básica (EGB) y de Bachillerato Unificado Polivalente (BUP) y Grados de Formación Profesional correspondientes a los alumnos de las mismas edades incluirán la enseñanza de la religión católica en todos los Centros de educación, en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales». Los recurrentes no han cuestionado ese precepto de índole convencional. En la misma línea, se garantiza el derecho de los alumnos a recibir enseñanza religiosa evangélica, judía e islámica en los términos del artículo 10.1 de las leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de diciembre por las que se aprueban, respectivamente, los acuerdos de cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, con la Federación de Comunidades Israelitas de España y con la Comisión Islámica de España. Por lo tanto, tal y como se desprende de nuestra doctrina, la existencia de una asignatura evaluable de religión de carácter voluntario para los alumnos no implica vulneración constitucional alguna.

Partiendo de esta premisa constitucional, la Sala se enfrentó al control judicial de las decisiones administrativas en relación a la carga de la asignatura de religión en Educación Primaria, Educación Secundaria y Segundo de Bachillerato. Para la educación primaria la orden recurrida, modifica el currículo anterior reduciendo la carga lectiva de la materia al 50% del horario que tenía en el Curso anterior. La Ley 2/2006 de 3 de mayo de Educación fue desarrollada en su momento por la Comunidad Autónoma por la Orden de 9 de mayo de 2007 y tras la entrada en vigor de la LOMCE (Ley Orgánica 8/2013 de 9 de diciembre, de mejora de la Educación) nuevamente fue desarrollado el currículo por Orden de 16 de junio de 2014. En esas normas el horario de la materia de Religión/ Atención educativa o Religión/ valores sociales y cívicos fue de 1,5 horas por curso (3 por ciclo o 9 para todo el nivel educativo). Ahora según la Orden recurrida el horario de Religión para la Educación Primaria es de 45 minutos semanales, 4,5 horas en la etapa. En Secundaria la reducción es a una hora semanal y en segundo de Bachiller, se suprime la enseñanza de religión.

La Sala si bien suspendió, adoptando medida cautelar, el nuevo horario en Primaria y Secundaria (Auto entre otros de 25 de julio de 2016 —216/2016—) y adoptó como medida positiva el mantenimiento de la asignatura de Religión en segundo de Bachiller (Auto de 23 de junio de 2016 —146/2016—)<sup>16</sup>, dictó finalmente Sentencias desestimatorias de las pretensiones anulatorias de los currículos de Primaria y Secundaria, estimando el recurso interpuesto contra la supresión de la asignatura de Religión en Bachiller, que consideró ilegal.

---

16. La adopción de estas medidas cautelares posibilitaron incluso que tras las Sentencias desestimatorias, no se adoptase la ejecución provisional de Sentencia solicitada por el Gobierno de Aragón, tras la casación interpuesta por los recurrentes (Auto del TSJA de 6 de septiembre de 2017).

La Sentencia de 13 de julio de 2017 (182/2016)<sup>17</sup> confirma la carga de la asignatura en Secundaria e indica, que no se puede considerar que la asignatura no se da en condiciones equiparables, razonando:

Así centrado el objeto de debate, se ha de partir de que, en efecto, conforme al Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede y disposiciones referidas, la materia de Religión ha de incluirse en la ESO en todos los Centros de educación en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales, siendo una materia de oferta obligatoria para los centros y de carácter voluntario para los alumnos.

Sobre qué ha de entenderse por condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales, como recuerda la sentencia que se invoca de la Sala de Asturias de 19 de octubre de 2015, así como la Sala del mismo Orden del TSJ de TSJ Castilla y León —con sede en Valladolid—, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en las sentencias de 26 de enero de 1998 y 14 de abril de 1998, en el sentido de que no suponen condiciones idénticas, a modo de trato milimétricamente igual, ya que es aceptable una regulación que atienda a las diferencias, y por tanto distinta, como es el caso en el que se tengan que tener en cuenta mandatos diversos, que salvaguarden y preserven la libertad de opción entre unas y otras y la no discriminación en cuanto a los efectos de tales opciones, señalando en la sentencia de 10 de diciembre de 2001, que ese equiparación, no debe ser entendida en el sentido de identidad total, sino en el de una cierta homogeneidad.

El problema, como ocurrió en los supuestos enjuiciados en las dos sentencias referidas, se traslada también aquí a dilucidar, si, en el caso que ahora se resuelve, existía o no la homogeneidad constitucional y legalmente exigible.

Los aquí recurrentes, sostienen la inexistencia de la requerida homogeneidad, esencialmente, en ser la materia de Religión la que tiene menor carga horaria en cada uno de los cuatro cursos de la ESO —con excepción de Tutoría—, contando con la mitad de la carga que la de Educación Física, también asignatura específica, y con menos de la mitad respecto de otras asignaturas específicas, además de ser —dicen— la única asignatura que ha perdido horario.

Esta Sala no comparte tal razonamiento, por el que se viene a fundamentar la falta de tratamiento equiparable en la diferencia de carga horaria, y que fue, en definitiva, el que también sirvió de base a la referida sentencia del TSJ de Asturias en la que se apoyan los recurrentes —y que se cita igualmente en el dictamen del Consejo Consultivo—, junto con la falta de justificación de la reducción horaria, para concluir en el caso allí examinado, que no se daban las condiciones equiparables requeridas .

Por el contrario, sí compartimos el criterio mantenido por el TSJ de Castilla y León en la sentencia aludida de 17 de marzo de 2017. Como se razona en ésta el concepto condiciones equiparables, según la referida jurisprudencia del Tribunal Supremo, *no demanda un trato igualitario de la asignatura de religión con las demás, sino*

---

17. Esta sentencia corresponde al recurso interpuesto por los obispos aragoneses y en el mismo sentido se dictó la Sentencia de 24 de julio de 2017 —166/2016— en el recuso de los profesores de religión.

que admite diferencias siempre y cuando se salvaguarde aquello que necesariamente ha de ser preservado, como núcleo fundamental, y se preserve la libertad de opción entre unas y otras asignaturas y la no discriminación en cuanto a los efectos de tales opciones. Añadiendo, frente a la inferior carga horaria de la materia de Religión frente a otras específicas, en la que se había centrado en el caso la impugnación, los siguientes razonamientos:

*... conforme a la jurisprudencia anteriormente citada no toda diferencia de trato de la asignatura supone que la misma no sea tratada en condiciones equiparables a las demás. El demandante interpreta condiciones equivalentes como equivalencia horaria de la asignatura de religión con el resto de las asignaturas específicas, pero esta equivalencia horaria no es exigida por el Acuerdo citado ni por la normativa estatal. La enseñanza de la religión es de oferta obligatoria para todos los centros y en toda la etapa educativa pero de elección voluntaria para los alumnos (o sus padres) de forma que en ningún caso se produzca discriminación tanto por una u otra opción. Está contemplada de manera relevante junto con las demás específicas y con la misma consideración que estas en cuanto a su evaluación.*

*El concepto condiciones equiparables es un concepto jurídico indeterminado que debe ser integrado por el resto de la normativa, y que no cabe asimilar únicamente al horario, sino que requiere un análisis conjunto y global de todas condiciones de la asignatura, pues no significa que el horario de la asignatura deba ser equiparable al de las demás específicas.*

Tal fundamentación, que asumimos, nos lleva también a rechazar en el caso la pretendida inexistencia de las condiciones equiparables, sobre la base de la menor carga horaria que otras asignaturas específicas. Debiendo significarse que en el concreto caso examinado, tal menor carga horaria ya venía establecida en el currículo en la Orden de 2007, sin que por ello se cuestionara la falta de homogeneidad. Representando la reducción ahora impugnada, al pasar de 5 horas a 4 horas en el total del nivel educativo, el 20%. Sin que tampoco se acredite en el caso —como en el examinado en la sentencia de Castilla y León—, que el nuevo horario, con tal reducción, no permita impartir la asignatura en las mismas condiciones que las demás específicas, ni que sea insuficiente para la impartición de la asignatura; como tampoco se aprecia que el horario fijado sea irrelevante o no sea reconocible en el conjunto de las específicas. Es más, ya en el curso 2015/2016, como aducen los recurrentes, se había llevado a cabo tal reducción en virtud de unas Instrucciones del Secretario General Técnico del Departamento —dictadas en virtud de la facultad expresa otorgada al efecto en la Orden de 9 de julio de 2015, que acordó suspender la de 15 de mayo anterior, ya referida, además del inicio del procedimiento de revisión de oficio de la misma, y, así mismo, el inicio del procedimiento que ha dado lugar a la Orden aquí impugnada—; instrucciones que si bien se dice por los recurrentes son a su juicio nulas de pleno derecho, no consta que llegaran a ser impugnadas, ni cabe entrar en este recurso a enjuiciar las mismas. Lo cierto es que, en virtud de tales instrucciones en dicho curso se impartió la materia de Religión con la reducción ahora acordada en la Orden impugnada, que mantiene la establecida en aquellas, sin que se haya acreditado, y ni tan siquiera alegado, que se imposibilitara o dificultara la impartición de tal asignatura.

Por otro lado, y por lo que respecta a la falta de motivación objetada, aun admitiendo el reproche que al respecto se efectúa por el Consejo Consultivo en su dictamen, el mismo ha quedado subsanado con la memoria justificativa com-

plementaria de la Dirección General de Planificación y Formación Profesional en relación a aquel, en la que se recuerda la emisión del informe emitido en respuesta a las alegaciones formuladas en trámite de audiencia e información públicas, entre ellas las referidas al horario de Religión de primero de ESO, y se incide ampliamente, al objeto de dar cumplimiento a lo previsto en el dictamen, en la necesidad de promulgación de la norma, las razones pedagógicas y jurídicas para su modificación, el tratamiento de la religión en el currículo de la ESO y los impactos previstos tras su implantación. Tal memoria complementaria, a cuyo íntegro contenido hemos aquí de remitirnos, viene así a subsanar la insuficiente motivación de que pudiera adolecer al respecto la reducción horaria impugnada. Motivación en la que, en efecto, se incluye la alusión a la Orden del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, de 3 de julio de 2015 que establece el currículo de la ESO y del Bachillerato en su ámbito de gestión, con la configuración horaria que en la materia de Religión recoge la Orden impugnada, y la consideración de la presunción de su conformidad con el marco normativo orgánico. Es cierto que el que la Orden Ministerial haya fijado el mismo horario que el aquí impugnado, no puede servir de fundamento para acordar la reducción horaria, mas también lo es que, aparte de dicho referente normativo, la memoria complementaria justifica suficientemente tal reducción. Y al respecto cabe significar la expresa mención, como base de la decisión adoptada, a la Recomendación 2006/962/EC del Parlamento Europeo y Consejo, de 18 de diciembre de 2006, que llama al reforzamiento de las materias básicas, en comunicación lingüística, matemática, ciencia y tecnología; añadiéndose que la materia de Religión o su alternativa siempre han tenido una carga inferior a las demás materias, que otras materias han experimentado modificaciones en su carga lectiva, y que la reducción de la carga horaria de Religión en 1 hora en primero de ESO ha sido realizada para unificar dicha carga horaria en todos los cursos de la Educación Secundaria Obligatoria y para reforzar, entre otras las enseñanzas de humanidades o la Cultura Científica que proporciona al alumno capacidad crítica y de análisis en temas como los que relaciona; insistiéndose en que en el presente currículo se han reforzado elementos que inciden especialmente en el desarrollo de las competencias clave, en el desarrollo personal del alumno y su adquisición de las capacidades instrumentales básicas.

Esta Sentencia fue confirmada por el Tribunal Supremo en Sentencia de 14 de marzo de 2019 —recurso 5390/2017— en la que se indicaba:

Como se ha visto ya, ese argumento de la sentencia de instancia —coincidente con la jurisprudencia posterior de esta Sala— se centraba en que para integrar el concepto «condiciones equiparables» hay que estar, no tanto al dato del número de horas, sino a si con el nuevo horario es posible impartir la asignatura de Religión cuyo currículo publicó la resolución de la Dirección General de Evaluación y Cooperación Territorial del Ministerio de Educación de 11 de febrero de 2015. Tal cuestión pudo haberse atacado en la instancia y desde luego al preparar esta casación, si bien en ambos momentos lo litigioso se centró en la integración del concepto «condiciones equiparables».

3º Sin embargo es en el escrito de casación cuando por vez primera se reacciona y se introduce una cuestión por entero nueva que, en puridad llevaría lo

litigioso a otro aspecto: si el horario atribuido a una asignatura es coherente con un currículo, si es posible impartirlo y si del mismo modo que las Administraciones educativas fijan los horarios para las asignaturas troncales y específicas [cf artículo 6 bis.2.c).4.º y 5.º de la LOE ] cuyos currículos aprueban, si tal coherencia debe predicarse de la asignatura de Religión, cuyo currículo o contenido «señala» la autoridad eclesiástica —por preverlo así el Acuerdo y la normativa estatal—, limitándose la Administración del Estado a publicarlo.

La Sentencia que confirma el currículo de primaria fue la de 12 de julio de 2017 —recurso 216/2016-<sup>18</sup>, en la que específicamente y respecto de las condiciones equiparables se decía:

La motivación de esta decisión.

La Sala no considera motivación suficiente como se hace en la contestación a la demanda, el hecho de que el mismo horario es el que ha adoptado el Ministerio y otras Comunidades Autónomas.

Evidentemente la motivación tiene que venir fundada en criterios técnicos y decisiones fundadas en el favorecimiento de una u otra materia sobre la que se concede más carga lectiva. En el expediente encontramos la Memoria complementaria firmada por el Director General de Planificación y Formación Profesional a la vista del Dictamen del Consejo Consultivo (folios 89 y siguientes) de 28 de julio de 2016.

Tampoco consideramos que exista justificación por el hecho de que haya una reserva horario destinada a la autonomía de centro, pues ello en ningún momento garantiza que la asignatura se preste en condiciones equiparables, pues no lo es si queda a la decisión de cada Centro.

Si encontramos justificación en que la decisión esté basada en la Recomendación 2006/962/EC del Parlamento Europeo y Consejo de 18 de diciembre de 2006 que llama al reforzamiento de las materias básicas, en comunicación lingüística, matemática, ciencia y tecnología. En dar más carga lectiva a la Educación Física siguiendo recomendaciones de la Organización Mundial de la Salud, en fin en reforzar las competencias clave, sin dejar de reconocer que el fenómeno religioso, debe ser conocido analizado por los estudiantes y es parte y contenido curricular de varias asignaturas y materias de Primaria y Secundaria.

3º) No ha sido acreditado que el horario señalado para Primaria, sea insuficiente para prestar la docencia que precisa la asignatura.

Para la Sala hubiera sido necesario que se hubiera acreditado de alguna manera que el horario finalmente establecido, era insuficiente para prestar esta asignatura en condiciones. Ninguna prueba e indicio se ha desplegado en este proceso para llegar al convencimiento de este Tribunal sobre la insuficiencia del horario para cumplir los objetivos mínimos de esta asignatura indicados en el currículo.

18. Esta Sentencia corresponde al recurso de los obispos aragoneses. En el mismo sentido se dictó la Sentencia de 19 de julio de 2017 —215/2016— de los profesores de religión y de 27 de julio de 2017 —340/2017—, recurso interpuesto por el Sindicato USO.

Tendría que haberse acreditado que con ese horario no cabe cumplir los objetivos mínimos de enseñanza que se aprobaron por la Resolución de 11 de febrero de 2015, de la Dirección General de Evaluación y Cooperación Territorial del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte que publica el currículo de la enseñanza de Religión Católica de la Educación Primaria y de la Educación Secundaria Obligatoria.

Por todo ello ha de desestimarse el presente recurso.

Contra esta Sentencia interpusieron los actores recuso de casación que fue admitido por ATS de 29 de enero de 2018 —4630/2017—, pendiente de decisión final. No obstante hemos de indicar que esta rebaja en el horario de Primaria, incluso en el de Secundaria, ha sido considerada correcta por SSTS de 22 de noviembre de 2016 —recurso 3698/2015—, de 21 de febrero de 2017 —353/2016— y 22 de mayo de 2018 —3624/2015— referidas a Asturias, SSTS de 21 de marzo y 11 de julio de 2018 —1430/2017— referidas a Extremadura.

Finalmente el TSJA resolvió si era obligatorio o no incluir en los currículos la asignatura de religión en Segundo de Bachiller, dando la razón a los recurrentes y decidiendo que sí lo era. En la Sentencia de 12 de julio de 2017 —recurso 146/2016— decía la Sala:

**El Acuerdo con la Santa Sede de 3 de enero de 1979 afecta también a la enseñanza de Religión en Segundo Curso de Bachiller.**

La Administración (ver memoria complementaria de la Dirección General de Planificación y Formación Profesional —folio 98—) se opone a los pedimentos de los actores, argumentando que la oferta de Religión no es obligatoria porque no lo impone el Acuerdo con la Santa Sede en segundo curso de Bachiller. Fundadamente pues considera que es equiparable la edad de los que cursan en estos momentos segundo de bachiller, con la edad de los que cursaban COU, curso en el que no era obligatoria la Religión.

No podemos estar de acuerdo con este argumento de la Administración demandada.

Esta cuestión viene resuelta de forma fundada y acertada a juicio de la Sala por el Dictamen 115/2016 del Consejo Consultivo de Aragón que indica lo siguiente:

En esos términos conviene comenzar indicando que el Acuerdo de 3 de enero de 1979, como todo Tratado Internacional, forma parte del ordenamiento jurídico interno y hasta tiene una superior jerarquía respecto a la legislación ordinaria en virtud de lo dispuesto en el art. 96 de la CE. Y ya entrando en la materia específica que debemos tratar, el Acuerdo con la Santa Sede dispone en su art. 2º párrafo primero, lo siguiente:

Los planes educativos en los niveles de Educación Preescolar, de Educación General Básica (EGB) y de Bachillerato Unificado Polivalente (BUP) y Grados de Formación Profesional correspondiente a los alumnos de las mismas edades incluirán la enseñanza de la religión católica en todos los Centros de educación, en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales.

El resalte tipográfico es nuestro debiendo entenderse que las referencias, evidentemente sobrepasadas, a los niveles educativos (todos los de la enseñanza no universitaria en aquél momento) que recoge el precepto, deben entenderse sustituidas por las de los nuevos niveles educativos que refleja la LOE modificada por la LOMCE. Esto es elemental en cualquier proceso de interpretación jurídica. Hablamos, por tanto y en lo que hace referencia a este Dictamen, del Bachillerato, que es un nuevo nivel educativo que sustituye a lo que en el momento de la aprobación del Acuerdo de 3 de enero de 1979 era el BUP.

Y la explicación justificativa de la modificación (en el informe de la Letrada de la Dirección General de Servicios Jurídicos) de que la referencia a las edades postularía la no obligatoriedad de la impartición de la Religión en 2º curso de Bachillerato, porque la edad en que se cursa actualmente tal curso es un año superior a la que entonces se cursaba el BUP (donde existía la Religión en todos sus cursos cumpliendo el Acuerdo), no tiene razón jurídica para sostenerse por las siguientes razones:

a) La conexión con la edad solo se refiere a la Formación Profesional (Grados de la Formación Profesional).

b) Esa conexión se entiende en el contexto de regulación de la Formación Profesional del momento. Recordemos que su tratamiento jurídico a nivel legal se encontraba en la Ley 14/1970, de 4 de agosto, de Educación y Financiamiento de la Reforma Educativa, que en su artículo 40 diseñaba una Formación Profesional dividida en tres grados. A la de Primer grado accedían quienes hayan completado los estudios de la Educación General Básica y no prosigan estudios de Bachillerato. A la de segundo grado los que posean el título de Bachiller (luego para éstos ya no era exigible la Religión, que solo llegaba hasta el BUP) y quienes habiendo concluido la Formación Profesional de primer grado, sigan las enseñanzas complementarias que sean precisas, de las que podrán ser dispensados aquéllos que acrediten la debida madurez profesional. Es en este ámbito (el resalte tipográfico es nuestro) donde podría existir una zona de duda dado que para el acceso a la Formación Profesional de primer grado no se exigía un título ni una edad, sino haber completado los estudios de Educación General Básica (pero no necesariamente en el curso anterior) y tampoco se concretaba la duración de los estudios complementarios (de los que, por cierto, algunos podían ser eximidos, luego no habría ocasión para introducir en ellos, si cabía por la edad, ninguna materia educativa, ni, por tanto, la Religión). Para la Formación Profesional de Tercer Grado no había ninguna duda sobre la no exigencia de la Religión porque el acceso a ese grado era para los que hubieran concluido el primer ciclo de una Facultad o Escuela Técnica Superior (y otros semejantes).

c) Pero es que, además, en ningún momento ha habido la menor duda o vacilación en la larga evolución de la legislación básica acerca de la aplicación de la Religión al nivel de Bachillerato. Recordemos que el Bachillerato como tal se implanta por la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo (como también en aquél momento tuvo lugar la implantación de la ESO y de la Educación Primaria en el sentido que hoy la conocemos) en sus arts. 25 y ss. Es el mismo Bachillerato (con modificaciones de matiz, no radicales) que se imparte actualmente el que se creó por la LOGSE

de 1990. La regulación concreta de la enseñanza de la religión aparece en su disposición adicional segunda y en su desarrollo en el Real Decreto 2438/1994, de 16 de diciembre, por el que se regula la enseñanza de la Religión. El art. 1 de este Real Decreto dice lo siguiente: 1. Conforme a lo establecido en la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 1/1990, de 3 de octubre, de Ordenación General del Sistema Educativo y en el Acuerdo entre el Estado Español y la Santa Sede sobre Enseñanza y Asuntos Culturales, de 3 de enero de 1979, la enseñanza de la Religión Católica se impartirá en los centros docentes de segundo ciclo de Educación Infantil, Educación Primaria, Educación Secundaria Obligatoria y Bachillerato, tanto públicos como privados, sea o no concertados estos últimos, en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales. En consecuencia, dicha enseñanza figurará ente las áreas o materias de los diferentes niveles educativos.

2. De acuerdo con lo dispuesto en el apartado anterior, la enseñanza de la Religión Católica en los niveles de la Educación Infantil, Primaria, Secundaria Obligatoria y Bachillerato, será de oferta obligatoria para los centros y de carácter voluntario para los alumnos . (Los resaltes tipográficos son nuestros).

d) Siguiendo con el recorrido por la legislación básica educativa, el siguiente hito es la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación. Su artículo 35.5 dice lo siguiente: Las asignaturas comunes del Bachillerato serán las siguientes:

- Educación Física.
- Filosofía.
- Historia de España.
- Historia de la Filosofía y de la Ciencia.
- Lengua Castellana y Literatura.
- Lengua Oficial propia y Literatura de la Comunidad Autónoma, en su caso.
- Lengua extranjera.

Asimismo se cursará, de acuerdo con lo dispuesto en la disposición adicional segunda, la asignatura de Sociedad, Cultura y Religión (el resalte tipográfico es nuestro).

e) Luego aparecerá la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), cuya disposición adicional tercera contiene los criterios —en línea con los anteriores, aun cuando con algunos matices insustanciales a los efectos de este Dictamen— para la enseñanza de la Religión. En su desarrollo debe ver se el Real Decreto 1467/2007, de 2 de Consejo Consultivo de Aragón noviembre, por el que se establece la estructura del Bachillerato y se fijan sus enseñanzas mínimas. Su Anexo II (no publicado en primera instancia en el BOE núm. 266, de 6 de noviembre de 2007 en el que se publicó el citado RD) fue publicado bajo la fórmula de corrección de errores en el BOE núm. 267, de 7 de noviembre de 2007. En él se contiene la siguiente significativa frase: Los alumnos que, de acuerdo con lo dispuesto en la disposición adicional tercera, cursen enseñanzas de religión dispondrán de una asignación horaria mínima de 70 horas en el conjunto de la etapa (el resalte tipográfico es nuestro).

Esa referencia mínima es la que llevó a la Orden aragonesa de 1 de julio de 2008, a establecer la enseñanza de la Religión en los dos cursos de Bachillerato y con una hora semanal para poder cumplir con esa referencia mínima de 70 horas.

f) El siguiente paso en este recorrido por la normativa básica lo constituye la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa (LOMCE) que es una modificación de la LOE. Conforme a sus criterios se incorporan los arts. 34 bis y 34 ter relativos a la organización del primer curso de Bachillerato y del segundo curso de Bachillerato respectivamente, y en ambos figura la Religión como de oferta obligatoria por los colegios y de opción para los alumnos. En su desarrollo debe verse el Real Decreto 1105/2014 que reproduce la existencia de la religión para los dos cursos en sus arts. 27 y 28 . Y éste es el contenido, inequívoco para la cuestión que tratamos, de la legislación básica vigente actualmente. Y con arreglo a esta normativa ha sido compatible la Orden de 1 de julio de 2008 que ahora se pretende modificar. Puede observarse, por tanto, una línea continua de aplicación de los principios del art. 2 del Acuerdo de 3 de enero de 1979, a las estructuras del sistema educativo vigente en cada momento sin que en modo alguno se haya dado a la mención a la edad (insistimos, referida únicamente en el art. 2 de tal Acuerdo a la Formación Profesional y en el contexto que la misma tenía para la Ley General de Educación de 1970, que ya no la tiene así) ninguna trascendencia. La voluntad explícita e implícita del Acuerdo era la existencia de la Religión en todos los niveles educativos no universitarios del sistema y, como se verá a continuación, también en unas enseñanzas concretas del sistema universitario.

La Sala comparte esta visión histórica de la normativa de desarrollo de la enseñanza de Religión en Bachiller y sostiene con el máximo órgano consultivo de esta Comunidad Autónoma la conclusión de que el art. 2 del Acuerdo con la Santa Sede en una interpretación correcta del mismo permite sostener que obliga a dar docencia en los dos cursos del actual Bachillerato, sin que sea admisible la interpretación de la Administración pues solamente quedaría fuera de la obligatoriedad en interpretación del Acuerdo los estudios universitarios, donde incluiríamos los cursos que anteriores sistemas eran preuniversitarios o de orientación universitaria, esto es de preparación a estos estudios superiores.

En el mismo sentido encontramos las Sentencias citadas del TSJ de las Islas Baleares de 14 de septiembre de 2010 y de 19 de enero de 2011, que anulan una decisión equivalente a la que constituye el objeto de este recurso y por lo tanto consideran que el Acuerdo con la Santa Sede e cuanto a la enseñanza de la Religión afecta a la etapa de Bachillerato.

SEGUNDO: La fijación del horario de Religión prevista en el punto 5 de la Disposición Adicional Sexta de la Orden recurrida vulnera el Acuerdo de la Santa Sede, pues no permite que se preste en condiciones equiparables a las demás disciplinas fundamentales .

Recordaremos que el precepto dice:

5. Los centros podrán ofertar la materia específica de Religión en 2.º de Bachillerato incrementando el horario lectivo, aprobado en el anexo III de la presente orden, en un periodo lectivo semanal.

Quiere decirse que la materia específica de Religión en 2º de Bachillerato va a ofertarse de manera además voluntaria por cada centro, fuera del horario ordinario de 30 horas semanales. Es claro que las condiciones en que se va a prestar esta asignatura no son en absoluto equiparables a las demás disciplinas fundamentales. Dejar a la voluntad del Centro ofrecer o no esta asignatura no cumple con la naturaleza de la misma diseñada como materia específica y que debe permitirse su elección junto con las otras de la misma naturaleza. Y por otro lado obligar a que su prestación se haga fuera del horario lectivo, desde luego no la equipara a las materias fundamentales, haciéndola de peor condición hasta el punto que desincentiva tanto a padres como a alumnos, práctica que es exactamente la que quería evitar el Acuerdo con la Santa Sede.

No está de más recordar en este punto la STS de 20 de julio de 2012 que interpretando el Acuerdo con la Santa Sede dice:

Esas condiciones equiparables se ha dicho por esta Sala en sus sentencias de veintiséis de enero de mil novecientos noventa y ocho (rec 123/1995 ), así como en la de catorce de abril de mil novecientos noventa y ocho (rec 225/1995 ), que no suponen condiciones idénticas, a modo de trato milimétricamente igual, ya que es aceptable una regulación que atienda a las diferencias, y por tanto distinta, como es el caso en el que se tengan que tener en cuenta mandatos diversos, que salvaguarden y preserven la libertad de opción entre unos y otros y la no discriminación en cuanto a los efectos de tales opciones.

Pues bien la normativa objeto de este recurso es claramente discriminatoria, pues coloca la asignatura extramuros del horario ordinario, exigiendo a padres y alumnos un esfuerzo extra para la prestación de su docencia.

Esta Sentencia también fue recurrida por la Asociación de Profesores de Religión admitiéndose la casación por Auto de 29 de enero de 2018 —4630/2017—, pendiente de decisión final. Ocurre que el Tribunal Supremo en Sentencia de 20 de marzo de 2018 —recuso 1432/2017— referida a Extremadura, ha confirmado la doctrina expuesta por el Tribunal aragonés.

## **9. LA LIBRE ELECCIÓN DE EDUCACIÓN NO RELIGIOSA**

Cabe finalizar este repaso de la jurisprudencia aragonesa sobre estas cuestiones con el caso analizado en Sentencia de 17 de febrero de 2017 —recurso 129/2015—.

Los hechos se resumen en la Sentencia y son los siguientes:

Los recurrentes solicitaron como primera opción para su hijo el CEIP San Juan de la Peña y como segunda opción el CEIP Monte Oroel ambos Colegios Públicos. El Consejo Escolar del CEIP San Juan de la Peña al no existir vacantes no admitió al hijo de los recurrentes. Dado que no había vacantes en el Colegio de segunda opción, le fue adjudicada una plaza en el único Colegio en el que había vacantes el Centro concertado Escuelas Pías de Jaca.

2) Los padres no conformes con esa decisión interponen recurso contencioso administrativo, pues consideran que dado que se trata de una familia agnóstica cuyo hijo no ha sido bautizado, exige una educación aconfesional, educación que considera no va a recibir en un centro católico. Entiende que su derecho está garantizado por los siguientes preceptos constitucionales arts. 16 libertad religiosa, art. 27 libertad de elección de centro educativo y art. 39 derecho a la protección a la familia. En la demanda se plantean por los recurrentes tres soluciones al conflicto que son desechadas por el Juzgado de instancia. La primera es abrir una nueva aula en algún centro público de Jaca —descartada por requerir dotaciones presupuestarias y aulas—, la segunda es que el Colegio religioso retirase símbolos de inspiración religiosa —descartada por colidir con su propia naturaleza— y tercera hacer una interpretación de la norma en relación con los derechos constitucionales afectados que conlleve la modificación del número máximo de alumnos por aula en razón de las necesidades de escolarización. Respecto de esta última petición la Sentencia cita el art. 9 del Decreto 32/2007 de DECRETO 32/2007, de 13 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se regula la admisión de alumnos en los centros docentes públicos y privados concertados en las enseñanzas de segundo ciclo de educación infantil, educación primaria, educación especial, educación secundaria obligatoria, bachillerato y formación profesional de la Comunidad Autónoma de Aragón y desestima en su totalidad el recurso al considerar que en Jaca no hay necesidades de escolarización dado que existen plazas vacantes en el Centro concertado Escuelas Pías, que aún siendo privado está incluido en los procedimientos de admisión de alumnos de las enseñanzas de la Comunidad Autónoma de Aragón.

3) Cita por último la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2012 que resolviendo un recurso de casación en interés de ley fija la siguiente doctrina legal: «No es posible el aumento judicial de la ratio para Educación Primaria en los centros escolares sostenidos con fondos públicos por encima del límite fijado por el art. 157.1 a) de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, con fundamento en el derecho a la libre elección de centro escolar ni en el derecho de los padres a que los hijos reciban la educación moral y religiosa que esté acorde a sus propias convicciones» y considera por tanto que no es posible aumentar la ratio por este motivo.

Se trata como se ve del caso contrario, a alguno de los expuestos con anterioridad. Los padres no quieren que su hijo, vaya a un colegio religioso, pero la administración detecta que no hay vacantes en ninguno de los colegios públicos y lo escolariza en un colegio religioso.

Son varias las cuestiones que se ventilan y la Sala estima el recurso:

En primer lugar indicando el derecho fundamental a la elección de una determinada educación religiosa y moral por parte de los padres. Así indica:

Para este Tribunal es acertada la tesis de los actores cuando señalan que la Constitución en su art. 27.3 otorga a los padres el derecho a elegir una determinada formación religiosa y moral que esté de acuerdo a sus convicciones. Es una

especificación reforzada del derecho al libre desarrollo de la personalidad del art. 10.1 y del derecho a la libertad religiosa e ideológica del art. 16.1 de nuestro texto constitucional que no son sino correlato de la garantía del derecho a la libertad de pensamiento del art. 18 de la Declaración de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948.

El art. 26.3 de la Declaración de Derechos Humanos dice concretamente: *Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos*. Y el artículo 4 de la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, en la redacción dada por la Ley Orgánica 2/2006 dice: *1. Los padres o tutores, en relación con la educación de sus hijos o pupilos, tienen los siguientes derechos: c) A que reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones*.

Como bien se dice en el recurso de apelación, nuestra jurisprudencia constitucional se ha ocupado de la derivación de este derecho, que conlleva no obligar a nadie a la realización de un determinado culto religioso cuando esas no son sus creencias. Es lo que se denomina el ámbito externo de protección de ese derecho. El Tribunal Constitucional en su Sentencia 101/2004 dice:

En cuanto derecho subjetivo, la libertad religiosa tiene una doble dimensión, interna y externa. Así, según dijimos en la STC 177/1996, de 11 de noviembre, FJ 9, la libertad religiosa «garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual», y asimismo, «junto a esta dimensión interna, esta libertad ... incluye también una dimensión externa de agere licere que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros (SSTC 19/1985, de 13 de febrero, FJ 2 ; 120/1990, de 27 de junio, FJ 10, y 137/1990, de 19 de julio, FJ 8)». Este reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de agere licere lo es «con plena inmunidad de coacción del Estado o de cualesquiera grupos sociales» (STC 46/2001, de 15 de febrero, FJ 4, y, en el mismo sentido, las SSTC 24/1982, de 13 de mayo, y 166/1996, de 28 de octubre ) y se complementa, en su dimensión negativa, por la prescripción del art. 16.2 CE de que «nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias».

La dimensión externa de la libertad religiosa se traduce, además, «en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyen manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso» (STC 46/2001, de 15 de febrero ), tales como las que se relacionan en el art. 2.1 de la Ley Orgánica 7/1980, de libertad religiosa (LOLR), relativas, entre otros particulares, a los actos de culto, enseñanza religiosa, reunión o manifestación pública con fines religiosos, y asociación para el desarrollo comunitario de este tipo de actividades.

Pues bien en este caso adjudicar plaza en un Colegio católico a un niño de primer curso de educación infantil, cuando sus padres han expresado con amparo en los derechos fundamentales que han quedado reseñados, que quieren una educación laica y por tanto ajena a cualquier credo religioso, vulnera los preceptos aludidos. No es posible considerar que la educación que se preste en un Colegio

católico pueda ser ajena a la decisión de sus padres, incluso en el hipotético caso de que no se diese una verdadera educación religiosa. El ideario y carácter propio del Colegio, que naturalmente debe de trasladarse a todas sus actividades, aún para niños en tan temprana etapa escolar, los símbolos que lo identifican, las actividades ordinarias que se realizan no hacen posible compaginar el deseo de los padres con una educación adecuada para el niño. Ya dijimos cuando acordamos la medida cautelar en este mismo procedimiento (STSJ de Aragón de 20 de febrero de 2015) que la Administración debe de garantizar el acceso a la educación en consonancia con estos derechos fundamentales y uno de ellos reiteramos es la elección de una determinada educación moral y religiosa.

Y es que debemos distinguir y esto es en gran medida relevante para la resolución de este procedimiento, que el derecho que aquí se actúa, no es el establecido en el art. 4.1.b) de la Ley 8/1985 que garantiza como derecho de los padres, el derecho a escoger centro docente tanto público como distinto de los creados por los poderes públicos, el derecho que aquí se actúa es el derecho a educar a los hijos en una determinada convicción religiosa o moral.

Recordemos que en la STC 5/1981, de 13 de febrero, recurso de inconstitucionalidad 189/1980 frente a la LO 5/1980, de 19 de junio, por la que se regula el Estatuto de Centros Escolares se dijo que «El derecho de los padres a decidir la formación religiosa y moral que sus hijos han de recibir, consagrado por el art. 27.3. de la Constitución, es distinto del derecho a elegir centro docente que enuncia el artículo 13.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y culturales, aunque también es obvio que la elección de centro sea un modo de elegir una determinada formación religiosa y moral». FJ8.

La Sala desecha que frente al ejercicio de este derecho no puede invocarse ni la STS de 30 de marzo de 2012, que indica la Sentencia apelada y la Administración demandada, ni puede estar impedido por la normativa autonómica de regulación de los procesos de admisión de alumnos.

#### **La normativa autonómica del procedimiento de admisión de alumnos.**

El art. 9 del Decreto 32/2007, de 13 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se regula la admisión de alumnos en los centros docentes públicos y privados concertados en las enseñanzas de segundo ciclo de educación infantil, educación primaria, educación especial, educación secundaria obligatoria, bachillerato y formación profesional de la Comunidad Autónoma de Aragón, dice así:

Artículo 9. Número máximo de alumnos por aula.

1. En la enseñanza obligatoria, el número máximo de alumnos por aula será de 25 para la educación primaria y 30 para la educación secundaria obligatoria, según lo establecido en el artículo 157.1 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación.

2. En el segundo ciclo de educación infantil, se aplicará lo establecido para la educación primaria, según lo dispuesto en el Real Decreto 1537/2003, de 5 de diciembre, por el que se establecen los requisitos mínimos de los centros que impartan enseñanzas escolares de régimen general o normativa que lo sustituya.

5. En el marco de lo indicado en los apartados anteriores y según la programación educativa, los Directores de los Servicios Provinciales fijarán, con anterioridad al inicio del proceso de admisión, el número máximo de alumnos por aula correspondiente a cada enseñanza. Si durante el proceso de admisión, por necesidades de escolarización, fuese preciso modificar dicho número, el Director del Servicio Provincial, oídas las comisiones de garantías de admisión, lo someterá a aprobación de la Dirección General con competencias en la coordinación de la escolarización de alumnos. En cualquier caso, la modificación afectará a todos los centros de la misma zona, con el fin de garantizar la escolarización equitativa evitando la concentración del alumnado en uno o varios centros.

6. No se requerirá el procedimiento anterior cuando el número de alumnos se supere por existencia de alumnos repetidores o por circunstancias excepcionales, debidamente justificadas, que no afecten a la generalidad de los centros de la zona. En todos estos casos, el Director del Servicio Provincial adoptará las medidas oportunas a fin de asegurar la correcta escolarización de los alumnos, debiendo dar cuenta a la Dirección General con competencias en materia de coordinación de la admisión de alumnos.

En la Sentencia apelada se indica que «no existen necesidades de escolarización» pues hay vacantes en el Colegio Escuelas Pías y por lo tanto no es posible aumentar el número de alumnos por aula por el procedimiento establecido en el párrafo 5 del art. indicado. Sin embargo no estamos ante el supuesto establecido en ese párrafo. Este procedimiento debe aplicarse cuando hay un número de alumnos que no pueden ser escolarizados en los centros, sometidos al procedimiento de admisión del Decreto 32/2007 (esto es, públicos y concertados) y sea preciso modificar ese número máximo. Decisión que debe afectar a todos los centros. Es evidente que no es el caso pues en Escuelas Pías no es preciso aumentar el número máximo pues hay vacantes.

El supuesto de aplicación, como muy dicen los recurrentes es el del párrafo 6. Aquí la circunstancia de no poder adjudicar al hijo de los recurrentes, plaza en un Colegio religioso debe ser considerada, como «una circunstancia excepcional debidamente justificada» que no conlleva aumentar la ratio, sino tomar las medidas adecuadas por parte de la Dirección Provincial para la correcta escolarización de los alumnos, dando cuenta al Director General. En este caso esa correcta escolarización pasa por admitir al hijo de los recurrentes en un Colegio no religioso. Pues reiteramos aquí no se está ejerciendo el derecho de los padres a elegir un determinado centro docente, sino a que la educación no sea religiosa, que no sea dada por un Centro religioso.

Y es que el conflicto que eventualmente pudiera presentarse entre mantener un determinado número de alumnos por aula y el derecho de unos padres a una educación no religiosa, debe ser resuelto en este caso concreto dando prioridad al ejercicio del derecho fundamental. No solo por la preeminencia que este tiene en nuestro derecho constitucional, pues siempre ha de ser interpretado de la forma que respete su contenido esencial (art. 10.2 de la Constitución), sino porque además, como hemos visto es escasa la incidencia que tiene en relación al aumento de número de alumnos por aula en los centros públicos, pues no debe considerarse ser calificada —en atención a lo ya razonado— como un aumento de la ratio para todos los centros.

Procede por todo ello estimar el recurso de apelación y reconocer el derecho a que el hijo de los recurrentes sea escolarizado en un Centro público de Jaca.

**TERCERO: La STS de 30 de marzo de 2012 .**

La aludida Sentencia fija como doctrina legal la siguiente:

No es posible el aumento judicial de la ratio para Educación Primaria en los centros escolares sostenidos con fondos públicos por encima del límite fijado por el art. 157.1 a) de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, con fundamento en el derecho a la libre elección de centro escolar ni en el derecho de los padres a que los hijos reciban la educación moral y religiosa que esté acorde a sus propias convicciones»

A juicio de este Tribunal la decisión aquí adoptada, no vulnera esta doctrina legal.

En primer lugar en este caso como hemos dicho, no hay aumento judicial de la ratio, sino decisión de admisión del alumno por circunstancias excepcionales. Todo ello además basado en un precepto autonómico, que no fue de aplicación en el caso que juzgó el Alto Tribunal.

En segundo lugar y no menos importante, el caso que amparamos en esta Sentencia, no puede ser juzgado de la misma forma, ni puede tener las mismas consecuencias que el analizado por el Tribunal Supremo. En el caso del Tribunal Supremo se trataba de una decisión que aumentaba la ratio para admitir al alumno en un determinado Centro religioso. Por tanto el derecho que se actúa no es sólo el derecho a recibir una educación moral y religiosa concreta, sino de elección del Centro docente. Y como hemos dicho, este derecho nos parece de menor entidad que el de recibir una determinada educación, aunque puedan estar claramente relacionados. En el caso del Tribunal Supremo, no admitir la elección de centro docente no vulnera ese derecho pues la educación religiosa se va a dar en el Centro Público, aunque no con la intensidad y el ideario concreto que los padres solicitan. En este caso permitir la educación en un centro religioso del hijo de los actores, es directamente contrario e incompatible con su derecho a la educación moral y religiosa acorde con sus convicciones.



## UNA VISIÓN DE LAS CONTROVERSIAS EDUCATIVAS CON INCIDENCIA EN LA LIBERTAD RELIGIOSA DESDE EL JUSTICIA DE ARAGÓN

MARÍA JESÚS CRUZ GIMENO  
Asesora de Educación del Justicia de Aragón

**SUMARIO:** 1. EL ACCESO A LA EDUCACIÓN 2. PROFESORADO, MATERIA Y ASIGNATURA DE RELIGIÓN 3. ASUNTOS CULTURALES *VERSUS* RELIGIOSOS 4. BIBLIOGRAFÍA.

Gracias a los miembros organizadores del foro por la invitación a participar, como asesora del Justicia, en esta sesión del foro de derecho aragonés en la que muestre cuáles son las preocupaciones por las que los ciudadanos se acercan a la Institución en asuntos que tienen que ver, de forma directa o indirecta, con la religión y la educación, y que permiten que el Justicia realice una función de mediador con la Administración educativa, a la vez que de observador de la realidad de la sociedad aragonesa. El contacto con los ciudadanos facilita que el defensor de los derechos de los aragoneses tome el pulso a la calle a propósito de los problemas que preocupan en el presente, y se adelante a los posibles de futuro.

\* \* \* \* \*

Las controversias educativas con incidencia en la libertad religiosa por las que el ciudadano acude a la Institución del Justicia podríamos considerar agruparlas en torno a tres temas:

1. El primero es el acceso a la educación<sup>1</sup>, y siempre a propósito de la disquisición existente acerca de la libertad de elección de centro cuando los niños son escolarizados: si es prioritario el modelo educativo que los padres eligen para sus hijos en el momento en que estos acceden por primera vez

---

1. El Tribunal Constitucional definió en su STC 5/1981 la educación como la «actividad encaminada de modo sistemático y con un mínimo e continuidad a la transmisión de determinado cuerpo de conocimientos y valores».

a la educación, o prima la planificación educativa de la Administración que decide cuántas plazas y dónde deben ofertarse.

2. El segundo afecta al ejercicio de la profesión de *profesor de la materia de religión*, sea católica, evangélica o islámica: por el número de horas de impartición de la materia y por sus condiciones laborales.
3. El tercero, respecto a la existencia de símbolos religiosos en la educación pública, muy variados porque, por un lado están las protestas por las celebraciones festivas ligadas a la religión y cultura católicas —Navidad, Semana Santa o El Pilar— en centros educativos públicos, y por otro, la aparición de símbolos de cultura islámica en estos mismos centros (es el caso de las modificaciones en el menú de los colegios y la aparición de alumnas con velo en los centros escolares).

## 1. EL ACCESO A LA EDUCACIÓN

En torno al 50% (el 47,2% en mayo de 2018 ) de las consultas y quejas que presentan los ciudadanos en el mes de mayo al Justicia son problemas de escolarización, motivadas por el desacuerdo con el número de plazas vacantes que la Administración educativa ofrece cada año en la escuela pública y en la escuela sostenida con fondos públicos.

La vinculación de la escolarización con el tema de estas jornadas del Foro de Derecho Aragonés se justifica en que los centros de titularidad privada y sostenidos con fondos públicos son, en su inmensa mayoría, centros vinculados a órdenes religiosas; y los padres, cuando los escogen para sus hijos, lo que hacen es seleccionar el modelo educativo que desean, ejerciendo el derecho que se recoge en el artículo 27.3 de la Constitución Española que, como norma, ampara derechos y libertades referidos al ámbito educativo «*Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones*».

Este artículo 27 en el que se garantiza el derecho a la educación y se reconoce la libertad de enseñanza presenta, en la propia definición de los términos, motivos para que surja el conflicto entre Administración y ciudadano porque difieren en la interpretación del mismo. Siendo un Derecho Fundamental el Derecho a la Educación, identifica<sup>2</sup> educación y enseñanza<sup>3</sup>, que son conceptos distintos

---

2. Ya desde la antigua, y ciertamente superada pero no por ello carente de interés, sentencia del Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (TEDH) —App 7511/76, 7743/76, 22 de marzo 1983, n33. *Campell and Cosans vs. United Kingdom*—, educación y enseñanzas se analizan como dos conceptos diferentes porque en la educación queda enmarcada la religión y, sin embargo, la enseñanza consiste y tiene su fundamento en la transmisión de conocimientos que ayudan al desarrollo intelectual. La educación se queda dentro de la esfera privada de la persona, de la familia y del entorno, mientras que la enseñanza quedaría bajo la tutela del Estado, por lo que la diferencia entre enseñanza y educación podría ser la base para proceder al análisis correcto de la legislación.

3. Señalan algunos autores que recoge Carlos Vidal Prado (El derecho a la educación en España. Debates constitucionales) «la utilización de educación y enseñanza en el artículo 27 resulta algo con-

porque educación pertenece al ámbito privado (y en ella entran los aspectos religiosos), y la responsabilidad de la enseñanza se descarga sobre el Estado<sup>4</sup>.

Cuando, llegado el momento de escoger centro educativo para sus hijos, los padres eligen un centro de titularidad privada y sostenido con fondos públicos, lo hacen porque entienden que la homogeneidad ideológica se adecúa a sus convicciones morales y religiosas. Y lo hacen, asimismo, porque entienden que, realmente, los centros privados dotados de ideario educativo propio satisfarán plenamente el derecho del 27.3 con cuyo ideario se sienten identificados<sup>5</sup>.

Este derecho, además, se garantiza en el artículo 84.1 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, que establece que: «Las Administraciones educativas regularán la admisión de alumnos en centros públicos y privados concertados de tal forma que garantice el derecho a la educación, el acceso en condiciones de igualdad y la libertad de elección de centro por padres o tutores (...)».

---

fusa, pues en ocasiones se intercambian los términos, de modo que parece que se usan como sinónimos cuando en realidad no lo son». Etimológicamente enseñar, del latín vulgar *insignare* significa señalar hacia dónde; educar, derivado del verbo *duco*, llevar, conducir, sacar desde un punto de partida hasta una determinada dirección. Cabe en la diferencia etimológica de los términos, pues, indicar que en el hecho de enseñar se ejerce un pulso externo sobre los alumnos que no tendría repercusión interna, mientras que en el educar se actúa sobre el sentido y valor interno de los discentes.

4. El derecho a la educación no tiene una historia muy larga como derecho subjetivo y fundamental. La preocupación ilustrada por la educación se incorporó a nivel constitucional y prestacional en torno al año 1812, aunque es en el siglo XX donde la prestación de la educación obtiene su reconocimiento jurídico constitucional. Señala Lorenzo Cotino Hueso en su artículo «El derecho a la educación», pp. 415-450, publicado en 2014 *Lecciones Sobre Estado Social y Derechos Sociales* que «*El Real Decreto de 4 de agosto de 1836 del liberal ministro Istúriz, abandonó la gratuidad de la enseñanza secundaria y superior y la enseñanza primaria paso a ser sólo gratuita para los verdaderamente pobres. Esta norma sentó las bases liberales que luego recogerían normas posteriores y, en especial, la Ley de Instrucción Pública de 9 de septiembre de 1857, Ley Moyano*».

Esta ley fijó la estructura del sistema educativo español hasta 1970, y supuso la «*gratuidad relativa para la enseñanza primaria, centralización, uniformidad, secularización y libertad de enseñanza relativa*». En España, desde el inicio del siglo XX, pero en especial con la Dictadura de Primo de Rivera, se había ideado, organizado y reglamentado el sistema educativo (planes de estudio, escuelas normales, exámenes, enseñanza de la relación, titulación del profesorado, inspección educativa, autonomía universitaria, etc.), con Primo de Rivera se crearon numerosas escuelas e institutos reduciéndose el analfabetismo. La Constitución republicana de 1931, reconoce en sus artículos 48-50 la dimensión prestacional que había que dar a la educación pese a que no la reconoce expresamente como derecho subjetivo. De otra parte, se reconoce la libertad de cátedra a los docentes y a los centros religiosos el derecho a enseñar doctrinas católicas. Con el régimen de Franco la educación se empleó políticamente en sentido católico y patriótico. Las leyes fundamentales reconocieron el derecho a una «*educación general y profesional*» (...) *que nunca podrá dejar de percibirse por falta de medios materiales*». Los cambios de los años 60 gestaron la *ley Villar Palasí*, la Ley 14/1970, 4 de agosto, general de educación y financiamiento de la reforma educativa., que generalizó a través de la Educación General Básica la escolarización obligatoria y gratuita, mostró la necesidad de vincular la escuela al mundo laboral y de ofrecer una enseñanza posterior a la obligatoria que terminaba a los 14 años, que siguiera siendo gratuita.

5. (...) el servicio público educativo se dispensa mediante centros públicos y mediante los concertados educativos. (...) El derecho de los padres a elegir la educación de sus hijos no puede tener carácter absoluto, puesto que tal derecho debe conciliarse con las llamadas «conveniencias didácticas». (Juzgado Contencioso-Administrativo nº 1 Zaragoza, sentencia, nº 178/2017, rec. 98/2017)

El derecho de los padres a elegir un centro educativo resulta un elemento consustancial al derecho a la educación, y son las leyes las que lo indican claramente a los poderes públicos. Aunque la realidad es que la libertad de preferencia ha sustituido a la libertad de elección, porque los padres, tutores o representantes, ordenan los centros de preferencia tal y como dice la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, en el artículo 84.1, pero no eligen centro educativo libremente<sup>6</sup>.

Estando completamente de acuerdo con que la libertad de elección de centro no es ilimitada, y con que su limitación ha de obedecer a la ponderación de otros derechos e intereses más dignos, el hecho es que en Aragón se detectan dos problemas a propósito del acceso a la educación:

- a) la reducción de la ratio en las aulas limitada a 22 alumnos/aula;
- b) el establecimiento de una ratio desigual dependiendo de la titularidad del centro.

Durante los últimos tres procesos de escolarización —desde la publicación del Decreto 30/2016 por el que se regula la escolarización de alumnos en centros docentes públicos y privados concertados<sup>7</sup>—, se ha producido la limitación en el número de alumnos que se admiten en las aulas de los colegios en el nivel educativo de educación infantil a veintidós alumnos como máximo, que se materializa realmente en diecinueve alumnos de escolarización ordinaria y dos necesitados de apoyo, porque existe una reducción de la ratio alumnos/aula en función del número de alumnos con necesidades específicas de apoyo educativo. Las clases de 1º de educación infantil suelen cerrarse en una proporción de 19 + 2 Alumnos con necesidades específicas de apoyo educativo (ACNEAE) en centros de Zaragoza y Huesca.

Frente a lo que se determina en la Comunidad Autónoma, la legislación estatal establece que el número máximo de alumnos en Educación Infantil sea de 25 alumnos por aula, según lo dispuesto en el Real Decreto 132/2010 por el que se establecen los requisitos mínimos de los centros que impartan las enseñanzas del segundo ciclo de la educación infantil<sup>8</sup>: «*Los centros docentes que ofrecen el segundo ciclo de la educación infantil tendrán, como máximo, 25 alumnos por unidad escolar*».

---

6. LOE-LOMCE 84.1. Las Administraciones educativas regularán la admisión de alumnos en centros públicos y privados concertados de tal forma que garantice el derecho a la educación, el acceso en condiciones de igualdad y la libertad de elección de centro por padres o tutores. En todo caso, se atenderá a una adecuada y equilibrada distribución entre los centros escolares de los alumnos con necesidad específica de apoyo educativo.

7. Decreto 30/2016, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se regula la escolarización de alumnos en centros docentes públicos y privados concertados en las enseñanzas de segundo ciclo de educación infantil, primaria educación especial, educación secundaria obligatoria, bachillerato y formación profesional de la C.A. de Aragón

8. Artículo 7 del Real Decreto 132/2010, de 12 de febrero, por el que se establecen los requisitos mínimos de los centros que impartan las enseñanzas del segundo ciclo de la educación infantil, la educación primaria y la educación secundaria.

Resulta polémico que, en virtud de la planificación educativa, la Administración reparta en zonas los centros educativos (Zaragoza capital y Huesca tienen 8 zonas y Teruel 4), establezca la ratio en función de las previsiones de demanda, y niegue derechos de plaza educativa en un centro a padres que lo solicitan para su hijo —cuando el máximo posible es 25, como se recoge en el Real Decreto—.

Sirva como ejemplo de esta controversia la resolución del Justicia de Aragón 865/2018-8, que sugiere la distribución de plazas escolares idéntica en centros escolares de la misma zona, porque no responde a un criterio igualitario el que en centros iguales haya una distribución diferente de ratio dependiendo de su titularidad, y vulneraría los derechos de elección del tipo de enseñanza de los padres:

En la ciudad de Huesca, para el curso 2018/2019 los colegios Salesianos, San Viator, Santa Ana, Santa Rosa, tenían concedidas 19 (plazas ordinarias) + 2 ACNEAE frente a los 21 + 2 del Colegio Pedro J. Rubio y 20 + 2 Pirineos – Pireneés colegios públicos, sin motivo aparente válido, siendo que en todos ellos ha habido más demanda que plazas.

Limitar las plazas ordinarias a 19 obliga a escolarizar a niños en centros que no han elegido sus padres.

Parece que, por parte de la Administración educativa, en la decisión de conceder una determinada ratio se obvia el carácter complementario y no subsidiario de los centros privados concertados como señala el Tribunal Supremo en la sentencia 1180/ 2016, en la que apela a la jurisprudencia existente en relación a la aplicación del artículo 27 de la Constitución Española sobre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza. Y recuerda que, desde la Ley Orgánica que regula el Derecho a la Educación (LODE), de 1985, y tal y como recoge también la Ley Orgánica de Educación (LOE) de 2006, y la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la Calidad Educativa (LOMCE), el sistema educativo se define como una estructura dual, que concede a ambos modelos un carácter complementario y, por tanto, no otorga a los centros privados concertados un carácter secundario o accesorio respecto de los públicos<sup>9</sup>.

9. SENTENCIA N° 135/2017, Juzgado de lo Contencioso-administrativo N° 4 de Zaragoza reitera, a propósito de la solicitud para mantener el concierto educativo en el colegio Santa María de la Esperanza de la localidad de Pina de Ebro —con escasa demanda—, que se pretende retirar porque había vacantes en los centros públicos de la localidad *«la Administración educativa podría ir incrementado plazas en los centros públicos, y correlativamente suprimir unidades en los centros privados concertados (a pesar de que la demanda de los mismos se mantenga o se incremente y se cumpla la ratio profesor/alumnos), haciendo desaparecer esa necesidad de escolarización, y por dicha vía, derogar el sistema de conciertos previsto en la ley. Esta consecuencia distorsiona y vulnera el sistema que traza la Ley Orgánica de Educación, violenta el régimen dual que regula y se apoya en el principio de subsidiariedad (...)*

*No se otorga, en dicha regulación legal, a los centros privados concertados un carácter secundario o accesorio respecto de los centros públicos, para llegar únicamente donde no lleguen estos últimos, es decir, para suplir las carencias de la enseñanza pública (...).*

Es cierto que, en defensa de la calidad educativa, el Departamento de Educación Cultura y Deporte ha hecho un esfuerzo para disminuir el número de alumnos por aula, como determina el art. 9 del Decreto 30/2016, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón: *«En el conjunto de enseñanzas (...), se implementará a la disminución progresiva del número de alumnos por aula, tendiendo al objetivo de un máximo de 22 alumnos por aula en segundo ciclo de Educación Infantil.»*

Sin embargo, podría tomar en cuenta la Administración la forma en que se limita la libertad de elección de los padres recogida en la Constitución al marcar la ratio desigual para unos centros y otros aun estando dentro de la misma zona de escolarización, y cómo se pasa por alto la posibilidad de mantener la ratio de 25 alumnos que marcan la Ley Orgánica y el Real Decreto<sup>10</sup>, haciendo del deseo expuesto en un Decreto autonómico *«tendiendo al objetivo de 22 alumnos por aula»*, una norma más importante que el propio derecho constitucional de los padres a elegir la educación para sus hijos, cuando el mantenimiento máximo de 25 alumnos por aula no transgrede ninguna norma ley sino que se ajusta a ella, y cuando la propia Ley Orgánica abre la posibilidad a la Administración educativa para que se pueda aumentar hasta en un diez por ciento la ratio escolar (artículo 87 Ley Orgánica 02/2006, de 3 de mayo, de Educación (BOE 106, de 4 de mayo de 2006), Apartado 2).

En esta línea, la jurisprudencia se ha manifestado en repetidas ocasiones acerca de la modificación de la ratio por parte de los gobiernos autonómicos, caso de la sentencia 409/2018 de la sala TSJ de la Comunidad Valenciana que, sin calificar el acierto o no el hecho de que la ratio máxima de alumno/aula sea reducida —en pro de la calidad de la enseñanza—, señala que:

*«no es jurídicamente viable aprobar la Orden con fundamento en la mentada disposición administrativa autonómica, por la sencilla razón de que, supone vulneración del precepto estatal básico. Esa norma estatal no permite modular la ratio máxima a las comunidades autónomas; en contraste, por ejemplo, con lo que prescribe su adicional quinta (el número máximo de alumnos por unidad escolar dispuesto en el R.D. (...)).»*

Otras sentencias a propósito de la libertad de elección de centro, como la de la Sala 3<sup>o</sup> del Tribunal Supremo, en Sentencia de 8 de julio de 1986, expresa que: *«El derecho a la educación no puede comprender la adscripción o destino forzoso de los alumnos a centros determinados, cuando existe en ellos imposibilidad material de atenderlos adecuadamente. Y afirma el citado Tribunal que: La concurrencia de peti-*

10. El artículo 7 del R.D, el más corto de la disposición administrativa prescribe literalmente: *«Los centros docentes que ofrecen el segundo ciclo de la educación infantil tendrán, como máximo, 25 alumnos por unidad escolar»*. Nada más aparece en el R.D. 132/2010 a propósito de lo que ese artículo prescribe. No se habilita, desde luego a la Administración educativa para que altere la ratio, ni endureciéndola ni dulcificándola. La disposición final primera, título competencial, recoge que tiene carácter de norma básica y se dicta al amparo de lo dispuesto en el art. 149.1.1<sup>o</sup> de la Constitución, así como de su artículo 30.

*ciones cuyo número exceda al de puestos disponibles ha de obtener una solución racional, objetiva y general».*

Por estos motivos, además, en un intento de ofrecer una solución racional y objetiva, el Justicia de Aragón hizo una sugerencia a la Consejera de Educación con fecha 6 de julio de 2018 para que aumentara la ratio de los centros concertados de Huesca equiparándolos con los centros públicos que fue aceptada *de facto* y, de los ocho menores excluidos de los centros solicitados por motivo de ratio, 6 entraron en los centros de su elección.

Motivos de desacuerdo entre la Administración educativa y los padres a propósito de la adjudicación de centro hay muchos, pero baste nombrar, por último, las solicitudes que hacen los padres al Justicia para que medie a fin de que los Directores de los Servicios Provinciales de Educación transformen algunas de las plazas que cada año quedan vacantes, reservadas para alumnos ACNEAE, en plazas de escolarización ordinaria.

Desde las dos sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Aragón (Sentencias 574/2014 y 582/2014, de 28 de noviembre), y tras sugerencias reiteradas del Justicia de Aragón, el Departamento de Educación pública el Decreto 49/2018, y, al comienzo de cada proceso de escolarización, determina el número de plazas reservadas para alumnado con necesidades específicas. De este modo se intenta evitar la existencia de centros educativos considerados de especial dificultad, tanto por las características del alumnado, como por el nivel socioeconómico y cultural de las familias que participan en la educación en el centro.

Con la publicación del citado Decreto 49/2018, de 20 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se modifica el Decreto 30/2016, de 22 de marzo el Departamento, nuevamente va más lejos en lo que se refiere a escolarización que la propia Ley Orgánica, y establece que las plazas reservadas<sup>11</sup> han de mantenerse vacantes y exclusivamente para alumnado ACNEAE sin posibilidad de ser incorporadas a plazas ordinarias pasado el plazo de matriculación, que es lo que dice la LOE-LOMCE.

Obviamente los padres no comprenden que queden plazas vacantes en los centros de su elección y tengan que ir a otros, y que el Departamento de Educación, defienda que garantiza la distribución equitativa de los alumnos en el hecho

11. Considerado en la ORDEN ECD/914/2018, de 12 de febrero, por la que se procede a la determinación de la proporción concreta de alumnado con necesidad específica de apoyo educativo que ha de escolarizarse en los centros docentes sostenidos con fondos públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón, para dar cumplimiento al apartado 3.º de la parte dispositiva del Auto de 28 de septiembre de 2017 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del TSJA:

1. La opción —salvo excepción debidamente justificada— por mantener de forma permanente las plazas reservadas en cada unidad escolar para ACNEAE, sin que exista la opción de ser ocupadas a través de una escolarización ordinaria tras la finalización del periodo de matrícula, evitando así lo que —hasta la fecha— viene impidiendo que centros con importante demanda social y poca incidencia de este alumnado escolaricen a una mayor proporción de ACNEAE.

de que la escolarización es un hecho dinámico y pueden en cualquier momento ser incorporados al sistema educativo alumnos que presenten necesidades específicas. Actualmente, las plazas no ocupadas por ACNEAE deben permanecer reservadas y sin cubrir en previsión de ser ocupadas. Baste decir el desconcierto de los padres que ven que la Ley Orgánica<sup>12</sup> marca unos márgenes que la normativa autonómica establece distintos. Por esta razón, numerosos centros concertados mantienen plazas vacantes durante todo el curso, cuando hay alumnos que han tenido que ser escolarizados en centros que no han sido de su elección.

Dada la escasez de tiempo, y los muchos temas que quisiera poner sobre la mesa, me limitaré a enunciar los temas presentados el comienzo de la ponencia:

## 2. PROFESORADO, MATERIA Y ASIGNATURA DE RELIGIÓN

La dificultad que tienen los profesores de religión en la Comunidad Autónoma de Aragón, se manifiesta en aspectos laborales y curriculares porque:

La modificación de las horas de la asignatura de religión en el currículo y las condiciones de impartición de la misma ha hecho que los docentes tengan menos horas de clase<sup>13</sup> y, por tanto, ya que sus contratos laborales dependen de las demandas en los centros, a menos horas<sup>14</sup> de religión, pérdida de poder adquisitivo y precariedad laboral.

A este respecto, poco podemos decir, sabedores de que el tema está en los tribunales y el artículo 15.2 que regula el funcionamiento de la Institución prohíbe expresamente que el Justicia entre en el examen de quejas que estén pendientes de resolución judicial<sup>15</sup>.

Sin embargo, el Justicia se ha interesado por la situación de los profesores de religión de Educación Primaria, que son los únicos que, tras las transferencias

---

12. LOE-LOMCE Artículo 87. Equilibrio en la admisión de alumnos. 2. Para facilitar la escolarización y garantizar el derecho a la educación del alumnado con necesidad específica de apoyo educativo, las Administraciones educativas deberán reservar hasta el final del período de preinscripción y matrícula una parte de las plazas de los centros públicos y privados concertados.

13. Sentencia de octubre de 2019 que obliga a la asignatura de religión sea ofrecida como optativa en las mismas condiciones que las demás materias, con carga horaria de 2 horas semanales.

14. Desde el presente curso 2019/2020 las clases se han visto reducidas a 45 minutos semanales, en lugar de los 90 minutos que tenían antes, después de que el Supremo hiciera firme en octubre de 2018 la sentencia del Superior de Justicia de Aragón

15. El pasado 30 de octubre 2019 se ha dictado Sentencia por la que el Tribunal Supremo obliga a la DGA a mantener Religión en 2º de bachillerato como materia optativa específica dentro de las 30 horas semanales obligatorias que tienen sus alumnos, ya que el hecho de ofertarla en la hora 31 no respeta el acuerdo Estado-Santa Sede de 1979. El Tribunal Superior de Justicia de Aragón (TSJA), que estimó este recurso, calificó la normativa de la DGA de «claramente discriminatoria», al considerar que colocaba a la asignatura «extramuros del horario ordinario, exigiendo a padres y alumnos un esfuerzo extra para la prestación de su docencia».

educativas del año 1998<sup>16</sup>, siguen dependiendo del Ministerio de Educación. Por este motivo, las sustituciones del profesorado, la gestión de las listas de interinos o los méritos de los mismos, se realizan desde Madrid, con lo que supone de perjuicio para este colectivo que solicita que se transfiera su condición a la Comunidad Autónoma, en las mismas condiciones que en están los docentes de religión de secundaria.

Esta situación afecta igualmente a los alumnos de educación católica, evangélica o islámica. Estos últimos únicamente imparten enseñanzas en primaria, dado que no hay docentes de religión islámica<sup>17</sup> en secundaria; circunstancia esta que el Gobierno de Aragón entendemos que prevé se va a modificar próximamente, dado que, a la vista de los datos que el Departamento de Educación envía a petición del Justicia, en el curso 2018-2019 ha habido un total de 3.268 alumnos de religión islámica repartido en las tres provincias como sigue:

PROVINCIA	INFANTIL/PRIMARIA	SECUNDARIA
HUESCA	635	5
TERUEL	494	
ZARAGOZA	2.134	

El número de alumnos que estudia religión islámica en los cursos de primaria de la comunidad Autónoma ha crecido vertiginosamente en los últimos años, y de ahí que en la Institución se hayan formulado quejas de personas que querían que se abrieran listas de interinos para profesorado de secundaria de esta asignatura. A ellos se ha procedido a dar cumplido traslado de la información, puesto que el Departamento de Educación informa de que las previsiones de alumnado de religión islámica se estudian cada año, para responder a las necesidades y cumplir con las obligaciones.

A instancias del Justicia, el Gobierno de Aragón podría proceder a solicitar el traspaso de profesorado al Gobierno central si inicia el expediente el Departamento de Educación, Cultura y Deporte quien, hasta la fecha, no ha mostrado interés en el tema dado que considera que debe seguir siendo el gobierno central el responsable de la adjudicación de plazas a los profesionales y la gestión de sus contratos en esta Comunidad Autónoma, igual que lo hace en Andalucía, Canarias y Cantabria.

No obstante, entendemos que en un espacio de tiempo que sea breve habrá de ser abordado este tema. En la Comunidad Autónoma, para el curso 2019/20,

16. Real Decreto 1982/1998, de 18 septiembre, sobre traspaso de funciones y servicios de la Administración del Estado a la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de enseñanza no universitaria

17. De acuerdo con lo previsto en el artículo 6.º, apartado 1, de la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, los profesores de enseñanza religiosa islámica dependerán de las correspondientes comunidades islámicas designantes.

según datos del Departamento de Educación, Cultura y Deporte del Gobierno de Aragón hay 7 profesores de religión evangélica en Secundaria, de religión católica 77 profesores y no hay de religión musulmana. Los datos de profesorado de Educación Primaria en centros públicos y sostenidos con fondos públicos, en tanto no los gestiona el Gobierno de Aragón, no los conocemos porque el Ministerio no los ha enviado a la fecha de redacción de este informe. Lo que sí conocemos es la cantidad de alumnos que cursan religión en las diferentes provincias aragonesas en primaria, por lo que resulta bastante sencillo hacer una previsión de futuro sobre cuál va a ser la evolución de las necesidades de profesores para años posteriores:

### 3. ASUNTOS CULTURALES *VERSUS* RELIGIOSOS

Antes de finalizar, y como ya anunciaba al principio, se repiten sistemáticamente quejas acerca de la aparición de elementos relacionados con la religión en los centros educativos de la Comunidad Autónoma, y que se recogen en dos bloques: en una sociedad plural, aconfesional —y queremos que multicultural—, hay personas que son reacias a la presencia del velo en las aulas, un hiyab<sup>18</sup>. En esta misma línea, también hay quienes protestan por la celebración de festividades religiosas<sup>19</sup> en los centros públicos educativos: que los niños vayan disfrazados de Reyes Magos o canten villancicos católicos en lugar de celebrar la llegada del invierno; que se den vacaciones de Semana Santa, por ejemplo... que resultan quejas de escaso recorrido porque el fondo es cultural y no religioso, y porque estas actuaciones tienen sus propios cauces de corrección o recurso.

Sí que hay razones de índole religiosa y económica en las quejas presentadas por la sustitución, aparentemente, en el menú escolar de platos que contienen cerdo.

---

18. A propósito de la prescripción del artículo 16.2 CE de que «nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias». No puede negarse que la utilización en un centro educativo del hiyab forma parte de la dimensión externa de la libertad religiosa de una madre, una profesora o de una alumna. Así se recoge en el certificado de la Federación Española de Entidades Religiosas Islámica.

19. Señala el Tribunal Constitucional en la Sentencia de 28 de marzo, 34/2011, que la libertad religiosa, en cuanto derecho subjetivo, «tiene una doble dimensión, interna y externa. En la STC 177/1996, de 11 de noviembre, la libertad religiosa «garantiza la existencia de un claustro íntimo de creencias y, por tanto, un espacio de autodeterminación intelectual ante el fenómeno religioso, vinculado a la propia personalidad y dignidad individual». Junto a la dimensión interna, esta libertad «incluye también una dimensión externa de *agere licere* que faculta a los ciudadanos para actuar con arreglo a sus propias convicciones y mantenerlas frente a terceros que se traduce «en la posibilidad de ejercicio, inmune a toda coacción de los poderes públicos, de aquellas actividades que constituyan manifestaciones o expresiones del fenómeno religioso» (STC 46/2001 de 15 de febrero ) tales como las que se relacionan en el artículo 2.1 de la LO 7/1986 de libertad religiosa, relativas, entre otros particulares, a los actos de culto, enseñanza religiosa, reunión o manifestación pública con fines religiosos, y asociación para el desarrollo comunitario de este tipo de actividades.

En esta sociedad aragonesa en la que cada vez convive mayor número de población procedente de lugares que practican religiones distinta a la católica, cuyas manifestaciones resultan sorprendentes en buen número de ocasiones, podemos recordar la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Sección 4ª, caso Casilda y otros contra Reino Unido, Sentencia de 15 de enero de 2013, en su valoración, razona que: «79. El Tribunal recuerda que, como se consagra en el artículo 9, la libertad de pensamiento, conciencia y religión es uno de los fundamentos de una “sociedad democrática” en el sentido del Convenio. En su dimensión religiosa es uno de los elementos más importantes que conforman la identidad de los creyentes y su concepción de la vida, pero también es un bien preciado para ateos, agnósticos, escépticos e indiferentes. El pluralismo indisociable de una sociedad democrática, que se ha ganado a lo largo de los siglos pagando un alto precio, depende de él (véase Kokkinakis contra Grecia, 25 de mayo de 1993 [TEDH 1993, 21] ap. 31, serie A núm. 260 A)».

Y continua la sentencia con afirmaciones relevantes como que «La libertad religiosa es principalmente una cuestión de conciencia y pensamiento individual». Y prosigue «la libertad de religión comprende también la libertad de manifestar su creencia, solo y en privado, pero también para practicar en comunidad con otros y en público. La manifestación de una creencia religiosa puede adoptar la forma de culto, la enseñanza, la práctica y la observancia. El testimonio en palabras y hechos está vinculado con la existencia de convicciones religiosas»<sup>20</sup>.

La manifestación de la creencia religiosa de una persona puede tener un impacto en otras y, por esta razón cualquier limitación hacia una persona a manifestar sus creencias o su religión está regulada por la ley. Pero, precisamente por este motivo, porque ya la ley lo regula, no pueden confundirse manifestaciones culturales que se practican en España desde la llegada de los Romanos, con muestras de creencias y prácticas religiosas ofensivas y no reguladas.

Por finalizar ya mi intervención, únicamente puedo concluir a modo de resumen que en la Institución se intenta explicar el desconcierto de la sociedad cuando ésta comprueba que en la Comunidad Autónoma la normativa existente regula aspectos educativos de forma diferente a la estatal:

1.- Si hacemos caso de lo que dice el Gobierno de Aragón y consideramos que la escolarización se produce durante todo el curso, nunca terminaríamos por saber cuántos alumnos hay en las aulas de un colegio;

2.- No es defendible que, en la distribución de plazas durante el proceso de escolarización, haya diferencia de ratio sin motivos justificados entre centros sostenidos con fondos públicos y concertados, y eso perjudique el derecho de los padres a la libre elección de centro, ya de por sí limitada, y convertida en una prelación.

20. Véase Kokkinakis (TEDH 1993, 21), citada, ap. 31, y también Leyla ahin contra Turquía GS (Prov 2005, 250659), núm. 44774/98, ap. 105, TEDH 2005 XI.

3.– Los profesores de religiones de primaria están en situación diferente respecto del resto de los profesores de primaria y secundaria —que dependen del Gobierno de Aragón— porque no están transferidos a la Comunidad Autónoma, asunto que lleva sin solucionar desde el año 1998 y que ningún gobierno autonómico aborda.

4.– Educación y enseñanza no son términos intercambiables: la religión, pertenece al ámbito privado, y por lo tanto a la educación, y la formación o instrucción es responsabilidad del Estado. Que en los colegios o institutos se mezclen aspectos relacionados con la educación y la enseñanza es lo natural en una sociedad plural en la que convivimos, pero eso provoca también conflictos.

Muchas gracias

#### 4. BIBLIOGRAFÍA

- ALÁEZ CORRAL, B. «El Ideario Educativo Constitucional como límite a las libertades educativas», *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, nº 17, 2011, pp. 91-129. Rec. Sept 2019.
- COTINO HUESO, L. «El derecho a la educación», en NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert y GUAMÁN HERNÁNDEZ, *Adoración, Lecciones Sobre Estado Social y Derechos Sociales*, Tirant lo Blanch, Colección: Manuales de Derecho Constitucional, Valencia, 2014, pp. 415-450.
- ELÓSEGUI ITXASO, M. «La ponderación y la neutralidad abierta contra la discriminación religiosa y racial en la decisión del Tribunal Constitucional alemán de 2015 sobre el uso del velo por profesoras», *Revista de Derecho Político* [S.l.], n. 104, p. 295-347, abr. 2019. ISSN 2174-5625. Disponible en: <<http://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/24316>>. Fecha de acceso: 24 sep. 2019 doi: <https://doi.org/10.5944/rdp.104.2019.24316>.
- ESTRUCH, J., GÓMEZ I SEGALÀ, J., GRIERA, M.M., IGLESIAS, A. *Las Otras Religiones: Minorías Religiosas en Cataluña*. Icaria Editorial, Barcelona, 2007.
- GARCÍA-ANTÓN PALACIOS, E. *La objeción de conciencia a determinados contenidos docentes: un estudio de derecho comparado (Estados Unidos, Canadá, España y Jurisprudencia de Estrasburgo)*, Madrid, 2018 [https://www.elespanol.com/espana/20191001/colegios-publicos-baleares-impartiran-clases-religion-islamica/433457136\\_0.amp.html](https://www.elespanol.com/espana/20191001/colegios-publicos-baleares-impartiran-clases-religion-islamica/433457136_0.amp.html) (recuperado sept. 2019).
- MANENT ALONSO, L. «El lugar de los símbolos religiosos en los espacios públicos I», *Corts: Anuario de Derecho Parlamentario*, 2013, nº 27, pp. 138-165.
- MARTÍN SÁNCHEZ, Isidoro, *La recepción por el Tribunal Constitucional Español de la jurisprudencia sobre el Convenio Europeo de Derechos Humanos respecto de las libertades de conciencia, religiosa y de enseñanza*, Ed. Comares, 2002.
- MARTÍNEZ-TORRÓN, Javier. «La cuestión del velo islámico en la jurisprudencia de Estrasburgo», *Derecho y religión*, Nº 4 2009, pp. 87-109.
- LÓPEZ MEDEL, J. «Europa y España: Libertad Religiosa y Libertad de Enseñanza. Principios, legislación, jurisprudencia», *Anales de la Real Academia de Doctores*, Volumen 6, pp. 83-93, 2002 (recuperado septiembre 2019).

- LOUREIRO SOUTO, J.L. *Los conflictos por Ceuta y Melilla: 600 años de controversias*, Tesis doctoral, 2015, Instituto Universitario General Gutiérrez Mellado. Madrid, 2015, UNED.
- NISA ÁVILA, J.A. «Análisis comparado del principio de libertad religiosa, Islam y educación en la Unión Europea y el Ordenamiento Jurídico de sus Estados Miembros», *Revista de Educación y Derecho. Education And Law Review*, junio 2018, número 18. Recuperado septiembre 2019.
- ORTIZ-ÚRCULO, J.: *El derecho a la libertad religiosa en España*, Fundación ciudadanía y Valores (recuperado octubre 2019).
- PALOMINO, Rafael «Libertad religiosa y libertad de expresión», *Ius Canonicum*, XLIX, n. 98, 2009, pp. 509-548.
- ROSARIA FERRO, P.M. *El derecho de libertad religiosa y su tutela en el marco de un nuevo constitucionalismo europeo*. Trabajo Investigación. Universidad Carlos III de Madrid Recuperado septiembre 2019.
- SIMÓN YARZA, F. «Símbolos religiosos, derechos subjetivos y derecho objetivo. Reflexiones en torno a Lautsi», *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 43, 2012, pp. 901-925. Recuperado noviembre 2019
- VELASCO, R. (2007), (2014), «Las relaciones hispano-marroquíes durante el gobierno de Aznar y versiones encontradas a ambos lados del Estrecho», en C. NAVAJAS y D. ITURRIAGA (coords.), *España en democracia: Actas del IV Congreso de Historia de Nuestro Tiempo*. Logroño: Universidad de La Rioja, pp. 321-330, Recuperado.octubre.2019 <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4847694>.
- VIDAL PRADO, C. *El derecho a la educación en España*. Debates constitucionales, Madrid, 2017.



## LEGISLACION APLICABLE A LA APERTURA DE LUGARES DE CULTO

FERNANDO-JOSÉ ZAMORA MARTÍNEZ

Letrado del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza

**SUMARIO:** 1. LIBERTAD DE CULTO. IGUALDAD ANTE LA LEY Y SOMETIMIENTO A LA MISMA.– 2. SOBRE LAS LICENCIAS Y AUTORIZACIONES NECESARIAS PARA LA «APERTURA» DE LUGARES DE CULTO: 2.1. Licencia urbanística (título habilitante de naturaleza urbanística).– 2.2. Sobre la «exclusión» de la Ley de establecimientos públicos de Aragón.– 2.3. Licencia de apertura, licencia ambiental de actividad clasificada, licencia de inicio de actividad.– 3. FALTA DE COBERTURA DE OBRAS POSIBLES ACTIVIDADES «COMPLEMENTARIAS».– 4. A MODO DE RECAPITULACIÓN FINAL.– 5. BIBLIOGRAFÍA.

### 1. LIBERTAD DE CULTO. IGUALDAD ANTE LA LEY Y SOMETIMIENTO A LA MISMA

Tenemos que irnos hasta la cuarta acepción del término «Foro» en el Diccionario de la Real Academia Española para encontrar la definición que creemos que encaja con estas Jornadas y con este acto. En concreto, después de recordarnos como primera definición a la que el concepto alude la de «plaza donde se trataban en Roma los negocios públicos y donde el Pretor celebraba los juicios», leemos en el apartado 4: **«Reunión para discutir asuntos de interés actual ante un auditorio que, a veces, interviene en la discusión».**

Vamos a ver si conseguimos que ese «a veces» se active en esta ocasión porque el asunto merezca el interés de los asistentes y las propuestas o planteamientos que se formulen susciten debate o discusión.

Para no ser demasiado «beligerantes», empezaremos por aceptar que el artículo 16 de nuestra Constitución garantiza, dentro de los derechos fundamen-

tales y libertades públicas, *«la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley»*.

El apartado 3 de dicho precepto nos recuerda que estamos en un estado aconfesional (no laico), aunque *«los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la iglesia católica y las demás confesiones»*; pero tampoco podemos olvidar que el artículo 14 de nuestra Constitución reconoce la igualdad ante la Ley, *«sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social»*.

Aceptamos, por tanto, como punto de partida, esa igualdad de todas las religiones y cultos para poder desarrollar «sus manifestaciones» sin más limitación que ese mantenimiento del orden público.

Pero, del mismo modo, recordaremos también que, como establece el artículo 9.1 de nuestra Carta Magna, *«los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico»*.

Por tanto, el ejercicio de una determinada actividad religiosa o de culto deberá estar igualmente sometido al cumplimiento de las exigencias establecidas en nuestra legislación.

Veamos cuáles son esas «limitaciones» que derivan de la normativa vigente, siempre con respeto a lo establecido en el ya citado artículo 16,1 de nuestra Constitución.

## **2. SOBRE LAS LICENCIAS Y AUTORIZACIONES NECESARIAS PARA LA «APERTURA» DE LUGARES DE CULTO**

Parece obligado empezar diferenciando las autorizaciones que puedan resultar necesarias para la construcción, instalación o implantación de una actividad religiosa o de culto del desarrollo o ejercicio de tal actividad propiamente dicha. Es decir, cuáles serían las licencias o autorizaciones exigibles para la construcción de una iglesia, mezquita o cualquier otra instalación destinada al desarrollo de tales actividades, por una parte, y aquellas posibles autorizaciones que pudieran resultar exigibles para la práctica de la actividad religiosa en sentido estricto, es decir, para el ejercicio de dichas actividades de culto.

### **2.1. Licencia urbanística (título habilitante de naturaleza urbanística)**

Parece que ninguna duda debe plantear la exigibilidad de licencia urbanística (o título habilitante de naturaleza urbanística, en la actualidad, con arreglo a la vigente legislación aragonesa, para ser más preciso) para la ejecución de obras

de construcción de una nueva instalación destinada a actividades de culto, con independencia de la religión a la que corresponda. Por tanto, lo mismo una iglesia católica que una mezquita islámica, una iglesia evangélica, o cualquier otro tipo de actividad de culto.

Aquí el abanico de opciones es muy amplio, pues son de lo más variado las situaciones que se pueden plantear; por ejemplo, entre otras, a título meramente ejemplificativo, pensemos en las siguientes:

— Edificio de nueva construcción, exento, es decir, una nueva edificación independiente y aislada (o edificio completo)

— Adecuación o rehabilitación de edificios preexistentes (completos).

— Acondicionamiento de locales en edificios de nueva construcción en los que van a tener que compatibilizarse con otros usos (residenciales, terciarios, etc.).

— Acondicionamiento de locales en edificios preexistentes.

En todos esos supuestos deberá exigirse la presentación del correspondiente Proyecto Técnico, si requiere licencia urbanística, y en su tramitación deberán cumplirse las previsiones establecidas en el planeamiento urbanístico. Por tanto, el primer aspecto a analizar sería la clasificación del suelo y, por ello, si el mismo posibilita la implantación de esa actividad, o resulta incompatible o de imposible instalación en la ubicación propuesta (no sólo si se trata de una zona verde, por ejemplo, sino también en caso de que el planeamiento haya establecido determinadas tipologías de uso entre las que no figure este tipo de establecimientos: que no resulten uso dominante o principal, pero ni tan siquiera uso tolerado o compatible).

Nuestro vigente Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de Aragón (Decreto Legislativo 1/2014, de 8 de julio, del Gobierno de Aragón) indica expresamente, en su artículo 41.1.b), que el planeamiento general puede establecer, en suelo urbano consolidado, como ordenación pormenorizada, la delimitación o emplazamiento de espacios religiosos, entre otros.

Existen múltiples ejemplos de planeamiento general de municipios en los que se determinan zonas o ámbitos donde resultará admisible la implantación de ese tipo de edificaciones y actividades; o incluso otros planes generales en los que se excluye la posibilidad de tales construcciones en determinadas zonas o sectores, estableciéndose una regulación de usos permitidos, que normalmente se complementa con otra de usos tolerados, e incluso una relación específica de usos prohibidos.

En esos supuestos, deberá respetarse el planeamiento urbanístico y no podrá autorizarse la edificación propuesta, por mucho que se invoque el artículo 16.1 de nuestra Constitución, pues ello no puede eximir del cumplimiento del resto de normas de general aplicación (artículo 103.1 C.E.).

Otro tanto podremos decir en lo referente al contenido concreto del Proyecto técnico, pues el mismo deberá cumplir con todas las exigencias establecidas en la normativa constructiva, sin que pueda invocarse que las limitaciones sólo puedan referirse a cuestiones «de orden público» en sentido estricto. Tal concepto entendemos que debe hacerse extensivo a todos los aspectos referidos a la seguridad constructiva y de las personas. Por tanto, puesto que en este primer apartado estamos analizando las exigencias de licencias urbanísticas (o títulos habilitantes), consideramos que para exigir el otorgamiento de las mismas no puede invocarse de modo genérico la libertad ideológica, religiosa y de culto con la finalidad de obtener cualquier «exoneración» del cumplimiento de los requisitos previstos en la legislación aplicable.

En consecuencia, tanto si se trata de una nueva construcción como de la adaptación de un determinado local o edificio preexistente, deberá respetarse la normativa de aplicación, en particular, en la actualidad, el Código Técnico de la Edificación (dentro de los usos de «PÚBLICA CONCURRENCIA»), pero también las correspondientes Normas Urbanísticas u Ordenanzas de Edificación del Plan General o de las Normas Subsidiarias que resulten aplicables en el concreto municipio en el que se pretende la implantación de esa actividad, y por supuesto las Ordenanzas Municipales que regulen todos los restantes aspectos que sí que puedan tener incidencia sobre el «orden público»: por ejemplo, medidas de seguridad en materia de incendios, protección contra ruidos y vibraciones, etc.

Ahora nos estamos refiriendo ya a las cuestiones de índole edificatoria, que se analizarán después de comprobar que la implantación de la actividad en la ubicación propuesta cumple y se ajusta al planeamiento urbanístico de aplicación.

Entendemos, como decíamos, que no hay ninguna posibilidad de eximir de la obtención de tales licencias para la ejecución material de la construcción, o para la adecuación de instalaciones para el desarrollo de esas actividades religiosas y de culto. En nuestra opinión es una cuestión bastante «pacífica» en la doctrina y jurisprudencia, pudiendo citar, por ejemplo, el trabajo de Marcos González, profesor titular de la Universidad Autónoma de Madrid, titulado «Competencias de las Entidades Locales en relación con los lugares de culto», publicado en el Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado del año 2010. En el mismo sentido, Antonio Cano Murcia, Técnico de Administración Local del Ayuntamiento de Alcalá La Real, o la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de julio de 2009.

No hay ningún problema tampoco en aceptar que, en el supuesto de que estemos ante una mera adecuación de local, la misma deberá ajustarse a las previsiones concretas de la normativa urbanística, y por ello podrá ser objeto de mera declaración responsable (o comunicación previa, en su caso), si estuviera entre las situaciones en las que no se requiere la previa obtención de licencia urbanística, en función de las características de la intervención. Pero siempre

ajustándose a las exigencias y limitaciones de la normativa de aplicación, en particular la propia Ley de Urbanismo de Aragón y las normas urbanísticas de los planes generales o normas subsidiarias, o las ordenanzas que regulen, como en Zaragoza, los medios de intervención en la actividad urbanística.

Somos conocedores de la modificación introducida por la Disposición Adicional 17ª de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local, por la que se modificó la Ley 7/1985, de 2 de abril, de Bases de régimen local. En dicha Disposición Adicional se regulan las cuestiones atinentes a la apertura de lugares de culto, que luego comentaremos; pero termina diciendo que, tras obtener certificación acreditativa de su personalidad jurídica civil, la tramitación «se ajustará a lo dispuesto en el artículo 84.1.c) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, sin perjuicio de recabar la licencia urbanística correspondiente».

Por tanto, como decimos, ello no afecta a la obtención del título habilitante de naturaleza urbanística que resulte preceptivo en función de las características de la intervención. Ese precepto no tiene incidencia sobre las cuestiones referidas a la tramitación de los correspondientes proyectos técnicos, y sobre todo la verificación del cumplimiento de planeamiento urbanístico aplicable, pues sería impensable que mediante una simple comunicación previa se pudiera efectuar una instalación en suelo no urbanizable de especial protección, por ejemplo, obligando a la Administración Local a la posterior tarea de fiscalización e inspección. Esa apertura para la que se autoriza una simple comunicación previa es la que analizaremos seguidamente al tratar de los permisos requeridos para el desarrollo de actividades propiamente dichas en este tipo de instalaciones o establecimientos.

## 2.2. Sobre la «exclusión» de la Ley de establecimientos públicos de Aragón

Antes de entrar a analizar las cuestiones atinentes a la licencia de apertura o de actividad que pueda resultar exigible, entendemos que debe comprobarse si la materia referente a la apertura de lugares de culto está excluida de la regulación atinente a los establecimientos públicos. En nuestra Comunidad Autónoma tal cuestión está contemplada y tratada en nuestra Ley 11/2005, de 28 de diciembre, reguladora de los espectáculos públicos, actividades recreativas y establecimientos públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón.

La citada Ley dice en su artículo 1 que tiene por **objeto** regular los establecimientos públicos que se ubiquen en territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón (además de los espectáculos públicos y actividades recreativas que se desarrollen también en nuestra Comunidad), «con independencia de que sus titulares u organizadores sean entidades públicas o privadas, personas físicas o jurídicas, tengan o no finalidad lucrativa, se realicen en instalaciones fijas, portátiles o desmontables, de modo habitual u ocasional».

Y en el artículo 2 encontramos la definición de «Establecimientos públicos» en los siguientes términos:

*«Locales cerrados o abiertos de pública concurrencia, en los que se consumen productos o reciben servicios los clientes con fines de ocio, entretenimiento o diversión, se realicen o no en ellos los espectáculos públicos y las actividades recreativas».*

Esa definición (al hablar de consumo de productos o entrega de servicios de ocio o similares), junto con las exclusiones del artículo 4, que ahora veremos, han llevado a considerar que no resulta de aplicación dicha Ley 11/2005 a los establecimientos destinados a actividades de culto o religiosas, pese a tal condición de establecimientos «públicos».

En concreto, el artículo 4 dice que *«quedan excluidos del ámbito de aplicación de esta Ley los actos o celebraciones privadas, de carácter familiar o social, que no estén abiertas a pública concurrencia y los que supongan el ejercicio de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución».*

El apartado 2 de dicho precepto aclara que tales actividades *«deberán cumplir con lo establecido en la legislación de protección de la seguridad ciudadana y, en todo caso, los recintos, locales y establecimientos donde se realizan dichas actividades deberán reunir las condiciones de seguridad y de tipo técnico exigidos en esta ley, en su reglamento de desarrollo y aplicación y en la normativa técnica específica».*

La mayor parte de la doctrina, y diversas decisiones de Administraciones públicas, consideran que el párrafo final del artículo 4.1 determina la improcedencia de aplicación de esta Ley a la realización de actividades de culto o religiosas.

Y vamos a compartir ese criterio, pero sólo parcialmente. Es decir, para el ejercicio concreto de esas actividades (para la celebración de una misa católica, o cualquier otra actividad de culto en sentido estricto, correspondiente a cualquiera de las religiones) no se exigirán los permisos y autorizaciones regulados en esta Ley de establecimientos públicos y en la normativa dictada en desarrollo de la misma.

Pero eso no quiere decir que la construcción o implantación de un establecimiento destinado a albergar este tipo de actividades quede excluido de las obligaciones previstas en la norma, como indica, a nuestro entender, el apartado 2 del propio artículo 4º, que exige no sólo el cumplimiento de la legislación de protección de la seguridad ciudadana (la normativa sobre orden público que indica la Disposición Adicional 17 de la Ley 57/2013, que ya hemos comentado), sino que remarca que los locales y establecimientos donde se desarrollan dichas actividades *«deberán reunir las condiciones de seguridad y de tipo técnico exigidas en esta Ley, en sus reglamentos de desarrollo y aplicación y en la normativa técnica específica».*

Por tanto, en nuestra opinión, creemos que sí que podría resultar aplicable la Ley a este tipo de establecimientos destinados a actividades religiosas o de culto a los efectos de su implantación, instalación, nueva construcción, o adecuación

de locales o establecimientos donde se vayan a desarrollar; pero no para el ejercicio de las actividades.

Eso nos llevaría a analizar las condiciones técnicas reguladas en el artículo 6 de la propia Ley 11/2005, que indica que se deberán cumplir esas condiciones de seguridad, salubridad e higiene «para evitar molestias al público asistente y a terceros y, en especial, cumplir con aquellas que establece la legislación de las actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas, y la legislación del ruido».

La repetida Ley 11/2005 que estamos analizando es anterior, por supuesto, a la vigente Ley de Prevención y Protección Ambiental de Aragón; pero también a la primera de las normas reguladoras de esta materia, que fue la Ley 7/2006, de 22 de junio, de Protección Ambiental de Aragón, a partir de la cual se consideró ya inaplicable («desplazado») en nuestra Comunidad Autónoma el Reglamento de Actividades Molestas del año 1961. Pero, como decimos, en el momento de aprobación y entrada en vigor de esta Ley 11/2005, dicha normativa seguía vigente, y a la misma se remite ese artículo 6.1 de esta Ley, en cuyo apartado 2 se concretan las condiciones que deben cumplirse en materias como seguridad para el público asistente, trabajadores, etc.; solidez de la estructuras y de funcionamiento de las instalaciones; garantía de las instalaciones eléctricas; prevención y protección de incendios y otros riesgos; salubridad, higiene acústica; protección del medio ambiente urbano y natural; accesibilidad y disfrute para las personas discapacitadas; y plan de autoprotección y emergencias.

Por eso, si se entendiera aplicable la repetida Ley de 28 de diciembre de 2005, cualquier nuevo establecimiento, o cualquier reforma de alguno preexistente no destinado previamente a este uso religioso, deberá cumplir todas esas condiciones, y en la tramitación de sus proyectos deberá analizarse el respeto a la normativa señalada en las distintas materias.

Sin perjuicio de todo ello, ya hemos visto que en el propio artículo 16.1 de nuestra Constitución nos daría amparo y cobertura suficiente para exigir que las edificaciones cumplan todas las condiciones legales exigibles para garantizar también la seguridad de las personas. Y que la ya citada Disposición Adicional 17ª de la Ley de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local cita de nuevo, de forma expresa, la necesidad de recabar la licencia urbanística correspondiente; ello posibilita, como no puede ser de otro modo, el análisis técnico de los proyectos que se presenten, y la verificación del cumplimiento de toda la normativa que pueda afectar a la seguridad estructural del inmueble, y consecuentemente a la seguridad de las personas.

### ***2.3. Licencia de apertura, licencia ambiental de actividad clasificada, licencia de inicio de actividad***

Hasta aquí creemos que existe una cierta homogeneidad de criterio, al menos sobre las obligaciones que se deben cumplir para obtener la correspondiente

autorización para nuevas construcciones destinadas a lugares de culto, o para la adecuación de edificaciones preexistentes con tal destino y finalidad. Analicemos ahora lo que resulta exigible para la «apertura» y uso de los centros destinados al culto.

La primera advertencia que tenemos que efectuar es que aquí encontramos ya una clara «heterogeneidad» o divergencias en la denominación y contenido de las autorizaciones o licencias que pudieran resultar necesarias. Lo que se venía conociendo como «licencia de apertura» en la normativa administrativa (y así lo era en Aragón hasta la Ley de Urbanismo de 1999, en particular con arreglo al artículo 22 del Reglamento de Servicio de las Corporaciones Locales), en nuestra Comunidad Autónoma vendría a identificarse con la licencia de inicio de actividad (o licencia de primera ocupación, o autorización o licencia de puesta en funcionamiento, en función de las concretas construcciones y actividades a las que se destine).

Es decir, a pesar de su denominación, con arreglo a la normativa vigente en Aragón, la «licencia de apertura» no es la que pone fin al proceso constructivo o de instalación de una actividad, y posibilita el inicio de desarrollo de la misma, una vez verificado el cumplimiento de los requisitos legales establecidos, y sobre todo una vez comprobado que las edificaciones e instalaciones ejecutadas se ajustan a los respectivos proyectos técnicos, sino que ésta es la autorización que requieren aquellas actividades que no tienen que someterse al régimen de autorización ambiental integrada o de licencia ambiental de actividad clasificada con arreglo a lo previsto en la Ley 11/2014, de Prevención y Protección Ambiental de Aragón.

Si se entiende que la actividad forma parte de los supuestos regulados en el artículo 71.2 de dicha Ley, deberá solicitar y obtener dicha licencia ambiental de actividad clasificada, tal como la misma figura definida y regulada en dicho precepto, para las que puedan tener carácter molesto, insalubre, nocivo y peligroso (al igual que antiguamente se regulaba para ese tipo de actividades en el Reglamento del año 1.961).

El apartado 3 de dicho artículo 71 de la Ley 11/2014 excluye el sometimiento a dicha licencia ambiental de actividad clasificada de aquellas que estén enumeradas en el Anexo V, «*que en su caso estarán sujetas a la licencia municipal de apertura prevista en la legislación de régimen local*».

Si acudimos a ese Anexo V de actividades excluidas de licencia ambiental, no somos capaces de encontrar ninguna mención o referencia a las actividades de culto o instalaciones destinadas a actividades religiosas, pues en el apartado d), enunciado como «otras actividades», aparecen instalaciones de turismo rural, residencias de ancianos y guarderías, por ejemplo, entre otros, además de despachos profesionales y oficinas. Pero ninguna mención a este tipo de actividades de culto, como decimos.

¿Quiere ello decir que las actividades de culto requieren la obtención de licencia ambiental de actividad clasificada? ¿O sólo necesitarán licencia de apertura, que podrán entender obtenida mediante una simple declaración responsable o comunicación previa? ¿El listado del Anexo V de la Ley de Prevención y Protección Ambiental de Aragón constituye un «*numerus clausus*» o podría ampliarse con alguna actividad para la que se entendiera improcedente la exigencia de licencia ambiental de actividad clasificada?

Aquí ya no es unánime el criterio de la doctrina ni de la jurisprudencia, pues en la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 18 de mayo de 1.998, por ejemplo, se afirmaba, en relación con la actividad de culto, que *«no es posible aplicar al supuesto de hecho en cuestión la legislación en materia de actividades molestas, insalubres, nocivas y peligrosas; tampoco la legislación en materia de espectáculos públicos, aun cuando el local donde se celebre la actividad religiosa pudiera gozar de las características de un local de reunión...»*.

Sin embargo, la ya citada Sentencia del propio Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de julio de 2009 aclara que la Administración no puede renunciar a sus facultades de control de la actividad urbanística, entendiendo que la licencia exigible es la de «instalación», que debe permitir la verificación del cumplimiento de la normativa en materia de seguridad, y el pleno respeto al orden público, lo que obliga a comprobar que el proyecto recoge todas las exigencias de la normativa aplicable en materia de protección de incendios, por ejemplo.

Ya hay determinadas Comunidades Autónomas que han decidido regular de forma específica esta cuestión para evitar problemas o dudas interpretativas; por ejemplo, la Ley 16/2009, de 22 de julio, de los Centros de Culto, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, que trata tanto las cuestiones atinentes a la ordenación urbanística como la licencia municipal de apertura y uso de centros de culto, así como las licencias urbanísticas y otras posibles autorizaciones. Dicha Ley fue objeto de desarrollo reglamentario mediante el Decreto 94/2010, de 20 de julio, de los Centros de Culto, concretando los actos sujetos a la licencia municipal de apertura y uso de centros de culto, la licencia urbanística, régimen jurídico de dicha licencia de apertura y otros aspectos que completaban la regulación establecida en la norma legal.

Es más, la Generalitat de Cataluña planteó recurso de inconstitucionalidad contra la ya mencionada Ley Estatal 57/2013, por entender que invadía competencias autonómicas, por mucho que se invocase el principio de igualdad ante la Ley para posibilitar la apertura de los centros de culto con una simple declaración responsable. Dicho recurso fue desestimado por parte del Tribunal Constitucional, aunque entendemos que hay algún aspecto que no fue planteado de forma expresa y que todavía podría determinar alguna matización o aclaración del criterio si se efectúa regulación de la materia mediante norma de rango legal por parte de otras Comunidades Autónomas.

¿Tras la modificación establecida por la Ley 57/2013, debe entenderse que las actividades de culto pueden abrir «directamente», con una comunicación previa o declaración responsable? Entendemos que no, con base en lo que hemos empezado aclarando al comienzo de este apartado sobre el significado del término «licencia de apertura» en la legislación estatal y en nuestra legislación autonómica: esa referencia a la licencia de apertura es la que debemos equiparar, según lo expuesto, con nuestra licencia de inicio de actividad (si se trata de actividad clasificada), licencia de primera ocupación (para edificaciones residenciales), o autorización o licencia de puesta en funcionamiento (para actividades industriales o similares).

Por tanto, seguirá resultando obligatorio analizar previamente si la actividad de referencia está o no sometida a nuestra Ley de Protección y Prevención Ambiental de Aragón, cuestión en la cual hemos encontrado criterios e interpretaciones diversas, pudiendo señalar que, en este momento, el Ayuntamiento de Zaragoza sí que exige esa licencia ambiental de actividad clasificada para la implantación de este tipo de actividades.

Y también nos parece que ése es el criterio acertado para poder comprobar que el establecimiento reúne todas las garantías necesarias para poder acoger una afluencia importante de asistentes, pues no solo deberán revisarse los aspectos técnicos de carácter estructural o constructivo propiamente dicho sino también todos aquellos aspectos que forman parte de un proyecto de actividad, como las instalaciones del establecimiento, y las medidas de seguridad exigibles (de prevención contra incendios, de prevención contra ruidos y vibraciones, delimitación de aforo incluso, etc.).

A la vista de todo ello, en nuestra opinión, podemos concluir que no resulta válida ni suficiente la licencia de apertura, en los términos que viene regulada en la legislación de nuestra Comunidad Autónoma, sino que es acertado el criterio del Ayuntamiento de Zaragoza y de otras Entidades Locales al tramitar para este tipo de actividades de culto la licencia ambiental de actividad clasificada.

Cuestión distinta es que, después, una vez que se disponga de la licencia de inicio de actividad (probablemente también con declaración responsable, para dar cumplimiento a la modificación introducida por la Ley 57/2013 en la Ley de Bases de Régimen Local de 1985), no será exigible la obtención de nuevos permisos o autorizaciones para el desarrollo de la concreta actividad de culto o religiosa que en dichos establecimientos vaya a efectuarse, en una interpretación coherente del resto de la normativa que hemos tenido oportunidad de analizar, entendiendo que no resulta necesaria una autorización individualizada de las previstas en la Ley 11/2005 para las actividades de carácter extraordinario, pues estamos ante una actividad fija, aunque sea de carácter discontinuo; pero no resultará necesario obtener autorización expresa cada vez que vaya a celebrarse algún acto de carácter religioso o de culto, por cuanto el establecimiento se está dedicando a la concreta actividad para la que ha sido autorizada la instalación.

### 3. FALTA DE COBERTURA DE OBRAS POSIBLES ACTIVIDADES «COMPLEMENTARIAS»

El análisis anterior se circunscribe a lo que sería la actividad religiosa o de culto propiamente dicha. Por tanto, no incluiría el desarrollo de otras posibles actividades «complementarias» que pudieran desarrollarse en esos establecimientos o centros de culto.

Nos referimos a otro tipo de celebraciones de pública concurrencia, a modo de banquetes, con un servicio de catering, por ejemplo, o conciertos musicales, que necesitarían una específica y expresa autorización de las previstas en la Ley de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas y en el Decreto 220/2006, de 7 de noviembre, del Gobierno de Aragón, dictado en desarrollo de la misma.

Para cualquier tipo de actividad de carácter extraordinario, entendemos que deberían respetarse los requisitos establecidos en la citada Ley 11/2005, si bien hay que reconocer que habrá situaciones que generen cierta duda, y que habrá que interpretar en función de las características concretas de la actividad que se pretenda desarrollar.

Como simple opinión, entendemos que las autorizaciones previstas para actividades de carácter extraordinario en los establecimientos públicos deberán referirse a aquellas que no constituyan una forma ordinaria de expresión de la libertad religiosa de la respectiva creencia, o que resulten absolutamente distintas y no conciliables con la forma habitual de desarrollar la actividad de culto en el establecimiento que cuente con concreta autorización para ello.

### 4. A MODO DE RECAPITULACIÓN FINAL

Como síntesis final, nos atreveríamos a resumir lo expuesto, aunque sea muy sucintamente, en los siguientes términos:

a) La apertura de un nuevo establecimiento dedicado al culto requerirá la tramitación de la correspondiente licencia urbanística o título habilitante de naturaleza urbanística, en función de las características concretas del proyecto con arreglo al cual vaya a efectuarse la construcción del nuevo inmueble, o la adecuación de edificios o instalaciones ya preexistentes.

Para su tramitación y otorgamiento, en su caso, deberá analizarse con carácter previo el planeamiento urbanístico de aplicación, que en algún supuesto puede conllevar la inviabilidad de la autorización de la instalación en la ubicación propuesta. Y, por supuesto, seguidamente, todas las normas de aplicación al proyecto de edificación (CTE, Ordenanzas Municipales de Prevención de Incendios, o de Ruidos y Vibraciones, entre otras).

b) No resulta suficiente con la declaración responsable de licencia de «apertura» en los términos en los que la misma viene regulada en la vigente Ley de

Urbanismo de Aragón, sino que consideramos que debe darse el trámite previsto en la Ley de Prevención y Protección Ambiental para las actividades clasificadas, a pesar de la modificación introducida por la Ley Estatal 57/2013 en la Ley 7/1985, de Bases del Régimen Local.

c) Para la obtención de la licencia de inicio de actividad (que puede equipararse al concepto de «licencia de apertura» en la legislación estatal), resultará suficiente con la formulación de declaración responsable.

d) Cualquier otra actividad que no sea estrictamente de culto, y que no pueda entenderse como parte del ejercicio de la libertad religiosa de la respectiva creencia, necesitará obtener la preceptiva autorización establecida en la Ley 11/2005, de Establecimientos Públicos de Aragón.

## 5. BIBLIOGRAFÍA

1. Informe anual sobre la situación de la libertad religiosa en España de 2017 (Ministerio de Justicia).
2. «El Régimen de la comunicación previa, las licencias de urbanismo y su procedimiento de otorgamiento», de Francisco Antonio Cholbi Cachá (El Consultor de los Ayuntamientos).
3. *Las actividades no sujetas a licencia: ¿qué opina la jurisprudencia?* (Antonio CANO MURCIA, Técnico de la Administración Local del Ayuntamiento de Alcalá la Real).
4. «Competencias de las entidades locales en relación con los lugares de culto», de Marcos GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Profesor titular Universidad Autónoma de Madrid (*Anuario de Derecho Eclesiástico del Estado* del año 2010).
5. Informe de FEREDE sobre «*La exención de licencia de apertura para lugares de culto*».
6. Informe del Justicia de Aragón en el Expediente DI-1487/2018-2, de fecha 22 de marzo del 2019, sobre cuestiones atinentes a las autorizaciones para edificios destinados al culto.

Zaragoza, 12 de noviembre de 2019

### **Sesión III**

## **LA NUEVA NORMATIVA ARAGONESA EN MATERIA DE DISCAPACIDAD A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK: VISIÓN DE CONJUNTO Y NOVEDADES PROCESALES**

#### **Ponente**

*D.ª María Victoria Mayor del Hoyo*

PÁG. 191

#### **Coponentes**

*D. Rafael López-Melús Marzo*

PÁG. 233

*D.ª Nuria Souto Abad*

PÁG. 253



# EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS ANTE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD: ¿UNA ADAPTACIÓN CONDICIONADA POR LA REFORMA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PRIVADO ESTATAL?

M<sup>a</sup> VICTORIA MAYOR DEL HOYO

Profesora Titular de Derecho civil  
Universidad de Zaragoza

**SUMARIO:** 1. LA ADAPTACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PRIVADO, EN ESPECIAL DEL CÓDIGO CIVIL, A LA CONVENCIÓN: DEL COMITÉ DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD AL ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA LEGISLACIÓN CIVIL.– 2. LOS DERECHOS FORALES ANTE LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS: EN ESPECIAL, EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS: 2.1. Introducción. La adaptación del Derecho civil catalán.– 2.2. La capacidad y la guarda y protección de la persona en el Derecho civil aragonés.– 2.3. La reciente Ley 5/2019, de 21 de marzo, de derechos y garantías de las personas con discapacidad.– 2.4. La pendiente adaptación del Derecho civil aragonés a la Convención: 2.4.1. *El legislador aragonés ante la Convención.*– 2.4.2. *Los problemas de armonización con la legislación estatal como posible interferencia en la libertad del legislador aragonés: A) Problemas derivados de los Derechos civiles aplicables a capacidad y a instituciones de apoyo B) Armonización en materia de obligaciones y contratos.– C) Armonización en materia de responsabilidad civil.– D) Armonización en relación con las normas de separación y divorcio.– E) Armonización en materia de filiación.– F) Armonización en materia procesal.– G) Armonización en materia de publicidad registral.* 2.4.3 *¿Nuevamente el Derecho foral tras la senda del paradigma estatal?*

## 1. LA ADAPTACIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO PRIVADO, EN ESPECIAL DEL CÓDIGO CIVIL, A LA CONVENCIÓN: DEL COMITÉ DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD AL ANTEPROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA LEGISLACIÓN CIVIL

Como se sabe, nos hallamos inmersos en un proceso de cambio de percepción y tratamiento de la discapacidad impulsado por la Convención de Naciones Uni-

das para los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York en 2006, y ratificada por España, junto con su Protocolo facultativo, inmediatamente después.

El propósito de la Convención, según establece su art. 1, es «promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente», entendiendo por *personas con discapacidad* —y, por tanto, destinatarias de esta norma internacional— «aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás».

Conforme a ello, la Convención, más allá de considerar la discapacidad como objeto de protección social, como había sucedido hasta el momento, crea una nueva sensibilidad que vela por la promoción de la autonomía vital y jurídica de las personas con discapacidad e insta a los Estados a proporcionar el correspondiente apoyo para el ejercicio de dicha autonomía. El primero de sus principios, enumerados en el art. 3, es, precisamente, el del respeto a la «autonomía individual, incluida la libertad de tomar las propias decisiones, y la independencia de las personas». Y, en esta línea, el art. 12, referido al «igual reconocimiento como persona ante la ley», tras afirmar que las personas con discapacidad «tienen derecho [...] al reconocimiento de su personalidad jurídica» —párrafo 1º—, establece que los «Estados Parte reconocerán que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida» —párrafo 2º—. A continuación, instituye el deber de los Estados de adoptar «las medidas pertinentes» que proporcionen el acceso de estas personas «al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica» —párrafo 3º— y la obligación de asegurar que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias para impedir abusos en materia de derechos humanos —párrafo 4º—. «Esas salvaguardias asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida, que sean proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial» —párrafo 4º—.

Como es natural, los Estados Parte debemos adaptar los ordenamientos internos. Por lo que se refiere al legislador español, este ha ido dando respuestas sectoriales a los imperativos de la Convención —norma, por otra parte, directamente aplicable tras su publicación en el BOE—. La Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, llevó a cabo de forma oficial la acomodación al texto internacional, modificando numerosas leyes en distintos ámbitos de nuestro ordenamiento

(sanidad, empleo, accesibilidad, protección civil, cooperación internacional, etc). Posteriormente, el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social; texto que, pese a su título, no abarca toda la regulación del tema, sino que solo comprende los aspectos contenidos en las leyes refundidas, centradas, sobre todo, en cuestiones de accesibilidad y no discriminación. A ello hay que sumar: la reforma del Código penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo; la Ley de Jurisdicción Voluntaria —Ley 15/2015, de 2 de julio— (modificada por la Ley 4/2017, de 24 de junio, precisamente en relación con el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones); la Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado —LO 5/1995, de 22 de mayo— para garantizar la participación de las personas con discapacidad sin exclusiones; y la LO 2/2018, de 5 de diciembre, para la modificación de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General —LO 5/1985, de 19 de junio— para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad.

Ninguna de las reformas mencionadas aborda los aspectos jurídico-privados de la discapacidad y su adecuación al art. 12: en concreto, los relativos a lo que conocemos como capacidad jurídica y capacidad de obrar, procesos de modificación de la capacidad de obrar e instituciones de guarda de las personas con discapacidad. La inquietud, sin embargo, existe desde el principio: no había transcurrido un año desde la publicación en el BOE del Instrumento de ratificación y ya la Ley 1/2009, de 25 de marzo (que modificó la Ley del Registro civil de 1957 y la Ley sobre protección patrimonial de las personas con discapacidad de 2003) concedió al Gobierno el plazo de seis meses desde su entrada en vigor para remitir a las Cortes Generales «un proyecto de ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacitación judicial, que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar, para su adaptación a las previsiones de la Convención». El mandato se incumplió.

Posteriormente, la citada Ley 26/2011 de adaptación normativa a la Convención, en lugar de entrar en estas cuestiones, se limitó a aplazar nuevamente su tratamiento. En concreto, dispuso en la Disposición adicional séptima: «El Gobierno, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley de adaptación normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención [...], en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho proyecto de ley establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma libre de decisiones de las personas con discapacidad que los precisen».

El Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas, en 2011, en sus *Observaciones finales sobre el Informe presentado por España*

*en virtud del art. 35 de la Convención*, si bien congratuló al Estado español por los progresos que supuso la Ley 26/2011, mostró, sin embargo, su preocupación por el retraso en aplicar una nueva legislación que «regule el alcance y la interpretación del artículo 12» y recomendó a España que «revise las leyes que regulan la guarda y la tutela y que tome medidas para adoptar leyes y políticas por las que se reemplacen los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona».

Con esos antecedentes, y transcurrido el plazo otorgado por la Ley 26/2011 sin la presentación del proyecto de ley, en 2012 se presentó en el Congreso una Proposición no de ley relativa al ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida, que fue aprobada por el Pleno por 307 votos a favor y 12 abstenciones. En ella se instaba al Gobierno, en los mismos términos que la Disposición adicional séptima de la Ley 26/2011, a remitir a las Cortes Generales, esta vez en el plazo de tres meses, un proyecto de ley para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención. Pero, una vez más, el encargo se incumplió.

En el Pleno de la Comisión General de Codificación de 5 de noviembre de 2015, el Ministro de Justicia determinó como primera tarea de la Sección Primera la reforma de la legislación civil para cumplir con lo dispuesto en la Disposición adicional séptima de la Ley 26/2011. Durante las sesiones desarrolladas entre el 18 de noviembre de 2015 y el 13 de diciembre de 2017 la Comisión trabajó en la elaboración de un texto que fue sometido a la consideración del Ministro el 20 de febrero de 2018. El cambio de Gobierno producido en junio de ese año no supuso un obstáculo para el trabajo presentado y el 21 de septiembre de 2018 el Consejo de Ministros aprobó el *Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación y procesal en materia de discapacidad*. La disolución del Congreso de los Diputados y del Senado por el Real Decreto 129/2019, de 4 de marzo, ha impedido que, de momento, pueda continuarse con el proceso legislativo, pero, como después se expondrá, este —seguramente— se reanudará en cuanto la estabilidad política lo permita.

Así las cosas, el Comité de Naciones Unidas en las *Observaciones finales sobre los Informes periódicos segundo y tercero combinados de España*, que acaba de realizar en 2019, incide en la necesaria adaptación al art. 12: señala que «le preocupa que el Código civil del Estado Parte permita privar de capacidad jurídica a una persona por motivos de discapacidad y mantenga regímenes de sustitución en la adopción de decisiones» y «recomienda al Estado Parte que derogue todas las disposiciones legislativas discriminatorias con miras a abolir por completo los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones, reconozca la plena capacidad jurídica de todas las personas con discapacidad e introduzca mecanismos de apoyo para la adopción de decisiones que respeten la dignidad, la autonomía, la voluntad y las preferencias de las personas con discapacidad».

Como se observa, las manifestaciones del Comité en estas últimas *Observaciones* son más contundentes y directas, si cabe, quizás tratando de excluir otras posibles opciones en orden a conseguir la adaptación. No hay que obviar que, dejando aparte los últimos momentos de precariedad política, el retraso en la acomodación de nuestro Derecho privado a la Convención es, probablemente, debido a la complejidad de la materia —y lo delicado de su tratamiento— y al debate que durante todos estos años esa complejidad ha generado en la comunidad científica acerca de cómo debe ser la adaptación al art. 12. Han sido muchos y muy dispares los puntos de vista acerca de la interpretación del art. 12, del grado de compatibilidad o incompatibilidad de nuestras normas jurídico-privadas con este precepto de la Convención y, en consecuencia, del alcance y contenido de su modificación. Así, se han vertido ríos de tinta sobre cómo afecta la previsión del art. 12.2 a la distinción entre capacidad jurídica y capacidad de obrar propia de nuestro Derecho privado, sobre el mantenimiento o no de la modificación de la capacidad de obrar y, en su caso, en qué términos, y sobre el mapa de medidas o instituciones de apoyo que deben contener nuestras normas.

Ciertamente, los juristas españoles no hemos sido una excepción. Prueba de ello es que, a la vista de los informes presentados por los Estados Parte ante el Comité, este concluyó en 2014 —ocho años después de que se aprobara la Convención— que había problemas de comprensión y un «malentendido general acerca del alcance exacto de las obligaciones de los Estados Parte en virtud del artículo 12 de la Convención», por lo que decidió emitir una Observación General —la N° 1— en la que ofrece a todos los Estados una interpretación del art. 12 y un análisis de las obligaciones derivadas del mismo. Se expone a continuación una síntesis del contenido de la Observación:

1º Comienza indicando que el primer párrafo del art. 12 «garantiza que todo ser humano sea respetado como una persona titular de personalidad jurídica, lo que es un requisito indispensable para que se reconozca la capacidad jurídica de la persona».

2º Continúa recordando que el segundo párrafo del art. 12 reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida. Y explica que la capacidad jurídica incluye la capacidad de ser titular de derechos y la de actuar en derecho. La capacidad jurídica de ser titular de derechos concede a la persona la protección plena de sus derechos por el ordenamiento jurídico. La capacidad jurídica de actuar en derecho reconoce a esa persona como actor facultado para realizar transacciones y para crear relaciones jurídicas, modificarlas o ponerles fin. Para que se cumpla el derecho a la capacidad jurídica deben reconocerse las dos facetas de esta. Indica que la aptitud deficiente para tomar decisiones a causa de una discapacidad no debe utilizarse como justificación para negar o retirar la capacidad de actuar.

3º Prosigue exponiendo que el tercer párrafo del art. 12 establece que los Estados Parte tienen la obligación de proporcionar a las personas con discapa-

cidad acceso al apoyo que sea preciso para el ejercicio de su capacidad jurídica, es decir, para tomar decisiones que tengan efectos jurídicos. Señala que el apoyo nunca debe consistir en decidir por ellas. En todo momento, incluso en situaciones de crisis, deben —dice— respetarse la autonomía individual y la capacidad de las personas con discapacidad de adoptar decisiones. Hay que contar, además —continúa diciendo el Comité en la Observación—, con la posibilidad de que la persona con discapacidad puede no desear ejercer su derecho a recibir este apoyo.

4º El cuarto párrafo del art. 12 dispone que los Estados asegurarán que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardias adecuadas y efectivas para impedir abusos.

El objetivo principal de esas salvaguardias debe ser garantizar el respeto de los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona. Observa que este respeto incluye el derecho a asumir riesgos y a cometer errores.

Continúa indicando que cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad y las preferencias de una persona, la determinación del «interés superior» debe ser sustituida por la «mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias». Señala que el paradigma de «la voluntad y las preferencias» debe reemplazar al del «interés superior» para que las personas con discapacidad disfruten del derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad con los demás.

Las salvaguardias deben incluir la protección contra la influencia indebida. Considera que hay influencia indebida cuando la calidad de la interacción entre la persona que presta el apoyo y la que lo recibe presenta señales de miedo, agresión, amenaza, engaño o manipulación. Esta protección, sin embargo, debe —añade— respetar la voluntad y preferencias de la persona, incluido el citado derecho a asumir riesgos y equivocarse.

5º De acuerdo con todo lo anterior, el Comité considera que los Estados tienen la obligación de reemplazar los regímenes basados en la sustitución en la adopción de decisiones (entre los que cita la tutela plena o parcial, la interdicción judicial...) por un apoyo para la adopción de decisiones que respete la autonomía, la voluntad y las preferencias de la persona. Advierte de que no basta para cumplir con el art. 12 con crear sistemas de apoyo a la adopción de decisiones manteniendo paralelamente los regímenes basados en la adopción sustitutiva de decisiones, sino que es preciso suprimir estos regímenes.

La Observación General no apaciguó el debate, más bien podría decirse que lo reavivó, porque sirvió para que los distintos puntos de vista se deslizaran hacia los extremos. El amplio abanico de reacciones va desde la acogida sin reservas de la Observación como referente y guía para la adaptación del ordenamiento hasta la puesta en duda tanto de la conveniencia del nuevo paradigma que se trata de implantar en su expresión más radical como del propio valor de las Observacio-

nes del Comité, pasando, naturalmente, por posiciones intermedias. Las voces más críticas con el contenido de esta Observación General han llegado a afirmar que la Observación constituye una amenaza para los derechos fundamentales de las personas con discapacidad psíquica y han reprochado la ausencia de expertos médicos en el Comité. Por lo que se refiere al valor de la Observación, se ha discutido acerca de la obligatoriedad de los Estados de asumirla al pie de la letra. Merece la pena hacer un pequeño alto en este punto.

La Convención, como suelen hacer otros tratados, ordena la creación de un comité de seguimiento de su aplicación: el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad —art. 34—. Dispone que los Estados deben presentar al Comité informes sobre las medidas adoptadas para cumplir con la Convención y sobre los progresos que van realizando: uno —el informe inicial— en el plazo de dos años desde la entrada en vigor y, posteriormente, cada cuatro años —informes ulteriores —(art. 35.1 y 2). Y establece que el «Comité considerará todos los informes, hará las *sugerencias* y las *recomendaciones* que estime oportunas respecto a ellos y se las remitirá al Estado Parte de que se trate» —art. 36—. Ya se han expuesto las Observaciones que el Comité hizo a los informes inicial (en 2011) y segundo y tercero (en 2019) de España. Por otro lado, la Convención prevé que el Comité pueda «hacer sugerencias y recomendaciones de carácter general basadas en el examen de los informes y datos recibidos de los Estados Parte en la Convención» —art. 39—. A esta previsión responde la Observación General 1 sobre el art. 12. Aparte de lo anterior, los Estados Parte en el Protocolo Facultativo de la Convención —entre los que se encuentra España— reconocen la competencia del Comité para recibir y considerar las comunicaciones presentadas por personas o grupos de personas que aleguen ser víctimas de una violación por ese Estado Parte de cualquiera de las disposiciones de la Convención —art. 1 del Protocolo—, ante las cuales el Comité hará llegar al Estado las sugerencias y recomendaciones oportunas —arts. 5 y 6 del Protocolo—.

Como observa DE SALAS MURILLO —que ha realizado un interesante estudio sobre esta cuestión—, algunos autores han manifestado que los pronunciamientos del Comité se erigen en criterio de interpretación auténtico y jerárquico, y gozan de la misma primacía de la propia norma internacional cuyo seguimiento se les encomienda. Otros han expresado, refiriéndose a los pronunciamientos de los órganos internacionales de control, que constituyen más bien «una interpretación autorizada del tratado que supervisan de la que no deben apartarse los poderes nacionales y menos aún las autoridades normativas españolas».

Puede ser interesante recordar, aunque ciertamente en un ámbito distinto —como destaca la citada autora—, que el Tribunal Constitucional ha afirmado que las resoluciones y dictámenes de la OIT no son vinculantes, sino que, «distintas de los Convenios, [...], son textos orientativos, que sin eficacia vinculante pueden operar como criterios interpretativos o aclaratorios de los Convenios» —STC 38/1981, de 23 de diciembre—.

Por otro lado, la fuerza interpretativa de estos órganos ha sido puesta en duda desde hace algún tiempo con ocasión de los dictámenes del Comité de Derechos Humanos en los que se condenaba a España por vulnerar el art. 14.5 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos. Invocados estos dictámenes ante el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional para justificar la vulneración del derecho al doble grado jurisdiccional, el primero ha indicado que el Comité de Derechos Humanos es un órgano político y que sus resoluciones o dictámenes carecen de aptitud para crear doctrina vinculante —STS 141/2005 de 11 de febrero—, y el segundo, yendo más allá, ha considerado que los dictámenes del Comité «no pueden constituir la interpretación auténtica del Pacto porque la norma internacional no le otorga tal competencia» —STC 116/2006, de 24 de abril—.

En esta línea parece que va la comunidad jurídica internacional. Así se deduce del *Informe* realizado por el *Essex Autonomy Project*, en 2016, con ocasión de la evaluación del cumplimiento del art. 12 por la legislación del Reino Unido. El *Informe* contiene un apéndice —el *Appendix A*— titulado «On the Legal Status of General Comments» en que se exponen los resultados del análisis de las opiniones publicadas sobre la «situación o estatus jurídico» de las Observaciones generales de los órganos de Naciones Unidas creados en virtud de tratados, teniendo en cuenta para ello tanto debates académicos como material de fuentes de Naciones Unidas:

En él se indica que los resultados muestran una coherencia notable: todos los materiales publicados que pudieron identificar convinieron en que las Observaciones generales emitidas por los órganos de tratados de Naciones Unidas no son jurídicamente vinculantes. No pudieron identificar ninguna declaración publicada de la opinión contraria. Se destacan al respecto en el texto las conclusiones de un informe —de 2004— de la *International Law Association* sobre el impacto de los pronunciamientos de estos órganos, en las que se afirma que los gobiernos han tendido a subrayar que, si bien las Observaciones finales y generales de los órganos creados en virtud de tratados han de recibir considerable importancia como pronunciamiento de los expertos de los órganos en las cuestiones que abarca el tratado, no son en sí mismas interpretaciones formalmente vinculantes del tratado; y que, si bien los Estados las examinarán detenidamente, es posible que no las pongan en práctica de oficio.

Continúa exponiendo el documento del *Essex Autonomy Project* que, si bien hay acuerdo sobre el carácter no vinculante de las Observaciones generales, su condición jurídica, sin embargo, no está del todo clara. Explica que se afirma con frecuencia que contienen «interpretaciones autorizadas» de los tratados. Pero no es cuestión pacífica: recuerda que tanto Estados Unidos como el Reino Unido, en sus comunicaciones sobre el proyecto de Observación General 33 del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, rechazaron la afirmación de que el Comité de las Naciones Unidas es el intérprete autorizado del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Ni siquiera está del todo admitido que

las observaciones sean una práctica ulterior que refleje acuerdo entre los Estados Parte sobre la interpretación del tratado, en el sentido del art. 31.3 b) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

Concluye, finalmente, el documento que, a la vista del estudio realizado, los Estados no están obligados por las interpretaciones de los comités y que pueden cuestionar su corrección y rechazarlas, sin que por ello incumplan necesariamente sus obligaciones convencionales.

En nuestro país, con base precisamente en estas conclusiones, algunos autores —la ya citada DE SALAS MURILLO— han manifestado serias dudas respecto de la obligatoriedad de seguir a la letra el contenido de la Observación General nº 1, al considerar que la obligación de los Estados de cumplir los tratados de buena fe implica que, efectivamente, no pueden ignorar los informes, recomendaciones y Observaciones generales de este tipo de comités, pero que, en última instancia, tienen el derecho de rechazar sus interpretaciones si encuentran base argumental para ello.

El ya mencionado Anteproyecto, que en su última versión (de enero de 2019) pasa a denominarse *Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica*, opta por una adaptación del ordenamiento jurídico al art. 12 de la Convención conforme a la interpretación y recomendaciones del Comité en la Observación General nº 1 y las Observaciones finales hechas a España.

La adaptación no es abordada —como observa el Consejo de Estado— con meros cambios en preceptos concretos, especialmente del Código civil, sino que se opta por una reforma más ambiciosa y de mayor calado, que implicará no solo un cambio radical de ordenación sistemática y de numeración del Código civil, sino también, y sobre todo, un importante cambio en las instituciones civiles sobre la materia y materias conexas (con todas las modificaciones procesales que ello lleva aparejado), que supondrá un cambio de sistema: instaurará, en concreto, un sistema basado en la supresión de las declaraciones de incapacidad y el reemplazo del modelo tutelar de toma de decisiones mediante sustitución por un modelo de acceso a mecanismos de apoyo en la toma de decisiones. Este cambio de paradigma, naturalmente, repercutirá en otros ámbitos que constituyen pilares básicos de nuestro ordenamiento, como el negocial o el relativo a la responsabilidad. Además, aunque la reforma prevista para el Código es la más extensa (afecta a casi doscientos artículos), no es la única ley que será modificada. Contiene también cambios en la Ley del Notariado, la Ley Hipotecaria, la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley del Registro civil —de 2011—, la Ley de Jurisdicción Voluntaria y la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad.

El Anteproyecto suprime las declaraciones de incapacidad: elimina el actual contenido del Título X del Libro I del Código civil, que lleva por rúbrica «De la incapacitación». De este modo desaparece el estado civil de incapacitado y

se superan las tradicionales diferencias entre capacidad jurídica y capacidad de obrar en relación con los incapacitados —no respecto de los menores de edad—. Se considera que así se cumple el segundo párrafo del art. 12 de la Convención, al reconocer a la persona con discapacidad «capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás personas en todos los aspectos de la vida», entendiendo por capacidad jurídica, como indica el Comité, la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones y de ejercerlos. Ello afecta de manera transversal a toda la regulación civil, que debe adaptarse a este cambio estructural del sistema.

De acuerdo con lo anterior, elimina el modelo de toma de decisiones mediante sustitución: suprime las instituciones de la tutela para las personas con discapacidad y de la patria potestad prorrogada y rehabilitada. La tutela, con su tradicional connotación representativa, queda reservada exclusivamente para los menores de edad. Por lo que se disocia la regulación de la menor edad y la discapacidad.

Y reemplaza ese modelo de sustitución por otro de apoyo en la toma de decisiones. Las medidas de apoyo se regulan en el proyectado Título XI del Libro I del Código civil —«De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica»—. La curatela, que es objeto de una profunda modificación, se convierte en el principal mecanismo de apoyo. El sistema lo completan el defensor judicial y la guarda de hecho.

La curatela en el Anteproyecto es exclusiva para las personas con discapacidad: desaparecen las funciones que actualmente atribuye el Código civil al curador en relación con los menores emancipados —o que han obtenido el beneficio de la mayor edad— y con los pródigos, que quedan atribuidas respectivamente, al defensor judicial y al asistente del pródigo. La finalidad de la institución es —en términos de la Exposición de Motivos— «asistencia, apoyo, ayuda en el ejercicio de la capacidad jurídica; por tanto, como principio de actuación y en la línea de excluir en lo posible las actuaciones de naturaleza representativa, la curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial. No obstante, en los casos en los que sea preciso, y solo de manera excepcional, podrá atribuirse al curador funciones representativas».

La figura del defensor judicial está prevista para cuando la necesidad de apoyo sea ocasional —aunque recurrente—, haya conflicto de intereses entre la figura de apoyo estable y la persona con discapacidad o sobrevenga imposibilidad coyuntural a la figura de apoyo habitual.

En cuanto a la guarda de hecho, experimenta un reforzamiento en el Anteproyecto al dejar de estar concebida como una situación provisional y pasar a ser una medida de apoyo en sí misma que se considera como deseable. Se prevé que el guardador pueda obtener una autorización judicial *ad hoc*, para determinados actos, de forma que no sea preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos.

El Anteproyecto sustituye el criterio del interés de la persona con discapacidad por el de respeto a su voluntad, deseos y preferencias en la actuación de las tres figuras de apoyo. Dispone, incluso, que cuando no sea posible determinarlos «se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración».

Por otro lado, el Anteproyecto avanza en el camino hacia la autorregulación que arrancó con la Ley 41/2003 y otorga absoluta preferencia a las medidas preventivas, es decir, a las que puede tomar la persona en previsión de una futura necesidad de apoyo, que han de prevalecer sobre las medidas que se establecen judicialmente. Adquieren así especial importancia los poderes y mandatos preventivos. Se introduce una nueva regulación de estos, dedicándoles un capítulo —el II— dentro del Título XI, en la que se separa la autotutela del otorgamiento de poderes preventivos y estos del mandato.

El nuevo paradigma de la discapacidad se proyecta, en distinto grado, sobre amplios sectores del ordenamiento jurídico-civil, por lo que son muchas las normas que a lo largo del Código civil precisan adaptación y que el Anteproyecto propone modificar: reglas de Derecho internacional privado; adquisición de la nacionalidad; efectos de la separación, nulidad y divorcio; determinación de la filiación; patria potestad; emancipación; régimen económico matrimonial, en especial, preceptos relativos a la sociedad de gananciales; posesión. Particularmente afectadas —como explica la Exposición de Motivos— van a resultar algunas reglas relativas al Derecho de sucesiones y al Derecho de contratos, dado que la capacidad de ejercicio de los derechos implica la posibilidad de realizar actos jurídicos de gran transcendencia, cuya celebración, validez y eficacia debe ser tratada de conformidad con la nueva perspectiva. Asimismo, la comprensión de las personas con discapacidad como sujetos plenamente capaces, repercute en la idea de responsabilidad, en concreto, en el concepto de imputación subjetiva en la responsabilidad civil por hecho propio, y en una nueva y más restringida concepción de la responsabilidad por hecho ajeno.

La adaptación normativa también se extiende al ámbito procesal: se sustituyen los tradicionales procesos de modificación de la capacidad por los dirigidos a proveer de apoyos a las personas con discapacidad, optando por el cauce de la jurisdicción voluntaria cuando no haya oposición.

Por lo que se refiere al Registro de la Propiedad, la principal reforma consiste en la creación de un Libro único informatizado que dará publicidad a las resoluciones judiciales que establezcan medidas de apoyo.

También se prevé modificar la Ley del Registro civil para que las resoluciones judiciales dictadas en los procedimientos de provisión de apoyos accedan al Registro Civil. Por otro lado, se pretende que el Registro civil juegue un papel relevante en el sistema al hacer efectiva la preferencia de las medidas preventivas previstas por la persona respecto de sí misma o sus bienes.

El Anteproyecto, como se ha indicado, fue informado en primera vuelta el 21 de septiembre de 2018 por el Consejo de Ministros y se procedió a someterlo a los correspondientes trámites de consultas, dictámenes e informes. Trámites que han concluido con el Dictamen que el Consejo de Estado remitió el 22 de abril de 2019 a la Ministra de Justicia, después de que el 4 de marzo se disolviera el Congreso y el Senado. Esta circunstancia ha impedido que el Consejo de Ministros lo apruebe como Proyecto de Ley y lo someta al Congreso. No obstante, no parece que el proceso iniciado con la propuesta de este texto vaya a detenerse y todo apunta a que se retomará en cuanto las circunstancias políticas lo permitan. De hecho, como ya se ha puesto de relieve, los cambios de Gobierno producidos en 2018 no influyeron en el proceso: el contenido del Anteproyecto presentado es sustancialmente el mismo que se había trabajado con el Gobierno anterior, fruto de la propuesta de la Comisión General de Codificación. En este sentido, el Presidente de la Sección civil de esta Comisión ha afirmado que la acogida del texto por las entidades que representan a sus destinatarios es la mayor garantía de su perdurabilidad y que «el texto no tiene nada que ver con mayorías ni con minorías, ni con colores políticos, ni con preferencias ideológicas».

## **2. LOS DERECHOS FORALES ANTE LA CONVENCION DE NACIONES UNIDAS: EN ESPECIAL, EL DERECHO CIVIL ARAGONÉS**

### ***2.1. Introducción. La adaptación del Derecho civil catalán***

Se han presentado las acciones encaminadas a adaptar a la Convención el tratamiento de la discapacidad en el Código civil. Pero el Derecho civil del Estado no es el único Derecho civil en España que regula esta materia: también lo hacen el Código civil catalán y el Código del Derecho Foral de Aragón.

En Navarra, el Fuero Nuevo —Ley Foral 1/1973, de 1 de marzo— ha venido regulando la capacidad con referencia únicamente a la edad. La reciente actualización de este cuerpo legal por medio de la Ley Foral 21/2019, de 4 de abril, mantiene este contenido en la actual versión del Fuero, «sin perjuicio de una futura legislación especial que regule de manera completa la capacidad y contemple todas las figuras de apoyo de las personas con la capacidad modificada judicialmente» —así lo señala el legislador en el Preámbulo de la Ley—. De manera que, en relación con las personas con discapacidad, se limita a regular los patrimonios protegidos —Capítulo II del Título I del Libro I—, a regular el «poder en previsión de la modificación o pérdida de la capacidad o de la necesidad de medidas de apoyo para el adecuado ejercicio de la capacidad jurídica» —en la ley 49— y a introducir a lo largo del texto algunas normas muy concretas relativas a su protección.

En Galicia, la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, incluía un título —el III— dedicado a la autotutela, para que la persona mayor de edad

podiera realizar sus propias disposiciones en previsión de una eventual incapacidad. Pero el título ha sido declarado inconstitucional y nulo por la STC 133/2017, de 16 de noviembre.

En cuanto que, como indicaba, los ordenamientos catalán y aragonés regulan la discapacidad desde un punto de vista iusprivatista será preciso que se adapten también a los postulados de la Convención de Naciones Unidas Aunque este estudio se centrará en la adaptación del Derecho civil aragonés, haré una breve mención al estado de la cuestión en Cataluña:

El Libro segundo del Codi civil, relativo a la persona y a la familia, es posterior a la Convención —Ley 25/2010, de 29 de julio— y el legislador catalán trató de adaptarse, en su elaboración, a ella. Para ello, introdujo una gran variedad de instrumentos de protección con el fin de cubrir todo el abanico de situaciones en que pueden encontrarse las personas con discapacidad. De forma que la regulación resultante mantiene las instituciones de protección tradicionales vinculadas a la incapacitación, pero también regula otras que operan, o pueden eventualmente operar, al margen de esta, ateniéndose a la constatación de que en muchos casos la persona con discapacidad o sus familiares prefieren no promoverla. El legislador consideró en aquel momento que «esta diversidad de regímenes de protección sintoniza con el deber de respetar los derechos, voluntad y preferencias de la persona, y con los principios de proporcionalidad y de adaptación a las circunstancias de las medidas de protección, tal y como preconiza la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, aprobada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por el Estado español» —así lo expresó en el Preámbulo de la norma—. Por último, añadió que «las referencias del Libro segundo a la incapacitación y a la persona incapacitada deben interpretarse de acuerdo con esta convención, en el sentido menos restrictivo posible de la autonomía personal».

Como se observa, la interpretación que hizo de la Convención el legislador catalán podría calificarse de moderada, lo que se traduce en una adaptación no maximalista. Encaja en la línea hermenéutica previa a la Observación General n° 1 del Comité, que, precisamente, esta trató de disuadir (recuérdese que el Comité justificó la Observación por los problemas de comprensión y el malentendido general acerca del alcance exacto de las obligaciones de los Estados para adaptarse al art. 12). Como ya se ha expuesto, en la Observación se incide en que es preciso reemplazar los regímenes basados en la sustitución por otros fundados en el apoyo en la toma de decisiones, sin que sea suficiente para cumplir con el art. 12 con —como hace el Código civil de Cataluña— crear sistemas de apoyo manteniendo paralelamente los regímenes basados en la adopción sustitutiva de decisiones. La misma recomendación hizo el Comité a España en las Observaciones particulares (2011 y 2019), también posteriores a la ley catalana.

Aunque, como se ha expuesto, el valor de las Observaciones ha generado debate y existen dudas sobre la obligatoriedad de seguir las interpretaciones

del Comité, estas no han pasado desapercibidas en Cataluña y, en la actualidad, existe cierto movimiento —como ha compartido RIBOT IGUALADA— para adaptarse a ellas. La actividad se está produciendo en un doble sentido: uno más político-social y otro más técnico-jurídico.

En relación con el primero, la Consejería de Bienestar Social ha articulado una Mesa para el Plan Nacional de Discapacidad con el fin de adaptar la normativa y las prácticas de la Administración Pública catalana a los principios de la Convención. Este objetivo en Aragón se ha cumplido ya con la Ley de 2019, como se expondrá más adelante.

Por lo que se refiere al movimiento más técnico jurídico, hay un borrador de Anteproyecto de ley de actualización del CCCat, en relación con las normas de capacidad jurídica y de obrar, que sigue su curso en el seno de la Comisión de Codificación de Cataluña. El texto, que prevé modificar los Capítulos I y II del Libro segundo del CCCat, incorpora explícitamente el derecho a la capacidad jurídica en condiciones de igualdad, establece que todas las personas pueden ejercitar por sí mismas sus derechos civiles con las medidas establecidas por la ley en su beneficio, de acuerdo con su capacidad natural, y dispone que, a petición de la propia persona o de otra en su interés, se pueden adoptar medidas de asistencia o de apoyo con el fin de garantizar el ejercicio de los derechos en situaciones personales en que sea conveniente, debiéndose respetar siempre la voluntad y las preferencias de la persona.

Junto a esta iniciativa, la propia Comisión de Codificación está impulsando también trabajos para reformar el conjunto de instituciones de protección: a través de un taller participativo se ha elaborado un documento de trabajo que contiene un borrador de las Bases de la reforma del CCCat en materia de apoyo al ejercicio de la capacidad jurídica. Se trata de veinte bases que diseñan todo un sistema de apoyo para que las personas con discapacidad ejerzan sus derechos y tomen sus decisiones en condiciones de igualdad, y que, tras su debate público, se desarrollarán en forma de normas dando lugar a un anteproyecto de ley para reformar en este punto el CCCat.

## *2.2. La capacidad y la guarda y protección de la persona en el Derecho civil aragonés*

Por lo que respecta a Aragón, el Código del Derecho Foral, dedica el Título I del Libro I a «la capacidad y estado de las personas». Este título, tras regular la capacidad por razón de la edad en el Capítulo I, se ocupa en el Capítulo II de la «Incapacidad e incapacitación». El capítulo cuenta con dos secciones: la primera, sobre «La persona incapaz y la incapacitada», que sigue la actual regulación de la incapacitación del Código civil; la segunda, sobre «Prórroga y rehabilitación de la potestad de guarda». Como complemento de este título, el Título III está dedicado a «las relaciones tutelares». En él se regula de forma conjunta la guarda

y protección de la persona y bienes del menor y del incapacitado con las habituales instituciones: tutela, curatela, defensor judicial; y también guarda de hecho, guarda administrativa y acogimiento.

Los títulos proceden de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona, refundida en el Código. Esta ley dejó atrás la regulación de la materia mediante normas que se presentaban como peculiaridades o excepciones y configuró un auténtico sistema:

Por lo que se refiere a las personas con problemas de autogobierno, en el Preámbulo de la Ley se explica que «en las leyes civiles aragonesas hay numerosas referencias a las personas incapaces y a las incapacitadas, así como, en el Derecho histórico, una regulación de la tutela y la curatela que las incluía». Si bien existían esas referencias en las normas civiles vigentes en el momento en que elaboró la ley, no había una regulación de la «incapacidad e incapacitación» —en terminología de la norma—, por lo que se aplicaba supletoriamente el Código civil. Cuando la Comisión Aragonesa de Derecho Civil se puso a trabajar en la ley por encargo del gobierno de Aragón, las opiniones de sus miembros fueron muy dispares en cuanto a la conveniencia de incluir o no a la incapacitación. Concluyeron no excluir tajantemente de entrada ningún contenido posible y dejaron al ponente libertad para trabajar. Este se mostró muy favorable a incluirla porque «la regulación de la tutela y curatela de incapacitados, así como la de la protección administrativa de los incapacitados, e incluso la de la situación del menor incapacitado sujeto a autoridad familiar, exigen o hacen muy conveniente que previamente se haya delimitado quiénes son esos incapacitados y en qué se diferencian de los meros incapaces, su respectiva capacidad y el régimen de los actos por ellos realizados» —como el mismo ponente, SERRANO GARCÍA, explica—.

En cuanto a las relaciones tutelares, el Derecho histórico aragonés contenía un sistema propio de instituciones tutelares, completado con los principios del Derecho común europeo —como explica el Preámbulo de la Ley—. Este sistema tutelar fue erosionado por la Ley de enjuiciamiento civil y el Código civil, situación en la que llegó al Apéndice. Con la promulgación de estas normas del Estado se puso en duda la vigencia de las normas forales aragonesas y, no sin vacilaciones, la jurisprudencia resolvió que en los territorios forales regían los títulos del Código civil relativos a la tutela, que conviene señalar que introducían importantes cambios respecto del anterior régimen. Así las cosas, y aunque la cuestión era discutible, en el Apéndice solo se incluyeron dos reglas sobre tutela, puesto que sus autores creyeron que el Derecho foral había sido sustituido por el Código civil. Posteriormente, la Compilación del Derecho civil de Aragón se limitó a incluir en cinco artículos —arts. 15 a 19— algunas especialidades respecto del régimen de la tutela del Código civil. Cuando en 1983 se reformó el sistema de tutela en el Código civil, aplicable supletoriamente en Aragón, se originaron problemas de armonización de ambos sistemas. De modo que la Compilación contenía una regulación fragmentaria que ofrecía dudas de interpretación y, sobre

todo, de integración con las normas supletorias del Código civil, que respondían a principios parcialmente distintos y, por ello, inadecuados. La Ley de 2006 acabó tanto con la anterior regulación fragmentaria, diseñando un completo sistema de relaciones tutelares, como con los problemas de armonización.

El régimen que ha llegado al Código del Derecho Foral de Aragón a través de esta Ley es ya conocido:

Se priva o limita la capacidad de la persona por medio de sentencia judicial y en virtud de las causas establecidas por la ley, que, igual que en el régimen del Código civil, son las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma. La única diferencia con la ley estatal es que la prodigalidad no tiene otro efecto que el de ser causa de incapacitación cuando concurran en la persona las causas descritas. La sentencia ha de determinar la extensión y límites de la incapacitación, así como el régimen de protección al que haya de quedar sometido el incapacitado: tutela, curatela o autoridad familiar prorrogada o rehabilitada. Esta última se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la sentencia de incapacitación y, subsidiariamente, conforme a las reglas de la autoridad familiar o la tutela.

La existencia de personas que podrían ser incapacitadas pero no lo están se contempla por el Código —como destaca PARRA LUCÁN— como una situación con vocación de interinidad (recuérdese que el guardador de hecho está obligado a poner en conocimiento del Juez o Ministerio Fiscal esta situación), pero la norma atiende a la situación de estas personas y a la eficacia de sus actos, dado que, a pesar de lo anterior, se trata de una realidad bastante habitual.

Por último, hay que destacar que el Código da entrada a la autonomía de la voluntad por medio de la delación voluntaria y la posibilidad de otorgar un mandato que no se extinga por la incapacidad o incapacitación de quien lo otorga.

### ***2.3. La reciente Ley 5/2019, de 21 de marzo, de derechos y garantías de las personas con discapacidad***

Recientemente se ha aprobado en Aragón una ley en materia de discapacidad: la Ley 5/2019, de 21 de marzo, de derechos y garantías de las personas con discapacidad. Ley que, según se explica en el Preámbulo, «obedece a la necesaria adecuación de la normativa autonómica a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad». Pero, igual que ha sucedido en el ámbito estatal (con la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y el posterior Texto refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, encargado por esta al Gobierno, y aprobado por el Real Decreto 1/2013, de 29 de noviembre) esta ley aragonesa de adaptación normativa a la Convención no ha abordado la adecuación de las

normas jurídico-privadas: no se aproxima al tratamiento de la capacidad ni de las actuales instituciones de protección, por lo que su regulación en el Código del Derecho Foral de Aragón permanece intacta.

En tanto que la Convención ha modificado el paradigma en las políticas sobre discapacidad, pasando de un planteamiento meramente asistencial al de garantía de derechos, la nueva ley se centra en reconocer a las personas con discapacidad derechos específicos respecto de los que son sujetos activos y en reorientar las actuaciones públicas desde un modelo biosanitario y rehabilitador, concentrado en la enfermedad o en las deficiencias, a un modelo social, basado en las capacidades y en la interacción con el entorno. Se trata, por tanto, de una norma destinada a diseñar las actuaciones a seguir por las Administraciones públicas de Aragón.

En relación con ello, la Comunidad Autónoma, en ejercicio de la competencia sobre acción social (art. 71.34<sup>a</sup> del Estatuto de Autonomía —en adelante, EA—), había aprobado hacía ya diez años la Ley 5/2009, de 30 de junio, de Servicios Sociales de Aragón, que regula los servicios sociales para las personas con discapacidad en Aragón y establece el marco básico de actuación de las políticas públicas aragonesas dirigidas a la población con discapacidad. Sin embargo, se ha considerado necesaria —explica el Preámbulo de la nueva ley— una norma que regulara las acciones públicas dirigidas a las personas con discapacidad desde una perspectiva transversal, recogiendo medidas en el ámbito sanitario (arts. 71.55<sup>a</sup> y 71.56<sup>a</sup> EA), laboral (art. 77.2<sup>a</sup> EA), educativo (art. 73 EA), de servicios sociales (art. 71.4<sup>a</sup> EA), de cultura (art. 71.43<sup>a</sup> EA), deporte (art. 71.52<sup>a</sup> EA), así como en lo referente a la accesibilidad urbanística, arquitectónica (art. 71.9<sup>a</sup> EA), del transporte (art. 71.15<sup>a</sup> EA) y la comunicación (art. 74 EA).

La Ley está estructurada en doce títulos, aparte del Título Preliminar —sobre disposiciones generales—. El Título I está dedicado a la igualdad de oportunidades y no discriminación; el II a la salud; el III a la educación; el IV a la formación y el empleo; el V a los servicios sociales; el VI a la cultura, el turismo, el deporte y otras actividades de ocio; el VII a la autonomía personal y accesibilidad universal; el VIII a las tecnologías e investigación; el IX a la protección jurídica; el X a los medios comunicación social y la publicidad; el XI a la gobernanza en la materia; el XII regula el régimen sancionador.

Antes de continuar, conviene aclarar que el legislador aragonés ha asumido el concepto amplio de discapacidad de la Convención, por lo que todo el contenido de la Ley, descrito en grandes trazos mediante la presentación de sus títulos, es aplicable a toda discapacidad, sin distinción alguna. El legislador utiliza la técnica de la remisión para definir a quién se considera como «persona con discapacidad» a los efectos de la ley. El art. 2.2 remite, en concreto, a los apartados 1 y 2 del art. 4 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, de 2013. El primer apartado

del mencionado art. 4 reproduce el concepto de persona con discapacidad del art. 1 de la Convención: «Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás». Y el segundo párrafo añade que, además, y a todos los efectos, «tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento», entre quienes se encuentran «los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez» y «los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad». La Ley se aplicará a todas las personas con discapacidad, en el sentido descrito, que se encuentren en territorio de la Comunidad Autónoma de Aragón —art. 2—, con independencia de su vecindad civil.

Hecha esta aclaración, interesa, ahora ya sí, detenernos en el Título IX por su aparente conexión con el art. 12 de la Convención. Se trata de un título un tanto desconcertante, que puede plantear dudas sobre su rúbrica y contenido y sobre la misma intención perseguida por el legislador.

El Título IX lleva por rúbrica: «Protección jurídica de las personas con discapacidad». Nótese que en sentido técnico y literal «protección jurídica» es protección por el Derecho, es decir, toda norma dada con el fin de proteger, en este caso, a la persona con discapacidad. Sin embargo, no parece que ese haya sido el sentido o amplitud que ha querido dar el legislador a la expresión. Más bien parece que evoca al art. 12 de la Convención, que lleva por título «Igual reconocimiento como persona ante la ley» y que regula —como se sabe— la igual capacidad legal, como si la rúbrica quisiera indicar que el contenido del Título IX pretende proteger la igualdad de la persona con discapacidad en lo relativo al Derecho o las leyes, o dicho de otro modo: en «lo jurídico».

Ello lleva a dudar de la intención del legislador al insertar este Título en la Ley. Podría parecer, en un primer acercamiento, a la vista de esta rúbrica, pero también de la terminología empleada y de la transcripción, incluso, de parte del art. 12 de la Convención, que busca cumplir con la adaptación del ordenamiento a este precepto de la Convención. Utiliza, efectivamente, una terminología propia del art. 12 y de la Observación del Comité: habla de autonomía en la toma de decisiones, preferencias, apoyo en el proceso de toma de decisiones y en el ejercicio de la capacidad, etc. Y reproduce en el párrafo 4º del art. 61 el contenido de parte del art. 12: «Se asegura que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardas adecuadas y efectivas. Esas salvaguardas asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, de manera que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida».

Sin embargo, si se encuadra el Título en el conjunto general de la ley y se presta atención a su contenido, se comprende que no ha podido ser esa la intención del legislador. La adaptación del ordenamiento al mencionado precepto de la Convención pasa por modificar las normas de Derecho privado, lo cual queda fuera de la órbita de una ley que tiene como objeto dibujar y ordenar la actuación de las Administraciones públicas en Aragón. De hecho, el legislador en ningún momento justifica el título competencial de su acción normativa con base en el art. 149.1.8 de la Constitución. La finalidad del Título es únicamente adecuar las políticas o acciones públicas a la Convención en el sentido de garantizar que facilitarán el acceso de la persona con discapacidad que se encuentre en Aragón al ejercicio de sus derechos, sea cual sea el modo en el que el Derecho privado, es decir, el Código del Derecho Foral de Aragón, o —en su caso— el Código civil, regule tal ejercicio de derechos, que en ambos casos es en la actualidad mediante un sistema basado en la privación y sustitución.

Centrándonos ya en el desarrollo del contenido, el legislador comienza el Título IX —igual que en los demás títulos— reconociendo los derechos de las personas con discapacidad que se tratarán de garantizar con las actuaciones públicas previstas en el mismo: se refiere, en primer lugar, al «derecho a la autonomía», pero esta vez no en relación con su movilidad (garantizada con la accesibilidad universal) —materia regulada en el Título VII—, sino en relación con «la toma de decisiones». El art. 59 establece que «las personas con discapacidad tienen derecho a la autonomía y a tomar sus propias decisiones acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias». Este derecho se predica respecto de todas las personas con discapacidad, como se deduce del art. 2.2. Y parece que se refiere a la autonomía en las decisiones sobre, en concreto, «cómo vivir»: es decir, las que afectan a cuestiones más importantes, como dónde y con quién vivir, y las relativas a su vida más cotidiana, como el ocio, el vestido, la alimentación, etc.

Inmediatamente después, el art. 60, bajo la rúbrica «interés personal», establece un segundo derecho: «toda persona con discapacidad tiene derecho a que su interés personal sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernen, tanto en el ámbito público como en el privado». No parece acertado el término elegido por el legislador: «interés», ya que adolece de una ambigüedad poco recomendable en el nuevo paradigma diseñado por la Convención. Nótese que esta palabra tiene varias acepciones, de las cuales dos podrían encajar en la redacción del precepto: la que figura como primera acepción para la RAE, que sería «provecho, utilidad, ganancia»; y la que aparece como cuarta acepción, que sería «inclinación del ánimo» hacia algo. La primera acepción, que, por otro lado, es la habitual en la regulación de la discapacidad, no es coherente con los postulados de la Convención. Recuérdese que el Comité de Naciones Unidas recomienda reemplazar el criterio del «interés superior» o «mejor interés» de la persona con discapacidad por el de «la voluntad

o preferencias» de esta. Se adapta mejor a este nuevo modelo la otra acepción, según la cual habría que entender que cuando el art. 60 habla de que «el interés personal sea [...] considerado como primordial» se está refiriendo al interés como inclinación del ánimo o preferencia. Si ese es el espíritu del precepto, el legislador debería haber sido más cuidadoso. Sería, por tanto, deseable en el futuro una mejora de su redacción.

Por lo que se refiere al derecho a la autonomía en la toma de decisiones, tras reconocerse este derecho en el art. 59, se procede a regular en el art. 61 el «apoyo en el proceso de [esa] toma de decisiones», como reza su rúbrica. El primer párrafo del art. 61 establece, en concreto, que «la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón garantizará las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que pueden necesitar en el ejercicio de sus capacidades a través de entidades, públicas o privadas sin ánimo de lucro, que desempeñen acciones de apoyo en esta materia de acuerdo con lo previsto en el Código civil, así como en el Código del Derecho Foral de Aragón [...], para las personas con vecindad civil aragonesa».

El precepto ordena a las Administraciones públicas de Aragón que garanticen el acceso a los apoyos. Obsérvese que se refiere al apoyo que las personas con discapacidad puedan necesitar «en el ejercicio de sus capacidades». Podría interpretarse que el término «capacidades», sin más, es empleado en el sentido corriente del lenguaje y que el precepto alude al apoyo para ejercer los talentos o cualidades de las personas, de forma que se potencie la autonomía sobre cómo vivir del art. 59. Pero parece que el sentido del término «capacidades» es más amplio y que incluye, además de esa acepción, la acepción más técnica de «capacidad jurídica» —siguiendo la terminología de la Convención—. Así se deduce del hecho de que, como enseguida vamos a ver, el apoyo lo presten fundaciones tutelares y, sobre todo, del propio párrafo 4º del precepto que se refiere de forma específica al «ejercicio de la capacidad jurídica».

El problema es que se está hablando de prestar apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica y que, sin embargo, el Código del Derecho Foral de Aragón regula un sistema de incapacitación y sustitución, que no encaja con la idea que, según el Comité de Naciones Unidas, subyace en el sistema de apoyos de no limitar sino apoyar: según este, no se puede limitar la capacidad, que debe permanecer intacta, y lo que hay que hacer simplemente es apoyar a la persona para que la ejerza. Podría salvarse la regulación del art. 61 considerando que el legislador aragonés se aparta de la interpretación del Comité y que entiende que el apoyo para el ejercicio de la capacidad consiste en la representación o asistencia de la persona. No obstante, ello implicaría que el legislador ha llevado ya a cabo una opción de política legislativa sobre la adaptación del ordenamiento jurídico civil a la Convención, lo que, ya se ha indicado, parece ajeno a su intención con la promulgación de esta ley, dirigida a otros fines. Ello exigiría un largo trabajo de reflexión y debate que no parece que esté detrás de una ley no civil.

Más bien puede decirse que lo que hace la ley es usar la terminología de la convención a la hora de referirse a una acción pública, es decir, a la hora de expresar el mandato dirigido a la Administración de garantizar el acceso a la persona con discapacidad al ejercicio de sus derechos, sea cuál sea el modo en el que el Derecho privado aplicable a esa persona —según el art. 9 Cc, por remisión del art. 16 Cc— regule tal ejercicio, que en la actualidad, tanto en el Código Foral como en el Código civil, es mediante un sistema tutelar.

Como anticipaba, el apoyo cuyo acceso debe garantizar la Administración es el prestado por «entidades públicas, públicas o privadas sin ánimo de lucro, que desempeñen acciones de apoyo en esta materia de acuerdo con lo previsto en el Código civil, así como en el Código del Derecho Foral de Aragón [...], para las personas con vecindad civil aragonesa». Tales entidades son las personas jurídicas, públicas o privadas, a las que el actual Código civil (arts. 242, 239bis y 291) y el Código del Derecho Foral (art. 116.1g) atribuyen funciones tutelares (de tutela o curatela); es decir, bien el órgano de la Comunidad Autónoma que tenga encomendada la protección y apoyo de las personas con capacidad judicialmente modificada, que en Aragón es la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos, bien las llamadas fundaciones tutelares. En este sentido, el propio precepto —*in fine*— señala que «la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón podrá establecer mecanismos de colaboración con entidades tutelares en el ejercicio de las funciones tutelares encomendadas judicialmente».

Metido en materia, el legislador no se limita a ordenar la actuación de la Comunidad Autónoma para garantizar el acceso al apoyo mediante estas entidades tutelares, sino que, de pasada, procede a regular algunas cuestiones relacionadas con ellas:

Así, por un lado, probablemente animado por la intención de favorecer el acceso, y cumplir con la recomendación del Comité de Naciones Unidas de «velar por que las personas con discapacidad puedan obtener ese apoyo a un costo simbólico o gratuitamente y por que la falta de recursos financieros no sea un obstáculo para acceder al apoyo en el ejercicio de la capacidad jurídica», establece en el párrafo tercero que «se garantiza la gratuidad del acceso a la protección jurídica y social que prestan las entidades tutelares».

Lo que ocurre es que no se sabe muy bien qué quiere decir con ello ya que el acceso gratuito, es decir, sin coste alguno, solo puede predicarse en nuestro sistema respecto de las actuaciones de las entidades públicas. El Código del Derecho Foral, después de regular la posible remuneración del tutor, establece que «el ejercicio de la función tutelar por las personas jurídicas públicas será siempre gratuito». Y es que, efectivamente, tanto el Código civil como el Código del Derecho Foral establecen el derecho del tutor a una retribución o remuneración y regulan los límites y la forma de determinarlo (art. 274 Cc y arts. 101.1 y 105 CDEFA). Quizás por ello, se añade en este tercer párrafo del art. 61 que «la aportación de las personas usuarias para retribuir los servicios de apoyo de las

entidades tutelares se determinará judicialmente en los términos previstos por el Código civil y el Código del Derecho Foral de Aragón». Por lo que la inicial afirmación relativa a la gratuidad, puede tener varias lecturas para no resultar contradictoria con esto: quizás se garantiza la gratuidad para las personas con discapacidad porque la Comunidad Autónoma debe hacer frente a la retribución de los servicios de las entidades tutelares cuando estas sean privadas, para lo que puede ser utilidad el establecimiento de los convenios de colaboración a que se refiere el primer párrafo; o, quizás, en realidad, el precepto al aludir a gratuidad no se refiere a «sin coste», sino a «sin lucro», dado que las entidades tutelares privadas, que son las únicas que pueden percibir retribución, deben ser sin ánimo de lucro. En cualquier caso, sería también deseable mayor precisión en la redacción del precepto en este punto, que, por otra parte, no modifica ni añade nada nuevo a la regulación civil de la cuestión.

Aprovecha para establecer también en el último párrafo —el quinto— que «las fundaciones tutelares no podrán tener vinculación alguna ni dependencia económica de las entidades que presten servicios a los tutelados, salvo que el Juez lo autorice considerando las especiales circunstancias de cada caso. Igualmente los patronos de las fundaciones tutelares no podrán establecer ninguna relación laboral con ningunos de los tutelados».

Por otro lado, en los párrafos segundo y cuarto desciende a aspectos relacionados con las funciones de las entidades. Establece que «estas entidades tutelares garantizarán el acercamiento a la persona y su entorno, procurando su inclusión social, así como la máxima recuperación posible de sus capacidades» —párrafo segundo—. Lo cual no supone una novedad, dado que el Código del Derecho Foral de Aragón establece en su art. 138 que «el tutor del incapacitado no está obligado a tenerle en su compañía, pero debe procurarle la atención especializada que requiera, así como promover la adquisición o recuperación de su capacidad y su mejor inserción en la sociedad». En el mismo sentido, el Código civil dispone en el art. 269.3 que el tutor está obligado «a promover la adquisición o recuperación de la capacidad del tutelado y su mejor inserción en la sociedad» y en el art. 234 que «se considera beneficiosa para el menor la integración en la vida de familia del tutor».

Más delicada es la regulación contenida en el párrafo cuarto que —como he anticipado— reproduce prácticamente de forma literal parte del art. 12.4 de la Convención, sin siquiera adaptar los tiempos verbales para que el enunciado sea correcto gramaticalmente. Establece: «Se asegura que en todas las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica se proporcionen salvaguardas adecuadas y efectivas. Esas salvaguardas asegurarán que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, de manera que no haya conflicto de intereses ni influencia indebida».

Nótese que el art. 12.4 de la Convención establece: «Los estados Parte asegurarán que en todas las medidas...»; y el art. 61.4 de la Ley aragonesa dispone: «Se asegura que en todas las medidas...», reproduciendo —como decía— lo dis-

puesto en este precepto. Lo que ocurre es que ese «[S]e asegura», ¿es una afirmación o lleva implícito un deber de asegurar (quiere decir: «se asegurará»)? Más bien parece lo segundo. Y, en tal caso, ¿de quién será el deber?: ¿de la Administración de la Comunidad Autónoma, que es a quien está dirigida la ley? Quizás el legislador aragonés se ha precipitado. El contenido del art. 12 de la Convención, como ha observado el Consejo de Estado —y en especial este párrafo 4º—, no es susceptible de aplicación directa (*self-executing*) sin intermediación de un desarrollo legal interno. Una ley deberá precisar las medidas y salvaguardas a las que se refiere el precepto introduciendo, en su caso, las oportunas modificaciones en el Código del Derecho Foral, que, naturalmente, condicionarán la actuación de la Administración de la Comunidad Autónoma. A la vista de cuanto antecede, puede decirse que se trata de un inciso poco afortunado.

Avanzando en el articulado del Título IX, el siguiente precepto —el 62— está dedicado a los «Derechos y garantías de las personas con discapacidad usuarias de centros residenciales y centros de día». Aunque *a priori* pueda parecer llamativo la inclusión de la regulación de los derechos de usuarios de residencias y centros de día, el contenido del precepto se alinea con los derechos que se reconocen en el título: derecho a la autonomía y a tomar las propias decisiones sobre cómo vivir y a que sus preferencias sean consideradas —entendiendo el «interés personal» del art. 60 en este sentido—. Establece que las personas con discapacidad usuarias de residencia y centros de día tienen «derecho a participar y a ser oídos por sí a través de sus representantes legales en aquellas decisiones o medidas relacionadas con la atención y convivencia» y que la gestión del centro estará orientada a lograr «el mayor grado de libertad y autonomía personal de los residentes». Por otro lado, establece, en la línea de lo que dispone el art. 36 CDFA, que toda decisión que suponga aislamiento o restricción de libertad deberá ser aprobada por el Juez.

De más difícil encaje es la inclusión en este título de la regulación de las acciones de la Administración de la Comunidad Autónoma relacionadas con la condición de consumidores de las personas con discapacidad, que resulta desconcertante y que, como se ha señalado, hace dudar del objeto del propio título. Esta regulación está comprendida en los dos últimos preceptos, el 63 y el 64, y se refiere a la necesidad de adoptar: medidas que eliminen barreras y favorezcan la accesibilidad universal a la adquisición de productos, bienes y servicios y a la información, medidas formativas y educativas en materia de consumo para las personas con discapacidad, medidas relativas a la seguridad de los productos ofertados a estas personas, etc.

## **2.4. La pendiente adaptación del Derecho civil aragonés a la Convención**

### **2.4.1. El legislador aragonés ante la Convención**

Visto que la Ley 5/2019 es una norma de corte público, que regula las actuaciones de las Administraciones públicas de la Comunidad Autónoma de Aragón

para garantizar los derechos de las personas con discapacidad, parece que queda pendiente la tarea de adaptación del ordenamiento jurídico privado, esto es, del Código del Derecho Foral de Aragón, al art. 12 de la Convención de Naciones Unidas.

El legislador aragonés puede, teóricamente y en principio, decidir libremente cómo quiere llevar a cabo esa adaptación con base en la competencia legislativa que tiene en la materia a partir del art. 149.1.8 de la Constitución española. Debe valorar el grado de sintonía de las reglas sobre capacidad y relaciones tutelares del Código del Derecho Foral con la Convención y determinar el sentido y alcance de la reforma necesaria para lograr la adecuación: bien, realizar algunas modificaciones concretas donde sea preciso, bien abordar una modificación de mayor envergadura con un replanteamiento integral del sistema. Para ello, previamente, ha de definir su postura ante el valor de las Observaciones del Comité de Naciones Unidas y, en consecuencia, ante la misma la interpretación que este hace del art. 12.

Ahora bien, aunque, desde un punto de vista competencial, la reforma prevista por el legislador estatal que se concreta en el Anteproyecto de reforma del Código civil y la LEC, no le afecta en absoluto —es obvio—, sin embargo, el hecho de que la reforma se proyecte no solo sobre el núcleo de la materia (capacidad e instituciones de protección) sino que se irradie por todo el ordenamiento jurídico privado, más allá incluso del Código civil, afectando a normas que resultan aplicables en Aragón, condiciona al legislador aragonés: si la modificación del Código del Derecho Foral de Aragón no sigue las premisas de la reforma estatal se pueden generar problemas de armonización; es más, la misma inactividad del legislador aragonés podría dar lugar a los citados problemas.

#### *2.4.2. Los problemas de armonización con la legislación estatal como posible interferencia en la libertad del legislador aragonés*

Se expone a continuación una muestra de los mencionados problemas de armonización:

##### *A) Problemas derivados de los Derechos civiles aplicables a capacidad y a instituciones de apoyo*

El primer problema de armonización se produce con ocasión de las normas aplicables a capacidad y a instituciones de apoyo:

Hasta 2015 el art. 9 Cc, aplicable por remisión del art. 16 Cc para resolver los conflictos derivados de la coexistencia de distintas legislaciones civiles en territorio español, establecía que las leyes que regían «la capacidad» —párrafo 1º— y «la tutela y las demás instituciones de protección del incapaz» —párrafo 6º— eran las personales, es decir, las determinadas por la vecindad civil —art. 9

Cc en relación con el art. 16 Cc—. La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, modifica el art. 9 Cc y establece distinto criterio para determinar las leyes que rigen la capacidad y las instituciones de protección del mayor de edad. Así, la ley que rige la capacidad es la determinada por la vecindad civil y la aplicable a «la protección de las personas mayores de edad» es la de su residencia habitual. Con el Anteproyecto se prevé sustituir esta expresión «protección de las personas mayores de edad» por «medidas de apoyo para personas con discapacidad», pero no se modifican los criterios de determinación de las leyes aplicables.

En la actualidad el distinto criterio no ofrece demasiado problema porque el sistema del Código civil y el del Código aragonés es el mismo: por un lado, limitación o privación de la capacidad de obrar, regulada por normas prácticamente iguales en ambos ordenamientos; y, por otro lado, aplicación de unas medidas de protección que son consecuencia de la incapacitación y que, en líneas generales, son muy parecidas.

Pero con la nueva regulación prevista en el Anteproyecto esta diferenciación de criterio puede dar lugar a importantes disfunciones porque los sistemas de uno y otro ordenamiento, si Aragón no siguiera al legislador estatal, se alejarían. Las combinaciones posibles son varias: a) Persona con discapacidad con vecindad civil aragonesa y residencia habitual en Aragón, que, obviamente, no plantearía problema. b) Persona con discapacidad con vecindad civil aragonesa y residencia habitual fuera de Aragón, en territorio donde resulta aplicable el Código civil: en este caso, aplicando el Código del Derecho Foral de Aragón, la persona podría ser privada de capacidad de obrar —incapacitada—, pero se le aplicarían medidas previstas en el Código civil en el marco de un sistema en el que la persona no está privada de su capacidad de obrar, que no admiten, por tanto, una sentencia previa de incapacitación y que, dando por supuesto que la persona tiene capacidad de obrar igual que los demás, solo le proporcionan —como regla general— apoyo para ejercerla. c) Persona con discapacidad de vecindad civil común que reside en Aragón: conforme a la nueva regulación de la capacidad en el Código civil, no podría ser privada de su capacidad de obrar, pero se le aplicarían las normas aragonesas relativas a las medidas de protección, que requieren previa sentencia de incapacitación y que están pensadas para los casos en que la persona no tiene capacidad de obrar o la tiene limitada.

#### *B) Armonización en materia de obligaciones y contratos*

El nuevo modelo de capacidad que pretende implantar el Anteproyecto en el Código civil implica una modificación en las normas en materia contractual: recuérdese que con el objeto de reconocer a la persona con discapacidad una capacidad jurídica en igualdad de condiciones que los demás, entendiendo por tal tanto la capacidad de ser titular de derechos y obligaciones como la de ejercerlos, el Anteproyecto elimina la incapacitación o modificación de la capacidad de

obrar, que —según advierte la Exposición de Motivos— «no puede modificarse»; y establece un sistema basado en la prestación de apoyos para el ejercicio de la capacidad, cuya regulación puede provenir del propio interesado o pueden ser establecidos judicialmente, y que pueden ir «desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad» —Exposición de Motivos—. Desaparece, por tanto, la tutela para la persona con discapacidad, que será exclusiva de los menores, y la principal medida de origen judicial es la curatela, aunque esta excepcionalmente podrá tener funciones representativas.

Conforme a ello, como regla general, el consentimiento para celebrar el contrato lo prestará la persona con discapacidad, que puede o no necesitar un apoyo de mayor o menor intensidad. Por ello, está proyectado modificar el art. 1263 Cc, que en la actualidad establece que «no pueden prestar consentimiento [...] los que tienen su capacidad modificada judicialmente, en los términos señalados por la resolución judicial». La redacción que da el Anteproyecto a este precepto elimina la prohibición de contratar y establece que «las personas con discapacidad que cuenten con medidas de apoyo podrán contratar sin más limitaciones que las derivadas de ellas».

Cuando la persona contrate sin ese apoyo el contrato será anulable. No procede entrar en este trabajo en el análisis de esta regulación ni en valoraciones sobre la misma, dado que nos desviaríamos del objeto del mismo. Sí interesa destacar que el Anteproyecto modifica algunos preceptos relacionados con la anulación para adaptarlos al nuevo sistema.

Así, puesto que desaparece la incapacitación y se separa totalmente el régimen de capacidad del menor de edad y de la persona con discapacidad, hasta ahora parejos, se elimina cualquier referencia a dicha incapacitación, sustituyéndola por la mención sin más a la persona con discapacidad o, simplemente, a la discapacidad, y se introduce distinta regulación de la legitimación para ejercer la acción y del *dies a quo* del cómputo del plazo según si el contrato ha sido celebrado por un menor o una persona con discapacidad.

De forma que el art. 1302 Cc, que regula la legitimación, está previsto que establezca que los contratos celebrados por menores «podrán ser anulados por sus representantes legales o por ellos cuando alcancen la mayoría de edad». Y «los contratos celebrados por personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad de contratar, prescindiendo de ellas cuando fueran precisas, podrán ser anulados por aquel a quien corresponda prestar la medida de apoyo, por ellas mismas cuando dichas medidas se extingan, o por sus herederos, durante el tiempo que faltara para completar el plazo, si la persona con discapacidad hubiere fallecido antes del transcurso del tiempo en que pudo ejercitar la acción». En caso de que «no estuvieran establecidas medi-

das de apoyo, la legitimación para anular el contrato corresponderá, además de a la persona con discapacidad y a sus herederos, al Ministerio Fiscal».

Y el art. 1301 Cc, que establece que el plazo para ejercer la acción comienza «cuando la acción se refiera a los contratos celebrados por los menores o incapacitados, desde que salieren de tutela», pasará previsiblemente a establecer que cuando se trate de contratos celebrados por menores empezará «desde que lleguen a la mayoría de edad» y cuando se trate de contratos celebrados por personas con discapacidad «desde que dejen de precisar apoyo para celebrar el contrato».

Por otra parte, se prevé que desaparezca la mención a la «incapacidad» —que deriva del sistema de incapacitación— en el art. 1304 Cc, relativo a la restitución de las cosas objeto del contrato, que pasará a establecer que «cuando la nulidad proceda de la minoría de edad o de la discapacidad de uno de los contratantes, este contratante no está obligado a restituir sino en cuanto se enriqueció con la prestación recibida». Y en el mismo sentido, se prevé modificar el art. 1314 Cc, referente a la invalidez en caso de pérdida de la cosa, que pasará a disponer que «si la causa de la acción fuera la minoría de edad o la discapacidad de alguno de los contratantes, la pérdida de la cosa no será obstáculo para que la acción prevalezca, a menos que hubiese ocurrido por dolo o culpa del reclamante después de haber cesado la causa de la impugnación».

Veamos en qué medida afectaría todo lo anterior a Aragón con el actual Código Foral:

Por lo que se refiere a la capacidad contractual, viene determinada por la regulación general del régimen de capacidad de la persona con discapacidad —Capítulo segundo del Título I del Libro I—: la persona en la que concurran las causas previstas en la ley puede ser «incapacitada» —art. 38—. En tal caso, su capacidad para celebrar contratos o determinado tipo de contratos dependerá de lo dispuesto en la sentencia de incapacitación. Si nada establece, se aplican al mayor sujeto a tutela o autoridad familiar las reglas sobre capacidad del menor que no ha cumplido los catorce años (no puede celebrar por sí contratos, salvo los relativos a la vida corriente) y al sujeto a curatela las del menor que los ha cumplido ya (puede celebrar contratos por sí, pero con asistencia) —art. 39—. Quedan, por tanto, al margen de las previsiones al respecto del Código civil —art. 1263—.

Si bien el citado capítulo incluye un artículo que regula la invalidez del acto celebrado por persona que, careciendo de la suficiente aptitud para entenderlo y quererlo, no esté incapacitada —art. 37—, no introduce ningún precepto específico para regular las consecuencias de los actos celebrados por personas incapacitadas. Ahora bien, parece que habrá que considerar aplicable lo dispuesto en los arts. 22 y 29 para los actos celebrados por menores: regulan la legitimación y el plazo —y *dies a quo*— para instar la invalidez de los actos celebrados por menores

de catorce sin capacidad para ello y de los celebrados por el mayor de catorce sin asistencia. Ello en virtud de la remisión del art. 39 a las reglas sobre capacidad del menor. Es verdad que tal remisión se hace con ocasión de la determinación de la capacidad cuando la sentencia no la precisa, pero el precepto alude a la aplicación de las «reglas sobre capacidad del menor» y a ello conduce el sentido del conjunto de la regulación. El propio redactor de la Ley de 2006, refundida en el Código, así lo expresó en la memoria presentada ante la Comisión Aragonesa de Derecho Civil. A la vista de ello, en nada afectan las novedades que prevé introducir el Anteproyecto en los arts. 1301 y 1302 Cc en relación con la legitimación y *dies a quo* apuntadas, por resultar tales preceptos desplazados por las normas aragonesas.

Más dudosa resulta la aplicación de los arts. 1304 y 1314 Cc. Podría pensarse que estamos ante una falsa laguna: puesto que el legislador aragonés ha legislado acerca de la invalidez de los actos celebrados por menores y personas con discapacidad y no ha previsto nada, es una opción de política legislativa que estos restituyan todo y que si la cosa se ha perdido la acción no puede prevalecer. Aunque también podría argumentarse en otro sentido y considerar que, al tratarse de excepciones a dos reglas generales pertenecientes al régimen de la «nulidad» del contrato (restitución y extinción de la acción por pérdida dolosa o culposa), aplicable en Aragón, resultan también aplicables. Si así fuera, la referencia genérica de estos preceptos a la «discapacidad» como causa de la nulidad serviría al intérprete para considerar incluidos los supuestos de invalidez previstos en Aragón para actos del incapacitado o del incapaz natural, porque la causa de la invalidez proviene como tal de la discapacidad, pero no coincidiría la condición jurídica de la persona con discapacidad presente en el espíritu de la norma (no incapacitada) con la condición de la persona a quien se aplicaría la norma (en su caso, incapacitada).

Otras normas del Código civil que, dentro de la materia relativa a validez y eficacia del contrato, tiene previsto reformar el Anteproyecto son las relativas a la rescisión del contrato, que son de aplicación en Aragón.

El art. 1291, que establece en el primer inciso que serán rescindibles «[l]os contratos que pudieren celebrar los tutores sin autorización judicial, siempre que las personas a quienes representan hayan sufrido lesión en más de la cuarta parte del valor de las cosas que hubiesen sido objeto de aquéllos», pasará a decir que son rescindibles los «que hubieran podido celebrar sin autorización judicial los tutores, los apoderados y mandatarios preventivos o los curadores con facultades de representación siempre que las personas a quienes representen hayan sufrido lesión...». De este modo se adecuará la norma al nuevo sistema: se alude por un lado a la representación del menor a través del tutor, figura que —recuérdese— será exclusiva de este, y por otro lado a la que excepcionalmente pueda darse respecto de la persona con discapacidad por medio de medidas de autorregulación (poderes o mandatos preventivos) o heterorregulación (curatela con funciones de representación). Nótese que, aunque en Aragón existen tutela,

poderes preventivos y curatela con facultades de representación, y ello serviría para defender la aplicación del precepto, se produciría, sin embargo, una disfunción entre las categorías previstas en el mismo y las existentes en Aragón, a las que se aplicaría.

Y lo mismo sucedería con el art. 1299.4 Cc, que, en relación con el *dies a quo* del cómputo de los cuatro años para ejercer la acción, establece que «para las personas sujetas a tutela [...] los cuatro años no empezarán hasta que haya cesado la incapacidad», y pasará a decir que «para los menores sujetos a tutela, para las personas con discapacidad provistas de medidas de apoyo que establezcan facultades de representación [...] los cuatro años no empezarán a computarse hasta que se extinga la tutela, la medida representativa de apoyo [...]». Obsérvese que aquí expresamente se alude a la tutela del menor, con lo cual la tutela de los incapacitados aragoneses habría que incluirla bien —por extensión— dentro de esa referencia a la tutela, o bien dentro de las medidas de apoyo que establezcan facultades de representación, aunque ello no respondería, nuevamente, al sistema y espíritu que sustenta la norma.

Semejantes observaciones cabe realizar respecto de la versión propuesta de algún otro precepto ubicado, en este caso, en sede de contratos en particular. Se prevé modificar el art. 1459 Cc, precepto que, aunque referido a la compraventa, se considera que, en realidad, rebasa este contrato, y prohíbe la autocontratación en general. Está previsto que la prohibición de adquirir por compra del primer inciso, referida en la actualidad a «los que desempeñen algún cargo tutelar, los bienes de la persona o personas que estén bajo su guarda o protección», vaya dirigida a «los que desempeñen el cargo de tutor o funciones de apoyo, los bienes de la persona o personas a quienes representen». Predicable la prohibición del tutor solo respecto de los menores, la prohibición de quienes desempeñen funciones de apoyo afectará solo a los curadores que excepcionalmente tengan atribuidas funciones representativas (cuando el apoyo tenga su origen en la autorregulación, se aplicará la regla del segundo inciso del precepto). Nuevamente, el intérprete debería forzar, en su caso, el espíritu de la norma para encajar en su letra las categorías aragonesas.

También se produce este desdoble de medidas en relación con el menor y la persona con discapacidad, con las mismas consecuencias, en el art. 1811 Cc que propone el Anteproyecto en relación con el contrato de transacción: «el tutor y el curador con facultades de representación necesitarán autorización judicial para transigir sobre cuestiones relativas a los intereses de la persona cuya representación ostentan, salvo que se trate de asuntos de escasa relevancia económica». Precepto que en la actualidad se refiere solo al tutor: «El tutor no puede transigir sobre los derechos de la persona que tiene en guarda, sino en la forma prescrita en el presente Código».

Más forzado resultaría tal espíritu en el caso del previsiblemente nuevo art. 1548 Cc, puesto que afectaría al nuevo paradigma de capacidad de la persona con

discapacidad y no solo a una medida prevista para evitar abusos. Este precepto, relativo al arrendamiento, establece en la actualidad que «los padres o tutores, respecto de los bienes de los menores o incapacitados [...] no podrán dar en arrendamiento las cosas por término que exceda de seis años». La futura versión mantiene esa previsión respecto de los menores: «los progenitores o tutores respecto de los bienes de los menores [...] no podrán dar en arrendamiento las cosas por término que exceda de seis años», pero la cambia en relación con las personas con discapacidad. Como observa GARCÍA RUBIO, además de eliminar la incoherente mención a los incapacitados, introduce un segundo párrafo en el que, a efectos de decidir si la persona encargada de prestar apoyo puede o no dar en arrendamiento los bienes y en qué condiciones, se dice simplemente que «el curador de la persona con discapacidad con facultades de representación se ajustará a lo dispuesto en la resolución que establezcan las medidas de apoyo»; de manera que el curador representativo solo podrá actuar en sustitución del titular de los bienes con discapacidad en este tipo de contratos cuando en el procedimiento de provisión de apoyos se le haya autorizado para dar en arrendamiento los bienes. En los demás casos el arrendamiento será celebrado por el interesado con el apoyo que precise, conforme al nuevo paradigma de capacidad. Todo ello no encaja demasiado bien con el actual sistema aragonés basado en la incapacidad en el que, como regla general, el incapacitado sometido a tutela no tiene capacidad de obrar para celebrar el contrato de arrendamiento y es el tutor quien debe actuar. No se trata, por tanto, de sustituir mecánicamente la referencia que hace el precepto propuesto al curador con facultades de representación por el tutor aragonés, sino que hay un problema de armonización relativo al fondo.

Está previsto adaptar también otros preceptos relativos a contratos concretos que en la actualidad se refieren a la incapacitación, dándoles una redacción que nuevamente obligaría a una interpretación de la letra de la norma distinta de la querida por el legislador:

— Así, el art. 1700 Cc, que actualmente establece que el contrato de sociedad se extingue por «incapacitación [...] de cualquiera de sus socios», pasará a decir que se extingue «cuando respecto de alguno de los socios se hubieren dispuesto medidas de apoyo que impliquen facultades de representación plena en la esfera patrimonial».

— Igualmente, el art. 1732 Cc, que establece que el mandato se acaba por «incapacitación del mandatario», dispondrá que se acaba «por el establecimiento en relación al mandatario de medidas de apoyo que incidan en el acto en que deba intervenir en esa condición».

— En relación con el contrato de depósito, está previsto que la actual redacción del art. 1764 Cc: «si una persona capaz de contratar acepta el depósito hecho por otra incapaz, queda sujeta a todas las obligaciones del depositario, y puede ser obligada a la devolución por el tutor, curador o administrador de la persona

que hizo el depósito, o por esta misma, si llega a tener capacidad», sea sustituida por esta otra: «el depósito hecho [...] por persona con discapacidad sin contar con la medida de apoyo adecuada, vinculará al depositario a todas las obligaciones que nacen del contrato de depósito». Nótese que, puesto que la persona tiene capacidad de obrar, ya no se exige que la devolución sea solicitada por su representante o por ella si recupera la capacidad, lo cual puede producir alguna contradicción en Aragón. En el art. 1765 Cc, que establece que «si el depósito ha sido hecho por una persona capaz en otra que no lo es, sólo tendrá el depositante acción para reivindicar la cosa depositada mientras exista en poder del depositario, o a que éste le abone la cantidad en que se hubiese enriquecido con la cosa o con el precio», se sustituirá el supuesto de hecho, que quedará como sigue: «si el depósito ha sido hecho en un menor o en persona que precise medida de apoyo sin haber contado con esta». Y el art. 1773 Cc: «cuando el depositante pierde, después de hacer el depósito, su capacidad para contratar, no puede devolverse el depósito sino a los que tengan la administración de sus bienes y derechos», será modificado en los siguientes términos: «cuando el depositante, después de hacer el depósito, contara con medidas de apoyo, la devolución del depósito se ajustará a lo que resulte de aquéllas». Es decir, en principio, la devolución se hará al propio depositante, dado que tiene capacidad, salvo que en la provisión de apoyos se haya dispuesto otra cosa. Regla general que no sería de aplicación en Aragón con la incapacitación.

Queda, por último, una mención a una modificación prevista en relación con la teoría general de la obligación, que nuevamente obligaría a una interpretación de la letra de la norma distinta de su espíritu. El art. 1163 Cc, que establece que «el pago hecho a una persona incapacitada para administrar sus bienes será válido en cuanto se hubiere convertido en su utilidad», pasará a decir: «el pago hecho a una persona que estuviese en situación de precisar medidas de apoyo para recibirlo, aunque estas no estuvieran establecidas, será válido en cuanto se hubiere convertido en su utilidad».

### C) Armonización en materia de responsabilidad civil

El nuevo modelo adoptado por el Anteproyecto que reconoce que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás en todos los aspectos de la vida, entendiendo por capacidad jurídica tanto la posibilidad de ser titulares de derechos y obligaciones como la de ejercerlos, implica no solo la atribución de capacidad para actuar en el tráfico jurídico, con o sin apoyos, sino también el reconocimiento de la capacidad para responder civilmente o imputabilidad civil. Por ello, propone modificar el régimen de la responsabilidad civil para que la persona con discapacidad responda *per se* «en todo caso», dando lugar a un cambio en el concepto de imputación subjetiva en la responsabilidad civil por hecho propio, que se aleja de la exigencia de cierta capacidad de entender y de querer. En concreto, el futuro art. 297 Cc dispondrá

que «la persona con discapacidad responderá *en todo caso* por los daños causados a terceros, sin perjuicio de lo establecido en los artículos 1902 y 1903 en relación a otros posibles responsables». Se mantiene además la responsabilidad por hecho ajeno, pero ahora de forma más restringida, en tanto que, según el nuevo párrafo 4º del art. 1903 Cc, solo responderán los curadores que tengan facultades de representación plena, lo cual será excepcional, y que convivan con la persona que causa el perjuicio a tercero. Si se dan cumulativamente ambas circunstancias, como observa GARCÍA RUBIO, estos curadores responderán solidariamente con la propia persona con discapacidad autora del hecho dañoso.

Una vez más, la configuración de regímenes distintos para menores y personas con discapacidad ha llevado al prelegislador a la necesidad de desdoblar regulaciones actualmente unitarias. Así, el segundo párrafo del art. 1903 Cc, sobre la responsabilidad de los padres, se mantiene intacto, pero se entiende que referido ahora solo a la responsabilidad por daños de hijos menores, dado que se elimina la patria potestad prorrogada y rehabilitada: «Los padres son responsables de los daños causados por los hijos que se encuentren bajo su guarda». El tercer párrafo del art. 1903 Cc, que actualmente establece que «los tutores lo son [responsables] de los perjuicios causados por los menores o incapacitados que están bajo su autoridad y habitan en su compañía», se desdobra en el Anteproyecto en dos párrafos: el que será tercero, referido a los menores: «los tutores lo son [responsables] de los perjuicios causados por los menores que están bajo su autoridad y habitan en su compañía»; y el que será cuarto, relativo a las personas discapacidad: «los curadores con facultades de representación plena lo son de los perjuicios causados por la persona a quien presten apoyo, siempre que convivan con ella».

Ello, también una vez más, daría lugar a dificultades para armonizar las categorías o instituciones aragonesas con estos preceptos sobre responsabilidad civil. Nótese que los «padres» o los «tutores» son responsables de los perjuicios causados por «menores» y solo son responsables de los perjuicios causados por «personas con discapacidad» los «curadores con facultades de representación», figura que, por otro lado, existe en Aragón —art. 150.2 CDFA—: ¿qué ocurriría con los perjuicios causados por «personas con discapacidad» sujetas a «tutela» o a «autoridad familiar prorrogada o rehabilitada»? Nos veríamos forzados a aplicar por extensión el segundo párrafo a los padres con autoridad familiar prorrogada o rehabilitada y el tercer párrafo a los tutores de personas con discapacidad, o bien a asimilar a estos padres o tutores con el curador con facultades de representación. Esto último, aunque aparentemente puede parecer que no ofrece mayor problema, sin embargo, supone forzar la letra de la norma para aplicarla separándola del sistema en el que se inserta y, por tanto, de los principios que la inspiran. Por otro lado, y solo a modo de curiosidad, el resultado sería que, puesto que en Aragón la representación no tiene el carácter excepcional que el Anteproyecto le atribuye («solo en los casos excepcionales en los que resulte

imprescindible...»), sino que se establece de forma generalizada según el grado de discernimiento, quienes tengan a su cargo en Aragón a personas con discapacidad responderían de los actos de estos en mayor medida que en el resto de España.

Pero no es la dificultad de armonización apuntada lo que, a mi parecer, resulta más preocupante, sino la contradicción que se generaría en el régimen jurídico de la persona con discapacidad en Aragón. El aragonés con discapacidad podría estar incapacitado, es decir, privado de capacidad de obrar y, sin embargo, sería responsable «en todo caso» de los perjuicios que pudiera causar a otra persona (con independencia de que también pudiera responder el titular de la institución protectora en los términos del art. 1903 Cc). Es decir, no tendría capacidad de obrar pero sí capacidad para responder civilmente siempre. Faltaría, por tanto, unidad de criterio. Recuérdese que la atribución de imputabilidad civil total responde a la idea de igual «capacidad jurídica» —que inspira al Anteproyecto— y consiguiente eliminación de la incapacitación o privación de capacidad.

#### *D) Armonización en relación con las normas de separación y divorcio*

La nueva redacción que prevé el Anteproyecto para los preceptos que regulan la forma de decretarse la separación y, por remisión, el divorcio, no plantea más problema que el ya mencionado en otros apartados precedentes relacionado con la interpretación de la letra de ley más allá de su espíritu:

Está previsto que en el primer párrafo del art. 81, que actualmente establece que «se decretará judicialmente la separación cuando existan hijos [...] con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio», se sustituya la referencia a la «capacidad modificada judicialmente» de los hijos por la mención a los hijos «mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores». También está previsto que se elimine la alusión del art. 82.2 Cc a la capacidad modificada de los hijos. El actual precepto excluye en tales casos la posibilidad de acordar separación de mutuo acuerdo mediante convenio regulador ante el Secretario judicial o en escritura pública ante Notario. En la futura redacción del precepto el legislador utiliza la técnica de la remisión: excluye esa posibilidad de separación al margen del Juez en los casos en que haya hijos en la situación descrita en el artículo precedente (ya visto).

La pregunta que podemos hacernos es qué ocurriría en Aragón con los cónyuges que desearan separarse o divorciarse y tuvieran hijos mayores cuya capacidad de obrar hubiera sido modificada judicialmente —o, en términos del Código aragonés, estuvieran incapacitados— y respecto de los cuales se hubieran establecido medidas sustitutivas. Aunque esa posibilidad está excluida de la mente del todavía prelegislador cuando se refiere a los hijos «mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo», no quedaría más

remedio que considerarlos incluidos en la letra de estos preceptos y excluir en tales casos la posibilidad de separación o divorcio al margen de la vía judicial.

#### *E) Armonización en materia de filiación*

La pretendida reforma del Anteproyecto alcanza al Título V del Libro I del Código civil, relativo a «paternidad y filiación», para adaptarlo a la nueva concepción de la capacidad y el sistema de apoyos.

El primer precepto que se propone modificar es el art.112 Cc, que se refiere a los aspectos temporales de la eficacia de la filiación. Se prevé sustituir el contenido de su segundo párrafo: «conservarán su validez los actos otorgados, en nombre del hijo menor o incapaz, por su representante legal, antes de que la filiación hubiere sido determinada», por otro en el que se separa el supuesto de hecho relacionado con el menor, que implica representación, y el relacionado con la persona con discapacidad, que excluye —como regla general— la representación y se basa en el apoyo: «conservarán su validez los actos otorgados en nombre del hijo menor por su representante legal o, en el caso de los mayores con discapacidad, los realizados conforme a las medidas de apoyo relativas a estos actos»; lo cual puede llevar —como ya se ha señalado en apartados anteriores— a una interpretación un tanto forzada de la norma al aplicarla en Aragón, si el Código Foral continúa con el actual régimen.

La modificación de los arts. 121, 123, 124 y 125 Cc afecta de un modo directo e intenso a la actuación y prestación del consentimiento por la propia persona con discapacidad. En la actual regulación la validez del reconocimiento de un hijo por un «incapaz» se condiciona a su aprobación por el Juez con audiencia del Ministerio Fiscal (art. 121 Cc). El Anteproyecto excluye esta necesidad de aprobación judicial y otorga validez al reconocimiento otorgado por la persona con discapacidad conforme al sistema de apoyos establecido judicialmente. Por otro lado, la eficacia del reconocimiento de un hijo mayor «incapaz» requiere actualmente «el consentimiento expreso de su representante legal o la aprobación judicial con audiencia del Ministerio Fiscal y del progenitor, legalmente conocido» (art. 124 Cc); y si «los progenitores del [...] incapaz fueren hermanos o consanguíneos en línea recta, legalmente determinada la filiación respecto de uno, sólo podrá quedar determinada legalmente respecto del otro, previa autorización judicial que se otorgará, con audiencia del Ministerio Fiscal, cuando convenga al [...] incapaz» (art. 125 Cc). Con la reforma, se prevé que «el consentimiento para la eficacia del reconocimiento como hijo de la persona mayor con discapacidad se prestará por esta» —salvo que otra cosa resulte de la resolución judicial que haya establecido las medidas de apoyo—, excluyéndose además como alternativa a lo anterior la aprobación por el Juez (arts. 123 y 124). Tampoco será precisa la autorización del Juez para el reconocimiento como hijo de una persona con discapacidad por quien sea hermano o consanguíneo en línea recta del progenitor ya determinado, entendiéndose que es suficiente con el consentimiento que tal persona haya prestado

en los términos de la resolución que le provea de apoyos (art. 125). La aplicación de estos preceptos en Aragón casaría mal con una regulación que incapacita a la persona y que no cuenta con un sistema de apoyos en el sentido que exige el nuevo paradigma del Código civil, sino con unas instituciones tutelares en las que la sustitución o representación se presentan como normales.

Y también casarían mal las normas del Código del Derecho Foral, en su actual configuración, con el futuro art. 137 Cc, que regula la impugnación de la paternidad por el hijo. En la actualidad, el precepto establece que, cuando el hijo tiene la capacidad modificada judicialmente, el plazo de un año para interponer la acción comienza desde que recobre la capacidad y legitima para el ejercicio de la acción durante el año siguiente a la inscripción de la filiación a la madre, a su representante legal o al Ministerio Fiscal. Con la nueva redacción, coherente con un sistema en el que no es posible la modificación de la capacidad, se articula la legitimación del hijo con discapacidad para interponer la acción, de forma que solo si se hubiese dispuesto la excepcional atribución de representación al curador, el plazo comenzaría a contar desde el fin de tal atribución y ese curador —y el Ministerio Fiscal— estaría legitimado para ejercer la acción en el plazo de un año desde la inscripción. Esta regulación plantearía discordancias en un sistema que mantuviese la modificación de la capacidad de obrar y medidas sustitutivas con carácter general: ¿qué ocurriría con el hijo con discapacidad sometido a autoridad familiar de la madre o a tutela? Una vez más, habría que buscar acomodo a estas situaciones en la letra de la norma interpretándola de forma distinta a lo querido por el legislador.

#### *F) Armonización en materia procesal*

La adaptación de las normas procesales a los cambios sustantivos que prevé el Anteproyecto constituiría también un problema en caso de que el Código del Derecho Foral de Aragón mantuviese el actual régimen, sobre todo, porque desaparece el proceso de incapacitación:

La actual Ley de enjuiciamiento civil —LEC— regula, dentro del Libro IV dedicado a los procesos especiales, el proceso de incapacitación: en concreto, en el Capítulo II del Título I («De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores»), que lleva por rúbrica «De los procesos sobre la capacidad de las personas» y que contiene ocho artículos: del 756 al 763. El art. 760 LEC establece, en su primer párrafo, que «la sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de esta, así como el régimen de tutela o guarda a que haya de quedar sometido el incapacitado». En el segundo párrafo del precepto se prevé la posibilidad de que en la propia sentencia de incapacitación se nombre a la persona o personas que hayan de asistir o representar al incapacitado y velar por él. Es también posible acordar el nombramiento de tutor o curador mediante un expediente de jurisdicción voluntaria, de acuerdo con lo previsto en la Sección 1ª del Capítulo IV del Título I de la Ley de Jurisdicción Voluntaria (arts. 44 y ss.).

Eliminada la incapacitación en el Código civil, el Anteproyecto prevé suprimir el proceso especial de incapacitación. El nuevo Capítulo II del Título I del Libro IV contendrá el proceso «sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a persona con discapacidad», que solo se seguirá si existe oposición. El nuevo art. 760 establecerá que «las medidas que adopte el Juez en la sentencia [...] deberán ser conformes a lo dispuesto sobre esta cuestión en los artículos 266 y siguientes del Código civil»; preceptos que regularán la medidas judiciales de apoyo, señaladamente, la curatela.

Si no hay oposición, el proceso se regirá por lo dispuesto en la legislación sobre jurisdicción voluntaria. A este efecto, se prevé incluir un nuevo capítulo en el Título I de la Ley Jurisdicción Voluntaria —LJV—, el Capítulo III bis, que regulará el «expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad». Se mantiene la Sección 1ª del Capítulo IV del Título I de esta ley sobre el expediente de tutela (como recuerda la Exposición de Motivos, para los menores) y curatela (como recuerda la Exposición de Motivos, para las personas con discapacidad), pero tal expediente «solamente será aplicable a la curatela cuando, tras la tramitación de un proceso sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a una persona con discapacidad, sea procedente el nombramiento de un nuevo curador, en sustitución de otro removido o fallecido» —art. 44.2 LJV propuesto por el Anteproyecto—.

Si bien, inicialmente, el Anteproyecto no se apartaba del modelo contencioso, su última versión ha incluido esta sustanciación por los trámites de la jurisdicción voluntaria cuando no hay oposición, reclamada en varios informes, dado que, como indica el Consejo de Estado en su dictamen, reconocida capacidad a las personas con discapacidad, no existe impedimento alguno para que, ante la ausencia de desacuerdo, pueda acudir a la jurisdicción voluntaria. En esta línea, el Consejo Fiscal ha justificado la vía de la jurisdicción voluntaria alegando que «la pretensión procesal ya no tiene la misma potencialidad intrusiva en los derechos del discapacitado, pues ya no se trata de dar cauce a una pretensión de incapacitación con la consiguiente modificación sustancial de la capacidad de obrar. Ahora se trata de identificar los apoyos precisos, en una decisión siempre *rebus sic stantibus*».

Estas novedades chocan con la actual regulación de la materia en el Código del Derecho Foral de Aragón:

Por una parte, eliminado el proceso de incapacitación de la Ley de Enjuiciamiento civil, ¿por qué procedimiento se sustanciaría la incapacitación prevista en el art. 38 CDFA? El nuevo proceso previsto para la provisión de apoyos cuando haya oposición, no permite que la sentencia determine la extensión y límites de ninguna incapacitación —como establece el citado art. 38—, sino que la sentencia resultante del mismo, sin tocar la capacidad, solo determinará el apoyo preciso para que esa capacidad se ejerza en los términos del Código civil (en concreto, el nuevo art. 760 LEC se remite a los arts. 266 y ss. Cc). Y lo mismo cabe decir

del expediente de jurisdicción voluntaria por el que sustanciará la provisión de apoyos cuando no haya oposición, que también se remite a los mismos preceptos del Código civil (art. 42 bis c LJV).

Por otra parte, dado que tales procedimientos contencioso o voluntario están diseñados para adoptar medidas de apoyo en los términos —y conforme al sistema— del Código civil (arts. 756 y 760 LEC y arts. 42 bis a y c LJV) y parecen excluir la tutela de la persona con discapacidad (que se asocia a una privación previa de la capacidad y que no encajaría con la idea base de estos procesos), cabría preguntarse ¿por qué procedimiento se nombraría tutor al incapacitado aragonés? Recuérdese que en la Ley de Jurisdicción Voluntaria se mantiene el expediente de tutela y curatela — Sección 1ª del Capítulo IV del Título I—, pero el legislador aclara en la Exposición de Motivos que se trata del expediente para nombrar tutor «para el menor» y curador «para la persona con discapacidad».

Por último, se produce colateralmente un problema en relación con el nombramiento de curador del menor aragonés emancipado —art. 33 CDFa—. Puesto que el Anteproyecto elimina la curatela del menor, que queda como figura exclusiva del mayor con discapacidad, adapta también las normas procesales a esa novedad y, como se ha indicado, aunque se mantiene el expediente de jurisdicción voluntaria relativo a la curatela en la Sección 1ª del Capítulo IV del Título I, resulta solo aplicable en relación con las personas con discapacidad —como ya se ha indicado que explica la Exposición de Motivos del Anteproyecto— y, en concreto, solo cuando, tras tramitarse un proceso de adopción de medidas de apoyo, haya que nombrar un nuevo curador: «el expediente al que se refiere el artículo siguiente solamente será aplicable a la curatela cuando, tras la tramitación de un proceso sobre la adopción de medidas judiciales de apoyo a una persona con discapacidad, sea procedente el nombramiento de un nuevo curador, en sustitución de otro removido o fallecido» —art. 44.2 LJV—. Por lo que se plantea la cuestión del procedimiento a través del cual se nombrará, en su caso, curador al emancipado aragonés. Al respecto, hay que señalar que tal nombramiento no está previsto en el expediente para la concesión judicial de la emancipación: el art. 55 LJV solo prevé que el Juez «resolverá concediendo o denegando la emancipación».

#### *G) Armonización en materia de publicidad registral*

Los problemas de armonización apuntados en el apartado anterior se arrastran en relación con la publicidad de las resoluciones judiciales citadas. El Anteproyecto, para dar coherencia al sistema, plantea modificar también la Ley del Registro civil —de 2011— y la Ley Hipotecaria, eliminando el acceso a los registros de las sentencias de incapacitación, que en la mente del legislador ya no existen, y dando paso a las resoluciones dictadas en procedimientos de provisión de apoyos, en los que —como se ha visto— difícilmente encajaría el actual régimen aragonés.

Así, por lo que se refiere a las modificaciones previstas en la Ley del Registro civil, se suprime en el art. 4 la inscripción de «la modificación de la capacidad de las personas» —prevista hasta ahora en el núm. 10—, dado que desaparecerá esa posibilidad y ese estado civil, y en su lugar aparece como inscribible —en el nuevo núm. 11— «las resoluciones judiciales dictadas en procedimientos de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad». Por otro lado, se elimina el apartado, hasta ahora común a menores y personas con discapacidad, relativo a la inscripción de «la tutela, la curatela y demás representaciones legales y sus modificaciones» —del actual núm. 11— y se sustituye por otro —que será el núm. 13— relativo exclusivamente a los menores en el que se establece la inscripción de la tutela de estos (y del defensor judicial del emancipado).

Conforme a lo anterior, se prevé que desaparezca el actual contenido del art. 72.1 LRC: «la declaración judicial de modificación de la capacidad, así como la resolución que la deje sin efecto o la modifique, se inscribirán en el registro individual del afectado», y el del art. 73.1 LRC: «se inscribirán en el registro individual de la persona con capacidad modificada judicialmente las resoluciones judiciales en las que se nombre tutor o curador». En su lugar, el art. 72.1 LRC establecerá que «la resolución judicial dictada en un procedimiento de provisión de apoyos, así como la que la deje sin efecto o la modifique, se inscribirán en el registro individual del afectado». Todo ello, como ya sabemos, no está en sintonía con el actual sistema aragonés, basado en la modificación de la capacidad o incapacitación y en la tradicional tutela y curatela del incapacitado, de modo que, si no se adapta al nuevo paradigma, obligará a interpretaciones forzadas de la ley. Quizás podría servir de asidero la letra del segundo inciso de este art. 72.1 LRC que dispondrá que «asimismo, se inscribirá cualquier otra resolución judicial sobre los cargos tutelares, medidas de apoyo a personas con discapacidad y asistencia al pródigo», aunque lo cierto es que no es intención del legislador que se use de ese modo. El inciso, que no figuraba inicialmente en el Anteproyecto, ha sido incluido en su última versión a sugerencia del Consejo General del Poder Judicial, al advertir que se prevé que en relación con las nuevas figuras (excluye expresamente al tutor): curador, defensor judicial o guardador de hecho, se pueden establecer salvaguardias necesarias (por ejemplo, para el guardador de hecho con autorización judicial, en el art. 263 Cc) o medidas de control (por ejemplo, para el curador en el art. 268 Cc), que parece razonable que tengan acceso al registro con el fin de asegurar la debida publicidad, y considerar que ello quedaría garantizado con la introducción de un inciso en los términos apuntados.

Por otra parte, en la modificación de la Ley del Registro civil proyectada se suprime también la inscripción de la patria potestad prorrogada o rehabilitada, dado que esta desaparece con el Anteproyecto. Está previsto que el art. 71.2, que hasta ahora establece que «se inscribirá la extinción, privación, suspensión,

prórroga y rehabilitación de la patria potestad», disponga solamente que «se inscribirá la extinción, privación y suspensión de la patria potestad». Con lo cual, surgiría el problema de la inscripción de la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada de los mayores incapacitados del Código del Derecho Foral de Aragón —arts. 41 y 42—. Es verdad que el último párrafo del art. 71 LRC, que se mantiene, se refiere a la inscripción de «todo lo relativo a las figuras similares o asimilables a la patria potestad, que sean de Derecho civil propio de las Comunidades Autónomas», pero también es cierto que el precepto establece que ello será inscribible «en idénticos términos» que lo dispuesto en los párrafos precedentes, en los que ahora se elimina la inscripción de la prórroga o rehabilitación.

Por último, en relación con el acceso a los datos especialmente protegidos del art. 83.1 LRC, entre los que, por cierto, el Anteproyecto incluye «los datos de salud vinculados a la discapacidad» —nuevo apartado b) del precepto—, en la reforma prevista se introduce una modificación en relación con las personas con discapacidad. El actual art. 84 establece que «solo el inscrito o sus representantes legales» pueden acceder o autorizar a terceras personas para acceder a los asientos que contengan datos. El legislador, consciente de que con el nuevo paradigma se excluye como regla general la representación de la persona con discapacidad, propone que, tras la referencia a los «representantes legales», se regule de forma específica lo relativo al acceso de estas personas, de forma que añade el inciso: «así como el apoderado preventivo general o el curador en el caso de una persona con discapacidad». Lo cual, nuevamente, podría plantear problemas en Aragón, donde con el actual régimen la persona con discapacidad puede estar sometida a otras medidas como la tutela o la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada. Naturalmente, nos veríamos, en su caso, obligados a interpretar que el tutor o quien tenga la autoridad familiar encajan en el concepto de representante, pero, ciertamente, no será lo previsto en el precepto para el caso de las personas con discapacidad; o bien a interpretar extensivamente el concepto de curador al que se referirá la norma, más allá del sentido que esta quiere darle.

En cuanto a la publicidad en el Registro de la Propiedad, se prevé que en el art. 2.4 de la Ley Hipotecaria se sustituya también la referencia a la inscripción de «las resoluciones judiciales en que se declare la incapacidad legal para administrar», que para el legislador ya no existen, por la de «las resoluciones judiciales que establezcan medidas de apoyo a las personas con discapacidad». Esta inscripción se practicará «en el folio de la finca o fincas inscritas a nombre de la persona con discapacidad que recibe medidas de apoyo y en el *Libro único informatizado de situaciones de la persona* a que se refiere el último inciso del apartado 5 del artículo 222 bis», de este modo, cualquiera que sea el Juzgado en que se haya tramitado el procedimiento, la resolución será conocida por todos los registradores y todos los usuarios del Registro con interés legítimo. Se sustituye también la tradicional denominación de *Libro de incapacitados* por esta relativa a las *situaciones de la persona*, que resulta acorde con el nuevo sistema.

#### 2.4.3. *¿Nuevamente el Derecho foral tras la senda del paradigma estatal?*

Cabe concluir que, a la vista de las expuestas dificultades de armonización que pueden surgir si se aprueba —como parece que ocurrirá— el Anteproyecto de reforma de la legislación civil y procesal, el legislador aragonés deberá reflexionar acerca de la regulación de la capacidad y las instituciones tutelares en el Código del Derecho Foral de Aragón. Aunque, con base en el art. 149.1.8 CE, es competente para regular como desee esta materia y puede efectuar la adaptación a la Convención de Nueva York en los términos que considere oportunos, sin embargo, el hecho de que la adaptación proyectada por el legislador estatal suponga un cambio de paradigma del sistema de capacidad que haga necesario que la reforma se propague por todo el ordenamiento jurídico privado, más allá incluso del Código civil, afectando a normas que resultan aplicables en Aragón, condiciona al legislador de Aragón. De forma que es posible que, una vez más, la regulación aragonesa en la materia se vea influida por el ritmo que marca la legislación estatal, esta vez, tras haber conseguido —desde 2006— un sistema propio y completo.

Recuérdese que, como ya se ha expuesto, desde la promulgación del Código civil —que introdujo un sistema de tutela de familia— y la Ley de enjuiciamiento civil se inició una tendencia «abandonista» del sistema de instituciones tutelares del Derecho histórico aragonés, que se consagró con el Apéndice, cuya entrada en vigor supuso la derogación formal de los Fueros. Este, al considerar sus autores que el régimen aplicable era el del Código civil, solo contenía dos reglas en materia de tutela.

La Compilación supuso una vuelta al Derecho tradicional aragonés, pero tratando de armonizarlo con las normas del Código civil en materia de tutela: en palabras de GARCÍA CANTERO, la regulación de la tutela de este cuerpo legal aragonés se caracterizó, por «su adaptabilidad a la regulación del Código civil, “foralizando” órganos tutelares de este»; incluso la propia distribución sistemática de la regulación de la Compilación —destaca este autor— recuerda, de lejos, a la del Código civil.

La Ley 13/1983 reformó el Código civil introduciendo un nuevo sistema tutelar, en el que se diversificaron las instituciones y se cambió el sistema de tutela familia por el de autoridad. Ello hizo que, al producirse un cambio radical en el Derecho aplicable como supletorio, se originara una falta de armonización entre ambos sistemas: el de la Compilación de 1967 y el supletorio del Código civil tras la reforma.

En 1985 se modificó la Compilación, pero, aunque se dudó acerca de la posibilidad de una reforma de mayor entidad, finalmente, solo se llevó a cabo una adaptación formal al nuevo sistema del Código civil, concretamente en lo que hacía referencia a la supresión del Consejo de Familia.

Finalmente, la Ley 23/2006, al introducir la regulación de la incapacidad e incapacitación se propuso superar las dificultades de armonización de las leyes

estatales con las normas y principios del Derecho aragonés sobre capacidad de las personas, autoridad familiar y tutela; e, igualmente, con la nueva regulación de las instituciones tutelares trató de sustituir una regulación fragmentaria que ofrecía dudas de interpretación y, sobre todo, de integración con las normas supletorias del Código civil, que respondían a principios parcialmente distintos y, por ello, inadecuados.

Pues bien, alcanzada, como decía, la regulación de un auténtico sistema de capacidad y relaciones tutelares, propio de Aragón, que, aunque ciertamente muy parecido al del Código civil, permitía dejar atrás una regulación parcial y fragmentaria, que originaba problemas de armonización con el Derecho supletorio estatal, se plantea ahora nuevamente la necesidad de una nueva reforma para adaptar ese sistema al nuevo paradigma diseñado por el legislador estatal. Y ello, no porque en puridad deba seguir el modelo del Código civil, sino porque el legislador estatal ha modificado el resto del Derecho privado, aplicable en Aragón, atendiendo a este modelo y sin ser sensible a la pluralidad derechos civiles; lo cual, por otra parte, no siempre es fácil en cuanto que la atención a la pluralidad puede dar lugar, en ocasiones, a una complejidad excesiva (por ejemplo con previsiones paralelas, etc.).

Son las consecuencias de la necesidad de engarzar conjuntos de normas procedentes de distintos legisladores: mientras los pilares de ambos conjuntos son iguales, no hay problema en que lo construido por uno de los legisladores —el estatal— se aplique sobre pilares del otro conjunto normativo —el foral—; el problema surge cuando se regulan de modo diverso materias básicas. Un cambio en la regulación de los cimientos y, por tanto, de la construcción estatal puede causar problemas para aplicar algunas normas resultantes sobre los cimientos forales. Ello origina que el Derecho estatal arrastre al foral y que, por tanto, la libertad del legislador autonómico se vea, en cierto modo, condicionada.

En cualquier caso, el legislador aragonés tiene la última palabra en relación con la adaptación del Código del Derecho Foral de Aragón a la Convención de Naciones Unidas e, íntimamente conectado con ello, con la posible puesta en armonía de este Código Foral con el Derecho estatal resultante, a su vez, de la adaptación. Por lo que solo la historia nos desvelará el devenir de los acontecimientos.



# LA DISCAPACIDAD FRENTE AL PROCESO DE MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD TRAS LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK. PLANTEAMIENTOS ACTUALES Y DE FUTURO INMEDIATO

RAFAEL LÓPEZ-MELÚS MARZO  
Letrado de la Administración de Justicia

**SUMARIO:** 1. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS DE LAS QUE ES NECESARIO PARTIR.—2. EL PROCESO DE INCAPACITACIÓN/MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD DE LAS PERSONAS.— 3. SITUACIÓN TRAS LA RATIFICACIÓN DEL CONVENIO DE NUEVA YORK.— 4. LA LEY ARAGONESA 5/19.— 5. LA REALIDAD PROCESAL DE LA INCAPACIDAD Y DE LA DISCAPACIDAD: DATOS ESTADÍSTICOS RELEVANTES.— 6. ¿QUÉ MEDIDAS SE PUEDEN IMPLANTAR PARA MEJORAR LA ATENCIÓN A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD ANTE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA?.— 7. CONCLUSIONES.— 8. BIBLIOGRAFÍA.

## 1. PRECISIONES TERMINOLÓGICAS DE LAS QUE ES NECESARIO PARTIR

La capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones, se conoce bajo la denominación de **capacidad jurídica**, inherente a todo ser humano, desde su nacimiento —incluso desde la concepción—, para los efectos que le sean favorables (ex art. 29 del Código Civil) por el mero hecho de serlo, que no podrá ser suprimida, ni limitada, sino por causa de muerte. La aptitud o capacidad, en concreto, para realizar actos jurídicos válidos y asumir, por tanto, derechos u obligaciones específicas, como pueden ser: otorgar un testamento, realizar una compraventa, comparecer en concepto de testigo, intervenir en calidad de fiador, contraer matrimonio, o ser demandado para la devolución de un préstamo, se denomina **capacidad de obrar**. Cabría pues hablar, en relación con la capacidad jurídica de poder de titularidad y, respecto a la capacidad de obrar, de poder de ejercicio (1).

La **presunción de capacidad** está prevista en nuestra legislación. La regla general es, por tanto, la capacidad de la persona y la excepción la incapacidad. El término «incapacitado» expresa, en un sentido técnico y de forma indubitada, la realidad en la que se halla alguien al que una sentencia ha explicitado su situación como tal, aunque, frecuentemente, se usa el término incapacitado en un sentido no técnico, que se distancia de lo antes expuesto. Por ejemplo, el art. 663 CC, establece qué personas están incapacitadas para testar, refiriéndose a situaciones personales concretas, no a un estado permanente y sin que exista necesariamente una declaración judicial de incapacidad.

Por otro lado, **la capacidad de obrar admite graduación**, cuestión que no cabe con la capacidad jurídica. Así, el mayor de edad tiene un grado de capacidad de obrar muy superior al menor de edad, o las personas incapacitadas tienen, de forma personalizada, el grado de capacidad de obrar que les reconoce la sentencia de incapacitación, que fluctuará entre la privación y la limitación en su ejercicio, conforme a la graduación de su extensión. Por otra parte, la incapacitación, al igual que la minoría de edad, no supone un cambio, en modo alguno, en la titularidad de los derechos fundamentales de la persona incapacitada, aunque sí en su forma de ejercicio, lo que obliga a la conformación específica, en la sentencia constitutiva, de la situación jurídica de la persona incapacitada, conforme a sus intereses y necesidades.

Sin embargo el **concepto «incapaz»** se utiliza, de forma más indeterminada, para aludir a diferentes contextos:

a) A las personas incapacitadas por sentencia, así en los artículos 199 del CC, art 20 del CC (para la opción de nacionalidad), 121 del mismo cuerpo legal (para los reconocimientos de filiación no matrimonial), 443 (adquisición de la posesión), 625 (aceptación de donaciones), 808 (sustitución fideicomisaria para la legítima), 996 (aceptación de herencia por curatelados), 1301 (nulidad de contratos), 1330 (capitulaciones matrimoniales), 1393 (conclusión de la sociedad de gananciales), 1548 (arrendamientos) o 1903 (obligaciones por culpa o negligencia).

b) A las personas que se encuentran en la situación prevista en el artículo 200 del CC, sin que medie sentencia, es decir, a los incapacitados de hecho, así en el artículo 303 CC, para las situaciones de guarda de hecho o 1732 (para la finalización del mandato).

c) A quienes no están capacitados para realizar un acto concreto, así en el art. 745 y 756 CC, en el que se prevé quienes son incapaces de suceder, en el art 156 para el ejercicio de la patria potestad, 698 (otorgamiento de testamento), 1299 (acción de rescisión),

d) A las personas con discapacidad, con carácter general.

En todo caso, ha de señalarse que, en sentido técnico, **la discapacidad** es una situación administrativa y la incapacitación un estado civil, que deriva de la

existencia de una sentencia firme. Ninguna persona puede, por tanto, ser considerada incapacitada, sin una sentencia firme que lo declare, lo que parece abonar la tesis del carácter constitutivo de esta resolución judicial. El carácter exclusivamente judicial de la incapacitación, contrasta con las facultades de suspensión de la patria potestad o la tutela que se otorgan a las entidades públicas de la Administración, respecto de los menores en situación de desamparo.

Como bien dice Fernández de Buján (1) «*la relación entre incapacidad y discapacidad es poliédrica. Así, no parece concebible, en la práctica, que una persona incapacitada no sufra algún tipo de discapacidad y, por el contrario, la mayoría de las personas con discapacidad no están incapacitadas, o bien porque no resulta necesario este grado de limitación de su capacidad de obrar o bien porque, no obstante su condición de personas incapacitadas de hecho, debido a la ausencia de capacidad para el autogobierno, no han sido incapacitadas por sentencia judicial*». Por ejemplo, en Aragón, según publica el XIX dictamen del Observatorio Estatal para la Dependencia (<https://www.directores-sociales.com/images/Dec2019/INFO%20GLOBAL%20XIX%20DICTAMEN%20V2-2.pdf>), a finales de 2018 que existían 29.145 dependientes reconocidos y otras 7.590 personas están en listas de espera. Sin embargo, en todo Aragón no se superan las 5.000 personas tuteladas, según datos sacados de la propia estadística del CGPJ. (<http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Temas/Estadistica-Judicial/Estadistica-por-temas/Actividad-de-los-organos-judiciales/Juzgados-y-Tribunales/Informes-por-territorios-sobre-la-actividad-de-los-organos-judiciales/>).

## 2. EL PROCESO DE INCAPACITACIÓN/MODIFICACIÓN DE LA CAPACIDAD

A la hora de abordar un supuesto en que se promueve la **declaración de incapacidad** de una persona en los términos que previene el artículo 38 del Libro I del vigente «Código del Derecho Foral de Aragón», como Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, aprobado por Decreto Legislativo núm. 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón (BOA de 29 de marzo de 2011 y que entrara en vigor el día 23 abril de 2011) —cuya redacción transcribe literalmente la antigua del artículo 35.2 de la Ley Aragonesa núm. 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la Persona—, en relación con los artículos 199 y 200 del Código Civil y el artículo 760 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, es preciso afirmar como tal procedimiento **resulta acorde con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad**, firmada en Nueva York el día 13 diciembre 2006, ratificada por España en 23 noviembre 2007 y publicada en el Boletín Oficial del Estado el día 21 abril 2008, toda vez que esta normativa ya forma parte del ordenamiento jurídico español en virtud de lo dispuesto en los artículos 96.1 de nuestra Norma Fundamental y 1.5 del Código Civil, desde el momento que queda patente que esta regulación en modo alguno resulta una actuación o medida judicial discriminatoria para con el presunto incapaz al sustentarse sobre una situación procesal merecedora de la máxima protección con características

específicas y propias en las que resolución definitiva siempre deberá referir a una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas tras una serie de pruebas concluyentes se le acredite que no pueden o permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada (STS, su Sala 1ª, de 29 de abril de 2009, FJ 3º).

Esta Convención obliga a los estados partes a reconocer que *«todas las personas son iguales ante la ley y en virtud de ella y que tienen derecho a igual protección legal y a beneficiarse de la ley en igual medida sin discriminación alguna»*, obligándoles a prohibir *«toda discriminación por motivos de discapacidad»* y a garantizar a *«todas las personas con discapacidad protección legal igual y efectiva contra la discriminación por cualquier motivo»* (artículo 5.1 y 2).

La igualdad que se proclama es efectiva en todas las facetas de la vida incluidas las referidas a las tomas de decisiones en torno a este proceso de incapacidad, es más, el artículo 12 de la Convención se refiere a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad.

Nuestra actual legislación regula un especial y amplio marco graduable y abierto de posibilidades, en función de las necesidades y circunstancias precisas para la mejor toma de decisiones a favor del declarado incapaz. Ya no se trata de hacer un genérico traje a medida de la persona con discapacidad, sino de confeccionarlo concreto, el que procediera.

Se trata de fijar lo que la doctrina más moderna de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo viene calificando de un traje o trajes a medida, y esa es la gran aspiración del sistema judicial, de ahí que toda esta actividad judicial desplegada al efecto *«...precisa de un conocimiento de la situación en que se encuentra esa persona, cómo se desarrolla su vida ordinaria y representarse en qué medida puede cuidarse por sí misma o necesita alguna ayuda; si puede actuar por sí misma o si precisa que alguien lo haga por ella, para algunas facetas de la vida o para todas, hasta qué punto está en condiciones de decidir sobre sus intereses personales o patrimoniales, o precisa de un complemento o de una representación, para todas o para determinados actuaciones...»*. E insiste tal jurisprudencia, que *«...para que funcionen los sistemas de protección se hace necesaria una valoración concreta y particularizada de cada persona, huyendo de formalismos y de soluciones meramente protocolarias en su planteamiento, resolución y ejecución. La discapacidad presenta numerosos matices y ha de adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona afectada, lo que se plasma en la graduación de la incapacidad. Esta graduación puede ser tan variada como variadas son en la realidad las limitaciones de las personas y el contexto en que se desarrolla la vida de cada una de ellas. Ello exige sin duda la colaboración de todas las partes implicadas en el conocimiento de la persona afectada por alguna anomalía física o psíquica, lo que se traduce en lo procesal no solo en una aportación de los datos y pruebas que sean necesarias adoptar para evaluar correctamente su situación y la mayor o menor reversibilidad de la insuficiencia que le afecta, sino en la determinación de las medidas de apoyo que sean necesarias en atención*

*a su estado y las personas que deben prestarlas siempre en beneficio e interés del discapaz, respetando en la esfera de autonomía e independencia individual que presente en orden a la articulación y desarrollo de estas medidas para la adopción o toma de decisiones...»* (SSTS, su Sala 1ª, de fechas 20 de abril 2009, 1 de julio 2014, 13 de mayo y 20 de octubre de 2015, o 3 de junio de 2016, FJ 3º).

A la hora de declarar o no la incapacitación judicial de una persona, la normativa aplicable al caso exige que para estimar esa restricción o limitación de la capacidad de obrar debe adoptarse tal pronunciamiento de manera escrupulosa siempre y cuando una vez sea llevado a cabo un pormenorizado de su estado físico y mental se reúnan al menos los tres imperativos **requisitos** a tal fin:

- a) El padecimiento de una enfermedad o deficiencia psíquica o física.
- b) Que ésta sea persistente.

Y, c) Que impida a la persona gobernarse por sí misma, bien sea total o parcialmente.

Es decir, las causas de incapacidad están concebidas en nuestro derecho, a partir de la reforma de 1983, en el Código Civil, mantenida luego en la legislación aragonesa, como abiertas, de modo que, a diferencia con lo que ocurría en la antigua redacción del Código civil, no existe una lista, sino que el artículo 200 del Código Civil establece que *«...son causas de incapacitación las enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico que impidan a la persona gobernarse por sí misma»*. Es evidente que el artículo 322 del Código Civil establece una presunción de capacidad que se aplica a toda persona mayor de edad, que sólo desaparece cuando se prueba la concurrencia de una enfermedad de carácter persistente que permita concluir que aquella persona no se halla en situación de regir su persona, administrar sus bienes y cumplir con las restantes funciones de una persona media. Así se ha venido considerando por la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo en sentencias de 19 mayo 1998, 26 julio 1999, 20 noviembre 2002, 14 julio 2004 o 29 de abril de 2009 (FJ 8ª); Para mayor abundamiento afirma la STS de 28 julio 1998, *«...para que se incapacite a una persona no es sólo suficiente que padezca una enfermedad persistente de carácter físico o psíquico, ...lo que verdaderamente sobresa es la concurrencia del segundo requisito, o sea, que el trastorno tanto sea permanente como que oscile en intensidad, impida gobernarse a la afectada por sí misma»*.

### 3. SITUACIÓN TRAS LA RATIFICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK (CNY)

Tras la ratificación y publicación de la Convención, el legislador español acometió la reforma de ciertos aspectos del régimen jurídico de la discapacidad, particularmente en lo relativo al tratamiento registral y a la protección patrimonial de las personas con discapacidad, y había anunciado una reforma de la legisla-

ción reguladora de los procedimientos de incapacitación para su adaptación a las previsiones de la CNY.

En la Disposición final primera de la Ley 1/2009, de 25 de marzo, de reforma de la Ley de Registro Civil en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y de la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, se preveía, bajo la rúbrica «*Reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de modificación de la capacidad de obrar*», que el Gobierno, en el plazo de seis meses desde la entrada en vigor de la Ley remitiría a las Cortes Generales un Proyecto de Ley de reforma de la legislación reguladora de los procedimientos de incapacidad judicial, «que pasarán a denominarse procedimientos de modificación de la capacidad de obrar», para su adaptación a las previsiones de la CNY.

El legislador, por lo tanto, se hacía ya entonces eco de la necesidad de adaptar el régimen legal, sustantivo y procesal, de la incapacidad a los requerimientos de la Convención, y de acometer las reformas legislativas necesarias para llevar a cabo tal adaptación.

En esa línea, el Consejo de Ministros de 30 de marzo de 2010 aprobó el informe sobre las medidas necesarias para la adaptación de la legislación española a la CNY, fruto del cual surge el Proyecto de Ley de adaptación normativa a la Convención, aprobado el 17 de diciembre de 2010, por el que se modificaban, entre otras disposiciones, distintos artículos de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, y que fue seguido del borrador del Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil, del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de modificación judicial de la capacidad y de las medidas de apoyo a menores y de personas con capacidad modificada judicialmente.

En este borrador ya se esbozaban las líneas básicas de la reforma en materia de capacidad que en gran medida han cristalizado en el posterior Anteproyecto de Ley, con algunas variaciones. Además de proponer las necesarias modificaciones terminológicas, sustituyendo los términos «*incapacidad*» e «*incapacitación*» por los de «*modificación judicial de la capacidad*» y «*persona con capacidad modificada judicialmente*», se adoptaba con carácter general el modelo de medidas de apoyo, manteniendo el sistema de representación y sustitución con carácter subsidiario y residual. Se restringía, además, la figura de la incapacitación a las situaciones en las que no fuera posible conocer la voluntad de la persona afectada debido a una discapacidad persistente que le impidiese autogobernarse, y se incidía en la necesidad de que las medidas de apoyo adoptadas fueran proporcionales y adecuadas a las circunstancias y necesidades individuales de las personas afectadas. Al mismo tiempo, se introducía la figura del defensor provisional para aquellos casos en los que, sin concurrir causa de modificación de la capacidad, se daba en el afectado una imposibilidad temporal por razón de trastorno físico o psíquico

para cuidar de sus intereses, al tiempo que se preveía un nuevo procedimiento de modificación de la capacidad y designación de la figura de apoyo en consonancia con el nuevo sistema propuesto. (ver exposición de motivos del Anteproyecto en <http://www.nreg.es/ojs/index.php/RDC/article/download/375/291>)

La promulgación de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y que modificó numerosas leyes para acomodarlas al contenido del instrumento internacional. Interesa remarcar que en su Disposición adicional séptima, se establecía lo siguiente: *«El Gobierno, en el plazo de un año a partir de la entrada en vigor de esta Ley, remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley de adaptación de la normativa del ordenamiento jurídico para dar cumplimiento al artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, en lo relativo al ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones que las demás en todos los aspectos de la vida. Dicho proyecto de ley establecerá las modificaciones necesarias en el proceso judicial de determinación de apoyos para la toma de decisiones de las personas con discapacidad que la precisen».*

El proceso de adaptación del ordenamiento jurídico español a los principios y postulados de la CNY han seguido otra serie de reformas:

- el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (TRLGPD);
- la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, modificando la terminología de «minusvalía» o «incapacidad» en su articulado por «discapacidad» o «persona con discapacidad necesitada de especial protección» y que también modificaba la esterilización judicial del art 156 CP remitiendo ahora a la legislación civil;
- con la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (LJV), modificada por la Ley 4/2017, de 24 de junio, en relación con el derecho de las personas con discapacidad a contraer matrimonio en igualdad de condiciones
- con la Ley Orgánica 1/2017, de 13 de diciembre, de modificación de la Ley Orgánica 5/1999, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado, para garantizar la participación sin exclusiones de las personas con discapacidad en esta institución.
- y con la reforma de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General por medio de la LO 2/2018 de 5 de diciembre para garantizar el derecho de sufragio de todas las personas con discapacidad que suprimió los apartados b) y c) del art 3 de la LOREG que merece especial mención y comentario dado que se reintegró este derecho con carácter general a

todas las personas, con independencia de la graduación de su incapacidad judicial.

El proceso adaptativo del ordenamiento interno culmina, hasta el presente, con el **Anteproyecto de Ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad**, cuyo eje principal es la modificación del sistema de incapacidad e incapacitación y de las instituciones tutelares y de apoyo regulado en los Títulos IX y X del Código Civil, y la modificación de las normas procesales que se contienen en el Capítulo II del Título I del Libro IV de la LEC, relativo a los procesos sobre capacidad de las personas (artículos 756 a 763, incluidos ambos), y en los Capítulos IV, V y VI del Título II de la LJV, relativos a la tutela, la curatela y la guarda de hecho, a la concesión judicial de la emancipación y del beneficio de la mayoría de edad y a la protección del patrimonio de las personas con discapacidad, respectivamente.

La reforma, como se expresa en la Exposición de Motivos del Anteproyecto, *«tiene como guía la plena consecución del principio de igualdad de todas las personas en el ejercicio de su capacidad jurídica y la eliminación de todo tipo de discriminación por razón de discapacidad, y el respeto a la dignidad de las personas con discapacidad, principios que tienen su encaje constitucional en los artículos 14 y 10 de la CE, respectivamente»*; y a los que se añaden, también como elementos inspiradores de la reforma que provienen de *«los principios rectores de la Convención, el respeto a la tutela de los derechos y libertades fundamentales y a la libre voluntad de las personas con discapacidad, así como la necesaria observancia de los principios de necesidad y proporcionalidad en la adopción de las medidas de apoyo que puedan necesitar las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica»*.

Este cambio normativo y procesal en el tratamiento de las personas con discapacidad descansa sobre la consideración de éstas como verdaderos sujetos titulares de derechos (y por tanto también de obligaciones) y, en consecuencia, como sujetos aptos para la titularidad de tales derechos (y obligaciones) en que se resume la capacidad jurídica, lo que no es sino consecuencia ineludible del reconocimiento de la personalidad jurídica.

Como bien dice el informe preceptivo previo emitido por el Consejo General del Poder Judicial (6) *«el sistema que establece el prelegislador se encuentra por tanto vinculado al respeto de los derechos humanos de las personas con discapacidad. La regulación de la discapacidad en la esfera civil y procesal civil que se impone desde la Convención enraiza con el pleno reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad, y como consustancial a tal reconocimiento, el de su capacidad jurídica, así como el reconocimiento del pleno ejercicio de sus derechos, esto es, de la capacidad de obrar, en condiciones de igualdad y sin discriminación. El reconocimiento de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad, entendida como el reconocimiento por el Derecho de la existencia y esencia de la persona y de su aptitud para ser sujeto, activo y pasivo, de relaciones jurídicas —es decir, de la aptitud en abstracto para ser titular de*

*derechos y obligaciones concretos— es inherente al reconocimiento de la personalidad de las personas afectadas por una discapacidad, como cualidad jurídica que se adquiere con el nacimiento y se prolonga hasta el fallecimiento de la persona. Consustancial al reconocimiento de la personalidad jurídica es el reconocimiento de la capacidad jurídica, entendida, en su acepción tradicional, como la aptitud para ser titular de derechos y obligaciones, titularidad que ha de predicarse de toda persona por el hecho de gozar de personalidad jurídica».*

En todo ello subyace un problema jurídico que no debe pasarse por alto y es la unificación dentro de un mismo término de dos aspectos de la personalidad jurídica que hasta ahora habían estado bien diferenciados dentro de la doctrina jurídica: la capacidad jurídica y la capacidad de obrar, que ya se habían explicitado en el primer apartado de esta ponencia.

Y es que esta diferenciación entre los conceptos de capacidad jurídica y capacidad de obrar, queda reducido ahora a otros ámbitos del Derecho —la minoría de edad, por ejemplo; no, en cambio, para las personas con discapacidad, tras el reconocimiento de su plena personalidad jurídica, con el respeto de la dignidad innata a la misma y con la consideración del principio de igualdad en el ejercicio de los derechos sin discriminación por razón de la discapacidad.

No es una cuestión solo teórica o técnica. En la práctica supone el replanteamiento legislativo en al menos en las siguientes cuestiones:

- el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con el resto de las personas y en todos los aspectos de la vida
- la revisión de los sistemas jurídicos que restringen la capacidad jurídica de las personas con discapacidad
- el establecimiento de un sistema de apoyos para la actuación normalizada de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad y de asistencia en su ejercicio
- nuevo planteamiento de las instituciones tutelares y de guarda legal, abandonando el actual sistema de declaración judicial de modificación de la capacidad, para dejar paso a sistemas basados en el autogobierno, con el establecimiento puntual y taxativo de las medidas de apoyo y asistencia, en los que los supuestos de suspensión de la capacidad de obrar y la representación del discapacitados sean excepcionales
- la adopción de salvaguardas como garantía para el funcionamiento adecuado y regular de los mecanismos de apoyo, basadas siempre y en todo caso en el respeto de la voluntad del discapacitado y en sus preferencias, y que deben ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona con discapacidad, y sujetas al control de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial.

La incapacidad, entendida como ausencia de la capacidad jurídica y de obrar, solo se concibe respecto de los menores de edad, y por consiguiente, la institución tutelar únicamente se contempla con relación a los menores no emancipados en situación de desamparo y a los menores no emancipados no sujetos a la patria potestad. Consecuentemente, desaparece la figura de la patria potestad prorrogada y la rehabilitación de la patria potestad. El juicio sobre la capacidad persiste, pero no para la declaración judicial de la modificación de la capacidad, sino para establecer el régimen de guarda legal adecuado a las circunstancias concurrentes y las medidas de apoyo precisas para asistir a la persona con discapacidad, así como las medidas de salvaguardia adecuadas y proporcionadas para garantizar el funcionamiento regular de las medidas de apoyo; es decir, lo que desde la jurisprudencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo se ha dado en llamar «*la confección del traje a medida para la persona con discapacidad*» del que ya antes habíamos hablado.

A su vez, es la curatela la que se promueve como el sistema de guarda legal adecuado para los casos en los que no exista otra medida de apoyo suficiente y adecuada para la persona con discapacidad, pero se le priva a la curatela de su carácter representativo, que solo se mantiene de forma excepcional. Se prioriza, por tanto, el autogobierno, la autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y de obrar, y su voluntad, deseos y preferencias. Así, cobran especial relevancia las medidas preventivas —los poderes y mandatos preventivos—, las medidas de autoorganización de la guarda legal, incluida la autocuratela —sustituye a la autotutela—, y la guarda de hecho, que pasa a ser una curiosa institución jurídica de apoyo sin el revestimiento de una investidura judicial formal, fuera de los casos en los que se requiera la sustitución y representación de la persona con discapacidad.

Más allá del régimen de la representación, afecta también al mandato, a la capacidad de transmitir y de administrar los bienes, a la capacidad para ejercer derechos y deberes de familia, al matrimonio, a la filiación, a la patria potestad, a la adopción, así como a la capacidad de donar y de testar, a diversas figuras e instituciones del régimen de sucesión *mortis causa*, y al régimen de responsabilidad contractual y extracontractual.

#### **4. LA LEY ARAGONESA 5/19**

Como dicta su preámbulo «*esta Ley de derechos y garantías de las personas con discapacidad en Aragón obedece a la necesaria adecuación de la normativa autonómica a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que fue ratificada el 3 de diciembre de 2007 por España y entró en vigor el 3 de mayo de 2008. La Convención ha modificado el paradigma en las políticas sobre discapacidad, pasando de un planteamiento meramente asistencial al de garantía de derechos. La Con-*

*vención considera a las personas con discapacidad como sujetos titulares de derechos, y los poderes públicos están obligados a garantizar que el ejercicio de esos derechos sea pleno y efectivo. De acuerdo con ello, esta Ley reconoce a las personas con discapacidad derechos específicos respecto de los que son sujetos activos y reorienta las actuaciones públicas desde un modelo biosanitario y rehabilitador, centrado en la enfermedad o en las deficiencias, a un modelo social, basado en las capacidades y en la interacción con el entorno».*

La Ley también promueve el respeto a la diversidad desde el reconocimiento del valor de las personas con capacidades diferentes a las de la mayoría. Esta orientación implica un cambio fundamental de las políticas públicas, que han de dirigir sus objetivos a lograr la accesibilidad universal, proporcionando los apoyos necesarios para alcanzarla, dando prioridad a las políticas de empleo así como en la formación para el empleo.

Se otorga el protagonismo a las personas con discapacidad en el libre desarrollo de su personalidad y en la toma de decisiones sobre todos los aspectos de su vida. En este sentido, es preciso establecer mecanismos para su incorporación efectiva en los procesos de toma de decisiones que afecten a sus derechos.

Pero el mismo legislador aragonés incurre en contradicciones que me permito destacar. Así, si el art 59 de esta Ley indica como para favorecer la autonomía de éstas se *«impulsarán y facilitarán los instrumentos de autotutela adaptados a sus particulares circunstancias»*, sin embargo, la Ley de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad establece que *«cualquier persona con capacidad de obrar suficiente, en previsión de ser incapacitada judicialmente en un futuro.....»* Luego ya partimos de la capacidad de obrar para otorgar el documento público notarial.

Especial mención merece los campos abiertos que deja el legislador autonómico, como muestra, el art 62.2 al intentar regular los derechos y garantías de las personas con discapacidad usuarias de centros residenciales y centros de día: *«Toda decisión o medida tomada por la dirección del centro u organismo competente que suponga aislamiento, restricciones de libertades, u otras de carácter extraordinario deberá ser aprobada por la autoridad judicial y, en todo caso, comunicada a la persona que ejerza la tutela legal, salvo que, por razones de urgencia, se hiciese necesaria la inmediata adopción de la medida, en cuyo caso se pondrá en inmediato conocimiento de aquélla, y en todo caso, en un máximo de 24 horas»*. La primera cuestión es que dado que se regula un procedimiento que afecta a derechos fundamentales (derecho a la libertad del art 17 de la CE), el legislador autonómico entra en ámbito normativo propio de Ley Orgánica en el que carece de competencia. En segundo lugar, se desconoce la realidad de la vida diaria: El prohibir la salida del centro, la colocación de barreras o de cinturón de sujeción en camas o sillas de paseo... ¿realmente queremos judicializar todas y cada una de estas situaciones que se producen a diario en los centenares de centros de día y residencias de Aragón?

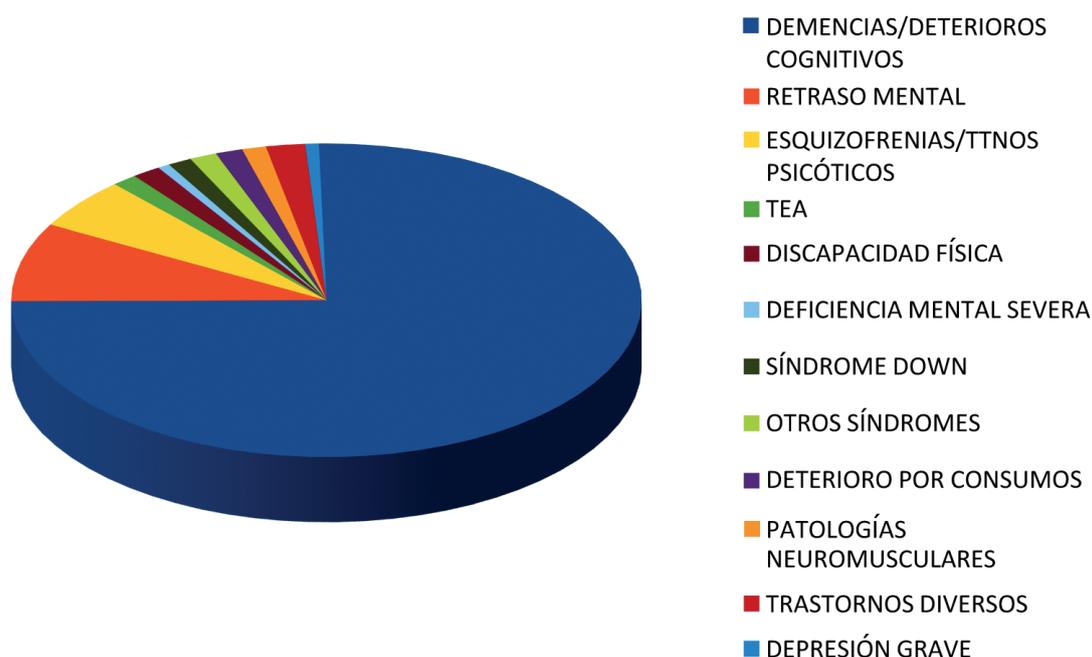
Pero esta Ley ha perdido una gran oportunidad para potenciar instituciones de protección propias de la tradición foral aragonesa, como la Junta de Parientes a quien nuestro Código de Derecho Foral otorga facultades equiparables al tutor y cuyas decisiones incluso quedan fuera del control judicial actual. Así, como ejemplo, los artículos 14, y 16 del Código Foral en relación con el art. 136.2 regulan las atribuciones gratuitas, los actos de disposición y los actos del tutor que pueden ser autorizados por la Junta de Parientes sin necesidad de intervención judicial y de otros artículos en los que se le otorga una participación interesante en la organización y funcionamiento de la tutela (arts. 105, 107, 113, 114, 140, 141 y 142) y en la guarda de hecho (art 159).

## 5. LA REALIDAD PROCESAL DE LA DISCAPACIDAD Y DE LA INCAPACIDAD

Empezaremos este apartado con unos datos estadísticos sacados de la propia experiencia profesional y referentes a las sentencias de modificación de la capacidad dictadas en la ciudad de Zaragoza en los años 2017 y 2018.

4.1.– Los primeros datos que se exponen son los de las **causas de incapacidad recogidas en las sentencias dictadas** en estos dos últimos años.

CAUSAS (incluidas en el informe médico forense)	SENTENCIAS DE MODIFICACIÓN de CAPACIDAD AÑOS 2017-2018 Juzgado de Primera Instancia nº 13 de Zaragoza	
	DEMENCIAS/DETERIOROS COGNITIVOS	969
RETRASO MENTAL	113	8,64%
ESQUIZOFRENIAS/TTNOS PSICÓTICOS DIVERSOS	68	5,20%
TEA (Autismo)	17	1,30%
DISCAPACIDAD FÍSICA	19	1,45%
SÍNDROME DOWN	16	1,22%
OTROS SINDROMES	18	1,38%
DETERIORO POR CONSUMOS	18	1,38%
PATOLOGÍAS NEUROMUSCULARES	16	1,22%
TRASTORNOS DIVERSOS	26	1,99%
DEPRESIÓN GRAVE	9	0,69%
EPILEPSIA	5	0,38%
DESESTIMATORIAS	14	1,07%
<b>TOTAL</b>	<b>1.308</b>	<b>100,00%</b>



El primer dato que llama poderosamente la atención es que casi las  $\frac{3}{4}$  partes de los procesos de modificación de la capacidad se refieren a personas afectadas de demencias (seniles, vasculares, mixtas, frontotemporales, alzhéimer, párkinson, neurodegenerativas, d. mentales congénitas, de Cuerpos de Lewy...) que comportan deterioros cognitivos graves y otras circunstancias que han llevado a la persona a un daño cerebral de consideración (accidente cerebrovascular, traumatismo craneoencefálico, ataxia...). Al 99% de estas personas se le ha declarado la incapacidad total por carecer de total autogobierno para regir su persona y bienes.

Los calificados como retrasos mentales (en la calificación de moderados, severos o profundos, según el CIE 10 (F71-73), en 101 de ellos la incapacitación fue total y en 12 parcial. Se rehabilitó la autoridad familiar a los padres en 42 ocasiones, en 9 se nombró tutor a uno solo de los padres/madres (normalmente por viudedad, separación, divorcio o madre soltera). Lo que demuestra el elevado porcentaje comparativo de asuntos iniciados a instancia de los propios padres que solicitan la modificación de la capacidad de sus hijos. En el resto de asuntos (62), se instituyó la tutela, en 15 de ellos a favor de la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos del Gobierno de Aragón y en 47 a favor de otros familiares.

Algo similar ocurre en los TEA (trastornos del Espectro Autista: Autismo, Asperger, Rett) (F84 del CIE 10) en que se instituyó la rehabilitación o la prórroga de la autoridad familiar en el 100% de los asuntos.

De las sentencias dictadas en asuntos con causa basada en Esquizofrenias, trastornos esquizotípicos, delirantes, trastornos afectivos (F20-29) y de personalidad (F60-69 del CIE10) lo destacable es la amplia proporción de incapacitaciones

parciales (un 38%) frente a un 7% general en los años referidos. Normalmente basadas en la necesidad de control y seguimiento del tratamiento.

Mención especial merece los incluidos como discapacidad física: se incluyen aquellos en los que quedan afectadas las facultades cognitivas, asociados a demencias o grandes limitaciones de la capacidad de autogobierno como aquellos en los que se ha producido una disminución de las aptitudes psíquicas de naturaleza fisiológica. En 8 de estos asuntos se estableció una curatela para la protección en diversos ámbitos.

En los Síndrome de Down únicamente en dos se instituyó tutela ajena a los padres. En otros dos la tutela se otorgó a uno solo de los progenitores y en el resto (12) se rehabilitó la autoridad familiar. La incapacidad fue total en 14 de las 16 sentencias.

Bajo el epígrafe de otros síndromes se han agrupado con el solo fin de simplificación de la estadística diversos y variados tales como Prader-Willy (CIE10 Q87), Lennox-Gastaut (G.40), West, X-Frágil, Korsakoff y Diógenes.

Los Deterioros por consumos se han separado del resto de deterioros en aquellos supuestos en que la causa básica ha sido el abuso de sustancias (drogas y alcohol) que han causado déficits intelectuales encefalopáticos.

Dentro de las patologías neuromusculares se incluyen, también sin otro afán que el de sencillez: parálisis cerebral, tetraparesia espástica (G82), encefalopatías anóxicas e hipóxicas (G.93).

En los trastornos diversos se agrupan: Trastornos de ansiedad (F41), de control de impulsos (F63) y obsesivo-compulsivo (F42).

4.2.– El segundo dato estadístico que se quiere aportar es el de las **INSTITUCIONES TUTELARES designadas en las sentencias** dictadas por el Juzgado especializado en incapacidades en los ya mencionados años de 2017 y 2018.

INSTITUCIONES TUTELARES EN SENTENCIAS 2017-2018		
		%
TUTELA	1.116	86,24%
CURATELA	91	7,03%
AUT FAMILIAR/PATRIA POTESTAD	87	6,72%
	1.294	100,00%



Llama significativamente la atención el amplísimo porcentaje de tutelas (incapacitaciones totales) frente a las curatelas. Es decir, que tanto el Magistrado y el Ministerio Fiscal como los facultativos informantes (médicos, forenses) e incluso, en algunos casos, los servicios sociales o residenciales han valorado como necesaria la incapacitación global para la adecuada protección de la persona afectada.

4.3.– Por último se quieren aportar los datos relativos a cómo se distribuyen los cargos tutelares instituidos en las sentencias dictadas en los dos últimos años en la ciudad de Zaragoza

DISTRIBUCIÓN DE CARGOS TUTELARES 2017-2018		
COMISIÓN DE TUTELAS	146	11,28%
PADRES/MADRES	192	14,84%
RESTO FAMILIARES	927	71,64%
INSTITUCIONES TUTELARES	29	2,24%
	1.294	100,00%



Estos datos ponen de manifiesto cómo son las familias las que soportan y sobre las que recae la carga de velar por la debida atención y cuidado. Es la gran institución social a preservar sin duda. El Gobierno de Aragón asume poco más del 11% de los supuestos; a pesar de ello, la Comisión de Tutela se encuentra desbordada por los asuntos que atiende en el acumulado de todos los años.

El papel de instituciones tutelares (Fundaciones o Asociaciones que asumen en sus estatutos la función tutelar) es un porcentaje escasísimo, aunque se reconoce un pequeño despertar social en esta línea que permite tanto la descarga de la Administración como de las propias familias, más evidente en los supuestos de fallecimiento o excusa de los padres por razones de edad o enfermedad.

## 6. ¿QUÉ MEDIDAS SE PUEDEN IMPLANTAR PARA MEJORAR LA ATENCIÓN A LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD ANTE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA?

### 1. Creación de una Jurisdicción especializada.

No sólo con la finalidad de profundizar en conocimientos sino, sobre todo, FORMACIÓN en las relaciones interpersonales a todas las personas que de una u otra forma intervienen en los procedimientos judiciales en personas con discapacidad: Jueces, Fiscales, Médicos Forenses, Letrados de la Administración de Justicia, Abogados, Procuradores y el personal al servicio de la Administración de Justicia.

Es impensable que en los grandes núcleos urbanos no existan Juzgados especializados (actualmente solo Madrid con 4 Juzgados, Barcelona con 3, Valencia con 2 y Zaragoza con uno y otro compartiendo funciones de familia disponen de Juzgados especializados). En el resto se produce la concurrencia con competencias en materia de Familia.

En los pequeños partidos judiciales la especialización partiría de formación expresa a los profesionales y funcionarios.

En los órganos colegiados sólo hay especialización de Incapacidades (en todas junto con Familia) en 14 de las Audiencias Provinciales españolas.

### 2. Preferencia en la utilización de la comunicación oral sobre la escrita en la relación de la Administración de Justicia con las personas discapacitadas.

En cuestiones como citaciones, emplazamientos, etc. Es más fluido y menos estresante para la persona, este sistema que el escrito; para ello, como en el punto 1º, es absolutamente necesaria la formación del personal que van a transmitir los requerimientos del Juzgado. Cualquiera no puede ser interlocutor de una persona con discapacidad.

En la comunicación escrita se debe proceder a establecer formatos de fácil lectura para que las personas con problemas de comprensión puedan entender todo lo que se les dice. Igualmente, en el caso de que una persona sea ciega se le deberá proporcionar toda la información escrita en sistema Braille.

### 3. Fomentar la **entrevista simultánea de Juez y Médico Forense** con la persona discapacitada; se evita dualidad y reiteraciones. Por otro lado, se fomenta el enriquecimiento mutuo de Juez y Médico Forense escuchando uno la inter-

vención del otro. Ello no es óbice para que el Médico Forense, si lo considera necesario, prolongue en solitario su entrevista.

**4. Evitar la asistencia a Juicio de la persona discapacitada** si no es estrictamente necesario. Para ello es necesario informar desde el Juzgado tanto al interesado como a la familia.

**5. Adaptar la entrevista, el informe médico forense y la sentencia a las circunstancias específicas de cada caso concreto**, obviando la generalización y la utilización de fórmulas estereotipadas. Hay que dejar absolutamente claro cuáles son las áreas en las que la persona necesita de ayuda y cuáles son en las que goza de plena autonomía. La persona con discapacidad intelectual deberá ser escuchada y su opinión ha de tenerse en cuenta. Se deberá respetar los tiempos y los apoyos que necesiten para ser escuchados.

**6.** Ello garantiza la mejor atención ante la jurisdicción especializada, pero no dejemos a un lado que una persona con discapacidad puede **intervenir en un proceso judicial como parte interesada o como tercero** (fundamentalmente testigo). En este caso habrá que tener en cuenta:

- Los actos de comunicación (citaciones, emplazamientos, requerimientos o embargos) cuidando escrupulosamente de comprobar que han llegado a conocimiento del interesado. Aquí es fundamental el papel del funcionario encargado de llevar a cabo la diligencia.
- Las comparecencias ante el Tribunal deberían quedar reducidas a las estrictamente necesarias.
- La LECiv contempla las siguientes especialidades que se deben destacar en relación con las personas con discapacidad:
  - El art 143.2 LEC (necesidad de intérprete para personas sordas).
  - Art 162 LEC (presentación en soporte papel y no solo informáticos).
  - Art 166 LEC (nulidad de los actos de comunicación que producen indefensión).
  - Art 168 LEC (responsabilidad de los funcionarios intervinientes en los actos de comunicación).
  - Art 311 LEC y 364 (interrogatorio domiciliario de partes y testigos).
  - Art 361 LEC (idoneidad para ser testigos).

Especial relevancia en procedimientos de división de herencia e intervención de caudal hereditario (hasta en siete artículos se menciona a las personas incapacitadas)

**7. El acceso físico a dependencias** e instalaciones (barreras arquitectónicas, complemento de servicios (silla de ruedas, acompañamientos personales, lugares para descanso, servicios y aseos ...)

**8.— Necesidad de intérpretes .** Lengua de signos, Braille, sordociegos,...

**9.— El derecho a la intimidad y confidencialidad** es un derecho de todas las personas, y siempre ha de ser respetado en el caso de las personas con alguna discapacidad, ya sea física, psíquica o sensorial.

**10.** Del mismo modo que hemos señalado la especialización a nivel de la Administración de Justicia, es necesaria la **especialización en Colegios de Abogados**, creando un servicio específico de asistencia a las personas con discapacidad. No puede ser cualquier abogado. Es necesaria formación jurídica, legal y capacidad de empatía.

**11.** En la administración de la justicia se ha de defender el **derecho de autonomía y de toma de decisiones** de todas las personas y por tanto el de las personas que tengan alguna discapacidad. En el caso en que una persona no pueda tomar sus propias decisiones deberán ser escuchadas sus opiniones e intentar que sean tenidas en cuenta. Una persona discapacitada al tener una mayor vulnerabilidad la protección de este derecho tan importante ha de tener una mayor atención por parte de todos los profesionales. Para ello es muy importante una información clara, accesible y veraz.

**12. Especial referencia a las personas mayores vulnerables.**

— **La importancia de la autonomía personal.** Cuando hay deterioro cognitivo, en la medida en que puedan manifestar su voluntad las personas mayores deben ser oídas y debe respetarse aquello que esté más de acuerdo con su anterior modo de vida o aquello que ha constituido la forma normal de resolver sus problemas Este derecho debe ser tenido en cuenta y debe potenciarse, ya que afecta a todos los mayores con discapacidades psíquicas o sensoriales fundamentalmente, o con dependencias.

— **La protección jurídica general y el acceso a la justicia.** Las personas mayores deben conocer que tienen derecho a la protección de los jueces y por supuesto a acceder a los agentes judiciales, tanto en sentido físico, (no barreras insalvables), como en sentido personal y humano (cercanía, lenguaje comprensible, receptibilidad)

— **Igualdad y no discriminación.**

— **Accesibilidad.** El artículo 9 de la Convención que trata de este tema hace mención al entorno físico, el transporte y las comunicaciones, así como las nuevas tecnologías.

Es de todos conocido la existencia de la llamada **brecha digital**, localizada entre la edad adulta y las personas mayores. De ahí que sea realmente complicado el uso de determinados sistemas por parte de una persona mayor, sea o no discapacitada. Todo ello debe ser perfectamente allanado para que esto no suponga un fuerte rechazo para las personas mayores y tiene que haber una perfecta sintonía entre los gestores judiciales y este tipo de personas, de tal

manera que desaparezca la desconfianza e incluso el miedo y se realice todo con la máxima normalidad.

Las discapacidades de tipo sensorial tienen mucho que decir al respecto y a ellas se refiere expresamente el contenido del artículo 9.

No deja de ser sorprendente la ubicación de determinados juzgados en pisos de difícil acceso, y en pasillos interminables y aunque necesariamente tienen que estar adaptados, sería conveniente tener en cuenta una normalización más sencilla.

— **Privacidad y protección de datos de carácter personal.** La confidencialidad es esencial en las relaciones profesionales y cuando se trata de personas mayores es exactamente igual, incluso aunque éstas tengan deterioro cognitivo.

## 7. CONCLUSIONES

1.— Parece imparable el **cambio de paradigma** que se viene imponiendo. De un sistema de protección objetivo que buscaba el interés de la persona discapacitada a un modo subjetivo, atendiendo a la voluntad y deseos de la persona incapacitada; de una protección más paternalista (del Estado al individuo) a un sistema de apoyo atento a las preferencias y cuando las facultades estén menoscabadas, que el curador tenga presentes los valores, creencias y trayectoria vital del curatelado; preferencia de la voluntad sobre el interés, que solo entra en juego cuando la voluntad no pueda expresarse ni reconstruirse, de protección y de preferencia por la tutela.

Por otro lado ya no se trata de una generalización de la incapacidad total sino de determinar los apoyos que permitan el ejercicio de sus capacidades limitadas.

Preferencia de la autorregulación (disposiciones que pueda adoptar una persona respecto de su propia y eventual discapacidad futura) sobre la regulación legal o judicial.

2.— Valorando lo positivo que tienen algunas de las medidas hacia las que se tiende, me planteo si en vez de un cambio pendular no sería algo mejor aprovechar lo positivo de la legislación actual. La CNY es de ámbito universal; en España la doctrina y la jurisprudencia ya había **claramente diferenciado entre personalidad jurídica y capacidad de obrar**. La incapacitación modifica la capacidad de obrar, pero no la personalidad jurídica. De hecho, tras la modificación de la Ley Electoral la incapacitación de por sí no supone la privación de ningún derecho fundamental. Ahora se produce una confusión que no existía entre la discapacidad y la incapacidad.

3.— Las **medidas de apoyo propuestas se dirigen a un escaso porcentaje** de los supuestos judiciales. La mayor parte de los asuntos judiciales que llegan supondrán la aplicación de medidas generalizadas igualmente, ante personas con discapacidad grave.

4.— **La desaparición de la prórroga o rehabilitación de la patria potestad será un tremendo error.** Dichas instituciones son ahora criticadas por considerarse rígidas por entenderse como privación absoluta de una posible actuación jurídica del hijo. Sin embargo, la mayor parte de los padres con hijos discapacitados solicitan que pueda quedar bajo su protección toda la vida, mientras les sea posible, ejerciendo sobre él las facultades de cuidado y protección y tomar las decisiones en su nombre como siempre lo han venido haciendo.

Como ya se ha visto con los datos estadísticos antes aportados, la familia es el soporte principal de las personas con discapacidad y quienes asumen en un amplísimo porcentaje las labores de guarda y custodia. En algunos tipos de discapacidad (Síndrome Down, TEA o retrasos mentales) son los padres los que asumen la función tutelar desde el mismo nacimiento y desean seguir haciéndolo así.

Esta desaparición es más sangrante en el caso de **Aragón** donde la figura de la **autoridad familiar** concede mayor ámbito de actuación objetiva y subjetiva y puede ser ejercida, en la mayor parte de las ocasiones sin necesidad de intervención judicial.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

1. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (2011). «Capacidad jurídica. Discapacidad. Incapacitación. Modificación judicial de la capacidad». *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*. RJUAM nº 23, 2011-I, pp. 53-81.
2. Anteproyecto de Ley de Reforma de la Legislación Civil y Procesal en materia de discapacidad. *Revista de Derecho Civil RDC* ISSN 2341-2216, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018) pp. 247-310. <http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/actividad-legislativa/normativa/proyectos-real-decreto>.
3. PAU PEDRÓN, A. (2018) «De la incapacitación al apoyo. El nuevo régimen de la discapacidad intelectual en el Código Civil». *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3 (julio-septiembre, 2018), Estudios, pp. 5-28.
4. Consejo General del Poder Judicial. *Guía de buenas prácticas sobre el acceso y tutela de los derechos de las personas con discapacidad en sus relaciones con la administración de justicia, a la luz de la convención de la ONU y de las Reglas de Brasilia*. [http://www.poderjudicial.es/stfls/cgpj/OTROS%20DOCUMENTOS/FICHERO/guia\\_practicas\\_discapacidad-reglasBasilia\\_1.0.0.pdf](http://www.poderjudicial.es/stfls/cgpj/OTROS%20DOCUMENTOS/FICHERO/guia_practicas_discapacidad-reglasBasilia_1.0.0.pdf).
5. ALZAGA VILLAMIL, O. *et al.* (2000). *La Administración de Justicia y las personas con discapacidad*. Escuela Libre Editorial. Fundación ONCE, pp. 199-247.
6. Consejo General del Poder Judicial. *Informe sobre el Anteproyecto de Ley por el que se reforma la Legislación Civil y Procesal en materia de discapacidad*. Acuerdo adoptado en reunión de 29 de noviembre de 2018. <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-Anteproyecto-de-Ley-por-la-que-se-reforma-la-legislacion-civil-y-procesal-en-materia-de-discapacidad>.

## LA NUEVA NORMATIVA ARAGONESA EN MATERIA DE DISCAPACIDAD A LA LUZ DE LA CONVENCIÓN DE NUEVA YORK: VISIÓN DE CONJUNTO Y NOVEDADES PROCESALES

NURIA SOUTO ABAD  
Abogado del ReIcaz

**SUMARIO:** 1. NORMATIVA ARAGONESA EN MATERIA DE DISCAPACIDAD TRAS LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.– 2. ANTEPROYECTO DE LA LEY DE REFORMA DE LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD 3. SITUACIÓN QUE NOS ENCONTRAMOS EN LA PRÁCTICA EN MATERIA DE DISCAPACIDAD.– 4. PROYECCIÓN A FUTURO EN MATERIA DE DISCAPACIDAD.– 5. CONCLUSIONES.– 6. BIBLIOGRAFÍA

En primer lugar agradecer la invitación efectuada para intervenir en los presentes encuentros de Derecho Foral Aragonés.

Dentro de la ponencia «La Nueva Normativa Aragonesa en Materia de Discapacidad a la luz de la Convención de Nueva York, visión de conjunto y novedades procesales», voy a realizar, o al menos intentar, destacar desde un punto de vista práctico, la problemática y diversas situaciones con la que nos encontramos en el presente y nos podremos encontrar a futuro los profesionales y operadores que intervenimos en temas de discapacidad, en base a la normativa aragonesa existente en la materia y sus modificaciones.

Con carácter **previo**, debemos hacer mención de lo que ha supuesto en el cambio conceptual de la discapacidad la **Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad** firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España en 23 de noviembre de 2007 y publicada en el *Boletín Oficial del Estado* el día 21 de abril de 2008.

La Convención, sienta nuevas bases y requiere una forma nueva de enfocar la discapacidad, exigiendo su puesta en práctica a través de soluciones innovadoras, considerando la **Discapacidad** como el resultado de la interacción entre las limitaciones humanas y el medio en el que nos desenvolvemos.

Este nuevo enfoque que nace al amparo de la Convención, está basado en los derechos, en la dignidad de las personas, y se aleja del enfoque impulsado por la conmiseración. Su fin no es otro que la eliminación de las instituciones sustitutivas de la capacidad de obrar, y la adopción del nuevo sistema de apoyos o asistencia en la toma de decisiones centrado en la voluntad propia de la persona discapacitada.

Así en su artículo 12 de la Convención, se incorpora el modelo de apoyos que se enfrenta directamente al sistema de tutela y en su artículo 13, establece que una parte fundamental de la garantía del disfrute de los derechos es el acceso a la justicia a fin de ejercitar el derecho a una reparación.

Ante esta diferente concepción de la discapacidad, la consecuencia fue la necesidad de realizar ajustes en el ordenamiento jurídico debiendo tener que adaptarse nuestro ordenamiento a las reformas legales, tanto las relativas a la Ley de Enjuiciamiento Civil, del Código Civil o Ley de Jurisdicción Voluntaria en referencia a todas aquellas figuras o situaciones existentes para la protección de las personas con discapacidad, como también el ordenamiento debía adecuarse a la corriente jurisprudencial y a la doctrina emanada por los Tribunales en esta materia.

Reseña obligatoria de la doctrina emanada por los Tribunales, son dos Sentencias de transcendencia en esta materia, la Sentencia de 29 de abril nº 282/2009, del Tribunal Supremo, la cual es considerada por la mayoría de la doctrina, como la sentencia que mejor refleja la idoneidad de la adaptación del artículo 12 de la Convención a nuestro ordenamiento jurídico, abriéndose un camino todavía inacabado al legislador, y decimos inacabado, por cuanto a pesar de las reformas existentes, entendemos que deben seguir produciéndose, como expondremos más adelante en aras al principio de seguridad jurídica.

Quedan a través de esta Sentencia, meridianamente claros los aspectos que deberían ser objeto de tratamiento, ideas que luego han sido el hilo conductor de un relevante número de sentencias que ha perfilado de manera nítida el parecer del Alto Tribunal.

La citada Sentencia hace referencia a «un traje a medida», toda vez que establece *«La incapacitación con el consiguiente nombramiento de tutor, es una medida de protección para quienes no puedan autogobernarse y por tanto, se toma en su beneficio y no el de familiares o de otras personas del entorno, La curatela es un órgano estable, pero de actuación intermitente que se caracteriza porque la función no consiste en la representación de quien está sometido a ella, sino completar la capacidad de quine la posee, pero necesita un plus para la realización de determinados actos. La diferencia se*

*encuentra entonces es que el sometido a tutela carece de capacidad y por ello la medida de protección es la representación mientras que el sometido a curatela es capaz, pero requiere de un complemento de capacidad».*

Con posterioridad a esta sentencia, e inspirándose en ella y en su interpretación conjunta de la CE y la CNUDPD, no faltan pronunciamientos que consideran la curatela como la figura de guarda que mejor se adecua al libre desarrollo de la personalidad (art. 10 CE): SSAP Málaga (Sección 6.ª) de 22 de septiembre de 2009 [JUR 2010/95318] y de 24 de enero de 2012 [JUR 2012/328559].

Pero es la Sentencia del Tribunal Supremo nº 421/2013 de 24 de junio de 2013, la primera en considerar el nombramiento de un curador a favor de la persona con discapacidad, como medio idóneo de adaptación del artículo 12 de la Convención, sentencia a la que hay que sumar el interés casacional de la misma, con las consecuencias jurídicas que ello conlleva para el resto de los tribunales españoles.

En este caso, la Sentencia de primera instancia declara incapacitado al demandado, tanto para regir su persona y sus bienes, incluida la privación del derecho activo, como para regir su patrimonio y nombra tutor a la entidad pública, si bien por el Tribunal Supremo se declaró que el incapacitado se encuentra incapacitado en grado de parcial a la vista de su estado personal, por lo que se acordó el nombramiento de un curador revocando la Sentencia dictada estimatoria de la incapacitación total. Ya no estamos ante sustitución de la decisión del incapacitado, sino de ayuda al mismo en su toma de decisiones.

Ante tal panorama, resultaba imperioso adecuar toda la normativa, tanto a nivel estatal como autonómico existente en materia de discapacidad, a los criterios establecidos doctrinalmente y nacidos al amparo de lo previsto en la Convención.

## **1. NORMATIVA ARAGONESA EN MATERIA DE DISCAPACIDAD TRAS LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

Expuesto los antecedentes, pasamos a centrar la cuestión de la discapacidad centrándonos en nuestra propia normativa aragonesa. El Código de Derecho Foral de Aragón, aprobado mediante *Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón*, regula en su Título I de la Capacidad y estado de las personas, y en el Título III de las Relaciones Tutelares. Código de Derecho Foral que nace ya bajo la aplicación en nuestra normativa por ser parte de la misma, la Convención de Nueva York.

A partir de ahí, el legislador autonómico ha ido acometiendo la reforma de ciertos aspectos, adaptando paulatinamente lo dispuesto en la Convención aunándola con nuestras propias normas.

Y así, se ha dictado la Ley 5/2019 de 21 de marzo, de los Derechos y Garantías de las personas con discapacidad en Aragón, siendo el objetivo de la misma conseguir una verdadera igualdad de oportunidades, regulando desde una perspectiva transversal e interdepartamental materias relativas a las personas con discapacidad. Para ello, asume su articulado el reconocimiento de las capacidades diferentes y la necesaria mejora de accesibilidad universal de los entornos de vida de las personas, junto con el importante papel de las familias como apoyo y soporte de las personas con discapacidad.

Expresamente en su Título IX, regula la protección jurídica de las personas con discapacidad: abordando cuestiones como autonomía en la toma de decisiones (Artículo 59), valoración del interés personal del discapacitado como primordial en todas sus acciones y decisiones (Artículo 60), apoyos en los procesos de toma de decisiones (Artículo 61), garantías de las personas usuarias de los centros residenciales y de día (Artículo 62), y protección de los derechos de las personas consumidoras con discapacidad para que puedan acceder a la adquisición, uso y disfrute de bienes y servicios (Artículo 63).

De su apreciación conjunta, podemos ver el espíritu de la Convención y los criterios jurisprudenciales existentes hasta la fecha plasmados en dicho articulado, estableciendo el protagonismo de las personas con discapacidad en la toma de decisiones en su vida diaria.

Pero como toda norma, lleva implícita la existencia de luces y sombras.

Luces por cuanto se alude a esa priorización de la voluntad de la persona discapacitada, sombras por cuanto se deja pendiente de desarrollar por un lado los modos de impulsar y facilitar determinados instrumentos o medidas de apoyo, se grava a nuestro juicio cometidos como los de la entidad de Comisión de Tutelas y Defensa Judicial de Adultos del Gobierno de Aragón, y porque en definitiva, no ha procedido a dar respuesta a todas situaciones que la convención exigía dar respuesta, abriendo además la puerta a una serie de actuaciones en las que va a conllevar a la persona discapacitada y a sus familiares o entidades encargadas, a estar supeditados a la intervención judicial para la realización de determinados actos.

Intervención que entendemos quedaría relegada a un segundo plano, si no se hubieran obviado figuras importantes reguladas en nuestro Código Derecho Foral.

Cuando la norma aragonesa en su art 59 hace referencia a impulsar y facilitar los instrumentos de autotutela, habla en sentido genérico para todas las personas con discapacidad. Aplica en el mismo el contenido del artículo 12 de la Convención, pero ya desde este momento, se hace alusión a la intervención judicial.

Intervención que debe tener lugar a la hora de hacer efectivo el instrumento de autotutela, ya que para que se acuerde la práctica de lo dispuesto en el mismo, siempre tiene que estar acordado y/o ratificado mediante decisión judicial.

Pero este instrumento de expresión de la voluntad, similar al documento de voluntades anticipadas que contempla la Ley de Autonomía del Paciente Ley 41/2002 de 14 de noviembre, y que dispone la voluntad del paciente ante determinados situaciones derivadas de su estado de salud, esta mención expresa a dicha figura, no supone ni se hace eco de la totalidad de situaciones que precisamente venía exigiendo la Convención, dado que en ocasiones no es posible conocer la voluntad de la persona (pensemos en discapacidad intelectual grave o una enfermedad neurodegenerativa grave) y en las cuales es necesario tomar una decisión en nombre de ésta.

No podemos pasar por alto en el alto grado de asuntos sobre Modificación de capacidad tramitados en el Juzgado de Primera Instancia núm. 13 de Zaragoza, de los cuales las tres cuartas partes de los procesos, se refieren a personas afectadas de demencias que comportan deterioros cognitivos graves y otras circunstancias que han llevado a la persona a un daño cerebral considerable, que resulta difícil conocer la voluntad del mismo.

Y a ello debemos unir el hecho de la necesidad de acudir a un profesional a los efectos de que ayuden a la hora de hacer efectivo ese instrumento de autotela.

El artículo 61 por su parte, vuelve a hacer eco de lo dispuesto en el art. 12 de la Convención de Nueva York, y es cierto que el fin que se pretende es reforzar la autonomía personal de las personas, flexibilizando la respuesta jurídica y evitando, en la medida de lo posible, procedimientos de modificación de capacidad innecesarios y/o desproporcionados para las necesidades reales de algunas personas, pero al hacer referencia a las medidas pertinentes para proporcionar apoyo a las personas discapacitadas en el ejercicio de sus capacidades, a los fines de conseguir la máxima recuperación posible, alude a esa cooperación entre la Administración autonómica y la autoridad judicial.

No cabe su aplicación, sino ha sido tomada la decisión por la autoridad judicial a la vista del estado real de la persona discapacitada.

En otras Comunidades Autónomas han constituido la figura de la «asistencia» a los efectos de flexibilizar la respuesta jurídica en la medida de lo posible.

Así en Cataluña, en La ley 25/2010, del 29 de Julio, del libro 2º del Código Civil de Cataluña, mantuvo las instituciones de protección tradicionales existentes (tutela, curatela, defensa judicial, etc.) y reguló otras nuevas, como la figura de la asistencia, con el objetivo de dar respuesta a la diversidad de situaciones en las que pueden encontrarse las personas con discapacidad. La finalidad de la asistencia es la de proporcionar la ayuda, ofrecer apoyos (acompañamiento, consejos, orientación, asesoramiento...) y velar para que la persona acceda a la información de los asuntos que le incumben de manera adecuada, con el fin de lograr el cuidado de sí misma o de sus bienes y así prevenir riesgos por parte de terceras personas.

La protección ofrecida a las personas con discapacidad dentro del marco de la toma de decisiones con apoyo, entre las cuales nos encontramos a título meramente ejemplificativo, situaciones como formalizar un contrato de arrendamiento, o la apertura de una cuenta bancaria.

La naturaleza de los elementos de apoyo variarán según las necesidades de la persona; y sus opciones pueden explicarse en un lenguaje sencillo, o en lengua de signos, y ello entendemos deberá ser desarrollado reglamentariamente.

El apoyo es la finalidad perseguida, no la medida en sí; de ahí que ese apoyo en alguna ocasión exige una intervención mínima mientras que en otros casos necesita de la representación porque es la única vía para que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica. Apoyo que deberá ser revisado en breve espacio de tiempo, por lo que se está dotando de autonomía en toma de decisiones, pero de control continuo de la persona discapacitada, que implicará, en definitiva, la intervención de profesionales que van a ser requeridos por la persona discapacitada o por la propia familia.

Pero sigue el título haciendo referencia a la intervención judicial, cuando la Ley en su artículo 62 al hacer referencia a los derechos de las personas con discapacidad, usuarias de centros de día y residenciales:

*Toda decisión o medida tomada por la dirección del centro u organismo competente que suponga aislamiento, restricciones de libertades... Deberá ser aprobada por la autoridad judicial y en todo caso, comunicada a la persona que ejerza la tutela legal, salvo que por razones de urgencia se hiciese necesaria la inmediata adopción de la medida, en cuyo caso se pondrá en conocimiento de aquella de modo inmediato, y en todo caso, en un máximo de 24 horas.*

Estamos, a la vista de todo lo expuesto, ante una clara judicialización de la vida de las personas discapacitadas, y en consecuencia de un claro y excesivo trabajo tanto a nivel judicial como de las propias entidades tutelares, que lleva implícito un esfuerzo añadido en relación con los familiares de la persona discapacitada. Si bien el espíritu de la ley pretende hacerse eco y proteger a la familia, entendemos se desvía de ese fin, toda vez que la familia no debe solo aceptar la discapacidad de su familiar, sino que le genera un desasosiego el tener que acudir al Juzgado ante determinadas situaciones para solicitar autorizaciones judiciales, aun cuando el fin de acudir a los juzgados sea para salvaguardar y hacer efectivo el derecho a tener control y voz en la propia vida de las personas discapacitadas.

## **2. ANTEPROYECTO DE LA LEY DE REFORMA DE LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD**

Y si esto es el panorama actual normativo en nuestra Comunidad Autónoma a fecha actual, lo cierto es que tenemos que poner nuestra vista en los cambios

normativos a nivel estatal, y para la adecuada implantación de lo dispuesto en la Convención de NYC: es necesario la reforma legislativa, que afecta al Código Civil, y a la que se han de sumar las que han de quedar reflejadas en el Título I del Libro IV de la LEC pues requieren novedades o reformas procesales de lo que se denomina «proceso de modificación de la capacidad de las personas». Y fruto de ello surge el **Anteproyecto de Ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad**.

Realmente lo que se pretende con la modificación es que en la decisión judicial se acuerden otros sistemas que no sea ceñirse al interés de la persona discapacitada, sino que atendiendo a su propia voluntad, la protección de la persona se arbitre mediante una medida de apoyo o incluso, sin necesidad de asistencia, se potencie la intervención de la persona.

Toda la modificación, se dirige hacia un nuevo modelo de procesos judiciales de «modificación» de la capacidad de las personas. Distinción entre la causa y el motivo del proceso especial y a garantizar la accesibilidad de las personas discapacitadas a las actuaciones jurisdiccionales.

Ciñéndonos a las novedades procesales que suponen este Anteproyecto, nos encontramos la presentación de alegaciones por aquella persona que en la demanda aparezca propuesta como curador de la persona con discapacidad, lo que posibilita contar con más datos acerca de su disponibilidad e idoneidad para asumir tal encomienda, suponiendo ello un mayor índice de actuación en el procedimiento a personas o entidades que vayan a formar parte de las medidas de apoyo a la persona discapaz.

Se admite la intervención a su costa en el proceso de cualquiera de los legitimados que no sea promotor del procedimiento, o de cualquier sujeto con interés legítimo, evitando así que se generen situaciones de desigualdad entre los familiares de la persona afectada, como sucedía con anterioridad, donde unos podían actuar con plenitud en el proceso dada su condición de parte, y otros en cambio solo podían ser oídos en fase de prueba.

Se establece ante la voluntad de la persona discapacitada, y con carácter previo a acordar en relación a alguna medida, la necesidad de obtener del Registro la información existente sobre las medidas de protección adoptadas, para respetar la voluntad del afectado. Y en segundo lugar, se prescribe el nombramiento de un defensor judicial cuando la persona afectada no comparezca para contestar a la demanda, con su propia defensa y representación. Con ello se consigue que siempre exista alguien que defienda en el proceso los intereses del afectado.

La regulación de las pruebas que preceptivamente deben practicarse en este tipo de procesos se reordena en el nuevo texto, y además se introduce en el artículo 759.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil la posibilidad de que puedan no llevarse a cabo las audiencias preceptivas cuando la demanda la presente el

propio afectado y aquéllas puedan invadir su privacidad, al dar a conocer a su familia datos íntimos que él prefiera mantener reservados.

Y por último, se prevé un incidente de modificación de las medidas de apoyo previamente adoptadas, cuando varíen las circunstancias que las motivaron, con lo que queda clara la vinculación entre el primer proceso y esta segunda actuación judicial.

Pero igualmente, la reforma y el citado Anteproyecto, conlleva incorporar también algunos cambios en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, con el fin de que no haya discrepancia entre los diversos textos legales y se consiga una eficaz tutela de los derechos de las personas.

Así, en primer término, en relación con el expediente para el nombramiento de tutor (para el menor) o curador (para la persona con discapacidad), además de algunas adaptaciones terminológicas, se modifica el procedimiento para la rendición de cuentas del tutor o curador, para solucionar algunas disfunciones detectadas durante estos años de vigencia de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria. No resultando preceptiva la comparecencia ante el Juez, ya que no siempre debe tener lugar, sino solo cuando algún interesado lo solicite, con lo que se evita la actual proliferación de vistas que en la mayoría de las ocasiones carecen de sentido ante la ausencia de complejidad y oposición a las cuentas presentadas.

Esta propuesta de reforma, va a conllevar una modificación en cuanto a lo dispuesto en el Código de Derecho Foral, pero no podemos obviar tampoco, la necesidad en la que nos vemos inmersos en la práctica habitual los profesionales.

### **3. SITUACIÓN QUE NOS ENCONTRAMOS EN LA PRÁCTICA EN MATERIA DE DISCAPACIDAD**

Sentado el marco normativo, y efectuada reseña de las modificaciones procesales de conformidad con el Anteproyecto, resulta oportuno hacer un análisis de la regulación en la práctica habitual ante los Juzgados, y hacer mención, con clara prospección de cara al futuro, que es lo que debe ser objeto de desarrollo para hacer efectivos los derechos de las personas discapacitadas dando cumplimiento a lo dispuesto en la Convención.

Cierto es que desde la ratificación por España de la Convención Internacional, los Juzgados y Tribunales españoles han seguido la escrupulosa adecuación del procedimiento de incapacitación según lo dispuesto en la Convención, así en las Sentencias dictadas por el Juzgado de Primera Instancia número 13 de Zaragoza, Juzgado que ha tenido atribuida competencia en materia de incapacitación, y que ahora comparte con el Juzgado de Primera Instancia número 22, en su Fundamentación Jurídica aludía con carácter previo de forma expresa, que al abordarse la incapacitación de una persona en los términos que previene el artículo 38 del vigente Código Derecho Foral de Aragón como Texto Refundido

de las Leyes civiles aragonesas, el procedimiento resulta acorde con la Convención sobre los derechos de las Personas con Discapacidad toda vez que la citada normativa ya formaba parte del ordenamiento jurídico, y que el procedimiento no se trataba de un procedimiento de protección de las familias sino única y exclusivamente de la persona cuya incapacidad se solicitaba.

Y al hacer referencia al procedimiento como tal, subyacía la necesidad de atender a la voluntad de la persona incapacitada tanto en lo relativo a su voluntad para *designar al tutor o curador*, como para la realización de *algunas materias que afectaran a su vida personal*.

Tanto la figura de la autotutela como del interés personal de la persona con discapacidad, han sido temas sobre los que ya se han pronunciado nuestros Tribunales con anterioridad a la Ley 5/2019 de 25 de marzo.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, destacó la relevancia de la voluntad de la persona afectada por la discapacidad en punto a la determinación del sistema de guarda legal procedente, y en particular, de la autotutela a la que se refieren los artículos 223 y 234 CC. Sobre este particular, la Sala ha incidido en la necesidad de atender a la voluntad de la persona afectada, manifestada con anterioridad a la afectación, si bien el juez puede prescindir de ella si el beneficio e interés superior del discapacitado así lo exigiera, y de forma motivada [cfr. SSTS 504/2012, de 17 de julio (ECLI:ES:TS:2012:5676), y 552/2017, de 11 de octubre (cit.), entre otras]. Para conocer cuál es el interés superior del discapacitado, por encima de cualquier otro que pudiera concurrir, *«es preciso analizar con rigor y exhaustividad las circunstancias de cada caso, ya que, como se indica en el Preámbulo de la Convención, es indiscutible la diversidad de las personas con discapacidad (...). No obstante, extraída de la Constitución Española, de la Convención mencionada y de la legislación ordinaria, puede subrayarse la improcedencia de desconocer la voluntad de la persona discapacitada. Es cierto que en determinados casos esta voluntad puede estar anulada hasta el extremo de que la persona discapacitada manifieste algo que objetivamente la perjudique. Pero esta conclusión sobre el perjuicio objetivo debe ser el resultado de un estudio muy riguroso sobre lo manifestado por la persona discapacitada y sus consecuencias a fin de evitar que lo dicho por ella se valore automáticamente como perjudicial, y lo contrario, como beneficioso»* [STS 487/2014, de 30 de septiembre (ECLI:ES:TS:2014:3908)].

Si regulado estaba ya en materia de autotutela —que ahora en el Anteproyecto de Ley de reforma de la legislación civil y procesal en materia de discapacidad; figura autocuratela—, diversas sentencias también han recogido situaciones especiales en relación a la aceptación de las voluntades de las personas discapacitadas y a su interés personal.

Interés que no es más que la suma de distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantener al discapaz en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve.

Cierto es que los Abogados cuando nos encontramos ante un tema de discapacidad, lo primero que se nos plantea es atenernos a la voluntad del discapacitado que en ocasiones es planteada por el mismo, estudiando la posibilidad de si son viables o no sus pretensiones.

Esa **voluntad** que, con independencia de que a la persona que se le haya modificado su capacidad por resolución judicial, si la manifiesta de forma clara, va a suponer que los Tribunales valoren la estimación de la misma a pesar de estar limitada su capacidad de autogobierno, y por ello la fórmula legal que se articula para la resolución de estos procedimientos, es suficientemente amplia y flexible para que cualquier enfermedad o deficiencia que determina en la práctica una discapacidad y la necesidad de apoyo y protección de la persona, permita acordar la incapacitación a un concreto aspecto de la vida, o suceder el supuesto contrario, producida y estimada la discapacidad de una persona, para el gobierno de sus bienes y para su esfera personal, se atiende a su voluntad por ser clara en relación a la posibilidad del derecho a testar.

Ejemplo de ello es la Sentencia de 22 de mayo de 2019, de la Audiencia Provincial de Huesca, en la que resuelve el recurso interpuesto por la defensora judicial de la incapaz, siendo objeto del recurso la eliminación del concepto de incapacidad para testar. La limitación de la capacidad de obrar que le había sido reconocida en sentencia de primera instancia, era tanto para regir su persona como los bienes, sometiendo a una persona al régimen de tutela designando tutora a una sobrina, acordándose el ingreso en la Residencia de personas mayores.

La prueba practicada, evidencia que a pesar de encontrarse afectada para el cuidado personal y para su esfera patrimonial, tenía claro lo que deseaba: dejar heredera a una sobrina con quien ha convivido desde que la misma cumpliera tres años, motivo por el cual se revoca la Sentencia reconociendo que puede testar con independencia de que resulta incapaz (total o parcial) para regir su persona y su esfera patrimonial.

Pero en la práctica habitual, también nos encontramos en la situación contraria, cuando la persona se encuentra capacitada para regular los aspectos personales y patrimoniales, pero hay una faceta para la que se encuentra impedida.

Situación en la que enmarcaríamos a las personas denominadas «querulantes». Son querellantes patológicos, personas suspicaces, recelosas e inflexibles que padecen un trastorno delirante cuyo síntoma más característico es la búsqueda enfermiza de lo que él considera que es justo; por ese motivo, no cejará en su empeño hasta conseguir que los órganos judiciales le den la razón —¡su razón!— porque el querulante, en realidad, no quiere que se imparta Justicia sino que se reconozca su punto de vista.

El psiquiatra portugués José Luis Pío ha considerado, con buen criterio, que «la razón y la justicia son las grandes armas del paranoico. Su razón y su justicia, porque el paranoico no está concebido para un Estado de derecho en el que la

razón se discute y la justicia está en los códigos. La verdad del paranoico debe salir vencedora y su justicia tiene que hacerse a toda costa, aunque haya que esperar años y años para que se ejecute.

Lógicamente en estos supuestos, nos encontramos con que ha sido instado el procedimiento de incapacitación por el ministerio Fiscal a propuesta de los servicios sociales, justicia o cualquier persona interesada, con lo que nuestro papel se ve vinculado a la defensa de los intereses de esa persona que considera el hecho de solicitar cualquier incapacitación en relación a su voluntad de interponer procedimientos, es una vulneración de los derechos contemplados en la Constitución.

La persona no se encuentra incapacitada para el resto de sus actuaciones pero si, para la interposición de procedimiento.

El Tribunal Supremo ya se ha pronunciado al respecto, así en Sentencia 252/2001, o 552/2017, donde se aprecia que lo relevante no es el diagnostico de una concreta dolencia, cual sería el trastorno delirante de contenido pleitista, sino los efectos que la persistencia en la enfermedad o la dolencia provoca en el autogobierno de la persona.

Y aplicando lo dispuestos por nuestros Tribunales, debemos hacer referencia a la última Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de 14 de Enero de 2019, en la que se acordaba la curatela con relación a todo el área de su capacidad procesal para actuar en cualquier tipo de procedimiento.

La pretensión de la demanda era la modificación parcial de la capacidad, en cuanto a la posibilidad de dirigirse de cualquier forma a las distintas administraciones y concretamente para toda gestión relativa a comunicar, reclamar, demandar, recurrir, denunciar o querellarse, ante funcionarios públicos, autoridades e instituciones públicas de toda índole, administrativas o judiciales., solicitando se dictara una CURATELA para realizar estos actos.

En primera Instancia se desestimo la demanda, si bien la Audiencia Provincial de Teruel estimo el recurso presentado por el Ministerio Fiscal, habiendo sido recurrida por la representación del presunto discapacitado.

La Sentencia de la Audiencia, estimó que sufre un trastorno delirante de contenido pleitista, hallándose su capacidad civil parcialmente anulada para el gobierno de su persona y bienes solo en aquellas cuestiones relacionadas con el contenido del delirio, teniendo el juicio crítico nublado. Es de carácter persistente pues es incapaz de cambiar de opinión, formando tal delirio parte de su vida funcionando en contra de ella, por ello la personalidad paranoide le hace inflexible e irreductibles en sus opiniones, con carácter permanente. Con ello no puede afirmarse que tenga capacidad de obrar pese a su trastorno, pues como se ha apreciado personalmente por este tribunal a la exploración y de acuerdo con lo informado por los profesionales médicos, su vida gira en torno a su delirio.

Ello implica la estimación de la existencia de una afección psíquica en la esfera relacionada con las actuaciones procesales, por cuanto que aparece como probado que padece un trastorno mental duradero que la induce de forma compulsiva a provocar litigios judiciales, innecesarios en cuanto carentes de base real, sin que se vea limitado su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, puesto que las personas denominadas querulantes, pueden acudir a los tribunales con la intervención de la Comisión de Tutela y Defensa Judicial de Adultos de la DGA.

Pero la voluntad e interés personal, sigue suscitándose en otras resoluciones o actuaciones de las personas discapacitadas, cuando solicitan la cesación de la tutela que se haya constituido y nombramiento de curador a un miembro de su familia.

Así, la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Zaragoza, la Sentencia de 22 de marzo de 2019, acuerda la incapacidad total y absoluta de una persona, quedando sometido al régimen de tutela, nombrándose para el cargo de tutor la Comisión de Tutelas y Defensa Judicial de Adultos de la Comunidad de Aragón.

Es el propio discapacitado quien en el caso contemplado por la Sentencia, presenta recurso contra la Sentencia de instancia que acuerda esa incapacitación, solicitando se establezca una curatela y que se designe a un hermano, como curador.

Tras hacer examen al hermano para valorar la capacidad para ser tutor, se evidencia que no se encontraba en estado óptimo para ejercer cargo en tal concepto.

Por lo que, de forma motivada no queda otra alternativa que la de en atención al beneficio e interés del discapacitado, al que debe protegerse en todas las áreas, se desestimo el recurso, ratificando el nombramiento de tutor a la Comisión de Tutelas del Gobierno de Aragón.

Mismo supuesto sucede en la Sentencia de 17 de Mayo de 2019, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial, en dicha Sentencia se acuerda una incapacidad parcial sometiendo a curatela para los actos de contenido patrimonial, estableciendo para ejercer el cargo de curador, a la Comisión de Tutelas del Gobierno de Aragón, no siguiendo así el orden dispuesto por el Código de Derecho Foral, por cuanto ni la pareja de hecho del incapaz ni su hermano ostentaban las cualidades óptimas para ejercer el cargo, la pareja de hecho porque no veía anormal la situación o comportamiento del incapaz, y su hermano, por los continuos enfrentamientos que tenían.

Y aquí estamos ante otro de los supuestos con que en la práctica habitual nos encontramos: la designación de la persona o entidad para ejercer la tutela o curatela cuando ningún familiar puede asumir esa función.

Cuando resulta imposible la designación de tutor siguiendo el orden establecido en la normativa, en última instancia, asume esa función la **Comisión de Tutelas y Defensa Judicial de Adultos de la Comunidad de Aragón.**

Cierto es que en la situación actual en que nos encontramos, atendiendo precisamente al número de incapacitaciones que se tramitan anualmente, y cuyos datos evidencian que casi las tres cuartas partes de los procesos de incapacitación, sus causas de modificación de la capacidad son derivadas del deterioro cognitivo, por la discapacidad intelectual, y enfermedades mentales que en ocasiones se combinan con consumo tóxico de sustancias y por actividades lúdicas, generalmente son personas que carecen de recursos sociales en su mayoría, que o no tienen familiares próximos para ocuparse de su función asistencial o representativa, o existe tal grado de enfrentamiento que resulta desaconsejable para ambas partes, y por ello es uno de los motivos por el que se designa como curadora o tutora a la Comisión de Tutelas y Defensa Judicial de Adultos de la CC.AA.

Pero el desempeño de su cargo como tutor o curador, se encuentra en la práctica muy limitado. Es cierto que siempre se va a tener en cuenta lo dispuesto en la sentencia que acuerda la modificación de la capacidad, pero la función de la Comisión, es también aplicar las medidas de apoyo que establece la Ley 5/2019, con lo cual se ve inmersa en una gran carga de trabajo sin que los medios se hayan ampliado.

La situación a la que se enfrenta es variada, desde el rechazo por parte del propio discapacitado a reconocer su discapacidad y/o a que sean designados tutores o curadores personas o entidades que no gocen para el de confianza, situación a la que ya hemos hecho referencia con anterioridad, y sobre todo los medios escasos con que cuentan para hacer efectivo su cometido.

Entre las funciones, tienen asignadas el control de la medicación que deben tomar las personas discapacitadas, la asignación de cantidades de dinero para hacer frente a los gastos ordinarios, funciones que desempeñan estableciendo medidas para trabajar con esa persona discapacitada de conformidad con sus necesidades personales.

Precisamente dada la envergadura y calado que atribuye la normativa, este es un tema para desarrollar en el futuro, toda vez que se están concediendo a la Comisión esa función de apoyo, que debería ser dotada de medios personales y materiales oportunos, que en la actualidad no cuenta con ellos, sobre todo teniendo en cuenta el número de personas sobre las que tiene asumida la tutela, o curatela.

No se puede obviar, que la Comisión cuenta con los recursos que tiene a su alcance, que a veces resulta insuficientes.

Debe tenerse en cuenta que entre los diferentes pronunciamientos que puede establecer la resolución judicial, nos podemos encontrar con que una de ellas sea el envío de ayuda a domicilio, servicio de comidas, o la toma de medicación o asistencia al médico, pero si tienen que vigilar la toma de medicación la realizaran a través de Trabajadores Sociales pero si no están en régimen de inter-

namiento, solo podrán ser visitados a través de visitas programadas, pudiendo llegarse al supuesto de que la persona discapacitada no se tome la medicación, resultando insuficiente esa medida.

No podemos evitar, con cierto pesar, que no siempre la actuación de la Comisión obtiene el resultado que le ha sido encomendado, y prueba de ello es la existencia de situaciones, que la propia familia pide ayuda a Instituciones como el Justicia de Aragón, en supuestos cuando el enfermo ha desbordado las posibilidades de atención domiciliaria por la negativa a tomar la medicación o trastornos conductuales. Existen insuficiencia de plazas públicas o en centros residenciales sin que la mayoría de las familias puedan asumir el coste privado de las estancias, cuando más complicada es la situación del enfermo, mayores obstáculos se encuentran para su internamiento o adopción de las medidas socio sanitarias adecuadas, debiendo ser este uno de los aspectos ante la deficiencia manifestada, de regulación expresa en la materia.

Es cierto que aquí nos encontramos en la práctica con un problema, si no toma la medicación, por su propia seguridad y la de las personas de su entorno, en última instancia, debemos acudir a un internamiento forzoso.

Internamiento que su finalidad es paliar esa situación concreta, pero que en modo alguno, está amparado en la discapacidad, sino en la no realización de actuación determinada concreta, como podría ser la toma de medicación.

Y es precisamente en ese internamiento forzoso, donde la intervención de Letrado se hace operativa también. A fin de garantizar, al estar ante una medida privativa de libertad, que se cumplen todos los requisitos legales establecidos.

Igualmente hemos expuesto que nuestra normativa recoge la figura de **rehabilitación o prórroga de la patria potestad**, que según la normativa estatal, ya desaparece con la modificación del Anteproyecto. Si bien es cierto que aplicando los criterios jurisprudenciales, cuando estamos ante situaciones que la voluntad de la persona no es posible conocerla, son los Jueces y Tribunales quienes deben resolver la situación, y hacemos referencia a supuestos como la rehabilitación de la patria potestad o el reconocimiento de una tutela.

Cierto es que los juzgados y tribunales van mucho más allá del espíritu de la norma, prescindiendo de esquemas rígidos, tanto si parten de la tutela como si parten de la curatela. Y ello resulta todavía más llamativo en casos de rehabilitación de la patria potestad en los que, además, no es necesario pronunciarse por tutela o curatela.

Un buen ejemplo de lo dicho es la Sentencia del TSJA de 20 de abril de 2017, Recurso de Casación 1/2017, Sentencia que estima ante la conflictividad existente entre los progenitores derivado del divorcio, la incapacitación de la hija mayor de edad, nombrando tutora a la madre, y no la rehabilitación de la autoridad familiar, por cuanto dada la conflictividad existente entre los progenitores, haría imposible la toma de decisiones y obligaría a acudir a los tribunales.

En el sistema de protección de la persona incapaz, el legislador aragonés ha optado por una regulación propia y diferente de la establecida en el Código Civil, fijando como criterio general la rehabilitación de la autoridad familiar, que habría quedado extinguida al cumplir los 18 años, permitiendo como régimen excepcional la constitución de tutela.

Al estar amparado en el CDFA art. 43, por cuanto según el grado de deficiencia y la edad, a quienes correspondería ejercer la autoridad familiar prorrogada o rehabilitada, puede dar lugar a la tutela o curatela. Es una alternativa que el legislador permite adoptar al juez, atendidas las circunstancias concurrentes que se describen en el citado precepto.

Así se hace uso de la discrecionalidad que el legislador concede al juez para adoptar una opción en beneficio de la incapaz, sin infringir el ordenamiento jurídico, siendo criterio igualmente establecido por el Tribunal Supremo, al hacer referencia en aplicación del superior principio del interés del incapaz, resulta inviable un ejercicio conjunto de la patria potestad, pues no sería beneficioso para el mismo teniendo en cuenta sus circunstancias y necesidades concretas, que podrían verse afectadas por la falta de comunicación y entendimiento de los progenitores desde hace tiempo (Sentencia del TS de 27 de junio de 2018 entre otras).

#### 4. PROYECCIÓN A FUTURO EN MATERIA DE DISCAPACIDAD

Destacada la situación que nos encontramos en la práctica, en el punto de vista legal y procedimental, pongamos la mirada puesta en el futuro destacando aquellas materias y medidas, que deben ser objeto de regulación expresa:

— Si el procedimiento de modificación de capacidad requiere una intervención judicial sin el rigor de la celebración de comparencias, pero debiendo solicitar autorizaciones, nos encontramos con un gran quebranto tanto para la familia como para la persona discapacitada.

Deberían instrumentalizarse medidas oportunas alternativas a la intervención judicial, aprovechando figuras existentes en la normativa propia.

Por ello, entendemos debía haberse regulado en relación con nuestra normativa, **figuras sustitutivas de la intervención judicial** como es la Junta de Parientes.

En la regulación de la venta de bienes de los menores de edad, sería necesario evitar el trámite judicial necesario en el resto de España, como en materia de régimen económico matrimonial, o de aceptación o adjudicación de herencia, al contar en nuestra normativa autonómica figuras como la Junta de Parientes que pueden para mediar en las divergencias existentes, y evitar judicializar todas autorizaciones o aprobaciones en relación con las personas discapacitadas, incluidas en sus áreas personales y patrimoniales.

— Para evitar la desprotección a nivel jurídico, y según resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 13 de la Convención, por otro lado, se considera necesaria la modificación legislativa **en materia de Justicia Gratuita**, a fin de que no dejar desprotegida a la persona discapacitada en los supuestos en los que es preceptiva la intervención de profesionales para solicitar autorización judicial o revisión de medidas de apoyo acordadas.

La Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, 1/1996 de 10 de enero, establece en su artículo 5, el Reconocimiento excepcional del Derecho al beneficio de la justicia gratuita

*1. En atención a las circunstancias de familia del solicitante, número de hijos o familiares a su cargo, las tasas judiciales y otros costes derivados de la iniciación del proceso, u otras de análoga naturaleza, objetivamente evaluadas y, en todo caso, cuando el solicitante ostente la condición de ascendiente de una familia numerosa de categoría especial, la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita ante la que se presente la solicitud podrá conceder excepcionalmente, mediante resolución motivada, el reconocimiento del derecho a las personas cuyos recursos e ingresos, aun superando los límites previstos en el artículo 3, no excedan del quíntuplo del indicador público de renta de efectos múltiples, teniendo en cuenta además la carencia de patrimonio suficiente.*

*2. En las mismas condiciones señaladas en el párrafo anterior, se podrá reconocer el derecho a la asistencia jurídica gratuita atendiendo a las circunstancias de salud del solicitante y a las personas con discapacidad señaladas en el apartado 2 artículo 1 de la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad, así como a las personas que los tengan a su cargo cuando actúen en un proceso en su nombre e interés, siempre que se trate de procedimientos que guarden relación con las circunstancias de salud o discapacidad que motivan este reconocimiento excepcional.*

*En tales casos, la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita correspondiente determinará expresamente qué prestaciones de las contempladas en el artículo 6 son de aplicación al solicitante.*

Según esta regulado en la actualidad la tramitación del beneficio de justicia gratuita, se debería eximir de la presentación de documentación, en la tramitación del beneficio de justicia gratuita, si se va a solicitar autorización judicial o revisión de las medias acordadas, como sucede en otras materias en las que se acuerda en virtud de ley la concesión del beneficio de justicia gratuita de forma automática —víctimas de violencia de género—.

Es cierto que en la actualidad, se enfrentan a la hora de la tramitación del beneficio de justicia gratuita con la burocracia de la recopilación de documentación para el citado beneficio, siendo necesario acudir físicamente a las sedes de las entidades ya que por vía telemática no es posible.

Pero si bien eso puede ser salvado, el verdadero problema surge con la notificación de la resolución al domicilio del solicitante persona con discapacidad.

Si es desestimatoria, al no transformar la resolución a formato de lectura fácil les supone una dificultad tremenda entender lo que el documento dice. A tener en cuenta que la mayoría de las personas con discapacidad desconocen la terminología que impregna el documento, tanto la desconocen que ni entienden muchas veces qué es *desestimar*. Pero es que todavía más difícil les resulta comprender qué es un *recurso* y que tienen derecho a recurrir esa resolución que no estima sus pretensiones de gratuidad en la litigación.

Si es estimatoria también les provoca problemas. Les designarán un letrado cualificado para sostener sus peticiones en el procedimiento que pretenda iniciar. Pero es que, al no existir un turno especial de discapacidad y dependencia en los Colegios de Abogados, se da la circunstancia de que el letrado que le designen hará todo lo posible por esa persona intentando que la vía judicial solucione su problema, pero hará lo que buenamente pueda profesionalmente como integrante del turno de oficio pero no como profesional formado específicamente en la materia. Si este letrado estuviese formado en temática de discapacidad y dependencia, la ayuda profesional que le proporcionaría a esta persona con discapacidad sería la máxima posible dado que la formación específica sólo genera mejores resultados al conocer la materia. La Ley de AJG en su artículo 25 nos indica que se deben cumplir unos requisitos generales mínimos de formación y especialización necesarios para prestar los servicios de asistencia jurídica gratuita, con objeto de asegurar un nivel de calidad y de competencia profesional que garantice el derecho constitucional a la defensa.

Por poner un ejemplo, no es fácil entenderse con una persona con discapacidad auditiva severa o que tiene impedida el habla.

Es cierto que en las últimas reformas legislativas existentes se ha ampliado la asistencia jurídica gratuita a las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental si son víctimas de delito de abuso o maltrato [artículo 2)g Ley 1/1996 de asistencia jurídica gratuita], sólo y sólo si son víctimas y de estos delitos. Pudo haberse aprovechado el momento de cambios legislativos para ampliar el derecho al colectivo en otros casos diferentes y no sólo cuando son víctimas.

De hecho en Zaragoza durante el año 2018, se tramitaron 13 expedientes de reconocimiento de justicia gratuita, y en el año 2019, 11 (expedientes que contemplan diversos supuestos, desde la oposición a la incapacitación, como la recuperación de la capacidad, o remoción del cargo de tutor).

— Pero siguiendo avanzando con la visión de futuro, y relacionado con el tema del **derecho al acceso a la justicia**.

Las barreras que limitan el acceso de las personas con discapacidad a la justicia son de muy variada naturaleza. Existen barreras físicas que limitan el acceso a los edificios destinados a la administración de justicia y la complejidad del sistema jurisdiccional impiden que muchas personas con discapacidad se planteen acudir a los tribunales cuando alguno de sus derechos ha sido lesionado.

La falta de información adecuada y de sistemas de asistencia o apoyo legal son otro impedimento más para estas personas. Tampoco es habitual que se dispensen los ajustes necesarios para facilitar la comunicación con aquellas personas con discapacidades sensoriales, mentales o intelectuales.

Junto con estas barreras físicas, económicas y sociales persisten en los ordenamientos jurídicos determinadas barreras legales que limitan su participación en los procesos, que impiden su actuación como testigos o jurados.

El derecho de acceso a la justicia regulado en la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, más allá de su consideración específica como derecho procesal, se configura como un derecho general de acceso y participación aplicado al ámbito de la administración de justicia. Como tal, precisa de un mayor desarrollo normativo o jurisprudencial, pues los textos jurídicos existentes apenas desarrollan su alcance concreto. Además, como señalan Clements y Read respecto a la jurisdicción del Tribunal Europeo, todavía persisten numerosas barreras y obstáculos que impiden el acceso de las personas con discapacidad a la justicia.

— Ante el cambio normativo estatal y autonómico, habrá que tener en cuenta una situación que se va a plantear, **la revisión de la declaración de incapacidad realizada con anterioridad** a la entrada en vigor de la Reforma.

Si la modificación de la capacidad tuvo lugar estando vigente una normativa en la que se acordaba la sustitución de la voluntad del discapacitado por su tutor o representante, ante el cambio de normativa, nos vemos abocados a la tramitación de la revisión de esas modificaciones de capacidad por si fuere la medida optima la guarda de hecho o cualquier otro sistema recogido en la normativa.

Conllevando esa situación, el acceso de la persona discapacitada nuevamente a la justicia a los efectos de esa revocación si procede, debiendo ir asistida de letrado.

## 5. CONCLUSIONES

En la actualidad, existe un cambio de la sustitución en la toma de decisiones por un tutor a la toma de decisiones de la persona discapacitada con apoyo.

Para ello habrá que prever sistemas de apoyo, a través de la asistencia en la comunicación, o el lenguaje.

Pero a la vez que se prestan esos servicios de apoyo, (pueden ser desde la persona designada por un tribunal para ayudarle a abrir una cuenta a tomar cualquier decisión ) existe la obligación de proporcionar salvaguardas para evitar abusos y garantizar las medidas relacionadas con la capacidad jurídica, respetar los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona, estar libres de conflictos de intereses e influencia debida, son proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona.

Pudiéndonos encontrar un incremento del riesgo de las acciones de anulación o de rescisión de los actos y negocios jurídicos realizados por la persona con discapacidad, en un control *a posteriori* de la validez del consentimiento prestado y del acto o negocio jurídico perfeccionado.

Se procede a la implantación de procedimientos, contenciosos y de jurisdicción voluntaria, orientados a establecer la medida o las medidas de apoyo que requiera la persona con discapacidad, así como las salvaguardias que habrán de asegurar la efectividad y la eficacia de las medidas adoptadas.

Este cambio de paradigma en el sistema de protección de las personas con discapacidad comporta no solo una profunda modificación del régimen jurídico de la discapacidad, sino también un cambio en la concepción de la discapacidad con proyección social y en el tráfico jurídico.

Por otro lado, habría que haber tenido en cuenta la situación en la que quedan los familiares cuando en virtud de la norma, se encuentren en la situación de que no se acuerde la rehabilitación de la patria potestad porque implica una medida de mayor contenido y alcance, no solo terminológico sino jurídico, en cuanto se opone a las medidas de apoyo que sirven para complementar su capacidad. Tema importante cuando se trata de personas con discapacidad intelectual.

En líneas generales, el acceso a la justicia de las personas con discapacidad, cuando no pueden acceder quiebra el derecho a la tutela judicial efectiva, por cuanto lo que se propugna es que la sociedad debe concebirse y diseñarse para responder a las necesidades de todas las personas mediante la gestión de la diferencia y la integridad de la revisión.

Para ello habrá que establecer medidas antidiscriminatorias, y para que estas personas puedan acceder a la justicia, habrá que prever el lenguaje, en función de la discapacidad que padezcan con los medios apropiados supeditándolo a la especialización y formación de los profesionales implicados en la materia, debiendo proceder ya a hacer efectivas esas medidas, regulando y poniendo al alcance de todos los operadores jurídicos los medios adecuados, no ya como una previsión de futuro, sino como una necesidad presente.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

1. Consejo General del Poder Judicial, Informe sobre el Anteproyecto de la Ley por la que se reforma la Legislación Civil y Procesal en materia de discapacidad. Acuerdo adoptado en reunión de 29 de noviembre de 2018.
2. DE LORENZO, R. y PÉREZ BUENO, L. C. (dirs.) (2007): Tratado sobre Discapacidad, Navarra: Editorial Thomson-Aranzadi. «Los difusos límites de la discapacidad en el futuro. Hacia un nuevo estatuto de la discapacidad».
3. Observación General nº 8 y nº 18 del Comité de Derechos Humanos.

4. Recomendación R (99)4 del Comité de Ministros del Consejo de Europa.
5. Antonio FERNANDEZ DE BUJAN, «Capacidad, Discapacidad, Incapacidad, Incapacitación», *Revista de Derecho Uned* n° 9, 2011.
6. RUF, Y TRESSERRAS, J. (2015): «Nuevas medidas de protección legal de las personas con discapacidad: La asistencia», *Revista Española de Discapacidad*, 3.
7. María Paz GARCÍA RUBIO, «Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo a anticipatorio», *Revista de Derecho Civil*, ISSN 2341-2216, Vol. 5, n° 3 (julio-septiembre 2018).

# ÍNDICE DE LOS ENCUENTROS DEL FORO DE DERECHO ARAGONÉS CELEBRADOS HASTA LA ACTUALIDAD

## I ENCUENTROS

### La vecindad civil

Ponente: **D. Cecilio Serena Velloso**, *Magistrado del Tribunal Supremo*

Colaboradores: **D. Mauricio Murillo García Atance**, *Juez Decano de 1ª Instancia de Zaragoza* y **D. Honorio Romero Herrero**, *Notario*

### Capacidad y representación de menores

Ponente: **D. Jesús Delgado Echeverría**, *Catedrático de Derecho Civil*

Colaboradores: **D. José L. Batalla Carilla**, *Registrador de la Propiedad* y **D. Ricardo Giménez Martín**, *Notario*

### La viudedad y el derecho expectante de viudedad

Ponente: **D. Francisco Sancho Rebullida**, *Catedrático de Derecho Civil y Abogado*

Colaboradores: **D. Ramón Torrente Giménez**, *Abogado* y **D. José Joaquín Oria Liria**, *Registrador de la Propiedad*

### La fiducia sucesoria

Ponente: **D. Fernando Zubiri de Salinas**, *Presidente de la Audiencia Provincial de Zaragoza*

Colaboradores: **D.ª M.ª Pilar Palazón Valentín**, *Registradora de la Propiedad* y **D. Jesús Martínez Cortés**, *Notario*

## II ENCUENTROS

### La Junta de Parientes

Ponente: **D. Joaquín Sapena Tomás**, *Notario*

Colaboradores: **D. Javier Lardiés Ruiz**, *Registrador* y **D.ª Gloria Labarta Bertol**, *Abogada*

### Gestión y Pasivo de la Comunidad Conyugal Aragonesa

Ponente: **D. Joaquín Rams Albesa**, *Catedrático de Derecho Civil*

Colaboradores: **D.ª Rosa Mª Bandrés Sánchez-Cruzat**, *Magistrada del T.S.J.A.* y **D. Javier Sancho-Arroyo y López Rioboo**, *Abogado*

### **Sucesión paccionada y pacto al más viviente**

Ponente: **D. Ángel Cristóbal Montes**, *Catedrático de Derecho Civil*

Colaboradores: **D. Alfredo Sánchez-Rubio García**, *Abogado* y **D. José María Navarro Viñuales**, *Notario*

### **La sucesión intestada: aspectos concretos**

Ponente: **D. José Luis Merino y Hernández**, *Notario*

Colaboradores: **D. Vicente García-Rodeja Fernández**, *Magistrado del T.S.J.A.* y **D. Fernando Curiel Lorente**, *Registrador*

## **III ENCUENTROS**

### **El Testamento Mancomunado**

Ponente: **D. Fernando García Vicente**, *Fiscal Jefe de la Audiencia Provincial de Huesca*

Coponentes: **D. Pedro Albiol Mares**, *Notario* y **D. David Arbués Aísa**, *Abogado*

### **Las legítimas en Aragón**

Ponente: **D. Adolfo Calatayud Sierra**, *Notario*

Coponentes: **D. Luis A. Gil Noguerras**, *Magistrado* y **D. José Ignacio Martínez Lasierra**, *Abogado*

### **El artículo 29 de la Compilación**

Ponente: **D. José Manuel Enciso Sánchez**, *Notario*

Coponentes: **D. Rafael Santacruz Blanco**, *Abogado del Estado* y **D. Joaquín J. Oria Almudí**, *Registrador*

## **IV ENCUENTROS**

### **La Tutela**

Ponente: **D. Gabriel García Cantero**, *Catedrático de Derecho Civil*

Coponentes: **D.<sup>a</sup> Rocío Palá Laguna**, *Asesora del Justicia de Aragón* y **D. Rafael Martínez Díe**, *Notario*

### **Régimen jurídico de la vivienda familiar en Aragón**

Ponente: **D. Alfredo Sánchez-Rubio García**, *Abogado*

Coponentes: **D. Gonzalo Gutiérrez Celma**, *Magistrado* y **D. Francisco Curiel Lorente**, *Registrador de la Propiedad*

### **Instituciones Forales Aragonesas necesitadas de urgente reforma en materia sucesoria**

Ponente: **D. José María Navarro Viñuales**, *Notario*

Coponentes: **D. Jesús Delgado Echeverría**, *Catedrático de Derecho Civil* y **D. José Luis Batalla Carilla**, *Registrador*

## V ENCUENTROS

### **El régimen de luces y vistas: relaciones de vecindad y servidumbres**

Ponente: **D. Gonzalo Gutiérrez Celma**, *Magistrado*

Coponentes: **D. Enrique Gonzalvo Bueno**, *Registrador de la Propiedad* y **D. David Arbués Aísa**, *Abogado*

### **La Junta de parientes: supuestos actuales de intervención. Su posible extensión a otros**

Ponente: **D. Ángel Bonet Navarro**, *Catedrático de Derecho Procesal*

Coponentes: **D. Antonio Luis Pastor Oliver**, *Magistrado* y **D. Emilio Latorre Martínez de Baroja**, *Notario*

### **La sustitución legal en Aragón (el artículo 141 de la Compilación)**

Ponente: **D. Adolfo Calatayud Sierra**, *Notario*

Coponentes: **D. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz**, *Catedrático de Derecho Civil* y **D. José García Almanzor**, *Registrador de la Propiedad*

## VI ENCUENTROS

### **La reforma del Derecho Civil aragonés: El Congreso de Jurisconsultos aragoneses de 1880-1881**

Ponentes: **D. Jesús Morales Arrizabalaga**, *Profesor Titular de Historia del Derecho* y **D. Daniel Bellido** y **Diego Madrazo**, *Abogado*

### **La reforma del Derecho Civil aragonés: el marco constitucional**

Ponente: **D.<sup>a</sup> María Elena Zabalo Escudero**, *Catedrático de Derecho Internacional Privado*

### **La reforma del derecho civil aragonés: las experiencias catalana y gallega**

Ponentes: **D. Luis Puig Ferriol**, *Catedrático de Derecho Civil* y *Magistrado del T.S.J.C.* y **D. Pablo Sande García**, *Magistrado del T.S.J.G.*

### **La reforma del Derecho Civil aragonés: criterios de política legislativa**

Ponente: **D. Jesús Delgado Echeverría**, *Catedrático de Derecho Civil*

## VII ENCUENTROS

### **Repercusión en el ámbito mercantil de la condición jurídica de aragonés**

Ponente: **D. Vicente Santos Martínez**, *Catedrático de Derecho Mercantil*

Coponentes: **D. Pablo Casado Burbano**, *Registrador de la Propiedad* y **D. Eloy Jiménez Pérez**, *Notario*

### **La Casación Foral**

Ponente: **D. Ángel Bonet Navarro**, *Catedrático de Derecho Procesal*

Coponentes: **D. Mauricio Murillo y García Atance**, *Magistrado* y **D. José Luis Pueyo Moy**, *Abogado*

### **El Consorcio Foral**

Ponente: **D.ª Mª del Carmen Sánchez-Friera González**, *Profesora Titular de Derecho Civil*  
Coponentes: **D. Pedro Martínez Viamonte**, *Notario* y **D. José Manuel Jarabo Rodés**,  
*Abogado*

## **VIII ENCUENTROS**

### **Disposición de bienes inmuebles de menores e incapacitados en Aragón**

Ponente: **D.ª Carmen Samanes Ara**, *Profesora Titular de Derecho Procesal*  
Coponentes: **D. Carlos Laliena Sipán**, *Abogado* y **D. Jesús Santos Ruiz de Eguilaz**,  
*Registrador de la Propiedad*

### **Aplicación del Código civil como derecho supletorio al régimen económico matrimonial aragonés**

Ponente: **D.ª Mª del Carmen Bayod López**, *Profesora Titular de Derecho Civil*  
Coponentes: **D. Fernando Solsona Abad**, *Juez* y **D. Javier Palazón Valentín**, *Notario*

### **El derecho de abolorio**

Ponente: **D. Santiago Serena Puig**, *Magistrado*  
Coponentes: **D. Pedro Gómez López**, *Abogado* y **D.ª Aurora López Azcona**, *Profesora de Derecho Civil*

## **IX ENCUENTROS**

### **La comunidad hereditaria**

Ponente: **D. Honorio Romero Herrero**, *Notario y Decano del I. Colegio Notarial de Zaragoza*  
Coponentes: **D. Carlos Carnicer Díez**, *Abogado y Decano del R. e I. Colegio de Abogados de Zaragoza* y **D. Francisco Serrano Gil de Albornoz**, *Abogado del Estado*

### **La sustitución legal**

Ponente: **D. José Antonio Serrano García**, *Profesor Titular de Derecho Civil*  
Coponentes: **D. Emilio Molins García-Atance**, *Magistrado* y **D. Antonio Molpeceres Oliete**, *Registrador de la Propiedad*

### **La herencia pendiente de asignación en la fiducia sucesoria**

Ponente: **D. Luis Pastor Eixarch**, *Magistrado*  
Coponentes: **D. Tomás García Cano**, *Notario* y **D. Manuel Pardo Tomás**, *Abogado*

## **X ENCUENTROS**

### **La preterición**

Ponente: **D. Francisco Rodríguez Boix**, *Notario*  
Coponentes: **D.ª Elena Bellod Fernández de Palencia**, *Profesora Titular de Derecho Civil*  
y **D.ª Ana Soria Moneva**, *Abogada*

### **La responsabilidad del heredero y legatario**

Ponente: **D. Ángel Dolado Pérez**, *Magistrado* y **D. Rafael Bernabé Panos**, *Notario*

### **Conflictos interregionales en materia de derecho sucesorio aragonés**

Ponente: **D.<sup>a</sup> Elena Zabalo Escudero**, *Catedrática de Derecho Internacional Privado*

Coponentes: **D.<sup>a</sup> Carmen Betegón Sanz**, *Registradora de la Propiedad* y **D. Adolfo Calatayud Sierra**, *Notario*

## **XI ENCUENTROS**

### **Aceptación y repudiación de la herencia**

Ponente: **D. José Luis Merino Hernández**, *Notario*

Coponentes: **D. José Luis Argudo Pérez**, *Profesor Titular de Derecho Civil* y **D. Fermín Hernández Gironella**, *Magistrado*

### **La sucesión de empresa familiar en el Derecho Civil aragonés. Aspectos sustantivos**

Ponente: **D. Fernando Curiel Lorente**, *Registrador de la Propiedad*

Coponentes: **D.<sup>a</sup> María Ángeles Parra Lucán**, *Catedrático de Derecho Civil* y **D. Juan Antonio Yuste González de Rueda**, *Notario*

### **La sucesión de la empresa familiar en el Derecho Civil aragonés. Aspectos fiscales**

Ponente: **D. Antonio Cayón Galiardo**, *Catedrático de Derecho Financiero y Tributario*

Coponentes: **D. José María Casas Vilá**, *Abogado* y **D. Javier Garanto Villega**, *Abogado*

## **XII ENCUENTROS**

### **La sucesión troncal**

Ponente: **D.<sup>a</sup> María Martínez Martínez**, *Profesora de Derecho Civil*

Coponentes: **D. Fernando Giménez Villar**, *Notario* y **D. Abel Martín Martín**, *Registrador de la Propiedad*

### **La protección del patrimonio arqueológico**

Ponente: **D. José Luis Moreu Ballonga**, *Catedrático de Derecho Civil*

Coponentes: **D. Rafael Alcázar Crevillén**, *Abogado del Estado* y **D. Fernando Zamora Martínez**, *Abogado*

### **Derechos de adquisición preferente de la Comunidad Autónoma de Aragón sobre viviendas protegidas**

Ponente: **D. Rafael Santacruz Blanco**, *Abogado del Estado*

Coponentes: **D. Rosa Aznar Costa**, *Administradora Superior de la D.G.A.* y **D. José Luis Batalla Carilla**, *Registrador de la Propiedad*

### **Aspectos jurídicos de las rupturas de las parejas de hecho**

Ponente: **D.<sup>a</sup> Aurora López Azcona**, *Profesora de Derecho Civil*

Coponentes: **D. María José Balda Medarde**, *Decana del I. Colegio de Abogados de Huesca* y **D. Fidel Cadena Serrano**, *Fiscal*

### **XIII ENCUENTROS**

#### **Embargo y ejecución de bienes de personas casadas en Aragón**

Ponente: **D. Juan Ignacio Medrano Sánchez**, *Magistrado*

Coponentes: **D. Francisco Curiel Lorente**, *Registrador de la Propiedad* y **D. Luis Ignacio Ortega Alcubierre**, *Decano del I Colegio de Procuradores de Zaragoza*

#### **El régimen económico matrimonial de separación de bienes**

Ponente: **D. Jesús Martínez Cortés**, *Notario*

Coponentes: **D. Miguel Lacruz Mantecón**, *Profesor Titular de Derecho Civil* y **D. José Luis Soro Domingo**, *Abogado*

#### **La responsabilidad por daños causados por especies cinegéticas en Aragón**

Ponente: **D. Luis Biendicho Gracia**, *Letrado de la Diputación General de Aragón*

Coponentes: **D.<sup>a</sup> Teresa Alonso Pérez**, *Profesora Titular de Derecho Civil* y **D. Ángel García Bernués**, *Abogado*

#### **El desamparo de menores y el acogimiento. Problemática práctica en Aragón y soluciones jurídicas**

Ponente: **D. Gabriel García Cantero**, *Catedrático de Derecho Civil*

Coponentes: **D. Luis Murillo Jaso**, *Letrado de la Diputación General de Aragón* y **D. Benito Soriano Ibáñez**, *Fiscal*

### **XIV ENCUENTROS**

#### **La vivienda familiar en las situaciones de ruptura matrimonial**

Ponente: **D. Javier Forcada Miranda**, *Magistrado*

Coponentes: **D. Joaquín Guerrero Peyrona**, *Abogado* y **D.<sup>a</sup> Belén Madrazo Meléndez**, *Registradora de la Propiedad*

#### **Régimen de autorización y visado en la transmisión de las viviendas protegidas**

Ponente: **D. Julio César Tejedor Bielsa**, *Profesor Titular de Derecho Administrativo*

Coponentes: **D. Joaquín Oria Almudí**, *Registrador de la Propiedad* y **D. Juan Pardo Defez**, *Notario*

#### **Extinción del derecho expectante de viudedad**

Ponente: **D. Emilio Latorre Martínez de Baroja**, *Notario*

Coponentes: **D.<sup>a</sup> Elena Bellod Fernández de Palencia**, *Profesora Titular de Derecho Civil* y **D.<sup>a</sup> María del Carmen Lerma Rodrigo**, *Registradora de la Propiedad*

#### **El ruido: La reciente respuesta normativa y jurisprudencial**

Ponente: **D. Lorenzo Martín-Retortillo Baquer**, *Catedrático de Derecho Administrativo*

Coponentes: **D. Juan José Arbués Salazar**, *Abogado* y **D. Jesús Olite Cabanillas**, *Asesor del Justicia de Aragón*

## XV ENCUENTROS

### La institución recíproca de herederos

Ponente: **D.<sup>a</sup> María Martínez Martínez**, *Profesora Titular de Derecho Civil*

Coponentes: **D. Enrique Carbonell García**, *Registrador de la Propiedad* y **D. Javier Sancho-Arroyo y López Rioboo**, *Abogado*

### Las voluntades anticipadas

Ponente: **D.<sup>a</sup> María Ángeles Parra Lucán**, *Catedrática de Derecho Civil*

Coponentes: **D. Tomás García Cano**, *Notario* y **D. José Javier Oliván del Cacho**, *Magistrado*

### El sistema legitimario en la ley aragonesa de sucesiones

Ponente: **D. José Luis Moreu Ballonga**, *Catedrático de Derecho Civil*

Coponentes: **D. Juan José Brun Aragüés**, *Abogado* y **D.<sup>a</sup> Isabel Rufas de Benito** *Notario*

### El sistema legitimario en la Ley aragonesa de Sucesiones

Ponente: **D. José Luis Moreu Ballonga**, *Catedrático de Derecho Civil*

Coponentes: **D. Juan José Brun Aragüés**, *Abogado* y **D.<sup>a</sup> Isabel Rufas de Benito**, *Notario*

### El empadronamiento

Ponente: **D. Enrique Cáncer Lalanne**, *Magistrado Emérito del T.S.*

Coponentes: **D. Pascual Aguelo Navarro**, *Abogado* y **D. Ricardo Mongay Alcina**, *Secretario de Administración Local*

## XVI ENCUENTROS

### La disposición intervivos de los bienes del consorcio conyugal aragonés

Ponente: **D.<sup>a</sup> Carmen Bayod López**, *Profesora titular de Derecho Civil*

Coponentes: **D.<sup>a</sup> Teresa Cruz Gisbert**, *Notario* y **D.<sup>a</sup> Isabel de Salas Murillo**, *Registradora de la Propiedad*

### La liquidación del consorcio conyugal aragonés

Ponente: **D. Adolfo Calatayud Sierra**, *Decano del Colegio de Notarios*

Coponentes: **D. Francisco Javier Forcada Miranda**, *Magistrado* y **D. Javier Sancho-Arroyo López-Rioboo**, *Abogado*

### Urbanismo y medioambiente

Ponente: **D. Pedro Fandós Pons**, *Registrador de la Propiedad*

Coponentes: **D. Jesús López Martín**, *Asesor del Justicia de Aragón* y **D. José Manuel Marraco Espinos**, *Abogado*

### Problemas jurídicos de la transformación de secano a regadío y mejora de los regadíos

Ponente: **D. Alberto Ballarín Marcial**, *Notario*

Coponentes: **D. José Luis Castellano Prats**, *Administrador Superior de la escala de Ingeniero Agrónomo de la D.G.A. y Licenciado en Derecho* y **D. Álvaro Enrech Val**, *Abogado*

## **XVII ENCUENTROS**

### **La Junta de Parientes en la nueva regulación de la Ley del Derecho de la Persona: composición y funcionamiento**

Ponente: **D. Fernando Agustín Bonaga**, *Notario*

CopONENTES: **D. José Luis Argudo Périz**, *Profesor Titular de E. U. Derecho Civil* y **D. David Arbués Aísa**, *Abogado y miembro de la Comisión de Derecho Civil*

### **Los menores e incapacitados en situación de desamparo**

Ponente: **D. Luis Carlos Martín Osante**, *Magistrado del Juzgado de Menores*

CopONENTES: **D.ª Aurora López Azcona**, *Profesora de Derecho Civil* y **D. Carlos Sancho Casajús**, *Fiscal de Menores*

### **Régimen jurídico de las urbanizaciones privadas**

Ponente: **D. Dimitry Berberoff Ayuda**, *Magistrado de lo Contencioso Administrativo del T.S.J.C. y Letrado del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas*

CopONENTES: **D. Francisco Javier Lardiés Ruiz**, *Registrador de la Propiedad* y **D. Ignacio Pemán Gavín**, *Abogado*

### **La disposición de bienes de menores e incapacitados**

Ponente: **D. Luis Alberto Gil Nogueras**, *Magistrado*

CopONENTES: **D. Luis Arturo Pérez Collados**, *Notario* y **D. Alberto Manuel Adán García**, *Registrador de la Propiedad*

## **XVIII ENCUENTRO**

### **Fiscalidad de las Instituciones Aragonesas de Derecho Privado**

Ponente: **D. Rafael Santacruz Blanco**, *Abogado del Estado*

CopONENTES: **D. Manuel Guedea Martín**, *Letrado de la D.G.A.* y **D. Javier Hernanz Alcaide**, *Registrador de la Propiedad*

### **Derecho de la Personalidad de los menores en Aragón**

Ponente: **D. Carlos Sancho Casajús**, *Fiscal de Menores*

CopONENTES: **D.ª Carmen Gracia de Val**, *Notaria* y **D.ª Carmen Bayod López**, *Profesora Titular de Derecho Civil*

### **Usufructo vidual de dinero, fondos de inversión y participaciones en sociedad**

Ponente: **D. José Luis Merino Hernández**, *Notario*

CopONENTES: **D.ª María Biesa Hernández**, *Licenciada en Derecho, Departamento de Riesgos de la CAI* y **D. Pablo Escudero Ranera**, *Abogado*

### **Aplicación del Derecho Civil (aragonés) a los extranjeros**

Ponente: **D. José Ignacio Martínez Lasierra**, *Magistrado de la Sala de lo Civil y Penal del T.S.J.A.*

CopONENTES: **D. Javier Pérez Milla**, *Profesor Titular de Derecho Internacional Privado* y **D.ª Montserrat Vicens Burgues**, *Abogada*

## **XIX ENCUENTROS**

### **Diez años de la Ley de Sucesiones por causa de muerte**

Ponente: **D. José María Navarro Viñuales**, *Notario*

Coponentes: **D. Fernando Zubiri de Salinas**, *Presidente del T.S.J.A.* y **D. Manuel Guedea Martín**, *Letrado de la D.G.A.*

### **Concurso de acreedores y consorcio conyugal**

Ponente: **D.<sup>a</sup> María Ángeles Parra Lucán**, *Catedrática de Derecho Civil*

Coponentes: **D. Fernando Curiel Lorente**, *Registrador del Registro Mercantil* y **D. Juan Francisco Herrero Perezagua**, *Profesor Titular de Derecho Procesal*

### **Transmisión de la vivienda protegida**

Ponente: **D. José Luis Castellano Prats**, *Director de la Agencia de Planeamiento de la D.P.Z.*

Coponentes: **D. Juan Pardo Defez**, *Notario* y **D. Francisco Curiel Lorente**, *Registrador de la Propiedad*

### **Cuestiones prácticas para urbanistas sobre la Ley de Urbanismo de Aragón**

Ponente: **D. Bermejo Vera**, *Catedrático de Derecho Administrativo*

Coponentes: **D. Juan Carlos Zapata Híjar**, *Magistrado de lo Contencioso Administrativo* y **D. José Rubio Pérez**, *Abogado*

## **XX ENCUENTROS**

### **Enajenación de bienes de entidades locales**

Ponente: **D. José María Gimeno Feliú**, *Catedrático de Derecho Administrativo*

Coponentes: **D. Miguel Temprado Aguado**, *Registrador de la Propiedad* y **D. Jesús Colás Tena**, *Oficial Mayor de la Diputación Provincial de Zaragoza*

### **El derecho de abolorio en la nueva Ley de Derecho Civil Patrimonial**

Ponente: **D.<sup>a</sup> Aurora López Azcona**, *Profesora de Derecho Civil*

Coponentes: **D. Manuel Domínguez Pérez**, *Registrador de la Propiedad* y **D. Javier Mazana Puyol**, *Notario*

### **La Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres. Regulación de la guarda y custodia compartida. La mediación familiar**

Ponente: **D. Carlos Martínez de Aguirre Aldaz**, *Catedrático de Derecho Civil*

Coponentes: **D. Javier Forcada Miranda**, *Magistrado* y **D.<sup>a</sup> María José Balda Medarde**, *Abogada*

### **Cooperativas de viviendas**

Ponente: **D. Ángel Luis Monge Gil**, *Profesor Titular de Derecho Mercantil*

Coponentes: **D. Luis de Codes Díaz-Quetcuti**, *Notario* y **D.<sup>a</sup> Mercedes Zubiri de Salinas**, *Profesora Titular de Derecho Mercantil*.

## XXI ENCUENTROS

### La mediación familiar en Aragón

Ponente: **D.ª Mª Rosa Gutiérrez Sanz**, *Profesora Titular de Derecho Procesal*.

Coponentes: **D.ª Begoña Castilla Cartiel**, *Abogada* y **D.ª Carmen Lahoz Pomar**, *Letrada*.  
*Gobierno de Aragón*.

### El Código del Derecho Foral de Aragón y sus disposiciones transitorias

Ponentes: **D. Adolfo Calatayud Sierra**, *Notario* y **D. José Antonio Serrano García**, *Profesor Titular de Derecho Civil*.

### Régimen de luces y vistas en Aragón

Ponente: **D. Juan Ignacio Medrano Sánchez**, *Magistrado*. *Audiencia Provincial de Zaragoza*.

Coponentes: **D. David Arbués Aísa**, *Abogado* y **D.ª José Luis Argudo Périz**, *Profesor Titular de Derecho Civil*.

### Régimen jurídico de las sociedades públicas autonómicas

Ponente: **D.ª Reyes Palá Laguna**, *Profesora Titular de Derecho Mercantil*.

Coponentes: **D.ª Elena Marcén Maza**, *Magistrada de lo Contencioso-Administrativo* y **D. Alfonso Peña Ochoa**, *Vicepresidente de la Cámara de Cuentas de Aragón*.

## XXII ENCUENTROS

### Valoración de bienes inmuebles por y ante la Administración aragonesa

Ponente: **D. Rafael Santacruz Blanco**, *Abogado del Estado*.

Coponentes: **D. Fernando Villaró Gumpert**, *Abogado* y **D.ª Mª Ángeles Ruiz Escrivá de Romaní**, *Jefa del Servicio de Valoración Inmobiliaria*. *Gobierno de Aragón*.

### La reforma de la función pública en Aragón

Ponente: **D. Juan Carlos Zapata Híjar**, *Magistrado*. *Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJA*.

Coponentes: **D. José Manuel Aspás Aspás**, *Abogado* y **D. Ignacio Murillo García-Atance**, *Director General de la Función Pública y Calidad de los Servicios*. *Gobierno de Aragón*.

### Custodia compartida en Aragón

Ponente: **D. José Antonio Serrano García**, *Profesor Titular de Derecho Civil*.

Coponentes: **D. Emilio Molins García-Atance**, *Magistrado*. *Sala de lo Civil y Penal del TSJA* y **D. Manuel Ferrer Andrés**, *Abogado*.

### Efectos jurídicos de las parejas estables no casadas en Aragón

Ponente: **D. Javier Seoane Prado**, *Magistrado*. *Audiencia Provincial de Zaragoza*.

Coponentes: **D. Pedro Martínez Viamonte**, *Notario* y **D.ª Sol Otto Oliván**, *Abogada*.

## XXIII ENCUENTROS

### **Protección de los bienes de interés cultural dentro y fuera de Aragón**

Ponente: **D. Fernando García Vicente**, *Justicia de Aragón*.

Coponentes: **D. Hipólito Gómez de las Rocas Pinilla**, *Abogado* y **D. Rafael Santacruz Blanco**, *Abogado del Estado*.

### **Arrendamientos urbanos y Derecho Aragonés**

Ponente: **D. Gabriel García Cantero**, *Catedrático de Derecho Civil, Universidad de Zaragoza*.

Coponentes: **D. Javier José Palazón Valentín**, *Notario* y **D. Diego Vigil de Quiñones Otero**, *Registrador de la Propiedad*.

### **Papel del propietario del suelo en la gestión urbanística**

Ponente: **D. José Fernando Rubio Pérez**, *Abogado*.

Coponentes: **D.ª Pilar Lou Grávalos**, *Directora General de Urbanismo. Gobierno de Aragón* y **D. Ignacio Pemán Gavín**, *Abogado*.

### **Padres e hijos mayores de edad: gastos y convivencia**

Ponente: **D.ª M.ª del Carmen Bayod López**, *Profesora Titular de Derecho Civil (Acr. Catedrática), Universidad de Zaragoza*.

Coponentes: **D. Fernando Baringo Giner**, *Abogado*.

## XXIV ENCUENTROS

### **Contratos del sector público: Ley 3/2011**

Ponente: **D. José María Gimeno Feliu**, *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad de Zaragoza*.

Coponentes: **D.ª Ana Isabel Beltrán Gómez**, *Jefa del Servicio de Contratación Administrativa y Subvenciones. Gobierno de Aragón* y **D. Luis Murillo Jaso**, *Abogado*.

### **Incidencia del derecho de transmisión en las instituciones sucesorias aragonesas: efectos prácticos**

Ponente: **D.ª María del Carmen Bayod López**, *Profesora Titular de Derecho Civil (Acr. Catedrática). Universidad de Zaragoza*.

Coponentes: **D. José Manuel Enciso Sánchez**, *Notario* y **D. Daniel Bellido Diego-Madrado**, *Abogado*.

### **Revocación e ineficacia del testamento**

Ponente: **D.ª María Ángeles Parra Lucán**, *Catedrática de Derecho Civil. Universidad de Zaragoza*

Coponentes: **D. Mariano Jesús Pemán Melero**, *Notario* y **D. Ángel García Bernués**, *Decano del Colegio de Abogados de Huesca*.

### **Limitaciones al derecho de propiedad en suelo rústico: construcciones, parcelaciones y transmisiones**

Ponente: **D. Manuel Matas Bendito**, *Registrador de la Propiedad*.

Coponentes: **D. Álvaro Enrech Val**, *Abogado* y **D. Miguel Viela Castranado**, *Notario*.

## XXV ENCUENTROS

### **Sesión extraordinaria con motivo del 25 aniversario del Foro de Derecho Aragonés Homenaje a los hispanistas suecos estudiosos de los Fueros: Gunnar Tilander y Max Gorosch**

Ponentes: **D. José Antonio Escudero**, *Presidente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación* y **D. Antonio Pérez Martín**, *Catedrático de Historia del Derecho. Universidad de Murcia*.

### **25 Años del Foro de Derecho Aragonés: presente y futuro del Derecho Aragonés**

Ponentes: **D. Jesús Delgado Echeverría**, *Catedrático de Derecho Civil. Universidad de Zaragoza* y **D. Lorenzo Martín-Retortillo Baquer**, *Catedrático de Derecho Administrativo. Universidad Complutense de Madrid*.

Colaborador: **D. Jesús Morales Arrizabalaga**, *Profesor Titular de Historia del Derecho. Universidad de Zaragoza*.

### **Espacios naturales protegidos: ¿oportunidad o limitación de derechos?**

Ponente: **D.ª María Martínez Martínez**, *Profesora Titular de Derecho Civil. Universidad de Zaragoza*.

Coponentes: **D. Joaquín de Guerrero Peyrona**, *Abogado* y **D. Pablo Munilla López**, *Ingeniero de Montes*.

### **Reglamento sucesorio europeo y Derecho interregional**

Ponente: **D. Francisco de Paula Puig Blanes**, *Magistrado Juez*.

Coponentes: **D. Juan María Díaz Fraile**, *Registrador de la Propiedad. Director del Servicio de Estudios Registrales* y **D. Javier Pérez Milla**, *Profesor Titular de Derecho Internacional. Universidad de Zaragoza*.

### **Seguros de vida, fondos de pensiones e instrumentos de previsión en el régimen económico matrimonial y la sucesión por causa de muerte**

Ponente: **D. Luis Alberto Marco Arcalá**, *Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad de Zaragoza*.

Coponentes: **D. Fernando Félix Alonso Andrío**, *Notario* y **D. José Antonio Montón del Hoyo**, *Abogado*.

## XXVI ENCUENTROS

### **Elogio del periodista cabal**

Ponente: **D. Lorenzo Martín-Retortillo Baquer**, *Catedrático de Derecho Administrativo*.

### **Régimen Jurídico de las Comunidades y Sociedades Privadas de Montes.**

Ponente: **D. José Luis Argudo Pérez**, *Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de Zaragoza*.

Coponentes: **D. David Arbués Aísa**, *Abogado* y **D. Miguel Temprado Aguado**, *Registrador de la Propiedad*.

### **El Derecho Foral aragonés ante el Alzheimer**

Ponente: **D. Armando Barreda Hernández**, *Magistrado-Juez*.

Coponentes: **D. Daniel Bellido Diego-Madrado**, *Abogado* y **D. Francisco Javier Hernáiz Corrales**, *Notario*.

### **La sucesión legal en favor de la Comunidad Autónoma de Aragón**

Ponente: **D. Miguel Lacruz Mantecón**, *Profesor Titular de Derecho Civil*.

Coponente: **D. Vitelio Manuel Tena Piazuelo**, *Director General de Servicios Jurídicos, Gobierno de Aragón*.

## **XXVII ENCUENTROS**

### **Cincuenta años de la Compilación: presente y futuro**

Ponente: **D. Jesús Delgado Echeverría**, *Catedrático de Derecho Civil*.

Coponente: **D. Fernando Agustín Bonaga**, *Notario*.

### **Experiencia práctica y balance de la custodia compartida**

Ponente: **D.<sup>a</sup> María José Moseñe Gracia**, *Magistrada-Juez*.

Coponentes: **D.<sup>a</sup> Cristina Chárlez Arán**, *Abogada* y **D. José Antonio Laguardia Her-  
nando**, *Letrado de la Administración de Justicia*.

### **La reforma de la jurisdicción voluntaria y el Derecho civil aragonés**

Ponente: **D. Ángel Bonet Navarro**, *Catedrático de Derecho Procesal*.

Coponentes: **D. Adolfo Calatayud Sierra**, *Notario* y **D. Joaquín José Oria Almudí**, *Regis-  
trador de la Propiedad*.

### **Concentración parcelaria: propuestas para una regulación aragonesa**

Ponente: **D. José Luis Castellano Prats**, *Secretario General Técnico. Departamento de Desa-  
rrollo Rural y Sostenibilidad. Gobierno de Aragón*.

Coponente: **D. José Luis Calvo Miranda**, *Abogado*.

## **XXVIII ENCUENTROS**

### **El nuevo sistema de protección de menores, a la luz de la modificación de la ley 12/2001 de protección de la infancia: retos jurídico-prácticos**

Ponente: **D.<sup>a</sup> Aurora López Azcona**, *Profesora titular de Derecho Civil. Universidad de Zaragoza*.

Coponente: **D. Andrés Esteban Portero**, *Asesor Área de Menores El Justicia de Aragón*.

**Propuestas en materia de protección de menores.** *D.<sup>a</sup> Aurora López Azcona, D. Andrés Esteban Portero*

### **Régimen tributario de la fiducia sucesoria aragonesa**

Coponentes: **D. Francisco Pozuelo Antoni**, *Director General de Tributos del Gobierno de Aragón* y **D. Fernando Villaro Gumpert**, *Abogado*.

**El nuevo marco de la contratación pública: distintas perspectivas**

Ponente: **D. Dimitry Berberoff Ayuda**, *Magistrado Sala Tercera del Tribunal Supremo.*

**La trasposición de la regulación europea en materia de contratos en la legislación estatal de contratos del sector público, a la luz de la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea**

Coponente: **D. Miguel Ángel Bernal Blay**, *Profesor de Derecho Administrativo Universidad de Zaragoza. Director General de Contratación, Patrimonio y Organización del Gobierno de Aragón.*

**El desarrollo por la Comunidad Autónoma de Aragón de la legislación estatal de contratos públicos: contratos menores y otras cuestiones**

Coponente: **D.<sup>a</sup> Isabel Linares Muñagorri**, *Directora de Auditoría de la Cámara de Cuentas de Aragón.*

**El control por la Cámara de Cuentas de la actividad contractual de las Administraciones públicas aragonesas: contratos menores y otras cuestiones**

## **XXIX ENCUENTROS**

**Los Pactos Sucesorios: Su vigencia hoy y su tratamiento tributario**

Ponente: **D. Javier José Palazón Valentín**, *Notario del Ilustre Colegio Notarial de Aragón.*

Coponentes: **D. Javier Oñate Cuadros**, *Notario del Ilustre Colegio Notarial del País Vasco* y **D. Francisco Pozuelo Antoni**, *Director General de Tributos del Gobierno de Aragón.*

**Libertad religiosa en la escuela aragonesa y en la apertura de centros de culto**

Ponente: **D. Juan Carlos Zapata Híjar**, *Magistrado. Presidente de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.*

Coponentes: **D.<sup>a</sup> María Jesús Cruz Gimeno**, *Asesora de Educación del Justicia de Aragón* y **D. Fernando Zamora Martínez**, *Letrado del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza.*

**La nueva normativa aragonesa en materia de discapacidad a la luz de la convención de Nueva York: visión de conjunto y novedades procesales**

Ponente: **D.<sup>a</sup> Victoria Mayor del Hoyo**, *Profesora Titular de Derecho Civil. Directora del Departamento de Derecho Privado. Universidad de Zaragoza*

Coponentes: **D. Rafael López-Melús Marzo**, *Letrado de la Administración de Justicia. Juzgado de 1<sup>a</sup> Instancia n<sup>o</sup> 13 de Zaragoza* y **D.<sup>a</sup> Nuria Souto Abad**, *Letrada del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*



