

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

## VIGESIMOCTAVOS ENCUENTROS DEL FORO DE DERECHO ARAGONÉS

### ORGANIZADO POR:

- El Justicia de Aragón
- Tribunal Superior de Justicia de Aragón
- La 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:

- Excmo. Sr. D. Ángel Dolado Pérez (Justicia de Aragón)
- Excmo. Sr. D. Manuel Bellido Aspas (Presidente del TSJA)
- Excmo. Sr. D. Alfonso Peña Ochoa (Presidente de la Cámara de Cuentas de Aragón)
- Excmo. Sr. D. José Luis Merino Hernández (Presidente de la Academia Aragonesa de Jurisprudencia y Legislación)
- Ilmo. Sr. D. Dámaso Cruz Gimeno (Decano Colegio Notarial de Aragón)
- Excmo. Sr. D. Alfonso Peña Ochoa (Presidente de la Cámara de Cuentas de Aragón)
- D. Javier Hernández García (Lugarteniente del Justicia)
- D. José Antonio Serrano García (Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza)
- D. Adolfo Calatayud Sierra (Notario)
- D. Miguel Temprado Aguado (Registrador de la Propiedad)
- D. Saúl Gazo Ortiz de Urbina (Abogado)
- D. Luis Montes Bel (Abogado)
- D. Francisco Javier Sancho-Arroyo y López Rioboo (Abogado)
- D.<sup>a</sup> M.<sup>a</sup> Carmen Maestro Zaldívar (Procuradora)

### 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 1344-2019

Imprime: Cometa, S.A.

Ctra. Castellón, km 3,400 – 50013 Zaragoza

## ÍNDICE

### **SESIÓN I. 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* ..... 7

#### **Coponente**

*D. Andrés Esteban Portero* ..... 51

Propuestas en Materia de Protección de Menores.

*D.<sup>a</sup> Aurora López Azcona, D. Andrés Esteban Portero* ..... 68

**Coloquio I Sesión**..... recogido en el CD adjunto

### **SESIÓN II. Régimen tributario de la fiducia sucesoria aragonesa**

#### **Coponentes**

*D. Francisco de Asís Pozuelo Antoni*..... 75

*D. Fernando Villaro Gumpert* ..... 99

**Coloquio II Sesión** ..... recogido en el CD adjunto

### **SESIÓN III. El nuevo marco de la contratación pública: distintas perspectivas**

#### **Ponente:**

*D. Dimitry Berberoff Ayuda* ..... 119

#### **Coponentes:**

*D. Miguel Ángel Bernal Blay*..... 141

*D.<sup>a</sup> Isabel Linares Muñagorri*..... 165

**Coloquio III Sesión**..... recogido en el CD adjunto

**Índice de los Encuentros del Foro de Derecho Aragonés celebrados hasta la actualidad**..... 185



## **Sesión I**

# **EL NUEVO SISTEMA ARAGONÉS DE PROTECCIÓN DE MENORES A LA LUZ DE LA MODIFICACIÓN DE LA LEY 12/2001 DE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA: RETOS JURÍDICO-PRÁCTICOS**

### **PONENTE**

*Aurora López Azcona*

PÁG. 7

### **Coponente**

*Andrés Esteban Portero*

PÁG. 51



# EL NUEVO SISTEMA ARAGONÉS DE PROTECCIÓN DE MENORES A LA LUZ DE LA MODIFICACIÓN DE LA LEY 12/2001 DE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA: RETOS JURÍDICOS\*

AURORA LÓPEZ AZCONA  
Profesora Titular de Derecho civil  
Universidad de Zaragoza

**SUMARIO:** I. PRESENTACIÓN.– II. RAZONES PARA UNA REFORMA DE LA LEY 12/2001, DE 2 DE JULIO, DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA EN ARAGÓN.– III. DISPOSICIONES GENERALES EN MATERIA DE MENORES.– IV. LAS NUEVAS PAUTAS DE LA ADMINISTRACIÓN EN PROTECCIÓN DE MENORES.– V. LA SITUACIÓN DE RIESGO.– VI. LA SITUACIÓN DE DESAMPARO.– VII. LA GUARDA ADMINISTRATIVA VOLUNTARIA.– VIII. EL ACOGIMIENTO: 1. El acogimiento en general.– 2. El acogimiento familiar: 2.1. *Modalidades*.– 2.2. *Estatuto del acogedor familiar*.– 2.3. *Constitución y cese*.– 3. El acogimiento residencial: 3.1. *El acogimiento en centro de protección específico de menores con problemas de conducta*.– 3.2. *El acogimiento en centro de protección ordinario*. 3.3. *La ausencia de regulación en materia de constitución y cese*.– IX. LA ADOPCIÓN: 1. Punto de partida: La ausencia de un régimen completo en materia de adopción y la consiguiente aplicación supletoria de la legislación estatal.– 2. La guarda con fines adoptivos.– 3. El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos.– 4. La adopción abierta.– 5. Las competencias autonómicas en materia de adopción internacional.

## I. PRESENTACIÓN

Respetadas autoridades. Señoras y señores.

Mis primeras palabras deben ser de agradecimiento a los organizadores de este Foro de tanta raigambre en nuestra comunidad jurídica por haberme brindado la oportunidad de dirigirme a todos ustedes.

---

\* El presente trabajo, cerrado el 22 de diciembre de 2018, tiene su origen en la ponencia presentada por su autora a los XXVIII Encuentros del Foro de Derecho aragonés, Zaragoza, 6 de noviembre de 2018.

Dentro del planteamiento de estos XXVIII Encuentros, me corresponde abordar junto con Andrés Esteban, Asesor del Justicia de Aragón, *el nuevo sistema de aragonés de protección de menores*, tal y como ha sido articulado en el Proyecto de Ley de modificación de la Ley 12/2001, de la infancia y la adolescencia en Aragón, actualmente en fase de tramitación parlamentaria.

De este modo, hemos optado por estructurar nuestra intervención en tres partes. En la primera, a mi cargo, se abordarán desde una perspectiva jurídica las modificaciones más relevantes que incorpora este Proyecto al sistema aragonés de protección de menores. En la segunda, el coponente, en su condición de gran conocedor de la realidad de los menores protegidos en nuestra Comunidad, se ocupará de los numerosos retos prácticos que plantea la reforma. Finalmente, cerraremos nuestra intervención formulando de consuno una serie de propuestas a la luz del texto legal proyectado, pero también de la cambiante realidad de nuestra comunidad sobre este particular.

## **II. RAZONES PARA UNA REFORMA DE LA LEY 12/2001, DE 2 DE JULIO, DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA EN ARAGÓN**

No puedo iniciar esta intervención sin abordar las razones que justifican una modificación de tal calado como la que pretende el Proyecto de Ley de modificación de la Ley 12/2001 de la infancia y adolescencia en Aragón. Conviene recordar así que dicha reforma ha venido impuesta por el desfase existente en materia de protección de menores entre la legislación aragonesa —y en general, la autonómica— y la legislación estatal, desde la profunda modificación de que fue objeto esta última por la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 a fin de dotar a los menores de una protección más actualizada, uniforme en todo el territorio español y debidamente adecuada a los últimos convenios internacionales ratificados por España (en particular, el Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de 29 de mayo de 1993, el Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños de 25 de enero de 1996, la Convención de derechos de las personas con discapacidad de 13 de diciembre de 2006, el Convenio del Consejo de Europa relativo a la protección de los niños contra la explotación y abuso sexual de 25 de octubre de 2007 y el Convenio europeo en materia de adopción de menores de 27 de noviembre de 2008) y a las recomendaciones de diversos organismos tanto nacionales (Defensor del Pueblo, Fiscalía General del Estado y Comisión del Senado sobre adopción y otros temas afines) como internacionales (Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas). Y éste es precisamente ha sido el objetivo perseguido por los autores del Proyecto aragonés, según puede leerse en su Exposición de Motivos, aptdo. III: «modificar exclusivamente los preceptos de la Ley 12/2001 cuyo contenido ha quedado desplazado por la legislación estatal de carácter orgánico e incorporar las novedades introducidas por la reforma que se quieren incluir a nuestro acervo foral». En este sentido es de destacar el importante esfuerzo

que han desplegado en orden a adecuar la normativa aragonesa de protección de menores a las nuevas previsiones del Código civil (en adelante, Cc) y de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor (en adelante, LOPJM), lo que, como declara la propia Exposición de Motivos, resultaba imprescindible en aquellas materias reservadas a Ley Orgánica, pero —añado— también muy recomendable en otros aspectos en aras de la consecución un sistema de protección de menores lo más armonizado posible en todo el Estado español<sup>1</sup>.

Sucede, sin embargo, que en este afán uniformador los autores del Proyecto reenvían constantemente a la legislación civil aplicable —entendiendo como tal habitualmente la estatal— o, las más de las veces, reproducen preceptos de la LOPJM y del Cc, prescindiendo así de las previsiones del Código del Derecho Foral de Aragón (en adelante, CDFA) en materia de autoridad familiar y de relaciones tutelares, así como acerca de la capacidad por razón de edad, cuando —no se olvide—, la aplicación las normas civiles aragonesas excluyen la del Derecho civil estatal *ex art. 1.2 CDFA*, obviamente en todo aquello que no incida en materia orgánica. Ello tras invocar en la Exposición de Motivos (aptdo. II) la condición de Aragón como Comunidad con Derecho civil propio y, por ende, con competencia para conservarlo, modificarlo y desarrollarlo. De este modo, en caso de prosperar el Proyecto de Ley y, dado que se mantiene inalterado el Código del Derecho Foral de Aragón —a pesar de que la Exposición de Motivos del Proyecto parece dar a entender que modifica todo nuestro acervo foral sobre la materia—, serán inevitables las discordancias entre ambos textos normativos —de una parte, la Ley de la infancia y la adolescencia de Aragón y de otra, el Código foral— con los consiguientes problemas interpretativos que ello puede plantear a los técnicos implicados en el ámbito de la protección de menores, así como a los operadores jurídicos. Se impone, por tanto, en fase de tramitación parlamentaria una cuidadosa relectura del Proyecto para garantizar su debido encaje en el Derecho civil aragonés en atención a sus especificidades, pero también una revisión *ad futurum* de los preceptos del Código del Derecho Foral de Aragón dedicados a los instrumentos públicos de protección de menores (arts. 118 a 122 y 160 a 169), al objeto de su debida armonización con la Ley de la infancia y la adolescencia resultante de la reforma.

Con todo, y al margen de las apreciaciones anteriores, no cabe duda que son muy numerosos los aspectos positivos de esta profunda reforma del régimen

---

1. Como defendí en otro lugar: «Luces y sombras del nuevo marco jurídico en materia de acogimiento y adopción de menores: a propósito de la Ley Orgánica 8/2015 y la Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2185, 2016, p. 9. Participan, asimismo, de esta opinión M.I. DE LA IGLESIA MONJE, «Ley Orgánica de modificación del sistema de protección a la infancia y adolescencia: Las garantías de una protección uniforme a los menores más vulnerables en base a su supremo interés», *Diario La Ley*, 24 julio 2015, núm. 8590, p. 2; y C. MUÑOZ GARCÍA, «Anteproyecto de Ley de Protección a la infancia: Mejorar la situación de la infancia y adolescencia y garantizar una protección uniforme», *Diario la Ley*, 27 junio 2014, núm. 8342, pp. 4-5.

jurídico aragonés de protección de menores, como podrá constatarse del análisis del Proyecto que aquí se ofrece.

### III. DISPOSICIONES GENERALES EN MATERIA DE MENORES

Así, respecto a las Disposiciones generales de la Ley de Infancia y Adolescencia (en adelante, LIAA) interesa destacar los siguientes extremos:

1º.— *La atribución de contenido al «interés superior del menor» en una triple dimensión*, conforme a lo dispuesto en el art. 2 LOPJM (art. 3.1 LIAA)<sup>2</sup>. Por un lado, como un derecho sustantivo del menor a que su mejor interés sean valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado. De otra parte, como criterio interpretativo, de tal manera que si una norma jurídica puede interpretarse de diversas maneras, se debe optar por la interpretación que mejor responda a los intereses del menor. Y, por último, como norma de procedimiento a tener en cuenta a la hora de adoptar cualquier medida administrativa o judicial cuyo destinatario sea un menor, lo que se traduce en las siguientes garantías a observar en el correspondiente procedimiento (art. 3.5 LIAA): a) derecho a ser informado, oído y escuchado; b) intervención en el proceso de profesionales cualificados; c) participación en el proceso de sus representantes legales o del defensor judicial en caso de conflicto de intereses y del Ministerio Fiscal; d) adopción de resoluciones motivadas; y e) recursos que permitan revisar aquellas decisiones que no hayan considerado como prioritario el interés del menor.

A partir de ahí, el art. 3.2 LIAA fija novedosamente una serie de criterios generales y elementos comunes de ponderación a tener en cuenta para determinar en cada caso concreto el interés del menor y que, necesariamente, deben precisarse en la motivación de la decisión adoptada, a fin de conocer si ha sido correcta (o no) la aplicación del principio del interés superior del menor. De no ser así, la decisión será susceptible del correspondiente recurso. En particular, los criterios generales —o más exactamente, los derechos de los menores— a tener en cuenta son: a) la protección a la vida y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas; b) los deseos y opiniones del menor, en función de su grado de madurez; c) la vida del menor en un entorno familiar adecuado y libre de violencia; y d) la preservación de la identidad, cultura, y religión del menor. Por otra parte, en el art. 3.3 LIAA se contemplan como elementos comunes de ponderación: a) la edad y madurez del menor; b) su especial vulnerabilidad; c) el

---

2. Sobre el art. 2 LOPJM puede consultarse C. GUILARTE MARTÍN-CALERO, «El interés superior del niño: la nueva configuración el artículo 2 de la Ley Orgánica, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, en Cabedo Mallol y Ravetllat Ballesté (coords.), *Comentarios sobre las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 87-131, y B. VERDERA IZQUIERDO, *La actual configuración del interés del menor*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2019.

irreversible efecto del transcurso del tiempo en su desarrollo; y d) la estabilidad en las soluciones adoptadas.

Por añadidura, en el art. 3.4 LIAA se incluyen unos criterios de resolución de conflictos para el caso de colisión del interés superior del menor con cualquier otro interés legítimo<sup>3</sup>. Así, como criterio prioritario, se otorga prevalencia a las medidas que, respondiendo al interés del menor, respeten los otros intereses en juego; y subsidiariamente, en caso de no ser posible conjugar todos los intereses en juego, se atribuye prioridad el interés superior del menor.

2º.— En segundo lugar, por lo que hace la enumeración de los *principios de actuación de los poderes públicos aragoneses en materia de menores*, se mantiene con buen tino, como advierte la propia Exposición de Motivos (aptdo. IV), la distinción entre los principios de actuación general (art. 3 bis LIAA) y los principios específicos de actuación protectora (art. 47 LIAA).

Empezando por los principios de actuación general, interesa advertir la importante actualización de que han sido objeto a través de la incorporación de buena parte de los enunciados en el art. 11 LOPJM, entre los que importa destacar: el de accesibilidad universal e inclusión de los menores con discapacidad, el de libre desarrollo de la personalidad conforme a la orientación e identidad sexual<sup>4</sup>, el de protagonismo del menor en su desarrollo personal y el de respeto a la diversidad étnica y cultural.

El mismo esquema de trabajo se ha seguido en la revisión del art. 47 LIAA, relativo a los principios específicos de actuación administrativa en el ámbito de la protección. Así, se incluyen, procedentes igualmente del art. 11 LOPJM, principios de gran relevancia como son el principio de mantenimiento del menor en su familia de origen, siempre que sea acorde a su interés (ya recogido en el antiguo art. 3.d LIAA como principio de actuación general) y, complementario de éste, el de prioridad de las soluciones familiares sobre las institucionales, así como el novedoso principio de protección del menor contra toda forma de violencia. Es más, este segundo principio, que se revela esencial a mi modo de ver, viene acompañado de un mandato —proveniente del art. 11.3 LOPJM— dirigido a los poderes públicos aragoneses en orden al desarrollo de actuaciones dirigidas a la sensibilización, detección, notificación, asistencia y protección de cualquier forma de violencia contra los menores.

3º.— También es reseñable la preocupación de los autores del Proyecto acerca de *la debida adecuación de la normativa aragonesa de protección de menores a los últi-*

---

3. Esta cuestión ha sido abordada específicamente por B. VERDERA IZQUIERDO, «El interés del menor *versus* interés familiar e interés particular de los progenitores», en Mayor del Hoyo (dtora.), *El nuevo régimen jurídico del menor. La reforma legislativa de 2015*, Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2017, pp. 519-535.

4. Debe darse noticia en este punto de Ley 4/2018, de 19 de abril, de identidad y expresión de género e igualdad social y no discriminación de la Comunidad Autónoma de Aragón.

mos *convenios internacionales ratificados por España sobre la materia*. Ello se trasluce *a priori* en el art. 4 LIAA que, de modo paralelo al art. 3 LOPJM, de una parte, se remite a los derechos reconocidos a los menores en los tratados internacionales de que sea parte el Estado español —declaración que reitera de modo innecesario en el art. 6—; y de otra, se refiere la necesaria interpretación de la Ley 12/2009 y sus reglamentos de desarrollo conforme a los mismos. Pero también en numerosas previsiones referidas específicamente a los menores con discapacidad (p.e., art. 3.3.b, art. 3 bis.2.d, art. 12.4.2 y 3, art. 15.1, art. 44 quinquies.2, art. 46.7, art. 47.3, art. 59.2.2, art. 60 bis.1.2, art. 64 bis.1.f, art. 65.1.2 y art. 69 bis.5) o a la protección de los menores contra los abusos sexuales, la trata y la explotación infantil (art. 50.4 y 5 y art. 59.3.c).

4º.— Asimismo, interesa reparar en *las novedades incorporadas respecto de ciertos derechos de los menores ya reconocidos por la Ley aragonesa de la infancia y la adolescencia*. Así, podemos mencionar:

#### 4.1. *El reforzamiento del derecho del menor a ser oído.*

Se da así nueva redacción al art. 13 LIAA, extrapolando el contenido del nuevo art. 9 LOPJM que, a su vez, fue modificado por la LO 8/2015 a fin de dotar al derecho de audiencia del menor de una regulación acorde con el art. 12 Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Observación general núm. 12 (2009) del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas. De este modo, en el art. 13.1.1º LIAA se reconoce genéricamente el derecho del menor a ser y no sólo oído, sino también escuchado —esto es, a que su opinión sea tomada en consideración en la adopción de las decisiones que le atañen, de tal manera que si la decisión adoptada se aparta de la opinión expresada, habrán de motivarse las razones que lo justifiquen<sup>5</sup>—, sin discriminación alguna por edad —aunque el derecho de audiencia directa se circunscribe en su aptdo. 2º a los menores con suficiente madurez—, discapacidad u otra circunstancia, tanto en el ámbito familiar como en cualquier procedimiento administrativo, judicial o de mediación en que esté afectado y que conduzca a una decisión que incida en su esfera personal, familiar o social. Por añadidura, se consagra el derecho del menor a recibir la información que le permita el ejercicio de su derecho a ser oído y escuchado en un lenguaje comprensible, en formato accesible y adaptado a sus circunstancias.

Adicionalmente, el art. 13 en su aptdo. 2º precisa la forma en que el menor puede ejercitar su derecho a ser oído y escuchado, en función de que tenga o no suficiente madurez. Así, cuando el menor tenga «suficiente madurez»<sup>6</sup>, podrá

5. De acuerdo con M.J. BERNUZ BENEITEZ, «El derecho a ser escuchado: el caso de la infancia en conflicto con la norma», *Derechos y libertades*, núm. 33, 2015, pp. 69, 73 y 75.

6. Nótese que los redactores del Proyecto, en línea con la reforma estatal de 2015, han optado por sustituir el criterio del «suficiente juicio» por del «suficiente madurez» del menor, lo que se justifica por ser un término más ajustado al lenguaje jurídico comúnmente utilizado por los diversos convenios internacionales sobre la materia, tales como la Convención de Naciones Unidas sobre los derechos

ejercitarlo personalmente —ya sea verbalmente o mediante formas no verbales de comunicación y, en su caso, asistido por intérpretes— o a través la persona que designe para que le represente. Si ello no es posible —porque carezca de suficiente madurez o por cualquier otra circunstancia— o no conviene al interés del menor, se contempla la posibilidad de audiencia indirecta; esto es, de conocer su opinión a través de sus representantes legales, siempre que no tengan intereses contrapuestos a los del menor, o a través de otras personas que por su profesión o relación de especial confianza con el menor puedan transmitirla objetivamente.

Por último, el art. 13 en su aptdos. 1º y 3º refuerza las garantías del ejercicio de este derecho en vía administrativa o judicial, en línea con lo dispuesto en el art. 12.2 Convención sobre los derechos del niño de 1989. En concreto, el párr. 2º de su aptdo. 1º prevé que las comparecencias o audiencias del menor en los procedimientos judiciales y administrativos tendrán carácter preferente; y, por añadidura, especifica la forma de efectuarlas de modo acorde con la Observación general núm. 12 (2009) del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, a saber: de forma adecuada a su situación y desarrollo evolutivo, con la asistencia de profesionales cualificados o expertos de ser necesaria, cuidando preservar su intimidad, utilizando un lenguaje comprensible, informándole de las consecuencias de su opinión y respetando todas las garantías del procedimiento. Por su parte, su aptdo. 3º dispone que la denegación de la petición del menor a ser oído en vía judicial o administrativa deberá estar motivada en su interés superior y habrá de ser notificada al Ministerio Fiscal, al propio menor y, en su caso, a su representante —legal o voluntario—, con indicación de los recursos que caben contra esa decisión.

4.2. *La inclusión en el derecho de información del menor de la denominada «alfabetización digital y mediática»* (art. 12.2.2 LIAA, en línea con el art. 5 LOPJM), como herramienta necesaria para que los menores pueden participar en una sociedad actual que no puede entenderse al margen de las nuevas tecnologías de la información y comunicación<sup>7</sup>. Ello implica posibilitar que todos los menores tengan acceso a los diversos medios de comunicación, pero también que desarrollen la capacidad de filtrar adecuadamente la ingente información recibida<sup>8</sup>. De este modo, en el art. 12.3 LIAA se impone a los progenitores y a «quienes le sustituyan

---

del Niño de 20 de noviembre de 1989 o el Convenio de La Haya relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional de 29 de mayo de 1993, ambos ratificados por España. En cualquier caso, conforme a lo dispuesto en el art. 13.2 LIAA, la madurez debe valorarse por personal especializado, que habrá de tener en cuenta tanto el desarrollo evolutivo del menor como su capacidad para comprender y evaluar el asunto concreto a tratar en cada caso.

7. Tal previsión debe ponerse en relación con dos de los recientemente reconocidos derechos digitales por la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales: el derecho de acceso universal a internet (art. 81) y el derecho a la educación digital (art. 83).

8. De acuerdo con A. GUTIÉRREZ y K. TYNER, «Educación para los medios, alfabetización mediática y competencia digital», *Comunicar*, 2012, pp. 1 y 5.

en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar»<sup>9</sup>, así como a los poderes públicos el deber de velar porque la información que reciban los menores sea veraz y respetuosa con los principios constitucionales y los derechos fundamentales. No obstante, más allá de esta previsión me permito apuntar la necesidad de articular algún tipo de medida dirigida específicamente a proteger la actividad digital desarrollada por los menores de los riesgos que conlleva especialmente en orden a sus derechos al honor, intimidad y propia imagen<sup>10</sup>, como así se ha hecho en la Ley catalana 10/2017, de 14 de junio, de voluntades digitales (en adelante, LcVD)<sup>11</sup> y, en fechas más recientes, en la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales<sup>12</sup>.

5º.— *Se refuerzan las medidas para facilitar el ejercicio de los derechos de los menores*

En particular, a las medidas previstas en el antiguo art. 8 LIAA se añaden, de una parte, el derecho a recibir información en formato accesible para el efectivo ejercicio de los derechos los menores (nuevo aptdo. 1º); y de otra, el derecho a solicitar asistencia legal para el ejercicio de las acciones dirigidas a la defensa de sus derechos, así como el nombramiento de un defensor judicial, de existir conflicto de interés con sus representantes legales (nuevo aptdo. 2.c, y aquí conviene reparar que en Aragón la representación legal del menor cesa al cumplir catorce

9. Expresión ésta un tanto desafortunada que, entiendo, debe interpretarse en el sentido de otros titulares de la autoridad familiar o, en su defecto, tutores o guardadores, en coherencia con las previsiones del CDFa (arts. 85 ss., arts. 130 ss. y arts. 156 ss).

10. Protección específica que, asimismo, reivindica a nivel estatal A. SÁNCHEZ GÓMEZ, «Las nuevas tecnologías y su impacto en los derechos al honor, intimidad, imagen y protección de datos del menor. Mecanismos jurídicos de protección: carencias, interrogantes y retos del legislador», *Revista Boliviana del Derecho*, núm. 23, 2017, pp. 181-188, y «Los derechos al honor, intimidad y propia imagen del menor ¿Alguna asignatura pendiente tras la modificación de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor?, en Mayor del Hoyo (dtora.), *El nuevo régimen...*, cit., pp. 566-574.

11. Así, el art. 3 LcVD incorpora un nuevo aptdo. 5 al art. 236-17 Código civil de Cataluña (en adelante, CcC) que faculta a los progenitores a promover las medidas adecuadas ante los prestadores de los servicios digitales (p.e., retirada de fotos o videos) y, en especial, la suspensión provisional del acceso a sus hijos a sus cuentas activas que impliquen un riesgo claro para su salud física o mental —a acreditar con el correspondiente informe de un facultativo— con el auxilio de los poderes públicos de ser necesario y aun la cancelación de aquellas con autorización judicial (art. 236-17.5 y 6, y art. 236-27.1.k CcC, incorporados respectivamente por los art. 3 y 5 LcVD). La misma potestad se atribuye a los tutores respecto de las personas sujetas a su protección, ya sean menores o mayores con capacidad modificada judicialmente (art. 222-36. 3 y 4, y art. 222-43-1.l CcC, incorporados respectivamente por los arts. 2 y 4 LcVD).

12. En particular, el art. 84.2 LO 3/2018 prevé, para el caso de utilización o difusión de imágenes o información personal de menores en las redes sociales y servicios de la sociedad de la información equivalentes que puedan implicar intromisión ilegítima en sus derechos fundamentales, la intervención del Ministerio Fiscal, que instará las medidas cautelares y de protección previstas en la LOPJM. Complementariamente, su art. 90 impone a los centros educativos y cualesquiera personas físicas o jurídicas que desarrollen actividades con menores el deber de garantizar el derecho a la protección de los datos personales y el interés superior del menor en la publicación de sus datos personales a través de servicios de la sociedad de la información.

años *ex art. 5 CDFA*, ello sin olvidar las reglas sobre oposición de intereses entre el menor y quienes lo representen del art. 13 CDFA). De no ejercitar el menor este derecho, su defensa correrá a cargo del Ministerio Fiscal, cuya intervención es preceptiva de acuerdo con el art. 749.2 LEC.

6º.— *Se atribuye al menor de la condición de sujeto no sólo de derechos, sino también de deberes*

De este modo, los nuevos arts. 44 bis a 44 quinquies LIAA introducen, de modo paralelo a los arts 9 bis a 9 quinquies LOPJM, un listado de deberes que vinculan a los menores en su entorno familiar, escolar y social y que se traducen básicamente en el deber de respeto.

Es más, en el ámbito familiar se impone adicionalmente a los hijos menores el deber de participar y corresponsabilizarse en el cuidado del hogar, tal y como está formulado en el art. 9 ter.2 LOPJM, lo que merece una valoración muy positiva. Importa recordar, no obstante, que ambos deberes relativos el ámbito familiar ya se encuentra formulados en el Código del Derecho Foral de Aragón: de una parte, el deber de respeto entre padres e hijos durante toda su vida en su art. 58; y de otra, el deber de contribución personal a las cargas familiares en su art. 66, tampoco referido exclusivamente a los hijos menores, sino a los que convivan con la familia y además con la precisión relativa a que no genera derecho a contraprestación.

#### IV. LAS NUEVAS PAUTAS DE LA ADMINISTRACIÓN EN PROTECCIÓN DE MENORES

Ya concretamente, por lo que hace al sistema aragonés de protección de menores se fijan unas nuevas pautas de actuación de la Administración en materia de protección de menores en los arts. 46 y 47 LIAA, siguiendo a tal fin lo dispuesto en el art. 12 LOPJM, entre las que interesa destacar las siguientes:

1ª.— *Se otorga preferencia a las actuaciones preventivas sobre otras que implican una mayor injerencia en el seno de la familia* (art. 47.1.d)<sup>13</sup>; previsión ésta que, a mi entender, se revela fundamental en relación a ciertos colectivos de menores especialmente vulnerables, como son los menores víctimas de violencia y los menores con problemas de conducta.

2ª.— *Se impone a los poderes públicos del deber de velar para que los guardadores principales —entendiendo por tales «los padres o personas que les sustituyan en el ejercicio de la autoridad familiar, tutores o guardadores»— o, en su caso, los acogedores cumplan con los deberes inherentes a la autoridad familiar, los cargos tutelares*

13. A la importancia de las actuaciones preventivas se refiere M.A. PÉREZ ÁLVAREZ, «Intervención de la Administración en la protección del menor», en Mayor del Hoyo (dtora.), *El nuevo régimen...*, cit., pp. 102-103.

o *el acogimiento* (art. 46.2 LIAA). Este deber no se deja vacío de contenido, toda vez que viene acompañado del deber de proporcionarles servicios de prevención, asesoramiento y acompañamiento (art. 46.1 LIAA).

Ahora bien, más allá de lo acertado de esta previsión, me permito hacer una precisión terminológica. Así, a la hora de identificar a los guardadores principales, como se ha señalado, se habla en primer lugar de «padres o personas que les sustituyan en el ejercicio de la autoridad familiar», cuando, a mi entender, una expresión más conforme con el Código del Derecho Foral de Aragón sería la de «progenitores u otros titulares de la autoridad familiar». Tal expresión se reitera a lo largo de todo el articulado (p.e., art. 52, art. 53.1, art. 57.2.2, art. 59.3.c y art. 65.1). Es más, en algunas ocasiones se sustituye por la expresión «padres o quienes les sustituyan en el ejercicio de la patria potestad o autoridad familiar» que resulta todavía menos acorde con nuestro Derecho propio (p.e., art. 12.3, art. 65.2, 3 y 4 y art. 76 bis.1)<sup>14</sup>. Por ello, quizá sería oportuno una revisión de todo el articulado proyectado al objeto de homogenizar las expresiones empleadas para identificar a los guardadores principales.

3ª.— *Se reconoce prioridad a las medidas de protección familiares frente a las residenciales* —lo que se traduce en mantener al menor en su familia de origen siempre que sea acorde a su interés y, de no ser así, en priorizar el acogimiento familiar frente al residencial: art. 47.1.g LIAA—; *a las estables frente a las temporales; y a las consensuadas frente a las impuestas* —de lo que constituye buena prueba la posibilidad de constituir la adopción abierta: art. 76 bis.3 LIAA—.

4ª.— *Se atribuye carácter revisable y personalizado a las medidas de protección*. Esto es, se impone a la Entidad pública la obligación de revisar en plazos determinados las medidas de protección adoptadas (art. 46.5 LIAA), lo que exige dotar a los menores de un plan individualizado de protección (art. 60 bis.1 LIAA). Adicionalmente, los menores en acogimiento residencial deberán contar con un proyecto socioeducativo personalizado (art. 66.7 LIAA).

5ª.— *Se matiza el principio de prioridad de la familia de origen formulado en el art. 122 CDEFA mediante la incorporación de una serie de criterios para decidir si la reintegración familiar es acorde al interés del menor*. Así, habrá de verificarse la evolución positiva de aquella, el mantenimiento de vínculos con el menor, la concurrencia del propósito de desempeñar las responsabilidades parentales adecuadamente y la constatación de que el retorno familiar del menor no implica riesgos relevantes para éste. Adicionalmente, en el caso de acogimiento familiar habrá de

---

14. Ello es así desde el momento en que la patria potestad se trata de una institución ajena al Derecho civil aragonés y va ser precisamente este Derecho, y no el Derecho civil estatal, el que se aplique para la protección de los menores que residan habitualmente en nuestra Comunidad Autónoma, con independencia de su vecindad civil, según resulta del art. 15 del Convenio de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, al que se remite el art. 9.6 Cc.

ponderarse la duración del acogimiento y la integración y desarrollo de vínculos afectivos del menor con la familia de acogida (art. 60 bis.3 LIAA).

6º.- *Se reconoce al menor un importante protagonismo en orden a las medidas de protección de que sea destinatario.* Ello se traduce ya no sólo en darle la debida audiencia en los procedimientos de declaración de riesgo y desamparo, así como en la aplicación, modificación y cese de las medidas de protección adoptadas (art. 52.1 LIAA), sino adicionalmente en el deber de notificarle las resoluciones administrativas que le afecten (art. 53.1 LIAA), en el derecho a ser parte en los procesos de oposición contra las mismas (art. 64 bis.1.a LIAA, en relación con el art. 780.1.3 LEC). Adicionalmente en caso de encontrarse en acogimiento, se le reconoce el derecho a dirigirse directamente a la Entidad pública y a ser informado de cualquier hecho trascendente relativo al mismo (art. 64 bis.1.a LIAA para el acogimiento en general y art. 69 ter.4 LIAA para el acogimiento en centro de protección específico de menores con problemas de conducta), así como el derecho a participar ya sea en la vida familiar de los acogedores, de encontrarse en acogimiento familiar (art. 64 bis.2.a LIAA) o en la programación y desarrollo de las actividades del centro, de estar en acogimiento residencial (art. 64 bis.3.b LIAA).

7º.- Finalmente, la lectura del articulado denota una gran preocupación por parte de sus autores por proporcionar una *protección reforzada a los menores especialmente vulnerables (entendiendo por tales los menores víctimas de violencia, con discapacidad, extranjeros y ex tutelados)*, lo que merece, sin duda, una valoración muy positiva.

#### 7.1. *Los menores víctimas de violencia*

Por lo que hace a los menores víctimas de violencia se incorpora, como ya se ha indicado, entre los principios de actuación protectora el de prevención y protección de cualquier forma violencia contra los menores (art. 47.1.1 y 2 LIAA).

Asimismo, se ha intensificado la protección de los menores frente a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual, trata de seres humanos y explotación de menores por diversas vías. En primer lugar, mediante la imposición a toda persona que tenga noticia de un hecho susceptible de ser tipificado como tal de la obligación de ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal (art. 50.4 LIAA, que reproduce el art. 13.4 LOPJM). En segundo lugar, fijando como requisito para poder acceder y ejercer una profesión o actividad que implique contacto habitual con menores el no haber sido condenado por alguno de ellos (art. 50.5 LIAA, que reproduce el art. 13.5 LOPJM). Y en tercer lugar, a través de la inclusión entre las circunstancias constitutivas del desamparo de los abusos sexuales y la trata de seres humanos, siempre que haya, en este último caso, un conflicto de intereses con los guardadores principales (art. 59.3.c LIAA, que reproduce el art. 18.2.4.c LOPJM).

Se echa en falta, sin embargo, la inclusión de medidas de protección específicas de los menores víctimas —directa o indirectamente— de violencia de género o doméstica<sup>15</sup>. Y es que aquí los redactores del Proyecto se han limitado a reproducir, en sede de actuaciones administrativas en materia de protección, la previsión del art. 12.3 LOPJM relativa a la necesidad de prestar el apoyo necesario para procurar la permanencia de los menores con las víctimas de violencia de género o doméstica que ejerzan su patria potestad, tutela, guarda o acogimiento (art. 46.3 LIAA). Por mi parte, más allá de este *desideratum* considero que esta previsión debería de acompañarse de medidas legislativas adicionales que la hagan realmente efectivo y, por añadidura, garanticen la integridad física y psíquica de los menores afectados<sup>16</sup>. De este modo, quizá podría ampliarse *ad futurum* el ámbito de aplicación del art. 80.6 CDFEA, relativo a la custodia de los hijos menores en caso de ruptura de sus progenitores, en el sentido de excluir en todo caso la atribución de la custodia (individual o compartida) y aun las visitas al progenitor condenado mientras no se acredite su debida rehabilitación<sup>17</sup>. Asimismo, quizá habría que plantearse la revisión del art. 80.1.2 CDFEA en el sentido de suspender el régimen de comunicación, estancia o visitas de los menores con el progenitor investigado, salvo que se pueda garantizar debidamente la seguridad e integridad física y mental de aquellos<sup>18</sup>. Es más, podría contemplarse como causa específica de privación de la autoridad familiar la condena penal firme por delito de violencia de género o doméstica y, complementariamente, para el caso de que los menores queden huérfanos por la muerte del otro progenitor, facilitar la atribución de la autoridad familiar, o en su caso, de la tutela a otros parientes<sup>19</sup>. Y es que personalmente considero que toda forma de violencia ejercida por un progenitor en el seno de la familia es contraria al interés del menor, ya sea éste

---

15. Como ya advertió T. PICONTO NOVALES en las *Alegaciones al Anteproyecto de Ley de reforma de la LIAA* presentadas conjuntamente por M.J. BERNUZ BENEITEZ y quien suscribe esta ponencia en nombre de la Facultad de Derecho de Zaragoza en abril 2018.

16. Y más desde que en el art. 1.2 LO 1/2004 de Medidas de Protección integral contra la Violencia de Género, en su redacción dada por la LO 8/2015, se les ha reconocido el estatuto de «víctima».

17. A este respecto conviene reparar en la imposición por el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica de 11 de mayo de 2011 a los Estados signatarios (entre ellos, España) de la obligación de adoptar «las medidas legislativas u otras necesarias para crear o apoyar programas dirigidos a enseñar a quienes ejerzan la violencia doméstica a adoptar un comportamiento no violento en las relaciones interpersonales para prevenir nuevas violencias y cambiar los esquemas de comportamiento violentos» y «a prevenir la reincidencia de los autores de delitos» (art. 16).

18. En línea con lo dispuesto en el art. 66 LO 1/2004, de Medidas de protección integral contra la Violencia de Género, pero extrapolando tal medida a la violencia doméstica. En esta misma línea, la Declaración de las Defensorías del Pueblo sobre la atención a mujeres y menores víctimas de violencia de género de 2018 (núm. 22) insiste en la necesidad de que el régimen de visitas fijado en su caso se desarrolle con las máximas garantías y seguridad para las víctimas.

19. De acuerdo con la Declaración de las Defensorías del Pueblo sobre la atención a mujeres y menores víctimas de violencia de género de 2018 (núm. 27).

victima directa o indirecta y, por ello, le inhabilita ya no sólo para su guarda, sino para el ejercicio de la autoridad familiar<sup>20</sup>.

### 7.2. Los menores con discapacidad

En lo que atañe a los menores con discapacidad se introduce como principio de actuación de los poderes públicos el de accesibilidad universal e inclusión plena y efectiva (art. 3 bis.1.d LIAA). A partir de ahí, en sede de derechos de los menores, se contienen una serie de previsiones específicas dirigidas a garantizar sus derechos de información (art. 12.4.3 LIAA), a ser oídos y escuchados (art. 13.1 LIAA), y de participación (art. 15.1 LIAA). Y entre los nuevos deberes que se imponen a los menores se incluye el de respeto a los demás con independencia de su discapacidad (art. 44 quinquies.2.a LIAA).

La especial consideración de la discapacidad también se extiende al ámbito de la actuación protectora, tanto se encuentren los menores bajo la protección de sus guardadores principales como de la Administración. Así, de encontrarse bajo la protección de los guardadores principales se impone a los poderes públicos el deber de garantizar el cumplimiento de los derechos-deberes inherentes al concreto instrumento de protección al que estén sujetos —«custodia, tutela, guarda, adopción o instituciones similares»—, lo que va acompañado de un mandato de proporcionar a los menores y sus familias los servicios sociales especializados que precisen (art. 46.7, en relación con el art. 3 bis.2.b LIAA). Por su parte, respecto a los menores con discapacidad bajo tutela o guarda administrativa, habrá de garantizarse en su plan individualizado de protección la continuidad de los apoyos recibidos o, en su caso, su sustitución por otros más adecuados, aun cuando sean ingresados en un centro de protección específico de menores con problemas de conducta (arts. 60 bis.1.2 y 69 bis.5 LIAA); e igualmente se les prestará especial atención en los programas de preparación para la vida independiente (art. 47.3 LIAA). Por su parte, los acogedores familiares tendrán derecho a orientación y apoyo adoptados a la discapacidad del menor (art. 73.1.a, 2ª parte LIAA).

### 7.3. Los menores extranjeros

En cuanto a los menores extranjeros, se les reconocen el derecho a la educación, asistencia sanitaria y prestaciones sociales básicas en iguales condiciones que los menores aragoneses<sup>21</sup>, así como el derecho a obtener «a la mayor celeridad» la preceptiva autorización de residencia si se encuentran tutelados por la Administración autonómica y siempre que se haya acreditado la imposibilidad

---

20. Sobre este particular puede consultarse P. RIVAS VALLEJO y S. MARTÍN ALBÁ, «Efectos de la violencia de género sobre niñas y adolescentes», en Cabedo Mallol y Ravetllat Ballesté (coords.), *Comentarios...*, cit., pp. 217-220 y 235-238.

21. Derechos, igualmente, reconocidos por los art. 9, 12 y 14 LOex.

de retorno con su familia o país de origen (art. 11.7.1 y 8 LIAA, que se corresponden con el art. 10.3 y 4 LOPJM)<sup>22</sup>.

En segundo lugar, se establece la presunción de minoría de edad de una persona mientras no sea determinada su edad, así como la aplicación del principio de proporcionalidad en orden a las pruebas de determinación de edad (art. 46.4 LIAA, que se corresponde con el art. 12.4 LOPJM)<sup>23</sup>. Tal previsión resulta fundamental para los menores extranjeros no acompañados, toda vez que su condición de menor debidamente constatada unida a la ausencia de personas responsables de su cuidado conllevará su puesta a disposición de los servicios de protección de menores *ex art. 35.4 LO 4/2000*, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración familiar (en adelante, LOex). En cambio, de determinarse su mayoría de edad pasará a tener la condición de extranjero irregular y, por ende, será susceptible de ser expulsado de nuestro país (arts. 26, 49.a y 53 LOex).

También en relación con este colectivo de menores extranjeros se prevé como medida prioritaria su reintegración familiar, siempre que resulte acorde a su superior interés y no implique riesgo para su seguridad ni la de su familia (art. 60 bis.5 LIAA, que se corresponde con el art. 19 bis.5 LOPJM)<sup>24</sup>.

#### 7.4. Los menores *ex tutelados*

Se impone a las entidades públicas la obligación de ofrecer programas de preparación para la vida independiente a los jóvenes bajo medida de protección, especialmente en acogimiento residencial o en situación de especial vulnerabilidad desde dos años antes de su mayoría de edad y una vez cumplida ésta, siempre que lo necesiten. Tales programas deberán incluir seguimiento socioeducativo, alojamiento, inserción socio laboral, apoyo psicológico y ayudas económicas. Y en todo caso requerirán el compromiso de participación y aprovechamiento por parte de los menores *ex tutelados* (art. 47.4 LIAA, que se corresponde con el art. 22 bis LOPJM)<sup>25</sup>. Complementariamente, el art. 66.8 LIAA —cuyo tenor permanece inalterado— impone a la Administración autonómica un deber de

22. Se prescinde así de la polémica previsión del art. 196.1 Reglamento LOex que sólo parece permitir la regularización una vez transcurridos nueve meses desde que el menor haya sido puesto a disposición de los servicios de protección de menores.

23. Haciéndose eco así de la doctrina sentada por el Tribunal Supremo (Sala 1ª) en su Sentencia de 23 septiembre 2014. Sorprende, sin embargo, como advierte V. CABEDO MALLOL, «Principales novedades incorporadas por las leyes de reforma del sistema de protección a la infancia y la adolescencia: luces y sombras», en Cabedo Mallol y Ravetllat Ballesté, *Comentarios...*, cit., p. 63, que la inclusión de esta previsión en el art. 12.4 LOPJM en 2015 no fuese acompañada de una revisión de la normativa de extranjería, en particular del art. 190 Reglamento LOex, al objeto de su debida adecuación a la misma.

24. Nótese que la legislación española de extranjería contempla, como alternativa a la reintegración familiar del menor, su puesta a disposición de los servicios de protección de su país de origen (art. 35.5 LOex y art. 192.1 Reglamento LOex).

25. Tales programas ya se venían practicando antes de su plasmación legal en nuestra Comunidad al amparo del art. 44 Decreto 190/2008.

seguimiento, al menos en el año siguiente a la salida de los menores del centro de protección, al objeto de comprobar su integración social, familiar y laboral.

## V. LA SITUACIÓN DE RIESGO

Ya centrandó nuestra atención en la intervención administrativa en las situaciones de riesgo y desamparo, por lo que hace a la situación de riesgo se opta por sustituir la anterior definición legal por la del art. 17.1 LOPJM en su redacción dada por la Ley 26/2015, que ciertamente resulta más amplia que la anterior. En el art. 56.1 LIAA pueden identificarse así como presupuestos delimitadores de la situación de riesgo:

1º.– Que el menor sufra un perjuicio que afecte a su desarrollo integral.

2º.– Que este perjuicio obedezca a circunstancias, carencias —también materiales— o conflictos familiares, sociales o educativos.

3º.– Que no alcance la entidad o persistencia que justificaría la declaración de desamparo.

4º.– Que exija la intervención administrativa para eliminar o reducir la situación de dificultad o inadaptación existente, pero sin proceder a la separación del menor de su entorno familiar.

A partir de ahí, los redactores del Proyecto fijan unas pautas básicas a seguir por la Administración ante esta situación (art. 56.2 LIAA), que no son otras que las del art. 17.2 LOPJM: de una parte, disminuir los indicadores de riesgo; y de otra, promover medidas para garantizar la permanencia del menor en su entorno familiar.

No obstante, acto seguido, se incurre en una cierta confusión en orden a las concretas actuaciones administrativas a desarrollar, toda vez que, si bien del tenor del art. 56.3 parece resultar que se renuncia a regularlas para remitir, en su lugar, a «las previstas como tales en la legislación estatal», en el precepto siguiente (art. 57), aparentemente dedicado la cuestión competencial según se desprende de su rúbrica, sí aparecen determinadas, siguiendo en buena medida lo dispuesto en los apdos. 4 ss. del art. 17 LOPJM. Pueden identificarse así dos fases de intervención administrativa, una vez valorada la situación de riesgo por parte de la Entidad local del domicilio del menor: una primera, dirigida a la reducción de los factores de riesgo, debiendo la Entidad pública dotar a tal efecto al menor de un proyecto de intervención familiar, consensuado, a ser posible, con los guardadores principales<sup>26</sup>. Y otra segunda, que se materializa en la declaración administrativa

---

26. En concreto, el art. 47.2.2 LIAA se refiere a los «padres o personas que les sustituyan en el ejercicio de la autoridad familiar, tutores, guardadores», pero también a los «acogedores», lo que *a priori* no tiene mucho sentido desde el momento en que la situación de riesgo conlleva una actuación protectora en el seno de la familia del menor y, por ende, previa al acogimiento.

de riesgo «en los supuestos en que proceda». Aunque esta cuestión se presume que será objeto de ulterior desarrollo reglamentario, quizá hubiera sido oportuna una mayor precisión al respecto en la propia Ley, a fin de dejar ya lo suficientemente claro cuando procede el tránsito de una a otra fase. En este sentido, es de destacar que la legislación estatal (art. 17.5 LOPJM) exige en la primera fase la colaboración de los progenitores u otros guardadores en la ejecución del proyecto de intervención familiar, de tal manera que es el incumplimiento de tal deber de colaboración el que conlleva la declaración administrativa de riesgo.

En cualquier caso, los redactores del Proyecto no descartan con buen criterio que la situación de riesgo pueda acabar desembocando en una situación de desamparo, cuando, transcurrido el plazo fijado para ejecutar el proyecto de intervención familiar, «no se hayan conseguido cambios en el desempeño de los deberes de guarda» que garanticen al menor su debida asistencia y, por ende, no se hayan eliminado los factores de riesgo. De igual modo, se deja abierta la puerta a la declaración de desamparo en caso de que en la inicial valoración de la situación de riesgo se estime que la situación de desprotección en que está inmerso el menor, por su persistencia y entidad pueda requerir la separación del menor de su familia (art. 57.5 LOPJM, que se corresponde con el art. 17.8 LOPJM).

## VI. LA SITUACIÓN DE DESAMPARO

También el régimen de la situación de desamparo ha sido modificado en el Proyecto, en particular, por lo que hace al listado de las concretas circunstancias constitutivas de la misma para adoptar el del art. 18.2.4 LOPJM, más completo y detallado. De este modo, en el art. 59.3 LIAA se da entrada novedosamente a:

1º.- El transcurso del plazo de la guarda administrativa voluntaria cuando los responsables del menor ya no sólo no quieran asumir su guarda, sino no puedan hacerlo, dejando a salvo la posible prórroga excepcional de la guarda administrativa (letra b).

2º.- La trata de seres humanos, siempre que haya conflicto de intereses con los los guardadores principales del menor (letra c).

3º.- El consumo reiterado de sustancias adictivas o la ejecución reiterada de otras conductas adictivas por el menor con el consentimiento o tolerancia de sus progenitores u otros guardadores (letra c).

4º.- Los perjuicios graves ocasionados al recién nacido por maltrato prenatal (letra c)<sup>27</sup>; circunstancia ésta estrechamente relacionada con el delito de lesiones al feto tipificado en el art. 157 Código penal.

---

27. Sorprendentemente se prescinde, sin embargo, de la situación de riesgo prenatal contemplada en el art. 17.9 LOPJM, entendiéndose por tal la falta de cuidado físico de la mujer gestante o cualquier otra acción de ésta o de terceros tolerada por ésta que perjudique el desarrollo del *nasciturus*.

5º.– El grave deterioro del entorno familiar en perjuicio del desarrollo o la salud mental del menor (letra e).

6º.– La ausencia de escolarización, pero también la falta de asistencia reiterada e injustificada al centro educativo, así como la permisividad o inducción al absentismo escolar (letra g).

Por añadidura, se mantienen otras circunstancias ya contempladas en la redacción originaria del art. 59 LIAA —tales como la negligencia en el cumplimiento de las obligaciones alimentarias, de salud o educativas; o el maltrato físico o psicológico, ahora cualificados por su gravedad y permanencia respectivamente—, si bien los redactores del Proyecto, conscientes de las importantes consecuencias de la declaración de desamparo, han optado por exigir expresamente un plus de gravedad, además de su necesaria ponderación conforme a los principios de necesidad y proporcionalidad (art. 59.3 LIAA, que reproduce el art. 18.2.4 LOPJM). Y es que conviene tener presente que, como indica el art. 119 CDFa al que se remite el art. 59.1 LIAA, la declaración de desamparo conlleva la asunción automática de la tutela por la Entidad pública con la subsiguiente suspensión de la autoridad familiar o, en su caso, tutela ordinaria. Se ha prescindido, sin embargo, de la previsión incorporada por la Ley 26/2015 al art. 172.1.4 Cc, muy interesante a mi juicio, que faculta a la Entidad pública y al Ministerio Fiscal a ir más allá y promover la privación de la autoridad familiar o, en su caso, la remoción de la tutela ordinaria, entendiéndose si concurren las correspondientes causas legales de privación (art. 90 CDFa) o remoción (art. 128 CDFa)<sup>28</sup>.

En cualquier caso, como ya hizo el legislador estatal en 2015, se excluyen acertadamente entre las circunstancias a valorar la pobreza y la discapacidad del propio menor o de sus guardadores (art. 59.2.1 LIAA, que reproduce el art. 18.2.2 LOPJM).

También se han incorporado las previsiones estatales relativas a las pautas a seguir en caso de traslado de un menor bajo la protección de una Comunidad Autónoma a otra —en particular, a la Comunidad Autónoma de Aragón— que tantos problemas plantea en la práctica (art. 59.4 LIAA, que reproduce el art. 18.4 LOPJM)<sup>29</sup>. E igualmente, las referentes a la competencia de las Entidades públicas

---

28. Tal facultad se encuentra contemplada de modo más restrictivo en el art. 122.2 CDFa, en cuanto se circunscribe a la Entidad pública y sólo para el caso de que sea posible la asunción de la autoridad familiar o la constitución de la tutela ordinaria a favor de la familia extensa del menor.

29. En particular, el art. 59.4 LIAA prevé, para el caso de traslado permanente de un menor protegido desde otra Comunidad Autónoma a la de Aragón, la competencia de ésta para asumir la medida de protección bajo la que se encuentre o la que proceda en el plazo de tres meses a contar desde que sea informada del traslado por la Comunidad de origen, ello salvo que sea previsible la reintegración familiar del menor a corto o breve plazo, en cuyo caso la Entidad pública aragonesa se limitará a colaborar en el seguimiento de la evolución del menor.

españolas respecto a la protección de los menores de nacionalidad española que se encuentren en el extranjero (art. 59.5 LIAA, que remite al art. 18.5 LOPJM)<sup>30</sup>.

El Proyecto de ley —como, por lo demás, la vigente Ley de la infancia y la adolescencia— renuncia, no obstante, con buen criterio a desarrollar el procedimiento conducente a la declaración de desamparo, más allá de incluir ciertas precisiones de importancia, entre las que importa destacar, por lo que hace al trámite de audiencia, su reconocimiento a los guardadores principales en todo caso y ya no sólo «cuando sea posible» (art. 52.1 LIAA)<sup>31</sup>; y en cuanto a los deberes de comunicación, la inclusión del propio menor afectado entre los sujetos a notificar la resolución de desamparo, siempre que tenga doce años o suficiente madurez (art. 53.1 LIAA), lo que exigirá la oportuna revisión del art. 120 CDFA donde se encuentra omitido.

Otra novedad reseñable tiene que ver con las posibles medidas cautelares a adoptar por la Administración en aquellos casos que exista un grave riesgo para el menor que requiera intervención urgente. Así, mientras el art. 60.2 LIAA en su redacción todavía vigente permite en tal caso la declaración provisional de desamparo con la consiguiente asunción de la tutela por aquella, sin perjuicio de la ulterior tramitación del oportuno procedimiento, en el Proyecto de ley se adopta una solución menos drástica, contemplada en la legislación estatal, como es la asunción de la mera guarda provisional (nuevo art. 60.2, en relación con el nuevo art. 51.1 LIAA que reproduce el art. 14 LOPJM) mientras se investigan las circunstancias del menor y se constata, en su caso, la situación real de desamparo. En cualquier caso, esta modalidad de guarda requiere, asimismo, una resolución administrativa que habrá de ser comunicada al Ministerio Fiscal en su condición de superior vigilante de los instrumentos públicos de protección de menores *ex* art. 164 CDFA.

Finalmente, por lo que hace al cese de la tutela administrativa interesa destacar la incorporación de tres nuevas causas procedentes de la reforma estatal

---

30. En particular, el art. 59.5 LIAA en interpretación conjunta con el art. 18.5 LOPJM, en su 1ª parte, respecto a los menores españoles en posible situación de desprotección en el extranjero, atribuye la competencia a la Comunidad Autónoma de Aragón cuando sus guardadores principales residan o tengan sus mayores vínculos en Aragón, previo traslado del menor a España por la Administración General del Estado. En su 2ª parte, respecto a los menores españoles bajo medida de protección en el extranjero, remite a los tratados internacionales sobre la materia —en particular, al Reglamento (CE) n.º 2201/2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental y al Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños— y, de no ser aplicables, a las normas internas sobre eficacia de las medidas de protección de menores en España.

31. Entre los que se incluyen no sólo a los titulares de la autoridad familiar y al tutor ordinario, sino también a los «guardadores», lo que tiene su razón de ser habida cuenta que el art. 60.3 LIAA —que reproduce el art. 303.2 Cc— contempla, no sin ambigüedad, la posibilidad de declarar el desamparo de los menores bajo guarda de hecho cuando los guardadores incurran en alguna de las circunstancias del art. 59 LIAA.

de 2015 que responden a la creciente movilidad espacial de los menores protegidos. Así, en el art. 62 LIAA —que reproduce el art. 172.5 Cc— se prevé que cesará la tutela asumida por la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, además de por la desaparición de las circunstancias justificativas de la declaración de desamparo y por las causas de extinción de la tutela del art. 144 CDFA, bien cuando el menor se traslade voluntariamente ya sea a otro país o a otra Comunidad Autónoma cuya Entidad pública asuma su protección o lo considere innecesario en atención a la situación del menor, o bien cuando abandone voluntariamente el centro de protección donde estaba ingresado y se encuentre en paradero desconocido desde hace seis meses.

## VII. LA GUARDA ADMINISTRATIVA VOLUNTARIA

El régimen de la guarda administrativa, en particular en su modalidad de guarda voluntaria contenido en el art. 65 LIAA, ha sido modificado fundamentalmente al objeto de incorporar la previsión de la legislación estatal atinente a su duración máxima que ha sido limitada a dos años, salvo prórroga excepcional en atención al interés del menor, para evitar su cronificación (art. 65.1 LIAA, que se corresponde con el art. 19.2 LOPJM). Pero también para hacer corresponsables a los titulares de la autoridad familiar o tutor ordinario, ya no sólo de los gastos de asistencia que puedan generar los menores bajo guarda administrativa voluntaria, sino, con buen criterio, de los derivados de los daños que puedan ocasionar a terceros (art. 65.4 LIAA, que viene a corresponderse con el art. 172 ter.4 Cc)<sup>32</sup>. Tal previsión puede justificarse por la menor incidencia que tiene tal instrumento público de protección en la autoridad familiar y tutela ordinaria, en contraste con la tutela administrativa. Y es que, como se ha indicado, mientras ésta implica la suspensión de la autoridad familiar o la tutela ordinaria y aun su posible privación o remoción, en el caso de la guarda administrativa la Entidad pública asume exclusivamente la guarda, que es compatible con aquellas<sup>33</sup>; razonamiento éste que me lleva a defender la extensión de dicho régimen de responsabilidad a la guarda administrativa constituida judicialmente a que se refiere igualmente el art. 160.2.b CDFA, como de hecho, así sucede en el art. 172.4 Cc.

Junto a ello, se han incorporado otras previsiones también procedentes de la legislación estatal, pero sorprendentemente sin haber revisado las ya contenidas en el antiguo art. 65 LIAA, generándose así importantes discordancias entre los diversos apartados que integran el precepto. Ello sucede concretamente en los

---

32. Nótese, sin embargo, que mientras en el art. 172 ter.4 Cc se contempla como una mera posibilidad si así lo decide la Entidad pública («podrá establecerse»), en el art. 65.4 LIAA («están obligados») se articula como una obligación de los guardadores principales.

33. Adviértase, sin embargo, que el art. 172 ter.4 Cc también aplica este régimen en las situaciones de tutela administrativa, aunque, insisto, con carácter meramente facultativo, que no obligatorio a diferencia de la LIAA.

extremos referentes a los guardadores legitimados para solicitar la constitución de la guarda administrativa<sup>34</sup>, el contenido del acuerdo de guarda<sup>35</sup> y las medidas a adoptar al cese de tal medida de protección<sup>36</sup>.

## VIII. EL ACOGIMIENTO

Pero si hay un instrumento de protección que ha merecido especialmente la atención de los autores del Proyecto ha sido el acogimiento, con ánimo de hacerse eco de las importantes modificaciones que ha experimentado en la última reforma estatal de 2015. Sucede, sin embargo, que en su modalidad de acogimiento familiar su régimen se contiene fundamentalmente en los arts. 165 a 169 CDFa que, entiendo, habrán de ser revisados oportunamente a fin de evitar una absoluta discordancia entre nuestro principal texto civil y la legislación específica de protección de menores cuya reforma se aborda ahora.

### 1. *El acogimiento en general*

Por lo que atañe al acogimiento en general, don son las novedades a destacar. En primer lugar, interesa advertir la prioridad otorgada al acogimiento familiar sobre el acogimiento residencial. Esta previsión, ya formulada en el art. 162.2 CDFa, en el art. 66.1 LIAA —en su redacción proyectada en línea con lo dispuesto en el art. 21.3 LOPJM—, viene referida novedosamente a los menores de seis años. Es más, para los menores de tres años se excluye, como regla, el acogimiento residencial, de tal manera que sólo podrá acordarse en caso de imposibilidad debidamente acreditada de adoptar el acogimiento familiar o cuando esta medida no convenga al interés superior del menor.

Junto a ello conviene reparar en la incorporación al nuevo art. 64 bis LIAA (que se corresponde con el art. 21 bis LOPJM) de un elenco de derechos espe-

34. En concreto, en el aptdo. 1º del art. 65 LIAA se habla de «padres, personas que les sustituyan en el ejercicio de la autoridad familiar» y de «progenitores y tutores», y, en cambio, en sus aptdos. 2º, 3º y 4º de «padres o quienes les sustituyan en el ejercicio de las funciones propias de la patria potestad o autoridad familiar». Una expresión más acertada, la de «titulares de la autoridad familiar o institución tutelar» emplea el art. 160.2.b CDFa.

35. Así, por una parte, el art. 65.1.2 LIAA (procedente del art. 172 bis.2 Cc) dispone que en el acuerdo de guarda, a formalizar por escrito, habrá de constar que los progenitores o tutores han sido informados de las responsabilidades que siguen manteniendo respecto del menor, así como de la forma de ejercicio de la guarda por la Administración; y por otra, el art. 65.3 LIAA (antiguo art. 65.2) incluye como extremos a contener en el acuerdo de guarda la duración de la actuación, las medidas y condiciones previstas para el retorno familiar del menor, las responsabilidades que mantiene la familia respecto del menor y las consecuencias del incumplimiento del acuerdo.

36. Nótese que mientras art. 65.1.1 *in fine* LIAA (procedente del art. 172 bis.1 Cc) se refiere a la posible declaración de desamparo de no darse las circunstancias adecuadas para la reintegración familiar del menor, el art. 65.2 LIAA (antiguo art. 65.1 LIAA) prevé que la guarda administrativa «tendrá *en todo momento* a la reintegración del menor en su familia de origen» (la cursiva es nuestra).

cíficos del menor frente a la Entidad pública, en coherencia con el importante protagonismo que se le otorga en su proceso de protección. Tales derechos son los siguientes:

1º.- El derecho a ser oído, a ejercitar conforme a los parámetros del art. 13 (art. 64 bis.1.a).

2º.- El derecho a ser parte en el proceso de oposición a las medidas de protección (art. 64 bis.1.a)<sup>37</sup>. En cualquier caso, este derecho debe ponerse en relación con el art. 780.1.3 LEC que atribuye el ejercicio de las pretensiones de los menores en relación a las resoluciones administrativas que les afecten a sus representantes legales o, de existir conflicto de interés con ambos, a un defensor judicial designado a tal efecto, entendiéndose siempre que no hayan sido emancipados, pues de estarlo el art. 33 CDFA les faculta para comparecer por sí solos en juicio.

3º.- El derecho a dirigirse directamente a la Entidad pública (art. 64 bis.1.c).

4º.- El derecho a ser notificado de las resoluciones de formalización y cese del acogimiento y, en general, a ser informado de cualquier hecho trascendente relativo al acogimiento (art. 64 bis.1.a, 2ª parte y 1.c).

5º.- El derecho de asistencia jurídica gratuita cuando haya sido declarado en desamparo y, por tanto, se encuentre bajo la tutela de la Administración (art. 64 bis.1.b)<sup>38</sup>. No así en cambio, a mi juicio, cuando se encuentre bajo guarda administrativa, toda vez que en este caso los titulares de la autoridad familiar o tutor ordinario deben hacerse cargo de las cargas económicas que genere el menor conforme el art. 65.4.1 LIAA, entre las cuales bien puede entenderse incluido este concepto.

6º.- El derecho a poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las reclamaciones o quejas que formule a la Administración sobre las circunstancias de su acogimiento (art. 64 bis.1.g).

7º.- El derecho a recibir el apoyo educativo y psicoterapéutico necesario, en especial tratándose de menores discapacitados o afectados por trastornos psicosociales (art. 64 bis.1.f, h, i).

De igual modo, se le reconocen una serie de derechos respecto a su familia de origen, distintos en función de que ésta sea o no desconocida. Así, en caso de ser desconocida, se les hace extensivo el derecho de los hijos adoptivos a conocer sus orígenes biológicos, si bien sorprendentemente sólo se permite su ejercicio a

---

37. Derecho este que, a su vez, fue incorporado a la LOPJM (art. 21 bis.1.a) a fin de adecuarse al art. 5.d del Convenio Europeo sobre el ejercicio de los derechos de los niños de 25 de enero de 1996, ratificado por España el 11 de noviembre de 2014.

38. No obstante, se mantiene inalterado el tenor del art. 55 LIAA, según el cual los letrados de los servicios jurídicos de la Comunidad Autónoma «podrán representar y defender en juicio a los menores tutelados por la Administración». Surge así la duda en qué casos los menores gozarán de asistencia jurídica gratuita, en lugar de ser asistidos por los letrados de la Administración.

partir de la mayoría de edad, pero no durante su minoría a diferencia de éstos (art. 64 bis.1.j LIAA, que reproduce el art. 21 bis.1.j LOPJM). En cambio, de estar determinados sus vínculos paterno-filiales, se les reconoce el derecho a relacionarse con su familia de origen en el marco del régimen de visitas fijado por la Entidad Pública<sup>39</sup>, así como a conocer progresivamente su realidad socio-familiar para facilitar su asunción paulatina y —añado— su reagrupación familiar de ser acorde al interés del menor (art. 64 bis.1.d, e LIAA, que se corresponde con el art. 21 bis.1.d, e LOPJM).

## 2. *El acogimiento familiar*

### 2.1. *Modalidades*

La principal novedad en materia de acogimiento familiar tiene ver con la profunda revisión de que han sido objeto sus diversas modalidades, siguiendo a tal efecto las pautas del art. 173 bis.2 Cc en su redacción dada por la Ley 26/2015. Así, se excluye, de una parte, el acogimiento provisional, lo que, ya adelante, no ha venido acompañado de una supresión expresa de la constitución judicial del acogimiento, sino de una remisión muy confusa a la «legislación civil aplicable»<sup>40</sup>; y, de otra, el acogimiento preadoptivo, para sustituirlo por la figura de la guarda con fines adoptivos del art. 76 bis LIAA. De este modo, en el art. 72.1 LIAA los supuestos del acogimiento familiar quedan limitados a tres en función de su duración:

- a) El nuevo acogimiento de urgencia<sup>41</sup>.
- b) El acogimiento temporal (hasta ahora denominado acogimiento simple)<sup>42</sup>.

39. Sobre este particular interesa señalar que uno de los temas más debatidos durante los trabajos preparatorios de la reforma del sistema estatal de protección de menores de 2015 fue precisamente el relativo a la instancia competente para fijar tal régimen de visitas del menor con su familia de origen, optándose finalmente en el art. 161 Cc (al menos por lo que se refiere a los menores declarados en desamparo, según resulta de su tenor literal) por la solución presente en algunas normas autonómicas y, entre ellas, en el art. 92 Decreto aragonés 190/2008 por el que se aprueba el Reglamento de medidas de protección de menores en situación de riesgo o desamparo, que atribuyen tal competencia a la Administración, en lugar de al Juez, como salvedad al régimen general sobre esta materia previsto en el art. 160 Cc (art. 60 CDFA).

40. Interesa recordar que el acogimiento provisional, tal y como se regulaba en el antiguo art. 73 LIAA, constituía una modalidad de acogimiento a adoptar por la Administración mientras se tramitaba el correspondiente procedimiento de constitución judicial del acogimiento.

41. De acuerdo con el art. 173 bis.2.a Cc, el acogimiento de urgencia constituye una modalidad de acogimiento, ya practicado en algunas Comunidades Autónomas con anterioridad a la reforma estatal de 2015, que se circunscribe a los menores de seis años y con una duración limitada a seis meses, mientras se decide la oportuna medida de protección. Tal modalidad de acogimiento desde hace tiempo se practica en nuestra Comunidad, según información proporcionada por sus servicios sociales.

42. Conforme al art. 173 bis.2.b Cc, el acogimiento temporal se trata de una modalidad de acogimiento a constituir cuando sea previsible la reinserción familiar del menor o mientras se adopta

c) El acogimiento permanente<sup>43</sup>.

Sucede, sin embargo, que los redactores del Proyecto han renunciado a dotar de contenido a cada una de estas modalidades de acogimiento, posponiendo su regulación a ulterior desarrollo reglamentario según resulta de la Disposición Final 1ª Proyecto, cuando lo que procede, ante todo, es abordar la reforma del art. 168 CDFA al objeto de su debida concordancia con este nuevo precepto de la LIAA.

Cualquiera que sea la modalidad de acogimiento familiar adoptada por la Administración, el art. 72 LIAA reproduce en su aptdo. 2º, 1ª parte la previsión contenida en el art. 76 Reglamento aragonés de medidas de protección de menores en situación de riesgo o desamparo aprobado por Decreto 190/2008 —y también en el art. 173 bis.1 Cc— atinente al tipo de familia acogedora, según la cual el acogimiento familiar podrá constituirse en la familia extensa del menor —lo más acertado, de ser posible<sup>44</sup>— o en familia ajena.

Por añadidura, la 2ª parte de dicho precepto contempla la posibilidad de que el acogimiento en familia ajena sea especializado, aunque, de nuevo, sin precisar sus singularidades, en cuanto se deja su regulación, asimismo, a un reglamento posterior. Con todo, en atención al actual art. 75 Decreto aragonés 190/2008, así como a lo dispuesto en el art. 20.1.2 LOPJM, esta modalidad de acogimiento parece que habrá de reservarse a aquellos menores con necesidades o circunstancias especiales tales como adolecer una discapacidad física, psíquica o sensorial o una enfermedad crónica que requiera una intervención especializada y, por ende, una formación adecuada por parte de los acogedores. No así, considero, a los menores con problemas de conducta a los que también se refiere el toda-

---

una medida de protección más estable. Tiene carácter transitorio, habiéndose limitado legalmente su duración a dos años, prorrogables en atención al interés del menor.

En cualquier caso, dicha institución no debe confundirse con los acogimientos temporales de menores extranjeros contemplados en la legislación de extranjería (arts. 187 y 188 Reglamento LOEx). En dicha modalidad de protección los progenitores, tutores o guardadores, que permanecen en su país de origen, conservan la guarda del menor, limitándose las personas o familias receptoras a tener al menor en su compañía durante un determinado periodo temporal, que varía en función de los fines perseguidos que no pueden ser otros que la escolarización, el tratamiento médico, el disfrute de vacaciones o razones humanitarias excepcionales.

43. En el art. 173 bis.2.Cc, se prevé su constitución en dos supuestos. El primero, ya contemplado en el antiguo art. 173 bis.2º Cc, así como en el art. 73.1.b Reglamento aragonés 2008: cuando aquellas circunstancias del menor y de su familia así lo aconsejen, en particular, cuando el menor acogido tenga necesidades especiales. El segundo, novedoso: al finalizar el acogimiento temporal, cuando no sea posible la reintegración familiar del menor. En caso de adoptarse esta modalidad de acogimiento, se faculta a la Administración a solicitar al Juez la atribución a los acogedores de algunas de las facultades de la tutela, a fin de facilitar el desempeño de sus funciones y supeditada en todo caso al interés superior del menor. De cualquier modo, la calificación de este acogimiento como «permanente» permite presumir que el mismo se prolongará, en principio, hasta la mayoría de edad del acogido.

44. Como hizo constar el Consejo Fiscal en su *Informe al Anteproyecto de Ley [estatal] de Protección a la Infancia* de 2014, p. 31.

vía vigente Decreto 190/2008, toda vez que a éstos en el Proyecto de Ley se les reserva el acogimiento residencial en centro de protección específico (arts. 69 bis a 69 quáter LIAA). Es más, como novedad, tal acogimiento podrá ser profesionalizado, lo que, de acuerdo con la normativa estatal (art. 20.1.3 LOPJM), implica la existencia de una relación laboral entre la Administración y los acogedores<sup>45</sup>.

## 2.2. Estatuto del acogedor familiar

Otra novedad reseñable en materia de acogimiento familiar tiene que ver con la incorporación al art. 73 LIAA, en línea con el art. 20 bis LOPJM, de un estatuto del acogedor familiar, que se integra por un elenco tanto de deberes como de derechos, unos referidos a la Administración y otros al menor acogido.

En orden a los derechos de los acogedores, son especialmente relevantes los que se les atribuyen frente a la Administración; en concreto, los que se enuncian a continuación:

1º.— El derecho de información tanto sobre los efectos del acogimiento como sobre el plan individual de protección y las medidas de protección que se adopten respecto del menor acogido (art. 73.1. a, c).

2º.— El derecho a recibir apoyo técnico especializado —que, tratándose de menores discapacitados, habrá de estar adaptado a su discapacidad— y, en su caso, a recabar el auxilio de la Entidad pública en el ejercicio de sus funciones (art. 73.1. a, i).

3º.— El derecho de audiencia previa a la adopción por la Entidad Pública de cualquier resolución que afecte al menor, especialmente antes de modificar o suspender el régimen de visitas con su familia de origen (art. 73.1.b).

4º.— El derecho a ser parte en los procesos de oposición a las medidas de protección de que sea objeto el menor acogido (art. 73.1.d, en relación con el art 780.1.2 LEC).

5º.— El derecho a formular quejas o sugerencias (art. 73.1.ñ).

6º.— El derecho a disponer de la documentación identificativa, sanitaria y educativa del menor acogido (art. 73.1.f).

7º.— El derecho a percibir una compensación económica u otro tipo de ayuda de índole patrimonial, siempre que así se estipule (art. 73.1.k).

8º.— El derecho a la protección de sus datos personales respecto de la familia de origen (art. 73.1.n); derecho éste que habrá de coordinarse debidamente con el respeto al derecho al menor a relacionarse con su familia biológica.

---

45. Sobre las especialidades de este acogimiento me remito a P. JODRÁ JIMÉNEZ, «El acogimiento familiar profesionalizado: Análisis de casos», ponencia presentada al XI Congreso Internacional de infancia maltratada, Oviedo, 2012.

9.– El reconocimiento de la condición de unidad familiar a la familia de acogida a los efectos administrativos oportunos (art. 73.1.o)<sup>46</sup>.

Frente al menor acogido se les hace extensivos en términos muy ambiguos los derechos inherentes a la autoridad familiar, con referencia específica al derecho de respeto (art. 73.1.g, h)<sup>47</sup>. Asimismo, se les reconoce un derecho a relacionarse con el menor tras el cese del acogimiento, aunque condicionado a que la Entidad pública lo estime conveniente para el interés del menor y lo consientan tanto el propio menor —mayor de doce años o con suficiente madurez— como su familia de origen o adoptiva —pienso que exclusivamente el/los progenitores— o los acogedores permanentes, entiendo para el caso de que previamente el menor haya estado bajo un acogimiento urgente o temporal (art. 73.1.m). En cualquier caso, tal derecho se configura como recíproco, en cuanto se atribuye, asimismo, al menor acogido en el art. 64 bis.2.b, LIAA si bien exigiendo entonces adicionalmente el consentimiento de la propia familia de acogida.

Por su parte, los deberes de los acogedores vienen referidos a la esfera personal del menor acogido, lo que tiene su lógica desde el momento que aquéllos se limitan a asumir el ejercicio de su guarda, sin que tengan atribuidas funciones adicionales en orden a la gestión de su patrimonio, las cuales corresponden bien a la Entidad Pública que haya asumido su tutela *ex lege* (art. 163 CDFFA), bien a los progenitores o al tutor ordinario, de encontrarse el menor en situación de guarda administrativa (art. 61.1 LIAA que permanece inalterado)<sup>48</sup>. De este modo, según prevé el art. 73.2.a LIAA, sin añadir nada nuevo al art. 165 CDFFA, les corresponden los siguientes deberes: el de velar por el menor, tenerlo en su compañía, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo y, para el caso de menores con discapacidad, garantizar la continuidad del apoyo especializado que vinieran recibiendo o, en su caso, de adoptar otro más adecuado para sus intereses. Esta previsión parece entrar, sin embargo, en contradicción con la contenida en la letra l) del mismo art. 73.2 que reproduce el tenor del art. 20 bis.2.1 LOPJM, según el cual «los acogedores tendrán las mismas

46. Lo que, por lo demás, constituye una tendencia legislativa generalizada. Interesa destacar a este respecto la reforma de que fue objeto el art. 2.4 Ley 40/2003 de Familias numerosas por la Ley 26/2015 para extender los beneficios de las familias numerosas a las familias de acogida, siempre que se trate de un acogimiento familiar permanente o de un acogimiento preadoptivo —ahora, una guarda con fines de adopción—. También puede mencionarse la Ley 1/2013 de medidas para reforzar la protección de los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social que incluye en el concepto de unidad familiar (art. 1.4.b) a «los vinculados por régimen de acogimiento familiar» a los efectos de la aplicación de las diversas medidas de protección de los deudores hipotecarios, siempre que obviamente cumplan los demás presupuestos previstos legalmente.

47. El art. 73.1 LIAA prevé específicamente que «los acogedores familiares tendrán derecho a ejercer todos los derechos inherentes a la guarda» (letra g) y «a ser respetados por el menor acogido» (letra h).

48. Como ya defendí en mi artículo «Luces y sombras...», cit., p. 33. *Vid.* en el mismo sentido MAYOR DEL HOYO, M.V. «El nuevo acogimiento: régimen jurídico tras la ley 26/2015, de 28 de julio», en Mayor del Hoyo (dtora.), *El nuevo régimen...*, cit., pp. 222-223.

obligaciones respecto del menor acogido que aquellos que la ley establece para los titulares de la patria potestad». Si ya dicha norma resulta de difícil encaje en la legislación estatal, por cuanto la patria potestad también incluye deberes de índole patrimonial (arts. 164 a 168 Cc) de los que no participan a los acogedores, lo cierto es que no deja de resultar sorprendente su reproducción en la LIAA, desde el momento en que en Aragón, como ya declaraba la Obs. 2.<sup>a</sup> *Ne pater vel mater*, no tenemos patria potestad, sino autoridad familiar, cuyo contenido, no se olvide, es estrictamente personal, en atención a lo dispuesto en los arts. 63 ss. CDFA.

En todo caso, en el ejercicio de la guarda los acogedores habrán de asegurar la plena participación del menor acogido en su vida familiar (art. 64 bis.2.a LIAA); ello sin perjuicio del debido respeto a las relaciones de éste con su familia de origen en el marco del régimen de visitas fijado, en su caso, por la Administración (art. 64 bis.1.d LIAA). Adicionalmente, los acogedores tienen el deber de oír y escuchar al menor mayor de doce años o con suficiente madurez antes de adoptar decisiones que le afecten, así como el de transmitir a la Administración las peticiones que éste pueda realizar en función de su madurez (art. 73.2.b LIAA). Y por último, el deber de garantizar sus derechos a la intimidad —lo que incluye el deber de respetar la confidencialidad sobre sus antecedentes personales y familiares— y a la propia imagen (art. 73.2.g e i)<sup>49</sup>.

Por añadidura, los acogedores tienen una serie de deberes frente a la Administración, plenamente justificados, por cuanto que ésta tiene atribuida la titularidad de la tutela o guarda administrativa, en particular:

1º.— El deber de informarle de cualquier hecho trascendente en relación con el menor, incluidos los cambios sobrevenidos en su situación familiar (art. 73.2.d, h).

2º.— El deber de colaborar tanto en el desarrollo de la intervención individualizada con el menor y en el seguimiento del acogimiento como, en su caso, en el tránsito a la reintegración familiar del menor o a la adopción de otra medida de protección (art. 73.2. f, k)<sup>50</sup>.

3º.— El deber de participar en las acciones formativas que se propongan (art. 73.2.j).

---

49. Deber este último que, obviamente, ha de interpretarse conforme a los parámetros del art. 4 LOPJM, en relación con el art. 3 LO 1/1982 sobre protección del derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen.

50. Adviértase que la letra k del art. 73.2 LIAA no sólo impone a los acogedores el deber de colaborar en la reintegración del menor a su familia de origen, sino también, de no ser posible ésta, en la adopción de cualquier otra medida de protección, ya sea la adopción del menor, otra modalidad de acogimiento o una medida diferente.

### 2.3. Constitución y cese

Los redactores del proyecto han renunciado a regular expresamente la cuestión concerniente a la constitución del acogimiento familiar, lo que, a mi entender, hubiera sido muy necesario si pretendían adoptar un criterio uniforme sobre este extremo en línea con lo dispuesto en la legislación estatal. En su lugar, han optado por remitirse en el art. 76.1 LIAA a la «legislación civil aplicable», cuando, no se olvide, la norma aplicable en nuestra Comunidad Autónoma es el art. 166 CDFA que a fecha de hoy mantiene la doble vía de formalización del acogimiento, administrativa y judicial, discrepando así del criterio del Código civil, donde en la reforma de 2015 se suprimió la constitución judicial en caso de oposición o no comparecencia de los progenitores o el tutor ordinario que preveía el antiguo art. 172.3.1. La misma falta de concordancia se aprecia en el régimen de los consentimientos necesarios para formalizar el acogimiento, toda vez que la norma aplicable en Aragón, que no es otra que el art. 166 CDFA, requiere el consentimiento de los acogedores y del acogido mayor de doce años o con suficiente juicio, pero también el de los titulares de la autoridad familiar o el tutor si no han sido privados de aquella o removidos de ésta, mientras en la reforma del Código civil en 2015 (art. 172 ter.1.3) se optó por omitir, de modo muy discutible a mi juicio, el consentimiento de los progenitores o, en su caso, del tutor ordinario, habiéndolo sustituido por la notificación de la resolución administrativa y ni siquiera por la mera audiencia<sup>51</sup>.

Por la misma solución se ha optado, asimismo, en materia de cese del acogimiento; esto es, por remitir a la «legislación civil aplicable» (art. 76.1 LIAA). Sin embargo, sucede de nuevo que el precepto a aplicar en Aragón es el art. 169 CDFA y que este precepto en su redacción vigente regula esta cuestión de manera absolutamente divergente al art. 173 Cc en su redacción dada por la Ley 26/2015, donde se ha incorporado la confusa distinción entre la remoción de la guarda y el cese del acogimiento (aptdos. 3º y 4º, respectivamente). Es más, por lo que hace concretamente el cese, en un planteamiento discrepante con la norma aragonesa, de una parte, ya no se permite la renuncia al acogimiento por los acogedores, para, en su lugar, reconocerles mera legitimación para solicitar su cese a la Entidad pública; y de otra, se incluyen novedosamente al propio menor acogido y al Ministerio Fiscal entre los sujetos legitimados para solicitarlo<sup>52</sup>. A partir de ahí,

51. Sobre el régimen estatal en materia de constitución del acogimiento familiar *vid.* más ampliamente mi trabajo «Luces y sombras...», cit., pp. 27-31.

52. Nótese, por lo demás, que el art. 173.4 Cc ha mantenido sorprendentemente el cese judicial del acogimiento familiar —también contemplado en el art. 169.1.a CDFA—, cuando, en cambio, se ha suprimido su constitución judicial. Y es que —recuérdese— en el anterior art. 173.4.1º Cc el cese en virtud de resolución judicial se reservaba al acogimiento familiar constituido judicialmente. De este modo, excluido el acogimiento judicial en la vigente normativa estatal, hubiese sido deseable que se especificase en qué casos procede el cese judicial, so pena de dejar esta previsión vacía de contenido; y más cuando la Disposición Transitoria 2ª Ley 26/2015 dispone que «los acogimientos constituidos judicialmente con anterioridad a la entrada en vigor de la ley podrán cesar por resolución de la Entidad Pública sin necesidad de resolución judicial».

el legislador aragonés habrá de tomar la decisión de si revisa *ad futurum* o no el art. 169 CDFa, aunque por mi parte prescindiría de la figura de la remoción de la guarda por los importantes problemas interpretativos que plantea<sup>53</sup> y me centraría en la regulación del cese del acogimiento para, en su caso, actualizar sus causas justificativas.

### 3. El acogimiento residencial

#### 3.1. El acogimiento en centro de protección específico de menores con problemas de conducta

La novedad más relevante en materia de acogimiento residencial tiene que ver, a mi juicio, con la incorporación al sistema aragonés de protección de menores del acogimiento residencial en centros de protección específicos con problemas de conducta, tal y como se regula en los arts. 25 a 35 LOPJM<sup>54</sup>. La peculiaridad de tales centros, respecto de los de protección ordinarios, radica, según precisa

---

53. Ello por las dos razones que se exponen a continuación. En primer lugar, porque se está extrapolando al acogimiento familiar una figura como es la remoción propia de la tutela ordinaria, prescindiendo de las garantías de que se rodea ésta en los arts. 248 a 250 Cc en sede de tutela ordinaria, en relación con el art. 49 Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria. Así, en los términos en que se regula en el art. 173.3 Cc, esta nueva modalidad de remoción se atribuye a la Administración, excluyendo toda intervención judicial y sin establecer un procedimiento *ad hoc* ni prever una medida de protección alternativa para el caso de que sea declarada. Como contrapunto, esta medida sólo puede adoptarse por la Administración a instancia de parte, lo que parece prudente. En concreto, se atribuye legitimación para solicitar la remoción de la guarda, por este orden: al Ministerio Fiscal; al propio acogido, sin exigirle sorprendentemente la edad de doce años o, al menos, la suficiente madurez; a los acogedores, a los progenitores no privados de la patria potestad o, en su caso, al tutor ordinario no removido de la tutela; y, en general, a cualquier otro interesado, expresión ésta en la que podría tener cabida la familia extensa del menor. Por añadidura, la remoción sólo es factible en el supuesto de que surjan graves problemas de convivencia entre el menor acogido y los acogedores, prescindiendo así —dudo si intencionadamente o por mero olvido del legislador— de las otras causas de remoción de la tutela ordinaria que contempla el art. 247 Cc, lo que a mi juicio hubiera sido lo correcto. Y en segundo término, por la propia terminología empleada, esto es, «remoción de la guarda» que no del acogimiento, expresión que literalmente podría interpretarse en el sentido de que el acogimiento sigue en pie, pero privado de contenido, dado que el acogedor ha sido removido de la guarda, lo que obviamente carece de sentido alguno; por ello, como señala MAYOR DEL HOYO, M.V., «el nuevo régimen jurídico...», cit., p. 231, tal expresión habría de entenderse referida más bien a «la remoción de los acogedores» en el sentido de privación de cargo o empleo.

54. Para un examen más detallado de estos preceptos puede consultarse M. GARCÍA DíEZ, *Ingreso de menores con problemas de conducta en centros específicos*, 2016 (URL: [https://www.fiscal.es/fiscal/PA\\_WebApp\\_SGNTJ\\_NFIS/descarga/Ponencia%20%20Garc%C3%ADa%20Diez,%20Montserrrat.pdf?idFile=5b27769b-a98f-4dd1-b01a-2ec999eb31e1](https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/Ponencia%20%20Garc%C3%ADa%20Diez,%20Montserrrat.pdf?idFile=5b27769b-a98f-4dd1-b01a-2ec999eb31e1), consultada el 17 diciembre 2018); L. VÁZQUEZ-PASTOR JIMÉNEZ, «El ingreso de menores con problemas de conducta en centros específicos de protección», *Revista sobre la infancia y adolescencia*, núm. 11, 2016, pp. 134-162; A.I. BERROCAL LANZAROT, «El acogimiento residencial en centros de protección específicos de menores con problemas de conducta en la Ley orgánica 8/2015, de 22 de julio», en Mayor del Hoyo (dtora.), *El nuevo régimen...*, cit., pp. 267-292; y A. LÓPEZ AZCONA, «El acogimiento residencial de los menores con problemas de conducta: un instrumento de protección de menores con incidencia en los derechos fundamentales», *Derecho privado y Constitución*, núm. 32, 2018, pp. 133-186.

el art. 69 bis.1.1 LIAA (que se corresponde con el art. 25.1.1 LOPJM) en que su carácter asistencial y educativo se ve modulado por la posible aplicación de medidas restrictivas de derechos fundamentales y de un régimen disciplinario, dado el especial perfil de los menores a quienes van dirigido: menores con graves comportamientos disruptivos, que tienen una seria dificultad para acatar las normas, lo que puede generar importantes riesgos para la seguridad de los propios menores y aun de terceros.

Como es sabido, este instrumento de protección no es creación del legislador estatal, toda vez que, cuando lo incorporó a la LO 1/1996 de Protección Jurídica del Menor en virtud de la LO 8/2015, ya se encontraba regulado en la normativa autonómica de protección de menores y, entre ellas, en la aragonesa<sup>55</sup>. Ahora bien, el tratamiento que le dispensaban estas normas era, ya no sólo muy fragmentario, sino muy heterogéneo en la configuración tanto del perfil de los menores destinatarios de estos centros específicos como de la tipología de los mismos; ello sin olvidar la discutible previsión por parte de no pocas de ellas de medidas restrictivas de derechos fundamentales, cuando esta materia está reservada a ley orgánica *ex* art. 81.1 CE<sup>56</sup>. Se imponía así, como recomendó el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas en sus Observaciones a España de 2010 y, a nivel nacional, el Defensor del Pueblo en su Informe de 2009 y la Fiscalía General del Estado en su Memoria de 2010<sup>57</sup>, un tratamiento jurídico completo y homogéneo que unificase con rango de ley orgánica y ámbito estatal, la definición y el régimen de estos centros, desde la perspectiva de los derechos y seguridad jurídica de los menores y sus familias, así como de los profesionales implicados. Ello fructificó tras una larga tramitación parlamentaria en la incorporación a la LOPJM (arts. 25 a 35), como modalidad especial de acogimiento residencial, del acogimiento en centros específicos de protección de menores con problemas de conducta, dotándolo de un régimen jurídico muy detallado, a la par que garantista. De modo complementario, se introdujo un nuevo precepto en la Ley de Enjuiciamiento Civil, el art. 778 bis, que, inspirado en el art. 763 del

---

55. *Vid.*, en particular, el art. 78 LIAA (que permanece inalterado en el Proyecto de Ley), el art. 9.5 Decreto 238/1994 por el que se regula la organización y funcionamiento de los Centros de Protección de Menores de la Comunidad Autónoma de Aragón y la Orden de 14 de diciembre de 1994 del Departamento de Bienestar Social y Trabajo por la que se aprueba el proyecto educativo marco para los centros de protección de menores dependientes de la Comunidad Autónoma de Aragón (aptdo. III.d).

56. Como advirtieron en su momento la Fiscalía General del Estado en su *Memoria 2010*, pp. 976-977 y en su *Memoria 2011*, pp. 32-34; y en la doctrina, Á. DE PALMA DEL TESO, *Administraciones públicas y protección de la infancia*, INAP, Madrid, 2006, pp. 172-176, y H. DÍEZ GARCÍA, «La protección de menores en conflicto social con conductas disruptivas, inadaptadas o antisociales (Análisis de la atención a la peligrosidad social en las leyes autonómicas de protección de menores desde el prisma constitucional)». *Derecho Privado y Constitución*, núm. 24, 2010, pp. 202-203 y 260-261.

57. Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas, *Observaciones finales a España de 3 de noviembre de 2010*, recomendación 41; Defensor del Pueblo, *Informe 2009 sobre centros de protección de menores con trastornos de conducta y en situación de dificultad social*, pp. 404-405; y Fiscalía General del Estado, *Memoria 2010*, p. 977.

mismo cuerpo legal relativo al internamiento en centros por trastorno psíquico, supedita tal ingreso a la correspondiente autorización judicial, al igual que su ulterior control y cese.

A partir de ahí, los autores del Proyecto aragonés han dado entrada, con buen criterio, en la LIAA (arts. 69 bis a 69 quáter) al régimen estatal reservado a esta modalidad de acogimiento residencial en lo que consideran sus aspectos más importantes, según puede leerse en la propia Exposición de Motivos (aptdo. IV), para remitirse en lo demás a la LOPJM.

De este modo, se especifica la naturaleza de este recurso que no es otra que la educativa (art. 69 bis.2 LIAA, que se corresponde con el art. 25.2 LOPJM). No obstante, como se ha apuntado *ab initio*, tal finalidad se encuentra matizada por la posible adopción de ciertas medidas restrictivas de derechos fundamentales (medidas de seguridad y restricciones en el régimen de visitas y de comunicaciones con familiares y allegados y en los permisos de salida) y de un régimen disciplinario. Los redactores del Proyecto han renunciado, sin embargo, a ofrecer un régimen jurídico detallado de ambas vertientes para, en su lugar, por lo que hace concretamente a la segunda de ellas —sin duda, la más «delicada»— remitirse a la legislación estatal (art. 69 quáter LIAA)<sup>58</sup>. Tal opción tiene su razón de ser, dado el carácter orgánico de la materia. No obstante, quizá hubiera sido oportuno dotar de un mayor desarrollo normativo a la vertiente educativa en cuanto —no se olvide— es la prioritaria, más allá de mencionar, en línea con la legislación estatal, el proyecto educativo con el que deben contar todos los centros de protección de menores sin mayor concreción en orden a su contenido (art. 69 bis.2 LIAA, que se corresponde con el art. 25.2 LOPJM)<sup>59</sup>. Y la misma afirmación puede extrapolarse al régimen disciplinario con el que deben contar estos centros adicionalmente al régimen interno de convivencia y funcionamiento común a todos los acogimientos residenciales, y más desde el momento en que el art. 31 LOPJM se limita a establecer unas pautas mínimas para remitir su desarrollo a la legislación autonómica<sup>60</sup>.

---

58. En particular, tal remisión debe entenderse referida a los arts. 27 a 30 LOPJM que regulan las medidas de seguridad, distinguiendo entre medidas de contención, aislamiento y registros personales y materiales; a los arts. 34 y 35.2 LOPJM, atinentes a las posibles restricciones en el régimen de visitas y de comunicaciones con familiares y allegados y en los permisos de salida; y al art. 31 LOPJM, relativo al régimen disciplinario con el que deben contar estos centros.

59. De hecho, la importancia del proyecto educativo se refirió en su momento el Protocolo Básico de actuación en Centros y/o residencias con menores diagnosticados con trastornos de conducta que en 2010 elaboró la Comisión Interautonómica de Directores Generales de Infancia, p. 10, para señalar que no sólo constituye la finalidad de los centros, sino que se erige en único presupuesto de validez de las medidas de seguridad y del régimen disciplinario

60. En concreto, el art. 31 LOPJM dispone que el régimen disciplinario deberá fundarse en el proyecto educativo del centro y en el plan individualizado de intervención educativa de cada menor; que será el último recurso a utilizar, con pleno respeto a los derechos de los menores y, entre ellos, el de asistencia jurídica independiente; que habrá de darse preferencia a los «sistemas restaurativos de resolución de conflictos e interacción educativa» —expresión ésta, por cierto, extrapolada del

En segundo lugar, se reproduce la noción legal de «menores con problemas de conducta» formulada en el art. 25.1.2 LOPJM, al objeto de delimitar el colectivo de menores al que se reserva este acogimiento (art. 69 bis.1.2 LIAA). Son así dos los presupuestos a cumplir por los menores para ser susceptibles de ingreso en un centro de protección específico. Primero, han de encontrarse bajo la guarda o tutela de la Administración, lo que resulta lógico, desde el momento en que dicha medida se configura como una modalidad de acogimiento residencial, a través del cual «se realiza» la guarda asumida por la Administración vía la tutela o la guarda administrativa *ex art. 162 CDFA*<sup>61</sup>. Y segundo, deben haber sido diagnosticados con problemas de conducta, en el sentido de que «presenten conductas disruptivas o disociales recurrentes, transgresoras de las normas sociales y los derechos de terceros»<sup>62</sup>. Tal definición, que proviene del Protocolo básico de actuación en Centros y/o residencias con menores diagnosticados con trastornos de conducta elaborado por la Comisión Interautonómica de Directores Generales de Infancia (2010), viene a recoger lo que podría calificarse de núcleo básico de los denominados «trastornos o problemas de conducta»: la existencia de una grave y persistente situación de inadaptación familiar y social que se materializa en comportamientos disruptivos y aun agresivos. Sin embargo, no se hace mención alguna a la gravedad del comportamiento, como, a mi juicio, hubiera sido igualmente necesario. Y es que conviene tener presente que el uso de este recurso de protección no se justifica por la presencia de meros desajustes conductuales en los menores, sino que resulta determinante que se manifiesten en un grado tal que supongan un riesgo evidente de daños o perjuicios graves a sí mismos —autolesiones— y/o a terceros, como, de hecho, se especifica en el Protocolo básico.

Con todo, a mi modo de ver, el principal problema que plantea la utilización de este recurso de protección radica en la difícil delimitación en la práctica de los «menores con problemas de conducta», de aquellos menores cuyos comportamientos disruptivos tienen por causa una alteración o deficiencia psíquica, así como de los menores infractores. Dificultad que, de hecho, se trasluce en el propio Proyecto de Ley que aquí se comenta. Así, por lo que hace a los primeros,

---

Protocolo básico de 2010—; que no podrán fijarse «restricciones» —propriadamente, sanciones— de igual o mayor entidad a las previstas en la normativa en materia de responsabilidad penal del menor; y que su aplicación no podrá restringir el derecho de visitas del menor ni su derecho a remitir quejas a organismos independientes, en particular, al Ministerio Fiscal, al Juez y al Defensor del Pueblo o Defensorías autonómicas.

61. Sorprende, sin embargo, que el art. 69 bis.3 LIAA (que reproduce el tenor del art. 25.3 LOPJM) circunscriba a la guarda administrativa voluntaria la exigencia de compromiso de la familia a someterse a intervención profesional; no, en cambio, en el supuesto de guarda constituida judicialmente cuando sus presupuestos son los mismos, ni tampoco en el de tutela administrativa cuando la adopción de esta medida no excluye el posible retorno del menor con su familia, si es conforme a su interés (art. 122.1 CDFA).

62. Sobre la importancia del diagnóstico y las dudas que plantea me remito a mi trabajo «El acogimiento residencial...», cit., pp. 160-161.

permanece prácticamente inalterado el tenor del art. 69 referido a los denominados «acogimientos residenciales especiales» que se reservan no sólo a menores con discapacidad o alteraciones psiquiátricas, sino también «conductuales». Es más, según dispone dicho precepto, este acogimiento se realizará en centros específicos en los que podrá limitarse el ejercicio de los derechos necesarios de estos menores, afirmación ésta que no deja de ser cuestionable desde una perspectiva constitucional. En lo que atañe los menores infractores, no deja de sorprender igualmente que los autores del Proyecto hayan mantenido el tenor del art. 78 LIAA donde se les engloba en la categoría «menores en conflicto social» junto a aquellos menores que previamente ha calificado, en concordancia con la legislación estatal, de «menores con problemas de conducta». Por todo ello, me permito sugerir la revisión de ambos preceptos (arts. 69 y 78) al objeto de su adecuado encaje con los nuevos arts. 69 bis a quáter. Por lo demás, quizá hubiera sido oportuno otorgar una protección específica a los menores infractores con edad inferior a catorce años, desde el momento en que el art. 3 LO 5/2000 reguladora de la responsabilidad Penal del Menor prevé que no se les exigirá responsabilidad penal y que se les aplicará «lo dispuesto en las normas sobre protección de menores», ello teniendo en cuenta que Aragón cuenta en el marco de la protección de menores con un Equipo de atención educativa a menores de catorce años (el EMCA) que ya está trabajando con esos menores y goza de un gran reconocimiento<sup>63</sup>.

En tercer lugar, se formulan los principios rectores de este recurso de protección, tal y como fueron articulados por la LO 8/2015, a saber:

1º.– El principio de subsidiariedad, en el sentido de que el acogimiento residencial en estos centros se utilizará exclusivamente como último recurso, cuando no sea posible la intervención a través de otras medidas de protección (art. 69 bis.2 LIAA, que se corresponde con el art. 25.2 LOPJM), entre las cuales habrá de darse prioridad, conforme el art. 79.1 LIAA, a las actuaciones administrativas de índole preventivo.

2º.– El principio de proporcionalidad, lo que implica la permanencia de los menores en estos centros durante el tiempo estrictamente necesario para atender a sus necesidades específicas (art. 69 ter.5 LIAA, que se corresponde con el art. 26.5 LOPJM). La adopción de las medidas restrictivas de derechos fundamentales ha de responder, igualmente, a dicho principio, según se hace constar expresamente en la legislación orgánica estatal (en particular, arts. 27.1.2, 34.1.2 y 35.2.1 LOPJM) a la que se remite el art. 69 quáter LIAA.

3º.– El principio de especialización, en el sentido que los menores con problemas de conducta, cuando precisan de esta medida de protección, tienen unas

---

63. Como recomendó M.J. BERNUZ BENEITEZ en las *Alegaciones al Anteproyecto de Ley de reforma de la LIAA* presentadas conjuntamente por T. PICONTÓ NOVALES y quien suscribe esta ponencia en nombre de la Facultad de Derecho de Zaragoza en abril 2018.

necesidades muy concretas que, a su vez, requieren la debida especialización de los centros donde se efectúa su ingreso, así como de su personal (art. 69 bis.1.2 y 4 LIAA, que se corresponde con el art. 25.1.2 y 4 LOPJM).

En cuarto lugar, se supedita el ingreso de los menores en tales centros a autorización judicial<sup>64</sup>; ello con una salvedad: que razones de urgencia hagan necesaria la inmediata adopción de la medida ya sea por Administración o el Ministerio Fiscal, en cuyo caso se exige su ulterior ratificación judicial en un plazo máximo de setenta y dos horas (art. 69 ter.3 LIAA, que se corresponde con el art. 26.3 LOPJM). En cualquier caso, dicha medida judicial sólo opera a instancia de parte, reconociéndose legitimación a este respecto exclusivamente a la Entidad pública tutora o guardadora y al Ministerio Fiscal (art. 69 ter. 2 y 3 LIAA, que se corresponde con el art. 26.1 y 3.1 LOPJM)<sup>65</sup>. De igual modo, el cese de tal medida se atribuye a la autoridad judicial, bien de oficio o a instancia de la Entidad pública o del Ministerio Fiscal, debidamente fundamentada en un informe multidisciplinar (art. 69 ter.5 LIAA, que se corresponde con el art. 26.5 LOPJM)<sup>66</sup>.

Por último, se incorporan dos importantes garantías referidas a los menores destinatarios de esta medida. Así, el art. 69 ter LIAA les reconoce, en primer lugar, el derecho a ser oídos por el Juez que conozca del procedimiento dirigido a la obtención de la oportuna autorización judicial de ingreso (aptdo. 3º párr. 1º, que se corresponde con el art. 26.3.1 LOPJM), entiendo que con el objeto de analizar su presunto problema de conducta —para cuyo examen existen dos pruebas adicionales: el examen judicial directo y el dictamen de un facultativo, de acuerdo con el art. 778 bis LEC—, así como para conocer su opinión sobre esta medida. Y en segundo lugar, una vez materializado el ingreso, el derecho a ser informados, por escrito y de modo adaptado a su edad y circunstancias, tanto sobre el régimen interno del centro, incluido el disciplinario, como sobre sus derechos y deberes y los medios de que disponen para formular peticiones, quejas y recursos (aptdo. 4º, que se corresponde con el art. 26.4 LOPJM). Ello sin olvidar el derecho de los menores a remitir quejas confidencialmente al Minis-

64. Adicionalmente, el auto de autorización de ingreso habrá de pronunciarse sobre otros dos extremos, en aplicación del principio de proporcionalidad que rige esta medida: de una parte, sobre la posible adopción de medidas de seguridad y la limitación del régimen de visitas, comunicaciones y salidas (art. 69 ter.3 LIAA), lo que, a mi entender, viene a constituir una suerte de habilitación judicial para que el Director del centro adopte excepcionalmente estas medidas; y de otra, sobre la obligación de la Entidad pública y del Director del centro de emitir el correspondiente informe periódico de seguimiento, al objeto de su debido control tanto por el propio Juez como por el Ministerio Fiscal y, en su caso, acuerdo de cese (art. 778 bis.6.1 LEC).

65. No así, en cambio, a los progenitores que sigan ostentando la autoridad familiar, tal y como sucede en la guarda administrativa, lo que no deja de ser cuestionable, como advirtió la Fiscalía General del Estado en su *Circular 2/2016, de 24 de junio, sobre el ingreso de menores con problemas de conducta en centros de protección específicos*, pp. 21-22.

66. En concreto el art. 778 bis.7.2 LEC exige «informe psicológico, social y educativo».

terio Fiscal, al Juez y al Defensor del Pueblo o Defensorías autonómicas que les reconoce art. 35.1 LOPJM, aplicable en virtud del reenvío del art. 69 quáter LIAA.

### 3.2. *Acogimiento residencial en centro de protección ordinario*

El régimen jurídico del acogimiento residencial en centro de protección ordinario ha sido revisado fundamentalmente para introducir las limitaciones temporales de que ha sido objeto en la reforma estatal de 2015, en coherencia con el carácter subsidiario que se le atribuye respecto del acogimiento familiar. Así, en línea con el art. 21.3 LOPJM, el art. 66.1 LIAA excluye, como regla, el acogimiento residencial para los menores de tres años, de tal manera que sólo podrá acudir a esta medida en caso de imposibilidad debidamente acreditada o falta de conveniencia del acogimiento familiar<sup>67</sup>. Por añadidura, se fija una duración máxima de tres meses al acogimiento residencial de los menores de seis años.

Otra previsión novedosa es la referente a la facultad que atribuye el art. 66.4 LIAA a la Entidad pública, en su condición de titular de la guarda de los menores acogidos, de delegarla para acordar estancias temporales, salidas de fin de semana o vacaciones del menor acogido, ya sea con familias —entiendo que ajenas<sup>68</sup>— o instituciones dedicadas a estas funciones. Esta posibilidad que el legislador estatal plasmó en 2015 en el Código civil (art. 172 ter.3) respecto del acogimiento en general, ha sido circunscrita con buen criterio por los autores del Proyecto aragonés al acogimiento residencial. Y es que, a mi entender, si bien se revela muy positiva respecto de los menores en acogimiento residencial, en cuanto facilita su contacto con un entorno socio familiar ajeno al centro al que esté acogido; en cambio, puede resultar desestabilizadora respecto de los menores en acogimiento familiar, en cuanto supone involucrar a tres familias distintas (la de origen, la de acogida y la de delegación temporal). No obstante lo anterior, esta previsión, más allá de reproducir la estatal, quizá podría haberse mejorado en algunos extremos que paso a indicar a continuación. En primer lugar, no parece muy acertada la denominación empleada, «delegación de la guarda», desde el momento que la guarda delegada ya la tienen los propios acogedores, de tal manera que lo que se está legitimando más bien es una «subdelegación de la guarda». En segundo término, interesa advertir que la Administración asume esta potestad de decisión con la única obligación de comunicarla a los acogedo-

---

67. De esta regla se excluyen, sin embargo, los menores que requieran atención inmediata, en cuanto para ellos el art. 68 LIAA prevé, sin excepción de edad, su estancia en los Hogares y Casas de Acogida, sin contemplar la posibilidad de que sean acogidos familiarmente.

68. Y es que, en atención a lo dispuesto en el art. 64 bis.d LIAA, considero que las estancias temporales que el menor puede disfrutar con su familia de origen se incardinarán en el correspondiente régimen de visitas que haya fijado la Administración.

res —así como a los «padres no privados de la patria potestad»<sup>69</sup> o, en su caso, al tutor removido de la tutela—, pero sin darles audiencia siquiera, cuando, no se olvide, tienen asignada la guarda del menor por delegación suya. Con todo, se deja a salvo el derecho a ser oído del menor mayor de doce años o con suficiente madurez. Y por último, creo que hubiese sido deseable la fijación de un mínimo régimen normativo de obligaciones y responsabilidades a asumir por estos «subacogedores» durante los periodos de convivencia con los menores, en vez de dejar su contenido al arbitrio exclusivo de la Entidad pública o, en su caso, del Juez, tal y como parece resultar de los términos un tanto ambiguos en que se expresa el art. 66.4.2 LIAA<sup>70</sup>.

Asimismo, interesa reparar en el catálogo de obligaciones básicas a cumplir por los centros de protección incorporado al Proyecto de reforma vía reenvío a la «legislación estatal» (art. 67.3 LIAA), lo que exige acudir al art. 21.1 LOPJM para dotarle del debido contenido<sup>71</sup>.

69. Nótese que aquí los autores del Proyecto se han limitado a reproducir la expresión empleada por el 172 ter.3 Cc, olvidando, de nuevo, que en Aragón no existe la institución de la patria potestad, sino la de la autoridad familiar. Una expresión más acorde con el CDFa hubiera sido la de «progenitores u otros titulares de la autoridad familiar».

70. En concreto, dicho precepto dispone que «la delegación de la guarda para estancias, salidas de fin de semana o vacaciones contendrá los términos de la misma y la información necesaria para asegurar el bienestar del menor, en especial de todas medidas restrictivas que haya establecido la Entidad Pública o el Juez». Sobre la necesidad de establecer una regulación *ad hoc* de estas salidas también se pronunció en su momento el Consejo Fiscal en su *Informe al Anteproyecto de Ley [estatal] de Protección a la Infancia* de 2014, p. 62.

71. Así, de la lectura del art. 21.1 LOPJM resulta que los centros han de elaborar para cada menor tanto un proyecto socioeducativo individual como un plan individual de protección a revisar periódicamente, a fin de garantizar a los menores protegidos un tratamiento personal y permanentemente revisado (art. 21.1.a, b, i LOPJM).

También son reseñables las obligaciones dirigidas a mantener los vínculos del menor con su familia de origen, entre las que se encuentran la obligación de fomentar la convivencia y las relaciones entre hermanos, la obligación de programar los recursos necesarios para posibilitar la reintegración familiar cuando sea adecuada para el interés del menor y la obligación de potenciar las salidas del menor en fines de semana y periodos vacacionales con su familia de origen o, de no ser posible, con familias alternativas (art. 21.1.d, e, j LOPJM).

En tercer lugar, es posible identificar una serie de obligaciones dirigidas a la formación y preparación del menor para la vida independiente, así como a su integración social. Tales obligaciones se concretan en: 1ª.— La obligación de potenciar la educación integral e inclusiva de los menores, con especial consideración a las necesidades de los menores con discapacidad (art. 21.1.f LOPJM). 2ª.— La obligación de promover su integración «normalizada» en los servicios y actividades de ocio, culturales y educativas que se desarrollen en su entorno comunitario (art. 21.1.k LOPJM). 3ª.— La obligación de velar por su preparación para la vida independiente tanto mediante su escolarización y formación, como a través de la promoción de su participación en las decisiones que le afecten, potenciando así su autonomía y la asunción progresiva de responsabilidades (art. 21.1.f, k, m LOPJM). Es más, las Entidades públicas habrán de ofrecer programas de preparación para la vida independiente dirigidos a menores acogidos próximos a la mayoría de edad —esto es, entre los dieciséis y los dieciocho años— y, aun cumplida ésta, para prevenir futuros riesgos tras su salida del sistema de protección de menores, «con especial atención a los que presentan discapacidad» (art. 22 bis LOPJM, cuyo tenor ha sido reproducido por el art. 47.4 LIAA).

Por último, conviene reparar en el reconocimiento de unos derechos específicos a los menores que se encuentren bajo esta modalidad de acogimiento (art. 64 bis.3 LIAA, que se corresponde con el art. 21 bis.3 LOPJM):

1º.— el derecho de respeto a su privacidad y a conservar sus pertenencias personales, siempre que sean adecuadas a los fines educativos perseguidos.

2º.— el derecho a participar en la programación y ulterior desarrollo de las actividades del centro.

3º.— el derecho a ser informados de las posibles quejas a formular y a ser oídos en caso de materializarse las mismas.

### 3.3. *La ausencia de regulación en materia de constitución y cese*

Por último, es posible detectar dos cuestiones en materia de acogimiento residencial que no hay sido objeto de regulación en la proyectada reforma de la LIAA. Me refiero, en concreto, a las atinentes a su constitución y cese, lo que quizá hubiera sido oportuno desde el momento que, a fecha de hoy —salvo error u omisión— la normativa aragonesa carece de una regulación pormenorizada al respecto, más allá que la previsión contenida en el art. 65 Decreto 190/2008 que atribuye la competencia para acordar el acogimiento residencial a la Dirección provincial correspondiente del Instituto Aragonés de Servicios Sociales. Es más, a mi modo de ver, lo adecuado hubiera sido dotar de un régimen jurídico unitario a estas cuestiones. En su lugar, los autores del Proyecto ha optado, como se ha indicado, por regular la constitución y el cese del acogimiento familiar vía reenvío a la «legislación civil aplicable» (art. 76.1 LIAA), guardando silencio respecto del acogimiento residencial, lo que puede generar algunos problemas interpretativos, tales como los que se enuncian a continuación: cuál es el órgano competente para acordar el cese del acogimiento residencial —entiendo que también la Entidad pública—; qué consentimientos son necesarios o, en su caso, quienes deben ser oídos en el correspondiente procedimiento; o qué causas justifican el cese del acogimiento residencial con la consiguiente reintegración del menor en su familia o, de no ser posible, la adopción de otra medida de protección, ya sea una tutela ordinaria, un acogimiento familiar o la adopción del menor.

---

Un cuarto grupo de obligaciones se encuentran vinculadas a ciertos derechos fundamentales del menor, como son el derecho a la vida e integridad física y el derecho a la intimidad y a la propia imagen. Así, los centros, se obligan, de una parte, a administrar a los menores los medicamentos que, en su caso, necesiten, bajo prescripción y seguimiento médicos y con respeto a las disposiciones sobre consentimiento informado, así como a llevar un registro con el historial médico de los menores (art. 21.1.h LOPJM); y de otra, a establecer medidas educativas y de supervisión que garanticen los datos personales del menor al acceder a las tecnologías de la información y comunicación (art. 21.1.n LOPJM).

Por último, se contemplan una serie de obligaciones que tienen que ver con la propia organización de los centros. En concreto, éstos deben dotarse de un régimen interno de funcionamiento y convivencia que sea adecuado a las necesidades educativas y de protección de los menores e incluya un procedimiento de quejas y reclamaciones, en todo caso, supeditado a las pautas fijadas por la Entidad pública (art. 21.1.g, en relación con el art. 21.2 LOPJM).

## IX. LA ADOPCIÓN

### *1. Punto de partida: La ausencia de un régimen completo en materia de adopción y la consiguiente aplicación supletoria de la legislación estatal*

La detallada regulación del acogimiento contrasta con el escaso número de preceptos dedicados en la norma aragonesa a la adopción. Así, los redactores del Proyecto han renunciado a proporcionar un régimen completo a esta figura, para centrarse en algunos aspectos concretos (en particular, la guarda con fines adoptivos, el derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos, la adopción abierta y las competencias de la Administración autonómica en materia de adopción internacional) y mantener en todo lo demás la remisión a la legislación civil aplicable que, en el momento presente y sin perjuicio de la competencia aragonesa para regular esta materia, es la contenida en los arts. 175 ss. Cc en su redacción dada por la Ley 26/2015.

Ante esta opción de política legislativa y sin perjuicio de una ulterior revisión del Código del Derecho Foral de Aragón que, en su caso, desarrolle su régimen jurídico, se impone una pronta revisión del Decreto 188/2005, por el que se aprueba el Reglamento del procedimiento administrativo previo a la adopción nacional e internacional de menores, al objeto de su debida adecuación al régimen contenido en el Código civil estatal, particularmente en lo que atañe a los requisitos de capacidad e idoneidad a cumplir por los solicitantes<sup>72</sup>.

---

72. Así, en lo atinente a la capacidad especial para adoptar, el art. 175.1 Cc en su redacción dada por la Ley 26/2015 ha introducido de modo muy razonable una diferencia de edad máxima entre adoptantes y adoptado de cuarenta y cinco años, a cumplir por solo uno de los adoptantes en caso de adopción conjunta. No obstante, de este requisito se exonera a los estén dispuestos a adoptar grupos de hermanos o menores con necesidades especiales, a fin de facilitar su adopción; e, igualmente, no habrá de cumplirse en aquellos casos en que no sea necesaria propuesta administrativa previa. Por su parte, la diferencia de edad mínima entre adoptante y adoptado ha experimentado un cierto incremento, toda vez que ha sido elevada de catorce a dieciséis años, en cumplimiento con lo dispuesto en el art. 9.1 Convenio europeo en materia de adopción de menores de 2008. No se modifica, sin embargo, la edad necesaria para adoptar que, como es sabido, se sitúa en los veinticinco años, aunque en caso que los adoptantes sean matrimonio o pareja de hecho, bastará con que uno de ellos haya alcanzado esta edad.

En cuanto a la idoneidad para adoptar interesa destacar la previsión contenida en el art. 175.2 Cc, similar a la formulada en materia de acogimiento familiar, según la cual «no pueden ser adoptantes los que no puedan ser tutores de acuerdo con lo previsto en este Código». De ello parece derivarse que la concurrencia debidamente acreditada de alguna de las causas de inhabilidad previstas en los arts. 243 y 244 Cc en sede de tutela inhabilitará *ope legis* a la persona de que se trate para la adopción, sin necesidad de declaración administrativa en tal sentido. Sólo cuando el adoptante o los adoptantes no incurran en causa legal y tasada de inhabilidad, corresponderá a la Entidad pública, como trámite previo a la propuesta de adopción a formular al Juez (art. 176.2 Cc), declarar su idoneidad (o no), entendiendo por tal «la capacidad, aptitud y motivación adecuadas para ejercer la responsabilidad parental, atendiendo las necesidades de los menores para adoptar y para asumir las peculiaridades, consecuencias y responsabilidades que conlleva la adopción» (art. 176.3.1 Cc).

## 2. La guarda con fines de adopción

Tras la declaración de idoneidad y una vez seleccionados los futuros adoptantes, el nuevo art. 76 bis LIAA, en línea con el art. 176 bis Cc, otorga a la Entidad pública la facultad de delegar la guarda del menor adoptando a favor de las personas asignadas para su adopción. De este modo, se incorpora al Ordenamiento jurídico aragonés la guarda con fines de adopción, figura sustitutiva del acogimiento preadoptivo que, según se ha indicado, ha sido suprimido de las modalidades de acogimiento familiar reguladas en el art. 72 LIAA para ser configurado como una fase del procedimiento de adopción.

No obstante, una lectura detenida del precitado art. 76 bis revela que tal cambio es más bien meramente terminológico, ya que lo cierto es que no se aprecian importantes divergencias de contenido entre ambas figuras y, de hecho, se hace extensivo a los guardadores con fines de adopción el estatuto de los acogedores familiares (art. 76 bis.1 *in fine* LIAA). Ello con una salvedad atinente al derecho del menor a relacionarse con su familia de origen que aquí, como regla, debe suspender la Entidad pública cuando se inicie el periodo de convivencia preadoptiva, salvo que convenga otra cosa al interés del menor o se den las circunstancias de la adopción abierta (art. 76 bis.2 LIAA)<sup>73</sup>.

Otra previsión coincidente con el acogimiento familiar —al menos tal y como se regula en la legislación estatal: art. 20.2, 1ª parte LOPJM— radica en que esta guarda delegada debe formalizarse mediante resolución administrativa, con audiencia de los futuros adoptantes y del menor mayor de doce años o con suficiente madurez. Por su parte, los progenitores o, en su caso, el tutor ordinario —de modo coincidente con el régimen estatal sobre constitución del acogimiento familiar: art. 172 ter.1.3 Cc— sólo tienen derecho a que se les notifique la formalización de dicha guarda y ello siempre que no estén privados de «la patria potestad o autoridad familiar» o removido de la tutela (art. 76 bis.1 LIAA)<sup>74</sup>.

Por lo demás, en los términos en que se expresa el art. 76 bis.1 LIAA esta guarda delegada sólo puede formalizarse por la Entidad pública en el intervalo que media entre la declaración de idoneidad y la presentación de la propuesta de adopción, y no en un momento posterior cuando eleve la propuesta al Juez; posibilidad ésta que, sin embargo, contempla el art. 28.2 Decreto 188/2005 respecto del acogimiento preadoptivo.

73. Que no por ello deja de estar plenamente justificado, a fin de resaltar la finalidad específica de esta modalidad de guarda, dirigida a la total integración del menor en su futura familia adoptiva con la consiguiente ruptura, en principio, de los vínculos personales con la familia de origen, como apuntó en su momento el *Informe de la Comisión Especial del Senado de estudio de la problemática de la adopción nacional y otros temas afines* de 2010, pp. 49 y 52-53.

74. Nótese que aquí los autores del Proyecto utilizan la expresión francamente mejorable de «padres, personas que les sustituyan en el ejercicio de la autoridad familiar o tutores no privados de la patria potestad o autoridad familiar o tutela». Una expresión más acorde con el CDFA hubiera sido la de «progenitores, otros titulares de la autoridad familiar o tutor».

### 3. El derecho del adoptado a conocer sus orígenes biológicos

También es de destacar la incorporación a la LIAA de un nuevo precepto, el art. 75 bis, dedicado específicamente al reconocimiento del derecho de los adoptados a conocer sus orígenes biológicos —ya sean mayores o menores edad, estos últimos a través de sus representantes legales<sup>75</sup>—, a la par que se articulan, en línea con la legislación estatal (art. 180.5 y 6 Cc) una serie de mecanismos dirigidos a reforzarlo y atribuirle su debida eficacia. De este modo, se impone a la Entidad pública competente en protección de menores el deber de conservar la información de que disponga sobre los orígenes de los adoptados —en particular, sobre la identidad de sus progenitores y la historia médica del menor y su familia<sup>76</sup>—, durante un plazo mínimo de cincuenta años, a contar —se presume— desde que la adopción se haya hecho definitiva, en coherencia con lo dispuesto en el art. 22.5 Convenio europeo en materia de adopción de menores de 2008<sup>77</sup>; y, por añadidura, el deber de facilitarles la ayuda que precisen para hacerlo efectivo (art. 75 bis.2 y 3 LIAA).

De igual modo, son implicadas en garantizar el cumplimiento de este derecho aquellas otras entidades públicas o privadas que custodien expedientes de adopción. A tal fin se les impone el deber de colaborar activamente con el Instituto Aragonés de Servicios Sociales no sólo cuando les sean requeridos los informes y antecedentes necesarios sobre el adoptado y su familia de origen, sino más ampliamente en todas aquellas iniciativas que elabore destinadas a favorecer el ejercicio de este derecho (art. 75 bis.4 LIAA).

En cualquier caso, importa señalar que tales previsiones no vulneran la exigencia de consentimiento de los afectados —en este caso, los progenitores biológicos— en orden a la cesión de sus datos personales formulada en el art. 6 LO

75. En cualquier caso, el ejercicio de este derecho por los menores adoptados a través de sus representantes legales deberá entenderse referido exclusivamente a los menores de catorce años, toda vez que, de acuerdo con el art. 5.3 CDFA, la representación legal del menor termina al cumplir los catorce años y a partir de entonces su capacidad habrá de completarse meramente con la asistencia del art. 23 CDFA.

76. Adicionalmente, el art. 75 bis.5 LIAA faculta a la Administración autonómica a facilitar a los adoptantes, así como a los guardadores con fines adoptivos «la información disponible sobre la familia natural del menor que resulte precisa en interés de la salud y desarrollo del mismo», expresión ésta que, entiendo, habrá de interpretarse en términos necesariamente restrictivos, en el sentido de facilitar exclusivamente aquellos datos de la historia médica de los progenitores que resulten imprescindibles para garantizar el debido cuidado del menor, so pena de infringir la normativa de protección de datos.

77. El art. 22.5 Convenio europeo dice así: «Considerando el derecho de una persona a conocer su identidad y sus orígenes, las informaciones pertinentes relativas a una adopción se recogerán y se conservarán durante al menos cincuenta años con posterioridad al momento en que aquélla se haya hecho definitiva». En cualquier caso, tal previsión resulta crucial, ya que, como advierte J.C. DE BARTOLOMÉ CENZADO, «El acceso a los orígenes de las personas adoptadas: modificación del art. 180 del Código civil», en Cabedo Mallol y Ravetllat Ballesté (coords.), *Comentarios...*, cit., p. 159, habitualmente el adoptado no ejercita este derecho sino cuando es adulto.

3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales, toda vez que nos encontramos ante un supuesto de tratamiento de datos personales fundado en el cumplimiento de una obligación legal al que se refiere el art. 8.1 de la misma norma —en coherencia con el art. 6.1.c Reglamento (UE) 2016/279—, en cuanto así lo prevé una norma con rango de ley como es el nuevo art. 75 bis LIAA<sup>78</sup>.

#### 4. La adopción abierta

En la línea referida de potenciar el contacto del adoptado con su familia de origen los autores del Proyecto han dado entrada en la LIAA a la figura de adopción abierta que, como es sabido, fue incorporada al Ordenamiento estatal (art. 178.4 Cc) por la Ley 26/2015 como alternativa a la adopción tradicional<sup>79</sup>. Esta modalidad de adopción de origen anglosajón permite el mantenimiento de vínculos afectivos entre el adoptado y su familia de origen, no así la pervivencia de vínculos jurídicos que quedan extinguidos como regla *ex* art. 178.1 Cc. De este modo, el art. 76 bis.3 LIAA (que reproduce el art. 178.4 Cc y cuya rúbrica sería conveniente revisar, porque alude exclusivamente a la guarda con fines de adopción) se refiere a la posibilidad de mantenimiento de «alguna forma de relación o contacto a través de visitas o comunicaciones entre el menor, los miembros de la familia de origen que se considere y la adoptiva, favoreciéndose especialmente, cuando ello sea posible, la relación entre hermanos biológicos». De esta fórmula legal resulta, por consiguiente, que la modalidad de adopción abierta por la que han optado los autores del Proyecto, de modo coincidente con el legislador estatal, posibilita dos niveles de contacto del adoptado, ya sean visitas y/o comunicaciones, con «los miembros de su familia de origen que se considere» y, en especial, entre hermanos, lo que, de hecho, ya se venía practicando en nuestra Comunidad Autónoma<sup>80</sup>.

Por lo que hace a su constitución, de los dos sistemas contemplados en Derecho comparado, el de acuerdo privado entre la familia de origen y la adoptante y el de constitución judicial<sup>81</sup>, en Derecho estatal y ahora en Derecho aragonés se ha optado por el segundo, sin duda, más garantista. Así, según prevé el

78. Como, igualmente, sostuvo J.C. DE BARTOLOMÉ CENZADO, «El acceso...», cit. pp. 181-183, en relación con el art. 180-5 y 6 Cc, con base en el art. 11.2 de la derogada LO 15/1999 de Protección de Datos de Carácter Personal.

79. En este sentido, E. SABATER BAYLE, «La adopción abierta», en Cabedo Mallol y Ravetllat Ballesté (coords.), *Comentarios...*, cit., p. 307, califica la adopción abierta de «aplicación concreta del más amplio derecho del menor a conocer sus orígenes biológicos».

80. Como advierte C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, «La historia interminable: una nueva reforma de la adopción», en Mayor del Hoyo (dtora.), *El nuevo régimen...*, cit., p. 345, nos encontramos ante una norma intencionalmente abierta y flexible, a concretar en atención en interés del adoptado.

81. Según puede leerse en el Preámbulo de la Ley 26/2015 (aptdo. III).

art. 76 bis.3.2 LIAA, el Juez podrá constituir la adopción con carácter abierto a propuesta de la Entidad pública o del Ministerio Fiscal cuando el interés del menor así lo aconseje y, en todo caso, siempre que medie su consentimiento si es mayor de doce años o tiene suficiente madurez, así como el de la familia adoptiva —entendiendo, circunscrito al adoptante o adoptantes—<sup>82</sup>. De optar por esta modalidad de adopción, el Juez habrá de determinar adicionalmente su periodicidad, su duración y las condiciones en que se va a desarrollar el contacto entre el menor y su familia de origen, ya sean visitas y/o comunicaciones.

Es más, la adopción abierta no se contempla como una solución inalterable y definitiva, en cuanto que art. 76 bis.3, párrs. 2º *in fine* y 4º LIAA, con una redacción muy confusa que reproduce la del art. 178.4 Cc, atribuye al Juez la competencia de modificar —entiéndase, ya sea en el sentido de ampliar o restringir el régimen de visitas—, suspender o, incluso, acordar el cese de la relación personal del adoptado con su familia biológica. Ciertamente, esta previsión se encuentra plenamente justificada, habida cuenta del difícil equilibrio de los intereses en juego inherente a esta nueva modalidad de adopción, pero no deja de plantear ciertos interrogantes por los ambiguos términos en que está redactada. El más obvio tiene que ver con la falta de uniformidad terminológica en que incurre dicho precepto en orden al contenido de esta competencia judicial. Así, mientras el párr. 2º se refiere a la posible «modificación o finalización» de la relación entre adoptado y familia biológica, el párr. 4º habla de «suspensión o supresión», expresiones no totalmente coincidentes. Pero, sin duda, el principal problema interpretativo a resolver radica en la propia forma de operar de esta competencia judicial, de oficio o a instancia de parte, dados los términos contradictorios en que se expresan los preceptos citados; en concreto, el párr. 2º utiliza la expresión «el Juez podrá acordar...», de lo que parece resultar su actuación de oficio, y, en cambio, el párr. 4º se refiere a que «están legitimados para solicitar...», de lo que se deriva la necesaria solicitud por parte interesada, en concreto, la Entidad pública y los sujetos implicados en la adopción abierta —esto es, los adoptantes, los padres biológicos y el adoptado de doce años o con suficiente madurez—.

Por último, interesa advertir que la intervención de la Entidad pública respecto a esta modalidad de adopción no se agota con la mera propuesta de constitución, toda vez que complementariamente se le atribuyen importantes y

---

82. Adicionalmente, de ser el adoptado menor no emancipado la válida constitución de la adopción requerirá el asentimiento de sus progenitores biológicos, conforme al art. 177.2º Cc. Ello con tres salvedades: que hayan sido privados de la patria potestad o estén incurso en causa legal de privación, que hayan sido suspendidos de aquella por encontrarse el menor bajo tutela automática de la Administración, eso sí, siempre que hayan transcurrido dos años sin impugnar la declaración de desamparo o la hayan impugnado sin éxito; o que se encuentren imposibilitados para ello. A partir de ahí, C. MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ,, «La historia interminable...», cit., p. 278, defiende certeramente la posibilidad de que los progenitores biológicos condicionen dicho asentimiento a que se trate de una adopción abierta; esto es que no asienten a una adopción ordinaria.

amplias facultades respecto a la misma. Así, ya en la declaración de idoneidad de los adoptantes la Administración debe hacer constar si las personas que se ofrecen a la adopción aceptarían la adopción abierta (art. 76 bis.3.5 LIAA). Asimismo, se le atribuye la competencia de valorar las circunstancias que aconsejen la constitución de la adopción abierta, a los efectos de proponerla al Juez (art. 76 bis.3.1 LIAA). Una vez constituida, se le confiere la supervisión de su desarrollo, con remisión de informes periódicos al Juez —los dos primeros años, de oficio y, una vez transcurridos éstos, a instancia judicial— e, incluso, su intermediación «si fuese necesario» (art. 76 bis.3.2 y 3 LIAA). Por último, se le legitima para hacer propuestas de mantenimiento o modificación de la adopción abierta, así como para pedir su suspensión o supresión (art. 76 bis.3.3 y 4 LIAA).

### *5. Las competencias autonómicas en materia de adopción internacional*

Finalmente, por lo que hace a la adopción internacional, interesa reparar en la modificación de que ha sido objeto el art. 75 LIAA para hacerse eco del nuevo reparto de competencias en materia de organismos acreditados entre la Administración General del Estado y las Administraciones autonómicas<sup>83</sup>, fruto de la última reforma de la Ley 54/2007 de Adopción Internacional por la Ley 26/2015. Así, en su aptdo. 5º se sustituye la importante función de habilitación —que de corresponder a la Administración aragonesa pasa a ser asumida por la Administración estatal— por la de mero control y seguimiento de aquellos organismos acreditados que tengan su sede en la Comunidad Autónoma de Aragón. No obstante, si se busca una total coordinación con la nueva regulación estatal en materia de adopción internacional, esta previsión necesitaría precisarse en el sentido de circunscribir la competencia autonómica al seguimiento de las actuaciones de los organismos acreditados en el territorio de la Comunidad Autónoma, toda vez que en el art. 7.2.1 Ley de Adopción Internacional se confiere a la Administración General del Estado el control de dichos organismos respecto a las actividades de intermediación a desarrollar en el país de origen de los menores.

En coherencia, asimismo, con la Ley de Adopción Internacional (arts. 4.1, 10.4 y 11.2), en el art. 75.3 LIAA se mantiene la competencia autonómica en orden a tramitar las solicitudes —si bien la Administración estatal se reserva la decisión sobre el inicio de la tramitación, así como sobre su suspensión o paralización definitiva *ex* art. 4.1 Ley de Adopción Internacional—, certificar la idoneidad y realizar el preceptivo seguimiento postadoptivo del menor.

---

83. Ello en detrimento de las Administraciones Autonómicas que han visto recortadas de modo importante sus competencias en esta materia, como advierte D. OLIVA MARTÍNEZ, «Los organismos acreditados para las adopciones internacionales ¿Un conflicto a la vista?», en Cabedo Mallol y Ravetllat Ballesté (coords.), *Comentarios...*, cit., pp. 352-358.

No deja de sorprender, sin embargo, que se hayan suprimido las competencias autonómicas relativas a facilitar información y apoyo técnico a las familias durante el proceso de adopción, cuando le siguen siendo atribuidas por la Ley de Adopción Internacional (art. 5.1.a, g) y, por lo demás, se revelan fundamentales para que los adoptantes sean conscientes de las importantes responsabilidades que implica la adopción.



# EL NUEVO SISTEMA DE PROTECCIÓN DE MENORES A LA LUZ DEL PROYECTO DE LEY DE MODIFICACIÓN DE LEY 2/2001 DE PROTECCIÓN A LA INFANCIA, RETOS JURÍDICO-PRÁCTICOS

ANDRÉS ESTEBAN PORTERO

Asesor Área de Menores El Justicia de Aragón

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES PREVIAS: 1. Que el proyecto de ley se apruebe. 2. Los retos, desde la práctica, van más allá del proyecto de ley.– 3. Reconocimiento del alto grado de compromiso con la infancia en Aragón.– II RETOS PRACTICOS: 1. Este proyecto de ley emana retos para el conjunto de la sociedad.– 2. Prevalencia del Interés Superior del Menor.– 3. Impulsar servicios de prevención.– 4. Acogimiento familiar.– 5. Los acogimiento residenciales.– 6. Menores extranjeros no acompañados.– 7. Colaboración interadministrativa.– 8. Desarrollo competencial territorial homogéneo.– 9. Otros retos: 9.1. *La reestructuración interna del sistema de protección de menores.*– 9.2. *El abordaje de las consecuencias, para la infancia, de los procesos de separación conflictiva de los progenitores.*– 9.3. *Abordaje integral e independiente de la defensa de los menores en Aragón.*

En primer lugar, agradecer la invitación a participar en este Foro, referente del Derecho Foral Aragonés, y felicitar por la elección del tema sobre el sistema de protección de menores, para abrir la edición de este año. Es un reto enorme, pero también una magnífica oportunidad de análisis y reflexión en este diálogo compartido sobre la nueva propuesta legislativa en materia de menores en Aragón. Y por otro lado, muestra la sensibilidad de la organización del Foro hacia una problemática crucial para nuestra sociedad como es la infancia y los cambios legales que se están operando en torno a ella.

Después de escuchar a la profesora Aurora López, mi propuesta es invitarles a realizar un viaje, un paseo, contemplando y contrastando la propuesta legislativa con la práctica en materia de menores, para observar los retos que tenemos que afrontar, y sobre los que haremos propuestas conjuntas de mejora al final.

En mi intervención me voy a centrar en los retos prácticos de lo que supone el proyecto de ley de Modificación de la *LEY 12/2001, de 2 de julio, de la infancia y la adolescencia en Aragón*, con gran incidencia en el sistema de protección de menores en Aragón. Para ello me he nutrido de siguientes fuentes o referentes:

- Las quejas de los ciudadanos sobre esta materia al Justicia de Aragón, en los últimos seis años, que han sido 375.
- Las propuestas de la Mesa Técnica sobre el Sistema de Atención a la Infancia y Adolescencia en Aragón, celebrada a lo largo de 2017, 663 en total, emanadas de los 195 participantes, pertenecientes a 85 entidades e instituciones que abordan esta problemática en Aragón<sup>1</sup>.
- Las aportaciones de compañeras y compañeros de trabajo, tanto de los actuales en El Justicia de Aragón, como de los anteriores del Servicio de Protección de Menores.
- Y de mi experiencia profesional, treinta y siete años. En los que he compartido muchas vivencias, algunas de las cuales traeré hoy aquí.

Quiero dedicar esta intervención a los profesionales que intervienen en la Atención a la Infancia y Adolescencia de Aragón, en cualquiera de sus ámbitos y expresiones, con enorme dedicación, y que dan lo mejor de sí mismos en la atención a los niños, niñas y adolescentes de Aragón.

## I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Antes de entrar en materia, quiero hacer tres consideraciones previas:

### *1. Que el proyecto de ley se apruebe*

En primer lugar, destacar que estamos ante un proyecto de ley, por tanto no sabemos si se va a hacer realidad, si se aprobará o no, en lo que queda de legislatura, que no es mucho, o quedará pendiente para la próxima.

Es cierto que si nos atenemos a las intervenciones de los distintos grupos parlamentarios en las Cortes de Aragón, en lo que va de legislatura, en materia de protección a la infancia; algunos de los cuales han pedido explícitamente su presentación, por adaptación de la normativa estatal, y otros se han mostrado conforme con las líneas estratégicas que en ella se presentan... lo lógico sería que saliese adelante, por el bien de los niños niñas y adolescentes en Aragón, pero «*cosas veredes ...*».

---

1. *Proceso de participación de la Mesa Técnica sobre el sistema de atención a la infancia y adolescencia en Aragón.* <http://aragonparticipa.aragon.es/mesa-tecnica-del-sistema-de-atencion-la-infancia-y-adolescencia-en-aragon>.

En todo caso, confío en la responsabilidad de los grupos parlamentarios y que se priorice la situación de la Infancia en Aragón y el proyecto de ley sea aprobado.

## *2. Los retos, desde la practica, van a mas allá de la aprobación del proyecto de ley*

Pero por si acaso, y si el proyecto de la ley no sale adelante, es importante dejar constancia que los retos prácticos van a seguir estando ahí, con o sin modificación de la ley, y será preciso actuar en beneficio de la infancia, como se ha venido realizando en los últimos tres años, en los que se ha trabajado desde el soporte de la ley 12/2001, 2 de julio, de infancia y adolescencia en Aragón, y el paraguas de las modificaciones de la ley 1/1996 a través de la LO 8/2015, de 22 de julio y 26/2015, de 28 de julio; poniendo en práctica protocolos, instrucciones, y recursos para su cumplimiento.

Son retos que hay que afrontar, tanto las administraciones competentes en esta materia como la sociedad y los profesionales que participamos en la misma. Evidentemente, será deseable que haya un nuevo marco legal, pero en todo caso su no existencia no podrá ser excusa para no actuar.

Hay que tener presente que tenemos una legislación aragonesa, estatal e internacional que dan soporte para poder abordar con garantías los retos que se plantean; y requieren respuestas con independencia de la aprobación de la ley, pues las competencias y la legislación estatal y foral así lo demandan por el interés de la infancia en Aragón. De ahí las propuestas que se van a realizar a cada reto, posteriormente.

## *3. Reconocimiento del alto grado de compromiso con la infancia en Aragón*

Hoy hablamos de retos, pero partimos de un enorme trabajo, puntero en muchos casos, como se reconoce en la exposición de motivos del anteproyecto de ley, y se constata que Aragón es una de las primeras Comunidades Autónomas en realizar una actualización legislativa a la luz de los cambios realizados en esta materia por la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio y la ley 26/2015, de 28 de julio, ambas de modificación del sistema de protección de la infancia y la adolescencia.

Iniciativa legal, que es reflejo de una sociedad comprometida con la infancia aragonesa, como lo son la apuesta por el Servicio Público, los esfuerzos de coordinación en el ámbito de menores, las Ciudades Amigas de la Infancia que van aumentando a lo largo del territorio aragonés o la acogida a los MENA en Aragón; son solo algunos de los ejemplos de algo muy enraizado en nuestro ser.

Por ello, aunque voy a resaltar retos prácticos, por tanto, cuestiones a afrontar en un futuro, lo hago desde el convencimiento y reconocimiento de las fortalezas en el funcionamiento actual del sistema.

## II. RETOS PRÁCTICOS

Presento los retos prácticos que parecen muchos, cual bosque tupido, pero conforme nos adentremos en ellos y vayamos viendo cada uno, observaremos que no lo es tanto, y están muy interrelacionados.

He optado por no seguir el recorrido del proyecto de ley sino más bien el que sería propio del recorrido vital de un menor, ya que considero tiene mayor coherencia desde el punto de vista práctico.

### **Relación de retos prácticos:**

1. Este proyecto de ley emana retos para el conjunto de la sociedad.
2. Prevalencia del interés superior del menor.
3. Impulsar servicios de prevención.
4. Acogimiento familiar.
5. Acogimientos residenciales.
6. Menores extranjeros no acompañados.
7. Colaboración interadministrativa.
8. Desarrollo competencial territorial homogéneo.
9. Otros retos

### ***1. Este proyecto de ley emana retos para el conjunto de la sociedad***

La infancia es algo que afecta al conjunto de la sociedad, de tal magnitud, como para no dejarla solo en manos de especialistas. El buen trato a la infancia exige una corresponsabilidad social, que en buena medida prueba el grado de madurez de la sociedad en cuanto a su capacidad de organizarse para lograr el bienestar de uno de sus bienes más preciados y frágiles.

El bienestar de la infancia es un reto colectivo, y este proyecto de ley, especialmente en la traslación de aspectos ya regulados en la leyes Orgánica 8/2015, de 22 de julio y 26/2015, de 28 de julio, hace hincapié en algunos elementos que todavía no están asumidos por una parte de la sociedad ni, en ocasiones, por profesionales que se relacionan con la infancia; y esto es algo que no sucede solo en Aragón, como lo pone de manifiesto la Oficina de la Infancia y la Adolescencia del ARARTEKO, defensoría del pueblo en el País Vaco, en su Informe anual al Parlamento Vasco de 2017<sup>2</sup>. Establece caminos nuevos todavía no sufi-

---

2. Informe anual al Parlamento Vasco 2017 Informe de la Oficina de la Infancia y la Adolescencia. ARARTEKO. [http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/3\\_4470\\_3.pdf](http://www.ararteko.net/RecursosWeb/DOCUMENTOS/1/3_4470_3.pdf) pg.672.2. El derecho del interés superior del menor y el derecho a ser escuchado suponen la clave de bóveda del cambio de paradigma que la CDN supuso respecto a la consideración del niño/niña como sujeto de derechos. Siendo esto así, sin embargo, esta consideración está aun escasamente presente en los distin-

cientemente transitados. Se han abierto nuevas veredas, pero parece que cuesta transitarlas, más acostumbradas a las ya conocidas y caminadas.

Desde mi punto de vista la legislación, en esta ocasión, y contrariamente a lo que suele decirse, va por delante de la sociedad, y esto no es nuevo *Los cambios en la legislación y en las competencias de las Instituciones, por lentos que parezcan, son a veces más rápidos que los cambios en la mentalidad y costumbres de las personas, los profesionales o los responsables de las propias Instituciones*<sup>3</sup>.

El ejemplo de ello lo tenemos en la prevalencia del Interés Superior del Menor (ISM), la prioridad del menor a permanecer en la familia de origen y su entorno; la preferencia del acogimiento familiar frente al residencial, las medidas estables frente a las temporales y las consensuadas frente a las impuestas» (art. 12.1 LOPJM). Son algunos de los principios rectores de la legislación, que debemos seguir trabajando para que calen en el conjunto de la sociedad.

Es preciso ser conscientes que hay una parte de la sociedad que ante situaciones de alarma social en los que participan menores, ve mejor a los menores fuera de su ámbito vital, donde genera los problemas sociales («llevaros a estos menores de aquí» o se produce rechazo a la instalación de centros de menores en su entorno) o en acogimiento residencial en lugar de acogida familiar; y ese es un reto, porque no pone a los Niños, Niñas y Adolescentes en el centro de la acción pública, sino en la periferia, en la vía de la exclusión.

Como figura en la exposición de motivos del proyecto de ley: *La atención integral de las personas menores de edad sólo puede conseguirse mediante una acción pública conjunta de las distintas Administraciones y los sectores sociales afectados, que anteponga el interés superior del menor por encima de cualquier otra consideración*<sup>4</sup>.

## **2. Prevalencia del interés superior del menor**

Este es, desde mi punto de vista, el reto central de la modificación legal, y así se entendió también en la Mesa Técnica sobre el Sistema de Atención a la Infancia y Adolescencia en Aragón, ya que fue el aspecto sobre el que más propuestas se realizaron.

---

tos ámbitos donde se adoptan decisiones que afectan a niños, niñas y adolescentes. Salvo, quizás, en el sistema de servicios sociales y, especialmente, en los de infancia en desprotección donde se observa mayor presencia en sus planteamientos, estos derechos no se conocen, no se aplican y no están incorporados a las normativas. Tampoco, en consecuencia, hay capacitación de los y las profesionales para atenderlo adecuadamente incorporados a las normativas.

3. Documento de Coordinación entre los Centros de Servicios Sociales y el Servicio especializado de menores. Introducción, p. 3. Gobierno de Aragón. Zaragoza, 2007.

4. Proyecto de ley de modificación de la ley de infancia 12/2001, de 2 de julio de la infancia y adolescencia en Aragón. Exposición de motivos, apartado VIII. [http://bases.cortesaragon.es/bases/original.nsf/\(boca1\)/6648da58df7fad7cc12582b000568bab/\\$file/boca\\_257.pdf](http://bases.cortesaragon.es/bases/original.nsf/(boca1)/6648da58df7fad7cc12582b000568bab/$file/boca_257.pdf).

Es cierto que el ISM había sido planteado hace ya tiempo, si bien tenía una cierta ambigüedad que ha sido superada por las modificaciones legales realizadas en 2015. Pero el ISM no se puede entender ni determinarse sin el derecho a ser escuchado o a la participación activa en su proceso personal, familiar y residencial (art. 2 CDN y art. 9 LOPJM)

*Ser oído, escuchado, tener una participación activa*, son mucho más que palabras, es una línea estratégica que atraviesa el anteproyecto de ley, que engarza con el Derecho Foral Aragonés, y con la legislación estatal y las Convenciones internacionales, que aparece consolidado en los textos, pero sobre el que hay que seguir trabajando, pues en ocasiones se considera más una dádiva de los adultos hacia los niños, una oportunidad, que un derecho que tienen.

Este reto implica el desarrollo de mecanismos que garanticen la puesta en práctica de la participación de los menores en sus procesos personales, en la toma de decisiones que les afecten, en la organización de los centros residenciales donde estén y también en sus familias, con un lenguaje adecuado a ellos.

Niños y niñas que, como se demostró en la encuesta realizada a 181 menores acogidos en centros residenciales en Aragón, en 2016, en el marco de la Mesa Técnica SAIA, son muy conscientes de que no es lo mismo: ser informado (el 81% están de acuerdo), ser oído o escuchado (el 65% están de acuerdo) o que su opinión se tenga en cuenta a la hora de tomar decisiones, sobre su situación y proceso (el 54% están de acuerdo)<sup>5</sup>.

Quiero resaltar el reto que supone que sea un lenguaje *adecuado a ellos, y comprensible*, ya que algunas de las Quejas planteadas ante el Justicia de Aragón son por no entender (ni compartir en la mayoría de los casos) la decisión ni el argumentario de las administraciones con respecto a la adopción de medidas sobre sus hijos; el proceso de explicación e información sobre apertura de expedientes, declaraciones de riesgo, desamparo o retiradas de los menores (*trámite de audiencia*). Es algo a seguir mejorando; pues de lo contrario nos podemos encontrar con una situación de indefensión real, que no legal, de las familias, y alejada del espíritu de la ley: que sean conscientes y conocedores de las medidas adoptadas y que puedan colaborar para lograr el bienestar de sus hijos e hijas.

El camino a seguir para superar este reto lo marcan claramente los principios de actuación (art. 3 bis) del proyecto de ley: prevalencia del ISM, la prevención de las situaciones y la remoción de obstáculos que impidan y dificulten su formación y desarrollo integral; y protagonismo del menor en su proceso de desarrollo personal y social, entre otras.

---

5. *Participación de los menores. Encuesta realizada a los menores en centros residenciales, dentro del Sistema de Protección de Menores de Aragón, en el marco de la Mesa Técnica sobre el Sistema de Atención a la Infancia y Adolescencia de Aragón. IASS. 2017. [http://aragonparticipa.aragon.es/sites/default/files/retorno\\_participacion\\_menores\\_resumen\\_0.pdf](http://aragonparticipa.aragon.es/sites/default/files/retorno_participacion_menores_resumen_0.pdf).*

Por ello, situar el Interés superior del menor en el centro de la acción pública ha de suponer:

- Anteponer el menor al procedimiento.
- Realizar una información comprensible y una escucha activa.
- Trabajar la prevención, el diálogo y el consenso antes de adoptar una medida que suponga la salida del menor de su entorno familiar. Porque tienen derecho a ello y, además, en la mayoría de los casos, el futuro del menor seguirá pasando por su entorno familiar.

Como se ha puesto de manifiesto, tanto en la encuesta a los menores en centros residenciales, realizada con motivo de la Mesa Técnica, como en el *Estudio sobre el derecho de participación y opinión de los niños, niñas y adolescentes en el Servicio de Atención a la Infancia y Adolescencia, y su garantía por parte de los profesionales*, de Tamara Gómez, M<sup>a</sup> Isabel Lamana y Maribel Oliver, es todavía mucho el margen de mejora en este principio rector, y así lo trasladaremos a las propuestas<sup>6</sup>.

*Art. 13. Derecho de ser oído y escuchado, utilizando un lenguaje que sea comprensible para el en formatos accesibles y adaptados a sus circunstancias, informándole tanto de lo que se le pregunta como de las consecuencias de su opinión, con pleno respeto a las garantías del procedimiento.*

El ISM debe garantizar «el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la Convención y el desarrollo holístico del NNA (observación Gral. n° 14).

Por otra parte, como opinan los profesionales que han participado en el Estudio sobre el derecho de participación y opinión de los niños, niñas y adolescentes en el Servicio de Atención a la Infancia y Adolescencia, y su garantía por parte de los profesionales, «*la participación de los niños, niñas y adolescentes y su escucha facilitarían la consecución de los objetivos y mejoraría la evolución del caso*»<sup>7</sup>.

Una de sus conclusiones de este estudio es: «*se puede confirmar que cuando se tiene en cuenta la opinión de los NNA y participan en la toma de decisiones las relaciones con su familia y entorno se clarifican*». Ahí nos marcan una pauta básica a trabajar este aspecto<sup>8</sup>.

---

6. *Estudio sobre el derecho de participación y opinión de los niños, niñas y adolescentes en el Servicio de Atención a la Infancia y Adolescencia, y su garantía por parte de los profesionales*. Tamara Gómez, M<sup>a</sup> Isabel Lamana y Maribel Oliver. Trabajo fin de Diploma de Especialización e Innovación en el ámbito de la Intervención Social. Facultad de Ciencias Sociales y Trabajo. Universidad Zaragoza, 2018, pp. 62-63

7. *Estudio sobre el derecho de participación y opinión de los niños, niñas y adolescentes en el Servicio de Atención a la Infancia y Adolescencia, y su garantía por parte de los profesionales*. Tamara Gómez, M<sup>a</sup> Isabel Lamana y Maribel Oliver. Trabajo fin de Diploma de Especialización e Innovación en el ámbito de la Intervención Social. Facultad de Ciencias Sociales y Trabajo. Universidad Zaragoza, 2018, p. 56

8. *Idem*, p. 63. Conclusión 8.

### *3. Impulsar servicios de prevención*

Este es otro reto desde el que se puede valorar el grado de compromiso de una sociedad con su Infancia: el establecimiento de políticas y actuaciones de prevención.

Desde un enfoque de derechos, la protección se ha de dirigir a los Niños, Niñas y Adolescentes (NNA), de acuerdo con la Convención de DN, no solo de una forma reactiva, cuando se constatan situaciones de desprotección, sino en tanto que titular de derechos<sup>9</sup>. La protección que requieren los niños consiste en garantizarles el disfrute y el ejercicio de todos sus derechos, lo que atañe a los Estados que se han de organizar para garantizar el ejercicio de los mismos.

Es algo que la legislación en materia de menores remarca una y otra vez: La prevención; y para ello es preciso facilitar a las madres y padres servicios, recursos, instrumentos de prevención y eso pasa por una coordinación efectiva y real entre todas las administraciones implicadas en la atención a los menores y a su familia.

En este reto desempeñan un papel fundamental las Entidades Locales, la más próxima a los menores y sus familias, espacios privilegiados de intervención comunitaria, que es la base tanto de la acción preventiva como de las reinserciones.

Pero el carácter preventivo no puede basarse solo en la actuación de los profesionales, que no pueden llegar a todo; por ello, es preciso la complicidad de la sociedad. De una sociedad madura y articulada que es capaz de organizar y desarrollar acciones con y para sus menores; aquí traigo a colación ejemplos en zonas rurales en materia de prevención, donde hay actividades deportivas, culturales, organizadas por la gente del pueblo; es participación y gestión de la prevención y educación en la ciudadanía. A veces son cosas tan sencillas que lo olvidamos, absortos en la gestión.

Hemos mercantilizado la prevención, las actividades sociales, delegando una gran parte en la tarea de las administraciones o empresas subcontratadas; y ahora en parte pagamos las consecuencias. Ello no quita el papel central de las entidades locales, que es la competente en esta materia y que hay que reforzar, con la creación de Comisiones de Infancia interdisciplinares.

En esa tarea podrían ser, y de hecho algunos lo son, piezas claves los trabajadores sociales en su papel de dinamizadores comunitarios. Hoy centrados, por desgracia, en tarea necesarias (ley de dependencia), pero que resta muchas energías para ello.

---

9. Clara Martínez García. «La revisión del marco legislativo sobre protección de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid desde el concepto de protección integral con enfoque de derechos». Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid, ISSN 1575-5312, N.º. 38, 2018, p. 27.

En definitiva, y desde un enfoque de derechos, la actuación preventiva también forma parte de la protección de la Infancia y Adolescencia. No es una opción política sino una obligación impuesta por los poderes públicos. Y eso debe de quedar muy claro para no ver como se ponen en marcha actuaciones preventivas importantes, como los programas de educadores de calle, por parte de algunos ayuntamientos, y luego se recortan<sup>10</sup>.

El proyecto de ley (art. 46) establece que deberán primar: La prevención, detección y reparación de situaciones de riesgo y que les facilitarán, a los padres, servicios accesibles de prevención, procurando una coordinación efectiva y real entre todas las Administraciones públicas implicadas en la atención al menor y/o su familia.

Son importantes las actuaciones tendentes a reducir o eliminar los factores de riesgo y las dirigidas a fortalecer los factores de protección; ambas son igual de necesarias. Son las dos caras de una misma moneda.

#### 4. *El acogimiento familiar*

Si me planteasen qué dos cuestiones pueden ser indicadores de la salud del Sistema de Protección de Menores, seguramente diría: «*El número de menores que tienen que ser retirados de sus familias y los que están en familias de acogida*».

Unos buenos indicadores sería que hubiese menos NNA retirados de su familia, y si lo son que fuesen a Acogimiento Familiar y no a Acogimiento Residencial.

Desde mi punto de vista el Acogimiento Familiar, aunque ya se venía practicando desde hace tiempo en Aragón, es el paradigma de la nueva legislación: frente al acogimiento residencial, el acogimiento familiar.

Ese indicador nos habla también de la madurez de la sociedad a la hora de proteger a nuestra infancia, si es «*papá-mamá Administración*» quien ha de hacerse cargo de los menores (visión de *sociedad adolescente*) o también tenemos algo que decir y hacer la sociedad civil (visión de *sociedad madura* cívicamente).

Por mucho que hagan las Administraciones encargadas de los menores, este reto no avanzará si no hay una implicación, una disposición de las personas y familias para acoger, ya sea de forma urgente, temporal o permanente a niños y niñas que lo necesitan.

Pero no es cuestión de ser Acogedor por un día, esto no va de «*telemaratón solidario*», sino de compromiso cívico diario... *¿saben cuántas familias llamaron pidiendo información sobre acogimientos en 2017?: 68... Y ¿cuántas llamaron para*

---

10. Clara Martínez García. «La revisión del marco legislativo sobre protección de la infancia y la adolescencia en la Comunidad de Madrid desde el concepto de protección integral con enfoque de derechos». Asamblea: revista parlamentaria de la Asamblea de Madrid, ISSN 1575-5312, N.º. 38, 2018, p. 26.

*ofrecerse a adoptar o acoger a la niña india que había sido devuelta por los progenitores adoptivos?: más de 100 en una semana. Saquen sus propias conclusiones.*

Por eso es un reto de la sociedad, es cierto que la Administración debe liderar esta cuestión, y como muestra de ello ahí está el cierre del Jardín de Infancia de Zaragoza, al hilo de lo que establece la ley 26/2015, de 28 de mayo, art. 21.2; no hay ningún menor de 3 años en acogimiento residencial en Aragón, y hay que felicitar por ello, pero el reto permanece, pues por desgracia hay menores, entre 3 y 6 años, que han de ser retirados de sus familias, para una adecuada protección de sus derechos, y requiere familias de acogida para ellos.

La propia ley establece que se harán campañas específicas, con medidas concretas para promover el acogimiento familiar en los menores de tres años<sup>11</sup>.

No es un reto sencillo, es evidente, y probablemente hay razones sociológicas profundamente arraigadas en nuestra forma de relacionarnos y proteger a la infancia, sobre las que habrá que trabajar, pues tengo la sensación que España es un país más de *sacar fuera* que de *acoger dentro* (ejem., imagen de barco de los niños y niñas que se envían a Rusia en la Guerra Civil; mientras que en el mundo anglosajón los niños, con motivo de la Segunda Guerra Mundial, van con familias. Otro ejemplo podría ser la evolución del antiguo Hospicio de Zaragoza, transformado en la Ciudad Escolar Pignatelli, hasta 1985, con cientos de menores ingresados).

Otro reto, desde el Derecho Foral Aragonés, es profundizar en el acogimiento en familia extensa, que fue una de las propuestas de la Mesa Técnica y se incardina perfectamente con el derecho foral aragonés y su defensa del ámbito familiar. La Junta de Parientes debería ser una figura que se tuviese más en cuenta en estas situaciones.

## 5. Los acogimientos residenciales

Este es un reto que deriva de la preocupación de los profesionales en Aragón, como se puso de manifiesto en la Mesa Técnica sobre el Sistema de Atención a la Infancia y Adolescencia en Aragón (SAIAA) en 2017<sup>12</sup>, y también de los familiares de menores que han presentado quejas en El Justicia de Aragón, tanto por el insuficiente número de recursos en Aragón, como por el funcionamiento de alguno de ellos.

En primer lugar, hay que decir que el ingreso de menores en centros residenciales, debe ser la última medida a aplicar, (y en ocasiones, es la primera que se

11. Interesante documental sobre Acogimiento familiar, con participación de familias acogedoras, menores y técnicos. IASS. 2018 <https://www.youtube.com/watch?v=T1CWydR1FA4>.

12. <http://aragonparticipa.aragon.es/mesa-tecnica-del-sistema-de-atencion-la-infancia-y-adolescencia-en-aragon> . Ver actas con las propuestas de los talleres participativos.

pide), por su gravedad y trascendencia para el menor. De hecho, es la constatación del fracaso de las medidas preventivas y de las actuaciones que se hayan podido realizar en el ámbito familiar. Y, además, habrá que pensar en el retorno, o no, del menor a ese entorno del que sale, algo que en ocasiones no siempre se pondera adecuadamente antes de sacar a los NNA de su entorno.

Afortunadamente este es, probablemente, el ámbito en el que Gobierno de Aragón ha dado más pasos últimamente, poniendo en práctica las recomendaciones de la Mesa Técnica SAIAA; y así observamos como además de la puesta en marcha de centro específico para menores con problemas de conducta en Aragón, se han reformado la red de centros de atención para la primera acogida de menores (COA), creando cuatro unidades específicas con grupos de menores reducidos (ocho plazas) y diferenciados según sus distintas necesidades (grupos de hermanos, menores de especial protección, preadolescentes y adolescentes, y menores de especial dificultad). Teniendo como referencia de funcionamiento el de un hogar normalizado. Y, además, abriendo nuevos centros ante la llegada de los MENA.

Destacar especialmente el que no haya menores de tres años en centros residenciales, sino en acogimientos familiares y tampoco los de menos de seis años como referencia. Y también la creación de plazas de transición a la vida independiente adulta.

Ahora bien, sigue quedando mucho por hacer para lograr que los centros residenciales se adecuen a los perfiles y tiempos de los menores, se pueda realizar un proceso educativo adecuado y no se fuercen situaciones de los menores, debido a la presión que se ejerce por la ocupación de plazas.

También es precisa la reubicación de algunos de los centros, si realmente se quiere ganar en eficacia del trabajo realizado con los menores. Así como unas plantillas más estables, más especializadas, mejor valoradas y retribuidas; y con nuevos recursos como mediadores interculturales

De todo ello se dará cuenta en el informe especial de menores que presentará El Justicia de Aragón, como cada año.

Ahora bien, es preciso destacar que el esfuerzo de creación de centros y plazas no se está viendo recompensado con los resultados esperados, debido en gran parte a la presión que supone el incremento de la llegada de menores extranjeros no acompañados, que está poniendo en jaque a todo el sistema y forzando procesos educativos de menores o condicionando recursos residenciales.

Por último, señalar que un punto débil, y por tanto reto a mejorar, es el déficit de profesionales, educadores especializados, para trabajar en centros residenciales especializados, como se ha puesto de manifiesto en las visitas realizadas por esta Institución a centros residenciales de Aragón, y que es algo que en vez de ir a menos está yendo a más.

## 6. Menores extranjeros no acompañados

Este, probablemente, es el reto más actual y en fase de crecimiento al que se enfrenta el Sistema de Atención a la Infancia y la sociedad en su conjunto.

Estamos asistiendo a una llegada de los MENA, tanto en España como en Aragón, como no se había conocido antes, con unos porcentajes de incremento que cada mes se van superando, poniendo a prueba el Sistema de Atención a la Infancia y Adolescencia en Aragón.

La referencia a los Menores Extranjeros No Acompañados (MENA) se recoge en los art. 8.4 y 8.5 del proyecto de ley, donde se establece que las administraciones públicas de Aragón velarán por los grupos especialmente vulnerables como los menores no acompañados. *Los menores extranjeros que se encuentran en Aragón tienen derecho servicios y prestaciones en las mismas condiciones que los menores aragoneses. Tendrán como objetivo lograr su plena integración mientras permanezcan en Aragón.*

Por otra parte, el Comité de los Derechos del Niño, en la Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España, dirigidos a las Comunidades y Ciudades Autónomas, de 5 de marzo de 2018, recoge en cuanto a lo Medidas Especiales de Protección, las relativas a los Niños no Acompañados, haciendo, entre otras, las siguientes Recomendaciones: «Asegurar en todo su territorio la protección jurídica efectiva de los niños no acompañados y velar por que se aplique el principio de no devolución y se tenga en cuenta el interés superior del niño como consideración primordial, e impartir a los profesionales pertinentes formación y orientación adicionales sobre la determinación del interés superior del niño»<sup>13</sup>.

Esta es una realidad que en el año 2018 está yendo a más, como nunca antes, y en ocasiones de una forma dramática; vemos como miles de jóvenes se lanzan a buscar un futuro más digno en medio de un mar de incertidumbres y en ocasiones de muerte; y una parte de ellos llega a Aragón.

A fecha 30 de octubre de 2018 habían atendido en Aragón 146 MENA, cuando a 31 de diciembre de 2017 había sido 42. Además, suponen un alto porcentaje del total de los menores que están en centros residenciales, con todo lo que ello conlleva. Hay que tener en cuenta que en Aragón hay poco más de 300 plazas de acogimiento residencial.

Es cierto que una parte del perfil de los MENA que están llegando a Aragón en el último año, tienen un componente de proceso migratorio, además de su situación en desamparo, que requiere de la intervención del Estado y de la Unión Europea en un marco internacional de resolución de las injusticias en origen para poder hacer frente a este proceso de una forma más justa e integradora.

---

13. Comité de los Derechos del Niño *Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados de España*. Aprobadas por el Comité en su 77º período de sesiones (14 de enero a 2 de febrero de 2018), p. 13.

Esos menores tienen derecho a ser amparados, protegidos y entrar en un itinerario de educación e inserción sociolaboral. Ese es el reto, al que por el momento el gobierno de Aragón está respondiendo de una forma adecuada en primera instancia, acogida; pero no podemos obviar que un abordaje desde los derechos y su interés superior va mucho más allá que un centro de acogida, aunque, eso sí, es imprescindible.

Ante ese reto el Gobierno de Aragón está respondiendo a través del Sistema de Protección de Menores, que, evidentemente no estaba preparado para esta llegada tan numerosa, y no puede hacer frente el solo a esta realidad, so pena de una afectación negativa a todos los menores que están en ese ámbito de protección.

Ahora bien, es de destacar el compromiso con los derechos de los MENA en Aragón, con la apertura de centros de acogida para ellos y el establecimiento de nuevos recursos específicos para que se desarrolle en las mejores condiciones posibles. De hecho, destaca que es Aragón, la única comunidad autónoma, por el momento, que está poniendo en marcha un sistema de protección que llega más allá de los 18 años.

Afrontar esta situación pasa por el Sistema de Protección de Menores, pero para poder abordarlo de forma adecuada, requiere apoyos e infraestructuras vinculadas con otras Consejerías; en una acción conjunta de gobierno es precisa la implicación de Educación, Sanidad y Justicia; así como una buena coordinación con la Administración Central.

Y para ello se deben incorporar más recursos para el desarrollo formativo, y de acompañamiento, de estos MENA. Siendo esencial las figuras de mediadores interculturales.

Sin embargo, este reto no acaba en la acogida de los menores, hay otro, que se intuye en el horizonte, tal vez hoy todavía no muy visible, pero de una enorme trascendencia en el futuro: su integración social. Para lo que considero que habría que adoptar alguna modificación legal, además de un compromiso de la sociedad.

No es aceptable que se esté haciendo un esfuerzo desde el ámbito de la Protección de Menores, de Educación y procesos formativos y de acompañamiento, para que luego, estos jóvenes que han estado tutelados por la Administración se encuentren, en la práctica, sin poder acceder al mercado laboral, y por tanto en una situación de invitación a la ilegalidad.

A los jóvenes que han acabado su proceso de formación y quieren acceder al mercado laboral se les exige un contrato de un año de duración, a jornada completa, para acceder al permiso de trabajo. *«¿Cuántos jóvenes españoles conocemos que accedan en esas condiciones?»*.

Resolver esta problemática, a largo plazo, requiere de una modificación legal de la legislación de extranjería (LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su Reglamento de desarrollo)

## 7. La colaboración interadministrativa

Hay una especie de mantra en materia de Derechos Sociales: la necesaria coordinación entre administraciones para una mejor atención a las personas; es una reivindicación permanente, como se puso de manifiesto en la Mesa Técnica sobre el Sistema de Atención a la Infancia y Adolescencia en Aragón, por parte de entidades y profesionales, o como se evidencia en las quejas de ciudadanos ante el Justicia de Aragón, que claman porque no los deriven de un Departamento a otro sin dar una solución estable para el problema del menor; y ello a pesar de la legislación que hay sobre la necesaria cooperación y coordinación entre Administraciones (art. 4 ley 30/92 de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo y más específicamente la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público).

En el actual proyecto de ley, en el art. 83. 2 se establece como principio general *La necesidad de garantizar una atención integral al menor hace necesario que el conjunto de Administraciones públicas cooperen y colaboren de una forma coordinada, eficaz y leal, valorando el interés superior de las personas menores de edad. En el desarrollo reglamentario de la presente norma se velará especialmente por establecer las condiciones y términos de esta cooperación.*

Un claro ejemplo de este reto es el abordaje de algunas situaciones niños, niñas y adolescentes donde convergen las actuaciones de varios Departamentos: Salud mental, Educación, y Protección de Menores; y cómo la familia puede ser derivada de uno a otro sin que ninguno asuma la competencia última, unos por falta de recursos específicos, otros porque se sienten desbordados, y otros porque consideran que no es su competencia.

El caso es que la familia, en esas ocasiones, se siente maltratada, llegando a plantear medidas drásticas respecto a sus hijos, (por ejemplo, la entrega de la guarda a la Administración, cuando de ninguna manera se da una situación de desprotección parental, sino en todo caso de las administraciones) y en esa triangulación, evidentemente, el Interés Superior del Niño al que hace referencia la ley desaparece.

De ahí la queja, muy repetida, de sensación de zarandeo de los ciudadanos entre las administraciones cuando pide atención especializada para sus hijos, especialmente dramáticas cuando confluyen menores, discapacidad y medio rural; generando, desde mi punto de vista, situaciones que podríamos calificar de maltrato institucional.

Para afrontar estas problemáticas es esencial la colaboración, que va más allá de la anterior coordinación. Entendido como el deber de actuar con el resto de Administraciones Públicas para el logro de fines comunes. Exige estrategias compartidas, para establecer líneas de trabajo colaborativo de forma coordinada, que es distinto a que cada departamento establezca su estrategia al margen de los otros y luego les llame para coordinarse. Ello conlleva poner a Niños, Niñas

y Adolescentes en el centro de la Acción Pública aragonesa. Es un reto que a base de tanto repetirlo casi lo hemos convertido en una utopía, en vez de una realidad que es la exigencia.

### **8. Desarrollo competencial territorial homogéneo**

Hay un principio que todos asumimos como rector de las políticas públicas: Todas las personas han de tener los mismos derechos en el territorio de Aragón, sea cual sea su localidad, de residencia. *Art. 83. ley 12/2001, de 2 de julio, Los principios de universalidad e igualdad en el ámbito de la actuación de los servicios públicos exigen que se garantice a todos los usuarios, menores y familias el ejercicio de sus derechos, sin posible discriminación por el lugar de su residencia.*

Y esto como buen principio, para su puesta en práctica, exige políticas compensatorias, y más teniendo en cuenta la distribución de población en Aragón, especialmente en zonas rurales, donde los recursos de apoyo a menores ya no es que sean insuficientes, es que, en ocasiones, son casi inexistentes.

Este proyecto de ley, como no podía ser de otra manera, va en la misma dirección, y en el apartado trece, modificación del art. 45 y 46 de la ley, hace referencia a las competencias de la Comunidad Autónoma y de las Entidades locales, esenciales en la puesta en práctica de esta ley. *Procurando una coordinación efectiva y real entre todas las administraciones públicas implicadas en la atención del menor y/o su familia.*

Especialmente destacable es todo lo vinculado con la Situación de Riesgo (la detección y valoración, propuesta de declaración y gestión de las medidas prevista en la situación de riesgo), salvo la declaración que es de ámbito centralizado, competencia del IASS.

Con relación a este reto, quiero destacar que me consta se viene trabajando desde hace tiempo por mejorar la coordinación entre el IASS y las Comarcas, Servicios Sociales y Ayuntamientos que tienen la competencia en materia de menores, elaborando protocolos de coordinación, así como instrumentos de trabajo en común y de mejora. (Decreto 190/2008 de 7 de octubre se determinan las competencias y responsabilidad de los Centros de Servicios Sociales y del Servicio Especializado de Menores).

La prestación de servicios en materia de menores, conforme al principio de proximidad de actuación que exige la ley, corresponderá, siempre que sea posible a los niveles administrativos más cercanos al ámbito familiar de los Niños, Niñas y Adolescentes.

Ahora bien, hay un reto importante y es que esa homogeneidad de desarrollo competencial, sea extensivo a todo Aragón, incluida la ciudad de Zaragoza, cuya ley de Capitalidad (art. 33, Servicios Sociales, donde no se contempla el programa de Preservación familiar, con o sin Declaración de Riesgo) ha sido, desde este

punto de vista, una oportunidad perdida, para armonizar con el resto de Aragón, continuando con esta asignatura pendiente.

Consecuencia de ese desajuste, el Servicio Especializado de Atención a la Infancia de la Dirección Provincial del IASS de Zaragoza, asume de forma subsidiaria la intervención en los programas de preservación familiar en esta ciudad, lo que no sucede en el resto de Aragón, que si desarrollan dicho programa.

En el actual proyecto de ley se apuesta, una vez más, por un planteamiento homogéneo en Aragón, basado en la colaboración y cooperación. Esperemos que su aprobación y puesta en práctica contribuya a mejorar esta situación, que, desde mi punto de vista, es un elemento de distorsión del Sistema, que incide negativamente en todo el conjunto, dada la influencia que tiene Zaragoza, en cuanto a volumen de casos, que condiciona al resto; ya que la competencia que no ejecuta el Ayuntamiento de Zaragoza la tiene que realizar el Servicio Especializado de Menores del IASS. De lo contrario estaríamos ante una posible colisión de competencias entre lo establecido en el nuevo proyecto de ley y la ley de capitalidad.

## **9. Otros retos**

### *9.1. La reestructuración interna del sistema de protección de menores*

El proyecto de ley recoge la modificación de los órganos del Sistema de Protección Menores, basándose en la reforma estatal que vincula la objetividad, imparcialidad y seguridad jurídica en las actuaciones protectoras al carácter colegiado e interdisciplinar en su adopción; constituyendo las comisiones provinciales de protección a la infancia y modificando las funciones del Consejo aragonés de protección a la infancia y adolescencia, configurando a este, además como un órgano coordinador y homogenizador de criterios técnicos para las tres comisiones provinciales.

Representa el abordaje de un reto necesario, para una actuación más ágil, eficaz y garantista de las actuaciones que se acometen desde el Servicio de Protección de Menores. Y en este caso sí que requiere de la aprobación del proyecto de ley, y posterior desarrollo reglamentario para su puesta en prácticas.

### *9.2. El abordaje de las consecuencias para la infancia, de los procesos de separación conflictiva de los progenitores*

En torno a un 12% de las quejas presentadas en el Área de Menores del Justicia de Aragón, en el periodo 2012-2018, tienen que ver con consecuencias, de diferente signo, de los procesos de separación de sus progenitores.

Pero este no es un hecho aislado, sino la expresión de una problemática que va a más, también desde las instancias Judiciales, puesto que se han incremen-

tado de forma significativa los casos que se abren expedientes de menores en el SEM producto de los procesos de separación. Los juzgados piden intervención a los Servicios Sociales o a los Punto de Encuentro Familiar ante procesos de separación de alta conflictividad que afectan negativamente a los menores.

En definitiva, el reto es: ¿Cómo mejorar los mecanismos en los procesos previos o pos de las separaciones conflictivas de los progenitores, para salvaguardar el interés superior de los niños? Puesto que lo que se evidencia es que cuando tiene que intervenir un servicio especializado es porque no ha habido una buena gestión y se está generando un daño enorme a los menores, que están en un proceso de crecimiento y formación de su personalidad.

Una posible medida es la puesta en marcha del Programa de Coordinador de Parentalidad.

### 9.3. *Abordaje integral e independiente de la defensa de los menores en Aragón*

La observación nº 2 de los Derechos del Niño plantea a los Estado firmantes de la misma *Establecer instituciones independientes de derechos humanos, como defensores del niño o comisionados con un amplio mandato en materia de derechos del niño.*

En Aragón esa figura viene a estar representada por la Institución del Justicia de Aragón y las competencias que tiene atribuidas por ley en la defensa de los derechos de los aragoneses y aragonesas, y también por las que le encomienda la ley 12/2001, de 2 de julio de la infancia y adolescencia de Aragón.

Ahora bien, considero que es tiempo de dar un paso más allá, como lo han hecho otras Defensorías autonómicas y fortalecer la atención a la infancia con la constitución de una Defensoría del Menor en Aragón, que realice un abordaje integral de toda la infancia, no sólo de la que está en el ámbito de protección o en conflicto social, y desde una perspectiva de Derechos.

Ello supondría, además, no centrarse sólo en las quejas, sino en desempeñar un papel activo como impulsor de los derechos de la Infancia, y contribuir a generar una ciudadanía más consciente de sus derechos y por tanto con mayor capacidad de construir una sociedad más justa.

Estos son algunos de los retos, más o menos grandes, más o menos complejos, pero sin lugar a dudas, todos ellos apasionantes desde la tarea de lograr una sociedad más justa, integradora y donde el derecho al buen trato de la infancia sea una bandera y logro colectivo.

Espero que el recorrido realizado entre la ley y los retos haya sido de su interés y les haya animado a continuar en la tarea, que merece la pena.

## PROPUESTAS EN MATERIA DE PROTECCIÓN DE MENORES

AURORA LÓPEZ AZCONA  
ANDRÉS ESTEBAN PORTERO

Una vez expuestas las principales novedades jurídicas incorporadas por la reforma y los retos prácticos que plantea, como se ha adelantado, vamos a cerrar nuestra intervención aventurando una serie de propuestas dirigidas tanto a los poderes públicos como a las diversas entidades implicadas en la protección de la infancia, muy ambiciosas ciertamente pero necesarias si queremos que la nueva reforma, si me permiten la expresión, no se quede en papel mojado.

### *Propuestas de técnica legislativa*

1ª.- Revisar en fase de tramitación parlamentaria el Proyecto de Ley de modificación de la Ley de Infancia y Adolescencia de Aragón desde una perspectiva formal a fin de evitar duplicidades innecesarias y corregir ciertas imprecisiones terminológicas, pero sobre todo para garantizar su debido encaje en el Derecho civil aragonés en atención a sus especificidades.

2ª.- Revisar, asimismo, los preceptos del Código del Derecho Foral de Aragón en materia de instrumentos públicos de protección de menores, al objeto de su debida armonización con la Ley de infancia y adolescencia resultante de la reforma.

### *Propuestas dirigidas a implicar al conjunto de la sociedad en los nuevos retos resultantes de la reforma*

3ª.- Definir y desarrollar mecanismos de formación y sensibilización sobre la nueva legislación resultante de la reforma, especialmente en relación al papel a desempeñar por la familia y la sociedad como primer referente vital para los menores; así como con el objetivo de darles visibilidad como sujetos con derechos y deberes.

4ª.- Constituir un ámbito de abordaje integral de la problemática de los menores en Aragón, una suerte de *Mesa u Observatorio de Infancia* con capacidad de elaboración de propuestas que facilite la participación e implicación del conjunto de la sociedad.

### *Propuestas en orden al derecho del menor a ser oído y escuchado*

5ª.- Sistematizar la escucha y participación de los menores en el Sistema de Atención a la Infancia, en su sentido más amplio. Ello a través de la implemen-

tación de un modelo de valoración e intervención que garantice, en línea con las nuevas previsiones legislativas, una información comprensible para el menor, pero también para su familia de las medidas de protección que se le dispensen, así como su opinión y participación en los procesos dirigidos a la adopción de las mismas.

6ª.- Incorporar cláusulas específicas en las condiciones técnicas de los pliegos de contratación de prestación de servicios por parte de las entidades colaboradoras con relación a la infancia donde se especifique la dinámica a seguir para garantizar de forma integral a los menores sus derechos a ser oídos y escuchados y de participación; esto es, no sólo en su proceso personal sino en la propia organización del centro.

7º.- Realizar un plan de formación específica para los profesionales que trabajan en el ámbito de la infancia en Aragón sobre el derecho del menor a ser oído y escuchado, donde se aborde las nuevas pautas resultantes de la reforma legislativa.

#### *Propuestas en materia de prevención*

8ª.- Crear Unidades de atención a la infancia, adolescencia y familia, dentro de los servicios generales, donde elaborar estrategias y programas preventivos para la atención, orientación e intervención a familias con menores con problemas de conducta, dirigidos tanto a desarrollar competencias sociales en el menor como a promover la parentalidad positiva.

9ª.- Poner en marcha Comisiones de Infancia, de carácter interdisciplinar en el ámbito de la Administración local, especialmente en aquellos ámbitos donde se ha detectado un mayor número de menores en situación de vulnerabilidad y situación de riesgo.

10ª.- Seguir profundizando en la prevención de la violencia contra los menores a nivel educativo. A tal fin se podría incluir obligatoriamente en los programas de estudios acciones formativas relacionadas con la igualdad de sexos y la violencia contra la mujer por razones de género, el respeto mutuo y la solución no violenta de conflictos en las relaciones interpersonales.

#### *Propuestas sobre el acogimiento familiar*

11ª.- Impulsar el Plan de Acogimiento Familiar en Aragón, en el que, en cumplimiento del mandato dirigido por el legislador estatal a las Administraciones en 2015 (Disposición Adicional 7ª Ley 26/2015 de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia) se incorporen medidas de fomento del acogimiento familiar, en especial, de los menores de seis años, tales como su difusión a través de campañas informativas y de sensibilización social o incrementar los recursos de apoyo humanos y materiales con los que cuentan

las familias acogedoras para cumplir su función de colaboración del sistema de protección.

### *Propuestas sobre el acogimiento residencial*

12<sup>a</sup>.– Estudiar e incorporar acciones concretas para potenciar el acogimiento familiar de menores extranjeros no acompañados, empezando por salidas de fin de semana o periodos vacacionales con familias de referencia, siempre que sean acorde a su interés, sean debidamente supervisadas y encajen con su proyecto socioeducativo.

13<sup>a</sup>.– Continuar con la puesta en marcha de centros residenciales para menores en Aragón, según lo acordado en la Mesa Técnica del Sistema de Atención a la Infancia y Adolescencia en Aragón.

14<sup>a</sup>.– Establecer medidas para subsanar el déficit de educadores especializados que se produce actualmente en algunos de los centros residenciales, con especial atención a los centros de protección específicos de menores con problemas de conducta.

### *Propuestas sobre los menores víctimas de violencia de género y doméstica*

15<sup>a</sup>.– Proceder a la modificación de la legislación civil aplicable en el sentido de excluir la atribución de la custodia de los hijos menores y aun del régimen de visitas al progenitor condenado por violencia de género o doméstica. Es más dicha causa se podría contemplar adicionalmente como causa de privación de la autoridad familiar.

16<sup>a</sup>.– Incluir en la situación de riesgo los primeros indicadores de maltrato en el seno de la familia, sin esperar a que sean graves y reiterados y, por ende, ya constitutivos, en su caso, de desamparo.

17<sup>a</sup>.– Establecer protocolos de coordinación institucional, más allá de los ya existentes entre los órganos judiciales y los cuerpos de seguridad, dirigidos a garantizar una atención integral a las víctimas.

18<sup>a</sup>.– Reforzar la formación especializada de los profesionales que traten con víctimas o autores de violencia, en materia de prevención y detección de la misma.

### *Propuestas sobre los menores extranjeros no acompañados*

19<sup>a</sup>.– Dada su especial vulnerabilidad, continuar con el proceso de acogimiento de acompañamiento, una vez que alcancen la mayoría de edad, resultando fundamental a tales los efectos que la Administración les ofrezca programas de preparación para la vida independiente que incidan especialmente en su inserción socio-laboral.

20ª.- Promover un Foro de encuentro entre las distintas Administraciones implicadas en la atención de estos menores, así como las entidades colaboradoras. Ello siendo conscientes que no se pueden plantear soluciones puntuales, sino que ha de responder a una estrategia del Gobierno de Aragón con un objetivo prioritario: el interés superior de estos menores.

21ª.- Promover la modificación de la legislación de extranjería (LO 4/2000 sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su Reglamento de desarrollo), de tal forma que permita a los jóvenes que han estado tutelados por la Administración una flexibilización de los requisitos exigidos para renovar o, en su caso, obtener autorización de residencia y trabajo, ya que de lo contrario fácilmente pueden ser remitidos a una situación de irregularidad de graves consecuencias a futuro y, por tanto, el esfuerzo realizado durante años devendrá estéril. Y es que, aunque el Reglamento de Extranjería (arts. 197 y 198) regula la concesión de la autorización de residencia de estos menores extranjeros cuando alcanzan la mayoría de edad, incluso en el supuesto de no haber gozado previamente de la misma, la exigencia de una cantidad mensual de medios económicos que represente el 100% del IPREM dificulta en gran medida su obtención.

#### *Propuestas en materia de colaboración interadministrativa*

22ª.- Constituir y poner en marcha una *Mesa técnica de coordinación interdepartamental del Gobierno de Aragón*, con la participación, al menos, de los Departamentos de Ciudadanía y Derechos Sociales, Educación y Salud del Gobierno de Aragón, tal y como se acordó en las conclusiones de la Mesa Técnica SAIA. Ello con la finalidad de promover la coordinación permanente y el establecimiento de redes de atención adecuada a menores en situación vulnerable por estar en riesgo o en situación de desprotección, para reforzar la eficacia, coherencia e integridad en su atención. Por añadidura, en la misma sería deseable la inclusión de grupos de trabajo para abordar problemáticas específicas, contando para ello con la participación de entidades sociales y de la Universidad. En este sentido quizá podría adscribirse a la misma un *Centro de Estudios del Menor* con los objetivos de realizar investigaciones, formar profesionales, ser centro de documentación y, en general, servir de referente técnico para los profesionales y las Administraciones que trabajen en la protección de menores, y que contase con una web propia.

#### *Propuestas sobre la necesidad de un desarrollo competencial territorial homogéneo en Aragón*

23ª.- Constituir y poner en marcha la *Mesa técnica de coordinación territorial*, tal y como se acordó en las conclusiones de la Mesa Técnica SAIA, como órgano consultivo sectorial que, respetando los distintos niveles competenciales dentro del Sistema Público de Servicios Sociales, genere acuerdos, pautas y recomendaciones para la atención, así como facilite la incorporación de los recursos adecuados para la acción en proximidad.

### *Propuestas adicionales*

24<sup>a</sup>.– Poner en marcha un *Programa de coordinador de parentalidad en Aragón*, con el objetivo de proteger a los niños, niñas y adolescentes de situaciones de ruptura muy conflictiva de sus progenitores, tal y como recomendó en octubre de 2018 la Conferencia Sectorial de Justicia a las Comunidades Autónomas. Ello concebido como un auxiliar o colaborador del Juez en la implantación efectiva de las medidas que afecten a los hijos menores con facultades de gestión de los conflictos que surjan entre los progenitores al respecto, con el objetivo último de que un tiempo razonable acepten las nuevas pautas y sean capaces de autogestionarlas por sí solos.

### *Propuesta de constitución de Defensoría del Menor, dentro del Justicia de Aragón*

25<sup>a</sup>.– Constituir una *Defensoría del Menor*, incluida dentro del Justicia de Aragón, dado su carácter de institución independiente de defensa de los derechos de la ciudadanía aragonesa en general y de los menores en particular, como viene recomendado en varias de sus observaciones la Comisión de Derechos del Niño de Naciones Unidas. Podría aprovecharse así la tramitación parlamentaria del Proyecto de reforma de la LIAA, para incardinarla en su art. 8, vinculándola las competencias atribuidas al Justicia de Aragón en materia de protección de menores, tal y como han hecho otras Comunidades Autónomas, p.e., Andalucía. De este modo, la función de esta Defensoría del Menor vendría definida por las competencias que ya se recogen en dicha Ley respecto al Justiciazgo (art. 8.6), pero con una perspectiva más amplia, integral y proactiva, estableciendo mecanismos de escucha y participación de los menores sobre cuestiones que les afecten.

### *Propuestas de índole presupuestario*

26<sup>a</sup>.– Finalmente, pero en primer orden de importancia, que haya una traslación de las políticas de infancia a las prioridades presupuestarias de cada Administración, de tal forma que sea medible y evaluable el grado de compromiso de los poderes públicos con la infancia en Aragón (Observación General 19. Art. 4. Recomendaciones de Comité Derechos del Niño a España).

**Sesión II**

**RÉGIMEN TRIBUTARIO DE LA FIDUCIA  
SUCESORIA ARAGONESA**

**Coponentes:**

*D. Francisco de Asís Pozuelo Antoni*

PÁG. 75

*D. Fernando Villaro Gumpert*

PÁG. 99



# CUESTIONES FISCALES SOBRE LA FIDUCIA SUCESORIA

FRANCISCO DE ASÍS POZUELO ANTONI  
Director General de Tributos del Gobierno de Aragón

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.— 2. NOMBRAMIENTO Y EVENTUAL REMUNERACIÓN DEL FIDUCIARIO.— 3. IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES: 3.1. Contexto normativo y jurisprudencial: 3.1.1. *ISD como impuesto de titularidad estatal cedido a las CCAA.*— 3.1.2. *STS de 30 de enero de 2012. La de la mudanza.* 3.2. Comentario de las distintas opciones: 3.2.1. *El artículo 133-2.2 TR.*— 3.2.2. *La mudanza de criterio del TS.*— 3.2.3. *Criterios de los órganos revisores del Ministerio de Hacienda.*— 3.2.4. *Criterio de la Dirección General de Tributos del Ministerio de Hacienda (contestación a consulta vinculante V0095-17).*— 3.2.5. *Sistema de liquidación prevista en la proposición de ley.*— 4. FINAL.

## 1. INTRODUCCIÓN

La tributación de la fiducia aragonesa presenta un grado de complejidad y debate sin parangón con otros negocios jurídicos. No sólo por la duración de las disquisiciones y su intensidad o trascendencia, o por generar discrepancias exista —o no— norma especial que regule su fiscalidad, sino también por proyectarse sobre varios de los impuestos que gravan a las personas físicas. Por extenderse, resulta problemática hasta la atribución de un NIF a ese patrimonio separado susceptible de tributación que es, en esencia, lo que supone la herencia yacente pendiente de ejecución fiduciaria.

Tres explicaciones, íntimamente ligadas, proponemos sobre este permanente estado de debate. Por un lado, la habitual en el campo tributario: Es problemático aquello que genera imposición. Cuando la Administración considera que alguno de los efectos patrimoniales de esta u otra figura no devenga ninguna carga tributaria, el debate sobre la cuestión cesa de inmediato, lo cual, si bien es entendible en la práctica administrativa, es sorprendente desde una perspectiva doctrinal. Es decir, hay debate y reflexión cuando, normalmente desde la Administración,

se concluye en gravar alguna operación. Y aquéllos desaparecen cuando ésta considera que no hay materia o hecho imponible.

En segundo lugar, las propias singularidades civiles de la institución abonan la complejidad de su interpretación y encaje tributarios: durante un periodo de tiempo hay bienes sin titular dominical ni posibilidad de identificarlo, es posible que esos bienes sin dueño puedan transmitirse materializando plusvalías y jugando el principio de subrogación real, es un tercero el que va a decidir el destino de los bienes del causante, la aceptación tiene efectos retroactivos una vez que se produzca la ejecución fiduciaria, o, finalmente, puede destacarse que la normal existencia del usufructuario vitalicio hace que la herencia yacente se vaya consumiendo con el amplio uso y disfrute que nuestro ordenamiento le atribuye al cónyuge superviviente.

La otra razón es la disonancia que ha venido ofreciendo el tratamiento tributario (por ley o por criterio administrativo) si se superpone a la realidad civil de la institución. No procede ahora el desarrollo de esta cuestión, sólo el apunte de que la divergencia entre las normas civiles y tributarias está validada por el TC siempre, como es obvio, que no se infrinja ningún precepto constitucional. La mera discrepancia entre lo que pudiera resultar de la estructura civil de cada acto jurídico y lo que disponga la ley fiscal no constituye vicio de ésta<sup>1</sup>.

---

1. Dijo en 1989 el Tribunal que «es innegable, sin embargo, que la legislación tributaria, en atención a su propia finalidad, no está obligada a acomodarse estrechamente a la legislación civil (que sin embargo tampoco puede ignorar)». Lo hizo en la STC 45/1989, de 20 de febrero para reconocer que, en principio, es «constitucionalmente lícito que el régimen fiscal del matrimonio sea establecido de modo uniforme, sin atender a la variedad posible en la práctica».

Otra resolución relevante es la Sentencia TC 146/1994, de 12 de mayo, que entre otros asuntos abordó, aunque no con carácter nuclear, la separación fiscal de los criterios civiles de imputación de renta. En concreto, la imputación de las rentas del trabajo que, tanto en el Código civil como en el CDFIA, son comunes a ambos cónyuges pero que, a efectos del IRPF, se imputan a quien genera su percepción.

Realmente el foco de atención lo ponía el recurso de inconstitucionalidad en la eventual discriminación de los rendimientos del trabajo respecto de los rendimientos del capital en el sistema de ganancias por el hecho de que las rentas del trabajo soporten una carga tributaria mayor que las rentas del capital, puesto que la titularidad compartida del capital permite que los rendimientos sean repartidos entre los cónyuges que se acogen a la tributación separada, mientras que esta distribución o reparto no es posible en las rentas del trabajo que se imputan íntegramente a aquel cónyuge que las haya generado. Pero lo que interesa en nuestro análisis no es ese asunto concreto, sino sus reflexiones auxiliares sobre determinados aspectos civiles.

Así, en esta última STC se señala, en primer lugar, que las reglas sobre imputación de rentas pueden normalmente tomar en consideración las normas reguladoras del régimen económico-matrimonial, en cuanto son atributivas de titularidades dominicales. Pero de inmediato matiza que «Ello no significa, sin embargo, que la imputación de rentas a efectos tributarios opere mediante una remisión absoluta e incondicionada de la norma tributaria a la civil (STC 45/1989, Fundamento Jurídico 6.), puesto que el problema constitucional de la imputación de rentas no reside en comprobar si las normas tributarias concuerdan o no con la regulación que de las relaciones jurídicas subyacentes hagan las normas civiles, sino en decidir su conformidad con los principios constitucionales aplicables a la materia, al margen del grado de armonía que se consiga entre la ley civil y la tributaria que tampoco, por otro lado, puede ignorarse y dejarse de tomar en consideración de manera absoluta».

Por tanto, a juicio del TC, la configuración civil no es límite de la autonomía tributaria, aunque sí es una referencia válida a considerar.

En los días de noviembre de 2018 en que se celebra esta sesión se conoce ya el texto que previsiblemente se aprobará por las Cortes de Aragón con una nueva regulación de la tributación de la fiducia en el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (en adelante ISD). No corresponde en esta ponencia precipitar un análisis completo de esta nueva regulación, pero sí al menos una primera evaluación de su posible impacto. Anticipando lo que luego se desarrollará un poco más, baste ahora decir que no nos resulta evidente que tal normativa vaya a zanjar las dudas interpretativas sobre nuestra institución foral.

Para un análisis general de la fiscalidad de la fiducia el primer paso ha de ser identificar, dentro de las distintas fases o actos en que podemos descomponer la vida de un encargo fiduciario, los que suscitan una mayor conflictividad tributaria. Dado que como coponente me corresponde abordar fundamentalmente la problemática en el impuesto sucesorio, trazaré simplemente un esbozo del esquema teórico general en que se desenvuelve esta figura para atenerme luego al previo reparto de asuntos.

En el nacimiento de la institución, el nombramiento de fiduciario no plantea especial controversia. En el caso de que el cargo fuera remunerado<sup>2</sup> se abre la posibilidad de tener que tributar tanto en la imposición directa como en la indirecta.

La segunda fase de una fiducia la marca el fallecimiento del comitente. En ese instante, los tributos susceptibles de devengo son el IRPF (correspondiente al fallecido), el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (en adelante ISD) y, en el caso de incluir en la masa hereditaria bienes inmuebles, también el Impuesto municipal del incremento de valor de los terrenos de naturaleza urbana (IMIVTNU).

Frente a la evidente procedencia del devengo del IRPF correspondiente a las rentas devengadas en sus últimos meses de vida por el fallecido (cuya carga económica recaerá en el caudal relicto según el artículo 451 b del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de «Código del Derecho Foral de Aragón», el Texto Refundido de las Leyes civiles aragonesas, en adelante CDFA, exigiéndose el cumplimiento de las obligaciones formales, según el artículo 452, al administrador), la propia existencia de tributación por el ISD y por el IMIVTNU es el principal foco de conflicto fiscal de la institución. A su repaso dedicaremos la mayor parte de estas reflexiones.

La tercera fase la identificamos entre el momento del fallecimiento y el de la ejecución del encargo. Ese lapso de tiempo, conforme al artículo 448 CDFA, se califica como de herencia yacente. En la situación de pendencia en que queda la

---

2. El artículo 440.3 CDFA dispone que « *El cargo es voluntario y gratuito, salvo que el causante hubiese previsto que fuera retribuido; las facultades del fiduciario se entenderá que tienen carácter personalísimo*».

herencia hay tres cuestiones con interés fiscal: a quién se imputan esos bienes, quién declara las rentas de la herencia y cómo tributan las posibles disposiciones de bienes. Las tres presentan rasgos tributarios singulares que merecen destacarse.

Finalmente, una vez ejecutado el encargo, la titularidad de los bienes que fueron del fallecido recae en sus herederos, pero su fiscalidad no presenta diferencias relevantes con la que pueda corresponder a cualquier otro supuesto de delación sucesoria.

## 2. NOMBRAMIENTO Y EVENTUAL REMUNERACIÓN DEL FIDUCIARIO

Aunque la letra d del artículo 11 del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, aprobado por el Real Decreto 1629/1991, de 8 de noviembre (BOE de 16 de noviembre), en adelante RISD, considera título sucesorio» a *los que atribuyan el derecho a la percepción de las cantidades asignadas por los testadores a los albaceas por la realización de sus trabajos como tales, en cuanto excedan de lo establecido por los usos y costumbres o del 10 por ciento del valor comprobado del caudal hereditario*», la aplicación directa de esta norma a los fiduciarios quiebra, naturalmente, por la ausencia del requisito subjetivo: el fiduciario no es albacea. No procediendo ahora ahondar en si a través de otro tipo de interpretación pudiera aplicarse ese artículo al caso de la fiducia<sup>3</sup>, centramos la exposición en la hipótesis de que el impuesto potencialmente aplicable sobre las remuneraciones del fiduciario sea el IRPF y no el ISD.

El artículo 17.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no residentes y sobre el Patrimonio (LIRPF), define los rendimientos del trabajo como «todas las contraprestaciones o utilidades, cualquiera que sea su denominación o naturaleza, dinerarias o en especie, que deriven, directa o indirectamente, del trabajo personal o de la relación laboral o estatutaria y no tengan el carácter de rendimientos de actividades económicas».

Por su parte, según el artículo 27.1 de la misma norma, constituyen actividades económicas aquéllas que suponen «por parte del contribuyente la ordenación por cuenta propia de medios de producción y de recursos humanos, o de uno de ambos, con la finalidad de intervenir en la producción o distribución de bienes o servicios».

---

3. La interdicción de la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible, está lo suficientemente clara en la Ley y lo suficientemente arraigada en el uso administrativo, como para descartarla. Cuestión distinta, e improbable, es que a través de las técnicas recogidas en los artículos 15 y 16 LGT pudiera llevarse la tributación de esas rentas al ISD.

En principio, el ejercicio de las funciones de fiduciario no supone esa ordenación que exige el artículo 27 por lo que no se calificarían como actividad económica, pero su remuneración sí constituiría un rendimiento del trabajo. Sólo en el caso de que el fiduciario viniera ejerciendo una actividad económica en la que fuera enmarcable su cometido sucesorio, su retribución tributaría en el IRPF como actividad económica.

Que no exista tributación como actividad económica a efectos del IRPF no excluye necesariamente que tampoco la haya en el IVA. De hecho, aunque con argumentos algo lábiles, las contestaciones vinculantes V1471-14 y V2183-15 consideran el ejercicio de la actividad de albacea como una prestación de servicios sujeta al IVA. Si es así para los albaceas, y dado que la actividad de fiduciario es normalmente más amplia e intensa que la de aquéllos, también la actividad remunerada de fiduciario quedaría sujeta al IVA.

### 3. IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES

El núcleo central de la controversia teórica y práctica que suscita esta figura es si el impuesto se devenga en el momento del fallecimiento o con cada ejecución fiduciaria. Lo cual no deja de sorprender si reparamos en lo clara que es la ley aplicable desde 1 de enero de 2013. Para fallecimientos producidos a partir de esa fecha, el artículo 133-2.2 del Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de septiembre, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba el texto refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de tributos cedidos (en adelante TR), establece que en los seis meses siguientes al óbito debe presentarse una liquidación a cuenta: *«Cuando en el plazo de presentación de la autoliquidación del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones o, en su caso, en el plazo de presentación y pago de la correspondiente autoliquidación, no se hubiere ejecutado totalmente el encargo fiduciario, deberá presentarse una liquidación a cuenta, respecto de la parte de herencia no asignada, por quien tuviera la condición legal de heredero conforme a lo previsto en el Libro Tercero, Título VII, del Código del Derecho Foral de Aragón, Texto Refundido de las Leyes Civiles Aragonesas aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, con arreglo a sus condiciones de patrimonio y parentesco con el causante»*.

Sobre la tributación de la fiducia en el ISD existen, al menos, los siguientes «criterios»: el plasmado en la ley fiscal aragonesa (que establece una liquidación a cuenta hasta conocer la identidad de los llamados a la herencia), el que establece la DGT del Ministerio de Hacienda (que considera contribuyente al fiduciario), los que sugería la STS de 30 de enero de 2012 (que tribute el fiduciario o la herencia yacente), el que recogía el proyecto de ley origen de la Ley 10/2018 (en el que se daba una alternativa a los contribuyentes de tributar en el momento inicial el administrador o bien cada causahabiente en cada llamamiento), el que incorpora una proposición de ley actualmente en debate (en sentido muy pare-

cido al que proponía el citado proyecto de ley que no vio la luz) o los que puedan desprenderse de pronunciamientos de los tribunales económico administrativos respecto de la situación anterior a 1 de enero de 2013. Creemos que con tal batería de opciones parece justificada la afirmación inicial de que al menos algo de controversia sí que arroja la fiducia (o se arroja sobre ella).

Al repaso de estos distintos planteamientos dedicamos las posteriores reflexiones por entender que, comprendiendo los diferentes puntos de vista, se estará en mejor disposición de conseguir una tributación que resulte sistemática si consideramos todos los impuestos concernidos, pero también armónica con el basamento civil que debe servir de referencia. Ese deseable producto final, en nuestra opinión, sólo se alcanzará cuando exista una decidida intervención del poder legislativo competente para ello que, hoy por hoy, es el nacional.

### *3.1. Contexto normativo y jurisprudencial*

Frente al precepto legal vigente proliferan interpretaciones, propuestas y alternativas con distinto fin. Para encuadrarlas adecuadamente y comprender cómo es posible que haya tantas posibles soluciones, es preciso subrayar dos circunstancias relevantes: El ISD es un impuesto cedido y el TS anuló por sentencia de 30 de Enero de 2012 el artículo 54.8 RISD relativo a esta institución aragonesa.

#### *3.1.1. ISD como impuesto de titularidad estatal cedido a las CCAA*

La relevancia de que el ISD sea un impuesto cedido la justificamos a través de sus distintos efectos.

Por un lado, coexiste una normativa estatal y otra autonómica. La estatal está compuesta fundamentalmente de una ley y un reglamento que contienen una regulación completa y congelada del impuesto. Completa en el sentido de que contiene detalle de todos los elementos de la liquidación del impuesto. Congelada en el sentido de que, como sucede en otros impuestos cedidos, es la excepción a los cambios motorizados que caracterizan al derecho fiscal.

Por su parte, la capacidad autonómica sólo se proyecta sobre los elementos de la liquidación que le permiten las reglas de cesión de impuestos estatales. De modo resumido procede indicar que las CCAA tienen vedados todos los elementos previos a la cuantificación de la base imponible (esto es, definición del hecho imponible, establecimiento de supuestos de exención, fijación del devengo o la propia cuantificación de la base sobre la que tributar) y sólo a partir de ese hito liquidatorio tienen protagonismo los poderes regionales (por tanto, con capacidad para establecer reducciones de la base, fijar tipos impositivos o establecer deducciones y bonificaciones de la cuota). En el caso de Aragón la normativa se recoge en el TR y, por el juego de los puntos de conexión recogidos en 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, es aplicable en aquellas sucesiones en las que el causante tuviera su residencia habitual en nuestra Comunidad, no a cualquier herencia cuya ley civil interna sea la aragonesa. Por lo que respecta a la fiducia, ahora mismo, sólo existe una regulación tributaria y es la contenida en los artículos 131-4 y 133-2 TR. Conforme a lo dicho, no son aplicables a cualquier fiducia sino solo a aquellas (que evidentemente son la inmensa mayoría) que instrumenten la herencia de aquellos que tuvieron su última residencia habitual en Aragón.

### 3.1.2. STS de 30 de enero de 2012. La de la mudanza

El otro extremo con el que pretendemos enmarcar las distintas opiniones sobre cómo debe tributar la fiducia (en realidad buena parte de ellas son sobre cómo no debería tributar) es el impacto que supuso la STS de 30 de enero de 2012 al mudar el criterio mantenido en su sentencia de 31 de marzo de 2004.

Al margen de sus fundamentos<sup>4</sup>, la enumeración de algunos de los efectos que desencadenó posteriormente esa jurisprudencia, ordenados en función de quién los impulsó, ilustra sobre la conflictividad de esta cuestión y el carácter decisivo de la sentencia:

- Los órganos administrativos de revisión en vía económico administrativa acogieron rápidamente la doctrina del TS. En esencia lo que hicieron fue proyectar sobre la norma aragonesa con rango de ley vigente hasta 1 de enero de 2013 los vicios que llevaron al TS a anular el artículo 54.8 RISD. Lo hizo en primer término el TEAR de Aragón, lo confirmó el TEAC y posteriormente también el TSJ de Aragón. Conviene precisar ya que la inaplicabilidad de la redacción anterior del artículo 133-2.2 no se ha extendido a la versión actualmente vigente.
- También la DGT del Ministerio recogió el guante que le ofrecía el TS. Pero conforme al sentido de las competencias de cada cual, a diferencia de los órganos administrativos revisores (los TEA), la DGT no se pronunció sobre el pasado, sino que sentó criterio administrativo hacia el futuro.
- Parece también evidente, basta cotejar las fechas de una y otra, que la modificación del artículo 133-2.2 TR fue aprobada por las Cortes de Aragón como consecuencia de la Sentencia del TS.

---

4. Como luego se comenta, y conforme a lo que nos parece adecuado, el TS no valoró tanto la separación fiscal de los criterios civiles sino que, en la medida en que el carácter reglamentario de la norma ventilada se lo permitía, fundó el exceso reglamentario en referencia, más bien escueta, a su inconstitucionalidad.

### 3.2. Comentario de las distintas opciones

#### 3.2.1. El artículo 133-2.2 TR

De todos los criterios o alternativas, es el único que está recogido en una norma. Además, con rango de ley. En condiciones normales debería ser suficiente para presentarlo como el buen criterio pero, evidentemente, ésta es una opinión que está lejos de ser unánime.

Como toda norma autonómica, en la primera fase de su análisis hay que hacer especial referencia a su encuadre dentro de las capacidades normativas de nuestras Cortes. Como tal estudio se hace extensamente más adelante, remitimos la cuestión a ese momento, advirtiéndolo, eso sí, que el artículo 133-2.2 vigente se adapta al criterio que el TS implícitamente establece de entender devengado el impuesto en el momento del fallecimiento del causante.

Fundamentalmente lo que hace este artículo es regular una liquidación a cuenta (figura en absoluto extraña en el impuesto como demuestra el artículo 35 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones BOE de 19 de diciembre, en adelante LISD) a cargo de quienes, en ausencia de delación hereditaria o pactada, tendrían la condición legal de herederos para posteriormente, una vez conocido el definitivo reparto, proceder a las liquidaciones pertinentes.

#### 3.2.2. La mudanza de criterio del TS

La evolución de la más alta jurisprudencia en cuanto al momento en que debe entenderse devengada la adquisición fiduciaria ha sido vertiginosa y se ha rematado con un drástico giro.

Un primer hito fue la Sentencia de 21 de abril de 2003, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, recaída en el Recurso contencioso-administrativo número 808/1999; Sentencia de la que se derivó el planteamiento de la Cuestión de ilegalidad número 15/2003 ante el Tribunal Supremo.

La referida Sentencia, en su Fundamento de Derecho Cuarto manifestaba que: *«En todo caso, y en cuanto aquí importa, lo cierto es que mientras que el fiduciario que no adquiere en cuanto tal derecho alguno de contenido patrimonial sobre la herencia, sino tan sólo la función de integrar la última voluntad del causante no efectúe nombramiento hereditario o asignación concreta de bienes, no puede decirse que exista delación sucesoria, en la medida que tampoco existe vocación hereditaria, de forma que ninguno de los posibles beneficiarios de la fiducia tiene un efectivo derecho sobre la herencia hasta tanto el fiduciario no haga uso de sus facultades en la situación de pendencia del ejercicio por el fiduciario de sus funciones, los descendientes y parientes, eventuales beneficiarios, en todo o en parte, no son llamados a la herencia, ni pueden en consecuencia aceptarla, adquiriendo sólo una expectativa de que se le asignen todos o parte de los elementos*

*patrimoniales que componen la herencia del causante, pero no adquieren ningún derecho actual sobre ellos, ni en forma individual ni conjunta. En dicho sentido se pronuncia expresamente, aunque no resulte aplicable (dada su aprobación posterior a los hechos debatidos en la Sentencia), el artículo 133.1 de la Ley 1/1999, de 4 de marzo, de Sucesiones por causa de muerte de Aragón, en el que se señala que “a todos los efectos legales, la delación de la herencia no se entenderá producida hasta el momento de la ejecución de la fiducia o de su extinción”, disponiendo el apartado siguiente que «mientras no se defiera la herencia, se considerará en situación de herencia yacente (...)».*

En virtud de dichas consideraciones, la citada Sentencia estimaba que hasta la ejecución de la fiducia no se producía adquisición de bienes por el heredero, por lo que concluía en la ilegalidad del artículo 54.8 del RISD, que establecía para los casos de fiducia sucesoria aragonesa el devengo del impuesto al fallecimiento del causante, sin perjuicio de las liquidaciones complementarias que pudiera corresponder realizar a la ejecución de la fiducia.

En concreto, se estimaba que el referido artículo vulneraba el artículo 1 de la LISD —«constituye el hecho imponible: a) La adquisición de bienes y derechos por herencia, legado o cualquier otro título sucesorio»— y el artículo 5 —«estarán obligados al pago del Impuesto a título de contribuyentes, cuando sean personas físicas: a) En las adquisiciones «mortis causa», los causahabientes»—, ya que, según consideraba la reiterada Sentencia, hasta la ejecución de la fiducia sucesoria no existían causahabientes ni se producía adquisición de bienes.

No obstante dicho criterio, la Sentencia de 31 marzo de 2004, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, que resuelve la Cuestión de Ilegalidad número 15/2003, derivada de la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón a la que se ha hecho referencia hasta ahora, desestimó la Cuestión de ilegalidad presentada.

Dicha desestimación fue fundamentada por el Tribunal Supremo, entre otros argumentos expuestos en el Fundamento de Derecho tercero de la Sentencia referida, en que *«Frente a la tesis romanista del Código Civil, de que, según los artículos 989, 991 y 1006, no existe transmisión hereditaria hasta la aceptación de la herencia, el criterio seguido por las normas fiscales es (optando por el sistema germánico previsto en los artículos 440, 647 y 661 del CC) el de que la transmisión se produce por el mero hecho del fallecimiento del causante (queriéndose, así, incentivar la presentación de documentos relativos a la herencia, aunque todavía no se hubiera decidido, con la aceptación o no de la misma, si se va a ser o no, definitivamente, heredero), tal como ha quedado reflejado en el artículo 24.1 de la Ley 29/1987 (“En las adquisiciones por causa de muerte..., el impuesto se devengará el día del fallecimiento del causante...”)*».

A lo que se une que la fijación del devengo en el momento del fallecimiento del causante y no en el momento de la ejecución de la fiducia, está, según el Tribunal Supremo, *«...en la línea del artículo 36 de la LGT (actual artículo 17.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria —BOE de 18 de diciembre—),*

*donde se dispone que la posición del sujeto pasivo y los demás elementos de la obligación tributaria no podrán ser alterados por actos o convenios de los particulares, sin perjuicio de sus consecuencias jurídico privadas».*

En esas estábamos cuando aparece la STS 30-1-2012, rompiendo con el criterio de 8 años antes y derogando el artículo 54.8 RISD. El criterio lo ha seguido manteniendo el TS en posteriores sentencias.

Las razones por las que se aparta de su criterio anterior el TS, las explica de la siguiente manera: *En nuestra sentencia de 31 de marzo de 2004, de cuyo criterio ahora nos separamos, recordamos que la Ley 29/1987 sigue la pauta del derecho germánico consistente en considerar producida la transmisión hereditaria con la muerte del causante, impidiendo al Reglamento situar tal evento en otro momento distinto, que, como se deduce de sus artículos 10.2 y 75, es el del óbito del transmitente, pero entonces no tuvimos suficientemente en consideración que en el caso de la fiducia aragonesa, a diferencia de lo supuestos de herederos desconocidos a que alude el precepto citado en segundo lugar, no hay aún institución hereditaria y, por consiguiente, no existe sujeto pasivo. Parece evidente que para que se produzca el hecho imponible y el tributo se devengue tiene que mediar una transmisión hereditaria, que no puede acontecer mientras no se designe uno o varios herederos. Por ello, la propia Ley (artículo 24.3) retrasa el devengo cuando esa institución y la consiguiente adquisición de bienes esté sometida a plazo, condición, fideicomiso u otra limitación análoga al momento en que el obstáculo desaparezca y la institución hereditaria adquiera carta de naturaleza.*

*Los problemas de prescripción y el riesgo grave de fraudes que entonces exponíamos no pueden prevalecer sobre la realidad incontestable de que, mientras el fiduciario no ejecute el encargo, no hay institución hereditaria. Esta conclusión se evidencia con claridad a la luz del testamento mancomunado que se encuentra en el origen de este litigio. En la cláusula tercera, cada cónyuge encarga al otro asignar y distribuir la herencia entre el círculo de parientes que designan, cuándo y cómo tuvieren por conveniente, en una o varias veces, tanto por actos inter vivos como mortis causa. Sólo para el caso de conmorencia o de que el sobreviviente no hiciese uso de sus facultades de fiduciario, o en el remante si lo hubiere, en la cláusula cuarta realizan la institución hereditaria, asignando porcentajes a cada uno de los llamados, prueba irrefutable de que, mientras la fiducia no se consumare o se extinguiere por muerte del fiduciario (artículo 148 de la Ley 1/1999), no había institución de heredero alguno.*

No es fácil identificar ni resumir las verdaderas razones que llevan al TS a su fallo. Quizás el párrafo más ilustrativo es el siguiente:

*Así pues, el mencionado precepto reglamentario permite liquidar, si bien con carácter provisional, el impuesto sobre sucesiones a personas de las que se ignora, de momento, si van a llegar a heredar, con lo que, de entrada, ya se atisba una cierta contradicción con el sistema de la Ley 29/1987, que sitúa el devengo del impuesto en el momento del fallecimiento del causante (artículo 24.1), pero, obviamente, respecto de quienes se sabe que son los sujetos pasivos, esto es, los causahabientes [artículo 5.a)], aun cuando todavía*

*no hayan recibido el caudal relicto. Por ello, el apartado 3 del artículo 24 de la propia Ley difiere la adquisición de los bienes y, por tanto, el devengo del impuesto, al momento en que desaparezca la condición, el término, el fideicomiso o cualquier otra limitación que pendiere sobre la institución hereditaria. El artículo 54.8 del Reglamento autoriza a liquidar un impuesto sobre sucesiones sobre personas que no se sabe si van a heredar y, por ello, si van a llegar a adquirir la condición de sujeto pasivo del tributo. Desconoce así los artículos 1, 3 y 5 de la Ley en cuanto gravan los incrementos patrimoniales obtenidos lucrativamente vía herencia, legado o cualquier otro título sucesorio por lo causahabientes en la sucesión mortis causa. Y, de este modo, al recaer sobre el patrimonio de alguien que no ha recibido una herencia ni se sabe si la recibirá, ignora un principio capital, y constitucional, de nuestro sistema tributario, cual es el de capacidad contributiva, proclamado en el artículo 31.1 de nuestra Norma Fundamental y recogido en el artículo 3.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (BOE de 18 de diciembre), como antes lo estaba en el 3 de Ley 230/1963, de 28 de diciembre, de igual nombre (BOE de 31 de diciembre). Recuérdesse que, ya en sus primeros pronunciamientos (sentencia 27/1981, de 20 de julio), el Tribunal Constitucional dejó claro que el principio de capacidad contributiva obliga a buscar la riqueza allí donde se encuentra (FJ. 4º) y, desde luego, a efectos del impuesto sobre sucesiones no cabe hablar de tal en relación con una persona de la que se ignora incluso si va a llegar a adquirir la condición de heredero*

Uno de los elementos más sorprendentes de la Sentencia es el ejercicio de asesor del legislador (mejor, del autor del reglamento) que realiza en sus últimos párrafos, al ofrecer alternativas para construir la tributación de la fiducia en el ISD (que siendo quien es el proponente, habrá que entender conformes a la Constitución y la ley del impuesto):

— Estima, en primer lugar, *«que se podría haber adoptado respecto de la fiducia aragonesa la solución que, para otras fórmulas (fideicomisos y heredamientos de confianza), recoge en el propio artículo 54, gravando al fiduciario, bien en su condición de tal, bien considerándole, en su caso, usufructuario del caudal relicto, con derecho de reintegro si a ello hubiere lugar o de compensación para el fideicomisario»*. Nos llama la atención que se ofrezca como alternativa a un exceso reglamentario una solución basada en otro apartado del mismo artículo en el que se ubica la normativa anulada. Fundamentalmente porque la consistencia de legalidad de la regulación reglamentaria de los fideicomisos no parece ser mucho mayor que la que se consideró para anular el apartado 8 de ese artículo 54.

— También le resultaría aceptable que *«..., a la vista de que mientras no se ejecute la fiducia ni se defiera la herencia, se considera esta última en situación yacente ( artículo 133.2 de la Ley de las Cortes de Aragón 1/1999), que ha de ser administrada por el fiduciario o en su caso, el cónyuge viudo con el alcance dispuesto en los artículos 134 y siguientes de dicha Ley , podría haber hecho tributar a esa herencia en la persona de su administrador, como autorizaba el artículo 33 de la Ley General Tributaria de 1963 y permite hoy el 35.4 de la Ley homónima de 2003, sin perjuicio de las compensaciones ulteriores que procedieren»*.

Las dos opciones que plantea el TS tienen un denominador común: Sitúan el devengo en el momento del fallecimiento. Lo cual no deja de ser curioso cuando una manera generalizada de interpretar la sentencia, que no compartimos, es que anula el precepto reglamentario por no estar en consonancia con el artículo 24.3 LISD, supuesto valedor de diferir la tributación hasta la ejecución fiduciaria. Y es que, quienes así interpretan la STS, consideran que la pendencia fiduciaria impediría el devengo del impuesto.

También es común la valoración global que puede hacerse de las dos propuestas legislativas del TS desde una perspectiva extrajurídica: Son bastantes más perjudiciales para los contribuyentes que la aplicada por la normativa aragonesa actualmente vigente.

### *3.2.3. Criterios de los órganos revisores del Ministerio de Hacienda*

A fecha de hoy no existe pronunciamiento de los tribunales económico-administrativos sobre la normativa aragonesa vigente, pero puede traerse a colación su criterio sobre la legislación existente hasta 1 de enero de 2013.

Tras la anulación del artículo 54.8 RISD, el Tribunal Económico-Administrativo Regional de Aragón inició el 25 de octubre de 2012 una singular línea argumental por la que inaplica la normativa aragonesa vigente hasta diciembre de 2012 con el principal argumento de que como las Cortes de Aragón no pueden decir lo que aparentemente están diciendo, no considera que el artículo diga lo que está diciendo.

Tal interpretación, a juicio de la DGT de la DGA, resultaba gravemente dañosa y errónea y planteó en enero de 2013 un Recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio, ante el Tribunal Económico-Administrativo Central.

El TEAC, en su Resolución de 10 de octubre de 2013, en absoluto comparte la visión del recurrente. Considera que, a la vista de las consideraciones formuladas por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 30 de enero de 2012 (rec. nº 6318/2008), 20 de marzo (rec. nº 184/2009) y 2 de abril de 2012 (rec. nº 6242/2008), y fundamentando expresamente el artículo 131-4 del Real Decreto Legislativo 1/2005, de 26 de septiembre, que aprueba el Texto Refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de tributos cedidos, en su redacción vigente hasta 31 de diciembre de 2012, la práctica de las liquidaciones provisionales en los casos de sucesión hereditaria ordenada mediante fiducia pendiente de ejecución, en un artículo de un reglamento estatal declarado nulo (el artículo 54.8 del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones), confirma el criterio expresado por el TEAR de Aragón en el sentido de entender que dicho precepto legal autonómico ha quedado desprovisto del fundamento normativo que permita su efectiva aplicación.

La STSJ Aragón de 6 de abril de 2016 confirma el criterio del TEAC y del TEAR.

Como la cuestión está definitivamente cerrada en la práctica, simplemente subrayamos una idea sobre esta controversia pues nos permitirá su posterior uso. Tanto los dos órganos administrativos como el TSJ están de acuerdo en algo de tanta relevancia como la inaplicación de una norma con rango de ley. Literalmente lo que dice el Tribunal Central es que «confirma el criterio expresado por el TEAR de Aragón en el sentido de entender que dicho precepto legal autonómico ha quedado desprovisto del fundamento normativo que permita su efectiva aplicación».

Las razones que dan para ello se entremezclan y no siempre es fácil seguir su hilo. Aparentemente son tres: la ley aragonesa apoyaba<sup>5</sup> su sistema liquidatorio en un artículo declarado nulo (54.8 RISD), la ley aragonesa no puede determinar los sujetos pasivos del ISD en el sentido que lo hacía<sup>6</sup> y, finalmente, el TSJ añade también un exceso en la labor de refundición.

Frente a esa triple motivación hubiéramos preferido alguna reflexión más pues el artículo 131-4 que se «remitía» al art. 54.8 RISD no es el que ordenaba la liquidación (lo era, y es, el 133-2), el eventual vicio de la ley aragonesa debería ventilarse como problema de constitucionalidad y por tanto correspondería el asunto al TC y, finalmente, respecto del argumento de una indebida inclusión del artículo 133-2 en el texto refundido<sup>7</sup>, debería confrontarse tal conclusión con el art 11 de la ley 26/2003 que es el que se incorporó al TR.

---

5. El TEAC justifica esta razón en que fundamentaba expresamente el artículo 131-4 del Real Decreto Legislativo 1/2005 —en su redacción vigente hasta 31 de diciembre de 2012— la práctica de las liquidaciones provisionales en los casos de sucesión hereditaria ordenada mediante fiducia pendiente de ejecución, en un artículo de un reglamento estatal declarado nulo (el artículo 54.8 del Reglamento del Impuesto)

6. Esta línea argumental de que la ley aragonesa no puede decir lo que dice y que por tanto no es aplicable lo inició el TEAR. El TEAC, entendemos que con mejor criterio, reconduce esa argumentación diciendo que no se trata de discutir la constitucionalidad del ejercicio normativo autonómico. Pero el TSJ parece retomar la línea del TEAR al señalar que: «Por otra parte, tampoco puede desconocerse que el Impuesto de Sucesiones, si bien de titularidad estatal, está cedido a la Comunidad Autónoma, cesión que supone que ésta haga suya la recaudación del referido impuesto —artículo 32.1 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 modifica determinadas normas tributarias—, y si bien dicha ley 22/2009, prevé la asunción de competencias normativas con relación al tributo por parte de las Comunidades Autónomas, entre las mismas no se incluye la regulación del obligado tributario».

7. Dice al respecto el TSJ: «Debiendo añadirse que no existe precepto autonómico que hubiera podido ser objeto de refundición, lo cual resulta lógico si tenemos en cuenta que la Comunidad Autónoma no tendría competencia para dictarlo, pues excedería al ámbito normativo que le ha sido atribuido».

### 3.2.4. Criterio de la Dirección General de Tributos del Ministerio de Hacienda (contestación a consulta vinculante V0095-17)

Señalamos esta contestación porque, aunque la V0397-16 le precedió en el establecimiento del criterio administrativo, la primera en el tiempo hacía referencia a un residente en Cataluña mientras que en la segunda el consultante tiene vecindad civil aragonesa.

Este dato, irrelevante para el análisis del fondo del criterio, es sin embargo muy importante a la hora de plantearse si el criterio que traza el Ministerio lo es sólo para territorios donde no alcanza la ley fiscal aragonesa o si también se aplica en nuestra región. Mientras no se dictó la V 0097-17, era interpretable que la DGT entendía que donde no fuera aplicable la ley aragonesa le correspondía al Ministerio interpretar la ley del impuesto para dar solución a cómo tributa la fiducia una vez desaparecida su normativa reglamentaria.

Analizamos primero el fondo del asunto y posteriormente nos referiremos al ámbito territorial de la norma.

La DGT comienza su razonamiento justificando en la anulación del apartado 8 del artículo 54 del RISD el que haya que «acudir a los preceptos generales que regulan en la LISD determinadas instituciones especiales».

En concreto, su elegido es el artículo 26 de la Ley 29/1987 dedicado a la tributación del usufructo y otras instituciones. Este precepto, a través de distintos apartados, contiene las normas relativas al derecho de usufructo, tanto a la constitución como a la extinción, a las sustituciones, reservas, fideicomisos e instituciones sucesorias forales. La DGT fija su atención en los apartados d y e que tienen la siguiente redacción: *d) Siempre que el adquirente tenga facultad de disponer de los bienes, se liquidará el impuesto en pleno dominio, sin perjuicio de la devolución que, en su caso, proceda. e) La atribución del derecho a disfrutar de todo o parte de los bienes de la herencia, temporal o vitaliciamente, tendrá a efectos fiscales la consideración de usufructo y se valorará conforme a las reglas anteriores.*

Uniendo ambos apartados concluye en que: *«Si, como se indica en la letra e) del precepto, el fiduciario tiene derecho a disfrutar de todo o parte de los bienes de la herencia, temporal o vitaliciamente, se considerará, a efectos del ISD, como un usufructo de tales bienes. En tal caso, se valorará y tributará conforme a las reglas expuestas en la letra a) del artículo 26 de la LISD. Si, además, tiene la facultad de disponer de los bienes, de acuerdo con lo dispuesto en la letra d) del precepto, se liquidará el impuesto en pleno dominio, liquidación que tendrá carácter provisional, a la espera de que el fiduciario, en su caso, ejecute la fiducia, momento en el que podrá solicitar la devolución que proceda, por la parte correspondiente a la nuda propiedad de los bienes que finalmente entregue a los herederos».*

*En relación con lo anterior, cabe señalar que para que el fiduciario tribute por el concepto de usufructo temporal o vitalicio no es necesario que tenga la condición de*

*usufructuario, pues el precepto dispone que tributará como tal quien tenga derecho a disfrutar de todos los bienes o de parte de ellos. Además, si el fiduciario tiene la facultad de disponer de los bienes —aunque sea previa autorización—, deberá tributar por el pleno dominio, sin perjuicio de la devolución que, en su caso, proceda. A este respecto, debe tenerse en cuenta que el precepto se refiere a la facultad de disponer en general, sin mayor especificación. Por ello, debe entenderse comprendido en el concepto tanto la facultad de disponer incondicionada (libre disposición) como la sometida a condición (disposición limitada) —por ejemplo, a autorización por los legitimarios—, desde que la condición se cumpla.*

*En cuanto a las cuestiones concretas planteadas por los consultantes, cabe indicar que el cónyuge supérstite deberá liquidar conforme a lo establecido en el artículo 26.d) y e) de la LISD. En consecuencia, deberá tributar por el usufructo viudal que le corresponda sobre los bienes del cónyuge fallecido, así como, en su caso, por el usufructo temporal o vitalicio de aquellos bienes de los que tenga derecho a disfrutar, aunque no sea el usufructuario de ellos. Además, si el fiduciario tiene la facultad de disponer de los bienes, deberá tributar por el pleno dominio, sin perjuicio de la devolución que, en su caso, proceda. En cuanto a los descendientes del matrimonio, posibles herederos de la herencia fiduciaria, deberán tributar por ella siempre que tengan derecho disfrutar de los bienes de la herencia.*

Es decir, el criterio vinculante que establece el Ministerio de Hacienda se caracterizaría por:

- Considerar al fiduciario a efectos del ISD como usufructuario si tiene derecho a disfrutar de todo o parte de los bienes de la herencia, temporal o vitaliciamente
- Si, además, tiene la facultad de disponer de los bienes, se liquidará el impuesto en pleno dominio, sin perjuicio de la devolución que, en su caso, proceda por la parte correspondiente a la nuda propiedad de los bienes que finalmente entregue a los herederos.
- Conforme al artículo 26 considera que «los descendientes del causante deberán tributar por la herencia fiduciaria siempre que tengan derecho disfrutar de todos o parte de los bienes de dicha herencia».

El criterio no sólo es bastante más gravoso para los posibles interesados, sino que aparenta también tener bases civiles y fiscales escasamente fundadas:

- Parece desconocer que el uso y disfrute de los bienes, en el esquema hereditario más habitual, recae en el usufructuario. No en el fiduciario. Que en la práctica suela ser habitual que se dé en la misma persona esa doble condición no puede llevar a confundir el título jurídico de sus facultades. Dicho de otro modo, el problema habitual no es resolver a quién corresponda el uso y disfrute de los bienes, pues en caso de viudedad el supérstite será su titular.

- Existiendo usufructuario, el fiduciario no tiene el uso y disfrute de los bienes. Pero si no hay usufructuario, tampoco le corresponde, salvo previsión específica, tal poder jurídico. Por tanto, la primera conclusión sobre la consideración fiscal del fiduciario como usufructuario es normalmente inaplicable, o por existir ya quien tiene ese derecho o por no corresponder al fiduciario la posesión y disfrute de los bienes.
- La construcción fiscal trata de armarse identificando al fiduciario como usufructuario (con apoyo en la letra e del artículo 26) y sobre esa base considera que, si puede disponer de los bienes, tributará (letra d del mismo artículo) como pleno propietario. Dos dudas, de corte tributario esta vez, nos sugiere esta idea.
  - o El poder de disposición que tiene el fiduciario está condicionado al pago de las cargas hereditarias o está sometido al principio de subrogación real. Montar sobre tal esquema civil la tributación a cargo de quien no tiene enriquecimiento alguno, nos parece de imposible subsunción en el artículo 26 y se nos antoja que debería merecer parecido reproche al que el que sufrió el artículo 54.8 en la STS de 30 de enero de 2012. Aunque, conviene recordarlo por la influencia lógica que haya podido tener en el criterio de la DGT, es esa misma sentencia la que proponía la tributación del fiduciario.
  - o Otra posible debilidad de hacer tributar como pleno propietario al fiduciario es que, al razonar la DGT esa conclusión, lo hace escalonadamente, siendo la condición de usufructuario el primer paso, y sólo reconociéndosele tal cualidad, podría llegar a ser adicionalmente considerado fiscalmente pleno propietario si tuviera la disposición de los bienes. Pero como hemos razonado que normalmente no podrá situarse al fiduciario en el primer escalón, no acertamos a ver cómo se le pueda aunar al segundo.
- La conclusión de que los hijos del causante tributarán si tienen derecho de uso sobre los bienes relictos, situación infrecuente en la práctica y extraña en nuestras leyes, abona la suposición del incorrecto entendimiento de nuestra normativa civil.

Expuesto nuestro parecer sobre el fondo del criterio administrativo consideramos de relevancia profundizar sobre su ámbito territorial de aplicación.

Ya se ha dicho que en la consulta se especifica claramente la vecindad civil aragonesa de los consultantes. Naturalmente, tal condición no implica su residencia habitual en Aragón en el momento del fallecimiento, pero es una probabilidad que quizás debería haberse ponderado en la contestación pues es de la máxima relevancia y hubiera evitado más de un equívoco y cierta situación de incertidumbre.

En nuestra opinión<sup>8</sup>, cuando existe ley fiscal autonómica sobre una cuestión, el órgano competente para interpretarla es el autonómico. Por tanto, o bien la DGT entendió (quizás porque la consulta se le dirigió a ella y no a su equivalente en el gobierno de Aragón) que debía contestar en atención a la única norma sobre la que puede emitir criterios vinculantes en este impuesto (la LISD), o bien desconocía la regulación autonómica o, finalmente, consideró desplazable la ley fiscal aragonesa.

Interesa ahora referirse a esta tercera alternativa porque, aunque luego se intentó reconducir, parece basarse en parecidos postulados a los que se han seguido en vía económico-administrativa y por nuestro TSJ. Nos referimos a la inaplicación de una ley autonómica (en este caso, tributaria y aragonesa) por sospecha o convencimiento del actor jurídico de su inconstitucionalidad.

Dicho de un modo más directo ¿es posible que pueda decidirse en vía administrativa o judicial que una ley no es aplicable por un vicio de inconstitucionalidad, por muy evidente que pudiera resultar?

La STC 195/2015 puede ayudar a resolver la pregunta pues se plantea, precisamente, quién debe declarar la inconstitucionalidad de una ley autonómica que se considera que vulnera el bloque de constitucionalidad. Copiamos a continuación sus fundamentos 6 y 7 subrayando aquello que nos parece más relevante en nuestro análisis.

*6. Llegados a este punto, es obligado retomar lo que expusimos en los fundamentos jurídicos 7 y 8 de nuestra STC 187/2012 —luego citados en la STC 177/2013, FJ 3—, con el fin de precisar la doctrina contenida en la misma, pues ese fue uno de los motivos por los que entendimos que la demanda tenía especial trascendencia constitucional.*

*Afirmábamos en la STC 187/2012 que este Tribunal tiene declarado que forma parte del conjunto de las facultades inherentes a la potestad de juzgar, privativa de los Jueces y Tribunales del Poder Judicial por mandato de la propia Constitución (art. 117.3 CE), la de seleccionar la norma jurídica aplicable al caso concreto de entre las varias posibles, su interpretación y la subsunción en ellas de los hechos. E indicamos que «en consecuencia, ninguna tacha de constitucionalidad podría merecer la determinación de la norma aplicable al caso por el juez ordinario». Sin embargo, señalábamos también en dicha resolución la necesidad de atender a los efectos que en cada caso se deriven de dicha operación de selección de la norma aplicable. Tales efectos eran la realización implícita del encuadramiento competencial de la norma legal autonómica cuya aplicación se pretendía, que determinó el desplazamiento e inaplicación de la misma, sin plantear la*

8. La opinión no requiere más esfuerzo argumental que recordar el artículo 55.2.a de la ley 22/2009 conforme al cual 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».

cuestión de inconstitucionalidad. Lo que a su vez comportaba su reiterada inaplicación y producía un efecto parecido a la derogación de la norma inaplicada pese a tratarse de una ley postconstitucional.

Ateniéndonos al supuesto de autos, ha de resaltarse que la inaplicación de la norma autonómica al caso enjuiciado se produce al considerar los órganos jurisdiccionales que esta es contraria a la ley básica estatal. En otras palabras, por entender que «una norma con rango de ley, aplicable al caso, de cuya validez dependa el fallo es contraria a la Constitución» (art. 163 CE) o, más precisamente, al bloque de la constitucionalidad, del que forman parte las leyes básicas (art. 28.1 LOTC).

Por ello, los órganos jurisdiccionales debieron plantear la cuestión de inconstitucionalidad conforme dispone el art. 163 CE. Porque, como señalábamos en la STC 187/2012, de 29 de octubre (FJ 8), con cita de las SSTC 73/2000, de 14 de marzo, FJ 4; 104/2000, de 13 de abril, FJ 8; 120/2000, de 10 de mayo, FJ 3; 173/2002, de 9 de octubre, FJ 9 y 66/2011, de 16 de mayo, FJ 6, los «órganos jurisdiccionales no pueden fiscalizar las normas postconstitucionales con rango de ley», en tanto que «el constituyente ha querido sustraer al juez ordinario la posibilidad de inaplicar una ley postconstitucional ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución ... La depuración del ordenamiento legal, vigente la Constitución, corresponde de forma exclusiva al Tribunal Constitucional, que tiene la competencia y la jurisdicción para declarar, con eficacia erga omnes, la inconstitucionalidad de las leyes, tanto más cuanto en un sistema democrático la ley es expresión de la voluntad popular —como se declara en el preámbulo de nuestra Constitución— y es principio básico del sistema democrático y parlamentario hoy vigente en España».

7. Lo anteriormente expuesto permite concluir que la facultad de seleccionar la norma jurídica aplicable al caso concreto, inherente a la potestad de juzgar y privativa de los Jueces y Tribunales del Poder Judicial (art. 117.3 CE), a la que aluden las resoluciones impugnadas como fundamento de su decisión, no alcanza a desplazar una ley postconstitucional ante un eventual juicio de incompatibilidad con la Constitución, sin que a ello se oponga que la contradicción con la Constitución no sea directa, sino mediata, esto es por una eventual contradicción de la norma legal autonómica con la legislación estatal básica. En este sentido, «comprobar si la calificación de lo básico realizada por el legislador ha sido correcta es función privativa de este Tribunal» (STC 156/1995, de 26 de octubre, FJ 4), a quien le corresponde determinar si la norma estatal se desenvuelve dentro del marco de las competencias del Estado y en consecuencia si la legislación autonómica infringe el bloque de distribución de competencias. De lo que se sigue que los órganos judiciales al inaplicar la norma legal autonómica por considerarla contraria a las bases estatales, sin plantear la cuestión de inconstitucionalidad, han desbordado los contornos propios de su potestad jurisdiccional (art. 117.1 CE), y con ello han vulnerado los derechos fundamentales consagrados en los arts. 24.1 y 24.2 CE.

### 3.2.5. Sistema de liquidación prevista en la proposición de ley

Como se ha anticipado en la introducción, en este mes de noviembre se está debatiendo en las Cortes de Aragón una proposición de ley que previsiblemente se aprobará finalmente en diciembre con el siguiente texto:

*«Artículo 133-2 Procedimiento para liquidar las herencias ordenadas mediante fiducia*

*1. El procedimiento establecido en este artículo se aplicará a toda sucesión por causa de muerte ordenada por uno o varios fiduciarios, conforme a lo dispuesto en el Libro Tercero, Título IV, del Código del Derecho Foral de Aragón, texto refundido de las Leyes civiles aragonesas, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón.*

*2. Cuando en el plazo de presentación de la autoliquidación del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones no se hubiere ejecutado totalmente el encargo fiduciario, deberá presentarse una declaración informativa y copia de la escritura pública a que hace referencia el artículo 450 del Código del Derecho Foral de Aragón por quien tenga la condición de administrador del patrimonio hereditario pendiente de asignación.*

*La declaración informativa tendrá el contenido que se fije mediante orden del Consejero competente en materia de hacienda y deberá presentarse con periodicidad anual hasta la completa ejecución fiduciaria. Entre otros datos, deberá contener información suficiente sobre los pagos, disposiciones o ejercicio de facultades a que se refieren los artículos 451 a 455 del Código del Derecho Foral de Aragón.*

*3. En cada ejecución fiduciaria deberá presentarse la correspondiente autoliquidación en los plazos previstos con carácter general.*

*4. En el caso de que existieran varias ejecuciones a favor de una misma persona, 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 efectivamente adjudicadas a una misma persona.*

*A estos efectos, el límite previsto en el artículo 131-5 del presente texto refundido se aplicará sobre el conjunto de las ejecuciones y no individualmente.*

*5. No obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, el administrador podrá optar por presentar, en el plazo de seis meses desde el fallecimiento del causante, una autoliquidación a cargo de la herencia yacente. Cuando, habiéndose ejecutado totalmente la fiducia, se conozca el destino de los bienes, se girarán liquidaciones complementarias a las iniciales, atribuyendo a cada sujeto pasivo el valor del caudal relicto que realmente se le defirió».*

La opción por la que se decanta esta iniciativa está presidida por un mejor alineamiento con nuestro derecho civil. Su epicentro es que en el momento de la apertura de la sucesión (momento del fallecimiento) no se devengue el impuesto. Éste será exigible cuando con cada ejecución fiduciaria se vayan rea-

lizando civilmente los llamamientos hereditarios. Esta sintonización de la normativa civil y fiscal aragonesas, positiva desde esa estricta perspectiva, tiene un favorable efecto sobre la coordinación del ISD con el IRPF. En efecto, si, como entendemos, la transmisión de bienes relictos todavía no adjudicados por el fiduciario no tributan, *lege lata*, en el IRPF, la imposición por esa eventual revalorización de los bienes se situaría, con la nueva ley, en el ISD. No obstante, la sintonización con la norma civil y esta adecuada coordinación con el IRPF no pueden ocultar las distorsiones que pueden intuirse, y que de inmediato se indicarán, en el propio ISD.

En segundo lugar, dado que nuestro derecho se caracteriza por permitir ejecuciones parciales, la ley fiscal contempla una acumulación de cada una de éstas con las que el beneficiario haya podido obtener de ejecuciones fiduciarias anteriores. Esta norma, en definitiva, lo que cierra es la posibilidad de disminuir la deuda tributaria por el simple expediente de fraccionar las adquisiciones.

La descripción anterior constituiría el régimen general de tributación pues se prevé también que los interesados puedan elegir que el impuesto vaya a cargo de la herencia yacente en la figura, como invitaba a hacer la STS de 30 de enero de 2012, del administrador de la misma.

Se completa la norma con una medida cautelar consistente en una obligación de información para que la Administración tributaria tenga puntual información de las vicisitudes de los bienes relictos. Este conocimiento es relevante desde el punto de vista del control tributario por la afectación de tales bienes al pago de las cargas hereditarias y también por la posibilidad de disponer de ellos. Cuanto más prolongada sea la pendencia fiduciaria, que puede ir más allá de los plazos de prescripción tributaria, tantas más posibilidades de cambios cualitativos y cuantitativos en la composición de la herencia yacente, singularmente cuando está sujeta a fiducia y existe también usufructo viudal. Y como la esencia del nuevo régimen es tributar conforme a lo verdaderamente adjudicado, la pertinencia de la declaración informativa sobre esos bienes parece evidente.

El primer comentario sobre esta norma ha de ser el de su posible exceso sobre las competencias normativas fiscales de la Comunidad Autónoma. Para ello hay que reparar en que se está situando el devengo del impuesto en cada ejecución fiduciaria (en lo que hemos llamado regla general) y que se considera sujeto pasivo (en el régimen opcional que contempla la disposición aragonesa proyectada) a la herencia yacente.

Como se ha anticipado, las CCAA no pueden regular todos los elementos de la liquidación del impuesto. Dos de los que quedan fuera de sus posibilidades son, de modo claro, la determinación del devengo y la del sujeto pasivo.

Vencer esa extralimitación nos parece de cierta dificultad, pero, desde una perspectiva material, situar el devengo del impuesto en cada ejecución fiduciaria

va también en contra de la interpretación del TS, que consideró, es verdad que de modo implícito, que en esta institución civil la regla de devengo fiscal aplicable era la general, esto es, que se producía en el momento del fallecimiento.

Por tanto, un probable escenario en las próximas semanas sería el de que desde la Administración General del Estado se emprendieran las medidas oportunas para solicitar de la C.A de Aragón la modificación de la norma para evitar una posterior interposición de recurso de inconstitucionalidad. Ya se pronunció en tal sentido durante fases anteriores de tramitación de la proposición de ley.

En el caso de que esa iniciativa estatal no se produjera, o de que producida fuera vencida, la tributación de la fiducia en cada ejecución plantea una serie de consecuencias de difícil descripción en estos momentos prenatales de la norma. Pero si parece oportuno referirse a un par de ellos aunque sea con la ligereza propia de los pronósticos y a reserva de un mejor y mayor estudio.

En primer lugar, a lo que pueda resultar de este cambio de fiscalidad y su contemplación conjunta con la tributación que se deriva de la LISD según el criterio del Ministerio de Hacienda. Criterio, recordamos una vez más, vinculante para la Administración aragonesa por ser un impuesto cedido y por tanto de titularidad estatal.

Hasta que entre en vigor esta nueva normativa el escenario está presidido por una aparente contradicción: el criterio administrativo «estatal» es que debe tributar el fiduciario en cuanto se produce el fallecimiento del causante. Sin embargo, la ley aragonesa aplicable ahora mismo hace tributar, en el caso más habitual, a los descendientes de grado más próximo. En ese enfrentamiento, la conducta de la administración aragonesa ha sido dar prioridad, como nos parece natural y normal, a la norma con rango de ley que parece desconocer el intérprete estatal. Debe insistirse en que es un conflicto de imposible conciliación y en el que hay que decantarse por una de las dos alternativas.

Pero cuando esté vigente la nueva normativa, y una vez despejada la duda de su posible inconstitucionalidad, sí que cabría una conciliación entre tal criterio estatal y la ley aragonesa: el fiduciario tributaría en el momento inicial conforme señala la DGT, pero con cada ejecución fiduciaria, cuando ya se sepa quién es heredero, procedería liquidar a éste que, naturalmente, podrá aprovecharse del pago inicial de aquél.

Es decir, de prosperar esta vía interpretativa que simplemente planteamos como opción, estaríamos ante un sistema muy parecido al actual, caracterizado por una liquidación a cuenta inicial individualizada en cada potencial heredero y ajustada en el momento de la finalización completa del encargo fiduciario. Pero el parecido presenta alguna diferencia notable: En la liquidación del fiduciario es difícil encajar los beneficios fiscales más relevantes de nuestra normativa y

resultará una mayor deuda inicial por mor de la progresividad. Y, además, en el orden gestor, con cada ejecución fiduciaria habrá que cumplimentar las obligaciones formales y materiales que en el sistema vigente en noviembre de 2018 sólo se efectúan en el momento final.

Dicho de un modo más claro. La tan criticada ley actual servía de freno, de tapón, a la interpretación de la ley general del impuesto (la LISD) que lleva a tributar al fiduciario. Por raro que pueda resultar, especialmente en el contexto de cúmulo de críticas a la normativa vigente desde 2013, la ley fiscal aragonesa propiciaba no sólo un régimen más favorable al contribuyente que el derivado de la interpretación de la DGT del Ministerio de Hacienda, sino también, aparentemente, del que pueda resultar de la nueva ley.

La otra distorsión que podría generar la nueva fiscalidad de la fiducia apunta como diana hacia otra de nuestras instituciones civiles más destacadas: el usufructo vidual.

Para su breve comentario conviene anticipar que en el IRPF, en nuestra opinión, la disposición de bienes por parte del fiduciario no tributa. Por tanto, no serán infrecuentes las herencias en las que, si existe un prolongado tiempo de yacencia fiduciaria, los bienes integrantes del caudal relicto en el momento de apertura de la herencia vayan desapareciendo por su aplicación a las cargas hereditarias o por su conversión en bienes monetarios, disponibles con el sobresaliente margen de discreción que nuestra normativa civil concede al usufructuario. Llegar a la ejecución fiduciaria final, momento en el que ha de tributarse según la norma propuesta, con un caudal notablemente inferior al que dejó el causante, y con unos costes fiscales, pasados y presentes, prácticamente inexistentes, supone un giro radical a la situación actual y al esquema general que dibuja la LISD.

En ese hipotético contexto no puede descartarse un eventual replanteamiento de la tributación que tradicionalmente se ha ligado al usufructo vidual. El usufructo vidual en Aragón tiene, entre otras, dos singularidades frente al del derecho común: es una institución de familia, no sucesoria, y otorga unas facultades y ventajas a su titular de cierta relevancia. Valga de preclaro ejemplo el usufructo sobre el dinero. Pues bien, el criterio administrativo usualmente seguido ha sido el de liquidar al usufructuario «exclusivamente» por ese concepto. Sin embargo, ese criterio no puede esconder que la letra d) del artículo 26 LISD manejada en nuestro análisis del criterio de la DGT del Ministerio, es potencialmente aplicable al usufructuario aragonés siempre que le corresponda la facultad de disposición. Es decir, que al menos sobre el dinero, parecidos razonamientos a los que hace la DGT sobre la consideración fiscal del fiduciario podrían hacerse sobre el usufructuario. Es más, de hacerse, parece que tendrían fundamentos civiles y fiscales más sólidos, pues no sólo sería indiscutible el goce y disfrute que corresponde al usufructuario, sino que también habría sufi-

ciente asiento normativo para apoyar una visión fiscal del usufructuario como pleno propietario<sup>9</sup>.

#### 4. FINAL

Lo que ciudadanos, profesionales, administración y tribunales han ido argumentando en los últimos años a través de diversas formas e instrumentos debería usarse como mimbres para una completa regulación fiscal de la fiducia y otras instituciones civiles propias. Sin embargo, si se compara el rápido repaso que se ha pretendido dar de los criterios, opiniones y razones de distintos actores jurídicos con lo que se anuncia como nuevo texto legal, no es fácil ser optimistas. En efecto, sin perjuicio de que la tributación de cualquier institución ha de verse en el conjunto de impuestos implicados, aun limitándonos al ISD, no vislumbramos un efecto pacificador definitivo en la nueva regulación de la fiducia que anuncian nuestras Cortes.

---

<sup>9</sup> No procede ahora el análisis completo de tal vía interpretativa pero sí el recordatorio de que en la exposición de motivos de la ley 2/2003, de 12 de febrero, de Régimen matrimonial y viudedad, se calificaba al usufructo del dinero como un cuasiusufructo y por tanto se estaría más cerca de ser considerado también fiscalmente como pleno propietario antes que como «mero» usufructuario.



# LA HERENCIA PENDIENTE DE ASIGNACIÓN FIDUCIARIA. TRATAMIENTO VIGENTE EN LOS DIFERENTES IMPUESTOS. DOCTRINA ADMINISTRATIVA Y RESOLUCIONES DE LOS TRIBUNALES

FERNANDO VILLARO GUMPERT  
Abogado

**SUMARIO:** 1. INTRODUCCIÓN.– 2. IMPUESTO DE SUCESIONES.– 3. IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO.– 4. IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS.– 5. IMPUESTO MUNICIPAL SOBRE EL INCREMENTO DE VALOR DE LOS TERRENOS DE NATURALEZA URBANA.

## 1. INTRODUCCIÓN

La institución aragonesa de la fiducia es, sin duda alguna, la que más controversia ha suscitado durante años por lo que concierne a su tratamiento fiscal en los diferentes impuestos.

Ello ha sido debido a varias razones:

— En primer lugar, a la propia singularidad de dicha figura, en relación a la cual el art. 448 del Código Foral de Aragón establece que « *A todos los efectos legales, la delación de la herencia no se entenderá producida hasta el momento de la ejecución de la fiducia o de su extinción* ». Lo que supone que mientras la fiducia no se ejecute, no hay llamamiento hereditario ni por consiguiente, transmisión a favor o adquisición por parte de ningún causahabiente, encontrándonos ante una suerte de patrimonio carente de titular.

— En segundo lugar, la única referencia a esta institución en la legislación tributaria estatal era la contenida en el art. 54.8 del Reglamento del Impuesto de

Sucesiones. Precepto que adolecía no solo de importantes deficiencias técnicas sino que al exigir el impuesto a quien no es heredero y puede no llegar a serlo nunca, y nada ha recibido, fue finalmente declarado nulo de pleno derecho por la STS de 30-1-2012.

Lo que ha dejado a la «fiducia aragonesa» huérfana de regulación fiscal a nivel de normativa estatal.

— Los intentos del legislador fiscal aragonés por solventar o suavizar el principal problema fiscal de la fiducia —hacer tributar por el impuesto de sucesiones a quien ni siquiera puede considerarse llamado a la sucesión— sin que ello supusiera una merma de la recaudación tributaria se han visto salpicados, además de por su evidente contradicción con la regulación civil de la institución, por la sospecha de inconstitucionalidad e ilegalidad de la normativa autonómica, tanto por exceder de los estrechos límites de la competencia o capacidad normativa en relación a los tributos cedidos que le atribuye la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común, como por persistir en gravar a quien no es heredero y, por tanto, nada ha recibido o adquirido.

— Por lo que se refiere al resto de impuestos, la singularidad de la institución junto a la ausencia de normativa específica provoca una enorme inseguridad e incertidumbre respecto a su tratamiento tributario.

Analizaré en el presente trabajo el tratamiento fiscal aplicable en la actualidad a la herencia pendiente de ejecución fiduciaria, exponiendo la normativa, la doctrina administrativa y las distintas resoluciones y sentencias de los Tribunales que se han ido produciendo.

## 2. IMPUESTO DE SUCESIONES

### Antecedentes hasta el 31-12-2012

La STS de 30-1-2012, reiterada por otras posteriores (STS de 20-3-2012, 26-3-2012 y 2-4-2012), declaró la nulidad de pleno derecho del art. 54.8 del Reglamento del Impuesto de Sucesiones, a cuyo tenor *«en la fiducia aragonesa, sin perjuicio de la liquidación que se gire a cargo del cónyuge sobreviviente, en cuanto al resto del caudal, se girarán otras con carácter provisional a cargo de todos los herederos ... y sobre la base que resulte de dividir por partes iguales entre todos la masa hereditaria. Al formalizarse la institución por el comisario se girarán las liquidaciones complementarias si hubiere lugar...»*.

Nulidad que el Alto Tribunal fundamenta en que el referido precepto reglamentario viola:

**1º.— El principio de jerarquía normativa**, por cuanto al liquidar el impuesto a personas que no son herederos y que pueden no llegar a serlo nunca y, por consi-

guiente, nada adquieren, infringe los siguientes artículos de la Ley del impuesto (Ley 29/87, de 19 de diciembre):

a) el **art. 1**, según el cual, el impuesto grava los incrementos patrimoniales obtenidos por personas físicas.

b) el **art. 3**, a cuyo tenor, el hecho imponible es «la adquisición de bienes y derechos por herencia».

c) el **art. 5**, que señala que los sujetos pasivos son los causahabientes.

d) el **art. 24.3**, que aplaza el devengo del tributo en casos en **que** habiendo llamamiento hereditario (**pero mediando una condición, término o limitación análoga**), no se entiende producida la adquisición hasta tanto desaparezcan dichas limitaciones u obstáculos, por lo que en el caso de la fiducia, en el que no hay siquiera un llamamiento hereditario, con mayor razón debe aplazarse el devengo del impuesto.

**2º.- El principio constitucional de capacidad económica** del art. 31.1 de la Constitución (y recogido en el art. 3.1 de la L.G.T.), que impide gravar a quien nada ha adquirido.

Antes de dicha declaración de nulidad, el legislador aragonés había procurado mitigar algunas de las críticas que en la doctrina suscitaba el art. 54.8 del Reglamento reconociendo en la **Ley 13/2000** la aplicación de los beneficios fiscales en la liquidación provisional que dicha norma reglamentaria ordenaba practicar y posibilitando el pago del impuesto con cargo al caudal relicto (bajo ciertas condiciones).

Posteriormente, la **Ley 26/03 de 30 de diciembre, de Medidas Tributarias**, en vigor desde el 1-1-2004, reguló el «procedimiento para liquidar las herencias ordenadas mediante fiducia», precisando que el cumplimiento de las obligaciones fiscales respecto a la herencia no asignada correspondía no a los herederos (como señalaba el art. 54.8 del R.I.S.), sino a quien tuviera la condición legal de heredero conforme a las normas de la sucesión legal de la Ley 1/99 de Sucesiones de Aragón.

La fecha de esta normativa autonómica no es casual pues el T.S.J. de Aragón, en sentencia de 21-4-2003, había anulado liquidaciones practicadas conforme al art. 54.8, planteando ante el Tribunal Supremo una cuestión de ilegalidad de dicho precepto, resuelta desfavorablemente por STS de 31-3-2004.

Por tanto, hasta el año 2012, la Comunidad autónoma de Aragón ha venido exigiendo el impuesto, primero conforme a lo previsto en el art. 54.8 del Reglamento del impuesto y, a partir de 2004, también conforme a su propia normativa autonómica, de rango legal.

Tras la declaración de nulidad del art. 54.8, la Comunidad Autónoma ha defendido que las liquidaciones provisionales a cargo de los «herederos» tenían

su amparo en la normativa con rango de ley aprobada por el legislador autonómico (Ley 26/03), normativa que no había sido enjuiciada por el Tribunal Supremo en sus Sentencias de 30-1-2012 y posteriores, que se referían a fallecimientos producidos en el año 2003.

Sin embargo, debe señalarse que en relación a los fallecimientos acaecidos hasta el 31-12-2012 y una vez conocida la STS de 30-1-2012, tanto el **T.E.A.R. de Aragón** (en sucesivas resoluciones desde la de fecha 25-10-2012) como el **T.E.A.C.** (en resoluciones de 10-10-2013, que resolvían recursos extraordinarios de alzada para unificación de criterio interpuestos por la Diputación General de Aragón) consideraron inaplicable la normativa autonómica a que se ha hecho referencia, al haber quedado vacía de contenido, pues tal regulación se limitaba a indicar cómo y por quien habían de practicarse las liquidaciones provisionales que ordenaba el art. 54.8 del Reglamento, debiendo además considerarse tal normativa autonómica contraria a la doctrina sentada por el Tribunal Supremo, según la cual, mediando fiducia, no se defiere la herencia hasta que aquella se ejecuta o extinga, no hay institución de heredero y por ello no tiene lugar en la fecha de fallecimiento adquisición lucrativa mortis causa en relación a la herencia no asignada por lo que, entretanto, ni se realiza el hecho imponible ni existe sujeto pasivo.

Tal criterio ha sido ratificado por el **TSJ de Aragón en Sentencias de 6-4-2016**, en relación a fallecimientos ocurridos bajo la normativa que ha estado en vigor hasta el 31-12-2012, señalando que no puede desconocerse que si bien la Ley 22/2009 prevé la asunción de competencias normativas con relación al tributo por parte de las Comunidades Autónomas de Régimen Común, entre las mismas no se incluye la regulación del obligado tributario.

Ninguna de las resoluciones y Sentencias citadas se pronuncia sobre la nueva redacción dada a los arts. 131.4 y 133.2 del Texto Refundido en materia de tributos cedidos, por la Ley Aragonesa 10/2012 de 27-12-2012, que entró en vigor el 1-1-2013, normativa que pasamos a analizar a continuación.

### **Situación vigente desde el 1 de enero de 2013**

A la vista de la situación creada tras la STS de 30-1-2012, el legislador aragonés, en la Ley 10/2012 de 27 de diciembre, dio nueva redacción a los arts. 131.4 y 133.2 del Texto Refundido de los tributos cedidos.

Así, el art. **131.4** ya no se refiere a la liquidación que había de practicarse conforme a lo previsto en el art. 54.8 RIS (declarado nulo) sino a la liquidación a cuenta prevista en el art. **133.2**, precepto cuya nueva redacción señala bajo la rúbrica «Procedimiento para liquidar las herencias ordenadas mediante fiducia»:

*«2.- Cuando en el plazo de presentación de la autoliquidación del Impuesto sobre Sucesiones ... no se hubiere ejecutado totalmente el encargo fiduciario, deberá presentarse una liquidación a cuenta, respecto de la parte de herencia no asignada, por quien tuviera*

*la condición legal de heredero conforme a lo previsto en el Libro Tercero, Título VII, del Código del Derecho Foral de Aragón...».*

**En mi opinión, la nueva normativa aragonesa contenida en la Ley 10/2012, incide en los mismos vicios de inconstitucionalidad e ilegalidad que la normativa anterior:**

**De inconstitucionalidad** por cuanto:

— De un lado, se sigue haciendo tributar a quien no es heredero y puede no llegar a serlo nunca, y nada ha recibido, vulnerándose el **principio constitucional de capacidad económica del art. 31 de la Constitución**, sin que remedie tal infracción el inciso o apartado 5 del art. 133.2 en el sentido de que la liquidación a cuenta deba tener el tratamiento previsto en el art. 451.c) del Código de Derecho Foral de Aragón, que prevé que se paguen con cargo al caudal relicto los tributos a que se hallen afectos los bienes que formen parte de la herencia pendiente de asignación.

Cabe preguntarse qué ocurrirá si el fiduciario (a quien corresponde la administración del patrimonio hereditario pendiente de asignación) se niega a pagar el impuesto que la normativa autonómica obliga a pagar a quien tenga la condición de heredero con arreglo a las normas de la sucesión legal.

O qué sentido puede tener que se haga tributar a un «heredero» conforme a las normas de la sucesión legal que reúna dicha condición respecto del cual el causante haya dispuesto expresamente en el testamento que no haya de recibir nada.

— De otro lado, **la Ley 10/2012**, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas **de la Comunidad Autónoma de Aragón**, en los preceptos reguladores de la tributación de la fiducia a que se ha hecho referencia, **está asumiendo competencias normativas que exceden de las que le atribuye 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 art. 48 establece que en el Impuesto de Sucesiones las Comunidades Autónomas pueden asumir competencias normativas en relación a reducciones de base imponible, tarifa del impuesto, cuantías y coeficientes del patrimonio preexistente, deducciones y bonificaciones de la cuota, pudiendo igualmente regular aspectos de gestión y liquidación.

Y, en mi modesta opinión, no creo que quepa atribuir a la normativa aragonesa de la fiducia contenida en la Ley 10/2012 un carácter meramente adjetivo o procedimental pues, se quiera o no, está estableciendo una obligación tributaria, (por mucho que se califique de liquidación a cuenta), a cargo de determinados sujetos pasivos, fijando además una suerte de devengo anticipado del impuesto. En definitiva, **se está legislando sobre el hecho imponible, el sujeto pasivo y el devengo del impuesto, aspectos todos ellos de competencia exclusiva del Estado.**

Al margen de estos posibles vicios de inconstitucionalidad, **la normativa autonómica de constante referencia se encuentra en franca contradicción con la propia Ley estatal del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, tal y como ésta ha sido interpretada por el Tribunal Supremo en sus sentencias de 30-1-2012, 26-3-2012 y 2-4-2012, jurisprudencia a la que debe, por consiguiente, atribuirse el carácter de doctrina legal, conforme a lo previsto en el art. 1.6 del Código Civil.**

En efecto, dicha normativa autonómica sigue haciendo tributar a quien no es heredero y puede no llegar a serlo nunca, a quien nada ha adquirido, ni ha obtenido incremento patrimonial alguno por herencia (con **infracción de los arts. 1, 3 y 5 de la Ley 29/87**), anticipando el devengo del impuesto a la fecha de fallecimiento, (con **infracción del art. 24.3 de la L.I.S.**, en la interpretación que de tal precepto ha hecho el T.S.).

Al día de hoy (noviembre de 2018) no me consta que se haya producido resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Aragón o del Tribunal Central, como tampoco sentencia alguna del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, con relación a fallecimientos acaecidos a partir del año 2013, bajo la vigencia de la nueva normativa contenida en la Ley Aragonesa 10/2012.

Es cierto que los Tribunales Económico-Administrativos no pueden enjuiciar si una norma autonómica con rango de Ley es contraria a la Constitución o excede de la competencia o capacidad normativa de la Comunidad Autónoma respectiva, enjuiciamiento que sólo compete al Tribunal Constitucional, previo planteamiento de la correspondiente cuestión de inconstitucionalidad por parte de un Juzgado o Tribunal de oficio o a instancia de parte. Tal circunstancia retrasaría enormemente conocer el juicio definitivo sobre la constitucionalidad o no de la normativa autonómica actualmente vigente.

Pero no debe desdeñarse la posibilidad de que los Tribunales Económico-Administrativos resuelvan la improcedencia aplicar la normativa autonómica contenida en la Ley 10/2012 a la vista de su patente contradicción con la Ley estatal del impuesto. En efecto, **en el presente caso estamos ante un conflicto de leyes aplicables, la estatal** (tal y como es interpretada y conformada por la doctrina sentada por el Tribunal Supremo) **y la autonómica**. La una considera que en la herencia pendiente de ejecución fiduciaria no hay hecho imponible, ni sujeto pasivo o causahabiente que reciba o adquiera bienes y derechos por herencia, sin que se devengue el impuesto hasta tanto no se ejecute o extinga la fiducia. En tanto que la Ley autonómica permite liquidar el impuesto (por mucho que sea mediante una liquidación a cuenta, liquidación que no deja de ser una liquidación provisional) a quien no es heredero y puede incluso no llegar a serlo, sin que exista transmisión alguna a su favor a la fecha de fallecimiento del causante y, por lo tanto, sin que concurra la realización del hecho imponible del impuesto.

Y puestos en el trance de tener que escoger entre aplicar una u otra normativa, parece más lógico y prudente pensar que los Tribunales (incluso los Eco-

nómico-Administrativos) acabarán decantándose por aplicar la Ley estatal del impuesto, máxime teniendo en cuenta las dudas existentes sobre la capacidad normativa de la Comunidad Autónoma en relación a las cuestiones de fondo que se suscitan (hecho imponible, sujeto pasivo y devengo del impuesto), de competencia exclusiva del Estado.

---

En conclusión, **la legislación estatal aplicable, tal y como ha sido interpretada por el Alto Tribunal, supone que en el caso de la fiducia pendiente de asignación el devengo del impuesto no se produce en la fecha de fallecimiento sino en la fecha de ejecución o extinción de la fiducia**, fecha en la que se considera producida la adquisición del caudal relicto por parte de los herederos llamados a la herencia.

Así lo reconoce la STS de 20-1-2012 (y posteriores) al afirmar:

*«... la fiducia aragonesa crea una situación semejante a las contempladas en el art. 24.3 de la Ley del Impuesto, en las que media una condición, un término, un fideicomiso o cualquier otra limitación a la adquisición hereditaria, de modo que el devengo del tributo no acaece sino cuando se considera producida la adquisición del caudal relicto, esto es, cuando dichas limitaciones u obstáculos desaparecen ...».*

*«... en el caso de la fiducia aragonesa ... no hay aun institución hereditaria y, por consiguiente, no existe sujeto pasivo. Parece evidente que para que se produzca el hecho imponible y el tributo se devengue tiene que mediar una transmisión hereditaria, que no puede acontecer mientras no se designe uno o varios herederos. Por ello, la propia Ley (art. 24.3) retrasa el devengo ...».*

Fijado el devengo del impuesto en la fecha de ejecución o extinción de la fiducia, no se crea que con ello se superan todas las dificultades que plantea la institución, pues de ello se desprenden dos consecuencias fundamentales:

— Conforme a lo dispuesto en el art. 21.1 de la L.G.T., **la fecha de devengo determina las circunstancias relevantes para la configuración de la obligación tributaria.**

Por consiguiente, la **normativa aplicable** en el impuesto de sucesiones será la vigente en la fecha de ejecución del encargo o de la extinción de la fiducia, y no la vigente al tiempo del fallecimiento.

Las consecuencias prácticas pueden ser importantísimas, tanto favorables como desfavorables para los obligados tributarios:

Pensemos, por ejemplo, que a fallecimientos con fiducia acaecidos con anterioridad al 1 de noviembre de 2018 (en que entró en vigor la recientísima Ley 10/2018 de medidas relativas al Impuesto sobre Sucesiones) les resultaría de aplicación la nueva normativa que, por ejemplo, amplía a 500.000 € la reducción en base imponible aplicable a cónyuge, ascendientes y descendientes, si se ejecuta el encargo con posterioridad al 1-11-2018.

O, al contrario, que en herencias pendientes de ejecución fiduciaria se presentaran en la fecha de fallecimiento las autoliquidaciones que ordenaba la normativa, aplicándose las bonificaciones en cuota del 33%, 50% o del 65% vigentes en la fecha de fallecimiento (2013, 2014 y 2015) y que la ejecución de la fiducia se produjera por ejemplo en 2016, 2017 y 2018, ejercicios en que tales bonificaciones no resultarían ya aplicables.

Por otra parte, la fecha a la que habría que referir las **valoraciones de los bienes** sujetos a fiducia sería la fecha de ejecución, y no la de fallecimiento, circunstancia que normalmente habrá de perjudicar al contribuyente, especialmente en los casos en que entre el fallecimiento y la ejecución fiduciaria transcurren muchos años.

Por otra parte, la adquisición que debe tributar ha de ser la compuesta por los **bienes y derechos realmente recibidos por los herederos con la asignación fiduciaria y no los bienes que componían el caudal relicto al tiempo del fallecimiento**. A este respecto, y teniendo en cuenta las amplísimas facultades de gestión y administración que el Código de Derecho Foral atribuye al cónyuge viudo (que incluye el pago de los alimentos a descendientes y los gastos de conservación, seguro, gastos de las explotaciones, etc.), podría producirse un fenómeno de desimposición difícilmente aceptable si a consecuencia de la asunción y pago de los mismos se produce una disminución relevante del caudal relicto pendiente de asignación.

— Teniendo en cuenta que el fiduciario puede hacer **uso parcial de la fiducia, en tiempos distintos**, resultará que una misma herencia puede tener para los herederos **varios devengos sucesivos**, (hecho ciertamente extraordinario e insólito, desconocido en nuestro sistema tributario), a cada uno de los cuales le resultará aplicable distinta normativa.

Dada la ausencia de normativa legal o reglamentaria, que regule el tratamiento tributario de la fiducia, los problemas y complicaciones liquidatorias que se pueden plantear son enormes.

A este respecto, cabe destacar que en el Proyecto de Ley que preparó el Gobierno de Aragón en mayo de 2018 de medidas relativas al impuesto de sucesiones, además de separarse radicalmente de la normativa autonómica vigente (en la medida en que no se obliga a pagar el impuesto a quien todavía no es heredero, previéndose la posibilidad meramente opcional de que en el plazo de 6 meses desde el fallecimiento se presente una autoliquidación a cargo de la herencia yacente por parte del administrador), se venía a reconocer que el tributo se devengaba en cada ejecución fiduciaria.

En este sentido, el proyectado art. 133.2 del Texto Refundido Aragonés establecía:

«3.— *En cada ejecución fiduciaria deberá presentarse la correspondiente autoliquidación ...*

4.— *En el caso de que existieran varias ejecuciones a favor de una misma persona, 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».*

Finalmente, la regulación de la fiducia prevista quedó fuera de la Ley 10/2018 definitivamente aprobada, si bien actualmente se tramita en las Cortes de Aragón una proposición de Ley en parecidos términos a los que han quedado expuestos.

En este sentido, es de agradecer que a falta de la necesaria regulación del tratamiento fiscal de la fiducia en los diversos impuestos por parte del legislador estatal, la legislación aragonesa (aun con la sospecha de extralimitarse en la capacidad normativa que le atribuye la Ley 22/09 de Cesión de Tributos), al menos se acomode a la interpretación que el Tribunal Supremo viene haciendo de la tributación de la fiducia, respetando las características civiles de la institución foral.

Quedarían por resolver cuestiones importantes. Cabe citar, a título de ejemplo:

- **Supuestos en que la normativa hace depender determinados beneficios fiscales de requisitos que han de cumplirse en la fecha o desde la fecha del fallecimiento:**

— En el caso de las reducciones, correspondientes a la empresa individual o participaciones en entidades (sea la estatal o la propia de la Comunidad Autónoma) el requisito de que estén exentos en el Impuesto Sobre el Patrimonio en el año del fallecimiento (o los dos años anteriores) ¿debe entenderse literalmente o debe entenderse referido a la fecha o fechas de ejecución de la fiducia? Tengase en cuenta que entre el fallecimiento y las ejecuciones fiduciarias pueden pasar años.

— El mismo dilema surge en relación al requisito de que el «adquirente» mantenga las participaciones durante el plazo de los cinco años siguientes al fallecimiento del causante o mantenga la afectación de los bienes a una actividad económica durante el indicado periodo de 5 años.

— Otro tanto ocurre con la reducción de la vivienda habitual del causante y el requisito temporal de su mantenimiento durante 5 años desde el fallecimiento.

- En aquellos casos en que, no habiéndose ejecutado la fiducia, se hubieran ingresado en la fecha de fallecimiento las autoliquidaciones que ordenaba la normativa, si entendemos que el impuesto no se había devengado, **¿tendrían derecho los contribuyentes a la devolución del impuesto indebidamente ingresado?**, ¿y en el caso de que hubieran transcurrido más de cuatro años?, ¿podría la Administración volver a liquidar el impuesto en la fecha de ejecución de la fiducia?, ¿se valorarían los bienes a la fecha de ejecución?, ¿cómo se descontaría el impuesto pagado en su momento?

Por si los problemas y conflictos no parecían suficientes, a los ya enunciados viene a sumarse **el criterio que mantiene la Dirección General de Tributos de**

**la Secretaria de Estado de Hacienda en su Consulta Vinculante V0397-16 de 1 de Febrero de 2016**, en relación a la tributación por el impuesto de sucesiones de la fiducia aragonesa pendiente de ejecución, siendo el causante residente en Cataluña (motivo por el que no le resulta de aplicación la normativa aragonesa).

En dicha consulta se manifiesta por la DGT que, conforme a lo previsto en el art. 26.d) de la Ley del Impuesto (usufructo y otras instituciones), deberá liquidarse provisionalmente el impuesto en pleno dominio al fiduciario si éste tiene la facultad de disponer de los bienes, sin perjuicio de que, una vez ejecutada la fiducia, solicite la devolución que proceda por la parte de la liquidación correspondiente a la nuda propiedad.

Hay que señalar que tal criterio se ha reiterado en la **CV nº 0095-17 de 19-1-2017** en un caso de residentes en Aragón. Llama la atención que en esta consulta no se hace referencia alguna a la normativa aragonesa (quiero pensar que el olvido es debido a que la DGT considera tal normativa inaplicable tras la STS de 30-1-2012, pues en caso contrario quedaría en evidencia una ignorancia injustificable).

Al margen de que, por fortuna, tal criterio no se sigue en la práctica administrativa (y no parece que pueda llegar a aplicarse), cabe señalar en primer lugar que sólo resultaría aplicable en los casos en que el fiduciario es el cónyuge viudo (que no haya renunciado al usufructo) o cuando, no siéndolo, le ha sido atribuido el usufructo. Además, cuando la Ley del impuesto menciona la facultad de disponer de los bienes por parte del usufructuario entiendo que se refiere a «hacer suyo o propio», el producto de su transmisión, en tanto que la facultad de disposición del fiduciario prevista en los arts. 453 y 454 del Código de Derecho Foral de Aragón, además de precisar la autorización de un legitimario en el caso de existir éstos (lo que, de por sí, haría más que discutible sostener que el fiduciario tiene la libre facultad de disponer de los bienes), lo es al solo efecto de subrogar en lugar de los bienes enajenados la contraprestación obtenida. Se trata, por consiguiente, de una facultad no disposición sino más propia de la administración de los bienes sujetos a fiducia.

Con todo, debo reconocer que este criterio de la D.G.T., desde la perspectiva del principio constitucional de capacidad económica y del principio de jerarquía normativa y de legalidad, tiene más sentido que pretender gravar en la fecha de fallecimiento a quien no es heredero y nada ha recibido.

### **3. IMPUESTO SOBRE EL PATRIMONIO**

La ley 19/91, del Impuesto Sobre el Patrimonio, no contiene referencia alguna a la fiducia.

Sus arts. 1 y 3 establecen que el hecho imponible del impuesto es la titularidad por una persona física, en el momento del devengo (31 de diciembre) de

patrimonio neto, entendido éste como el conjunto de bienes y derechos de contenido económico, incluidas las deudas de las que deba responder.

En el caso de la herencia pendiente de asignación fiduciaria, no existiendo todavía llamamiento hereditario no hay herederos que sean titulares de dicho patrimonio.

Por consiguiente, no se produce el hecho imponible al no existir un sujeto pasivo persona física a quien sea imputable la titularidad del patrimonio pendiente de asignación (pues se trata de un patrimonio carente de titular, tal y como señala el art. 324 del Código de Derecho Foral).

Es cierto que se produce una situación anómala de desimposición difícil de justificar, pero ello es imputable en todo caso a la indolencia del legislador estatal.

Una vez que se ejecuta la fiducia, se plantea la cuestión de si el heredero designado, debe regularizar su situación y presentar declaraciones del impuesto, en su caso, por los ejercicios no prescritos correspondientes a los cuatro años anteriores a la ejecución fiduciaria o si únicamente debe declarar a partir del ejercicio en que recibe la asignación fiduciaria.

En favor de la primera opción jugaría que tanto el Código Civil como el art. 343 del Código de Derecho Foral de Aragón establecen que los efectos de la aceptación de la herencia se retrotraen a la fecha de fallecimiento del causante.

Sin embargo, el art. 322 del Código Foral, señala que el heredero que adquiere los bienes de la herencia se subroga en la posición del causante, **«todo ello desde el momento de la delación»**. Expresión que, junto a la rotundidad de la contenida en el art. 448 («A todos los efectos legales, la delación de la herencia no se entenderá producida hasta el momento de la ejecución de la fiducia o de su extinción»), parece conducir a la conclusión de que la ejecución de la fiducia constituye una excepción a la regla general de los efectos retroactivos de la aceptación de la herencia a la fecha de fallecimiento. Además, si se piensa que el fiduciario puede designar heredero a un descendiente que nació años después de que falleciera el causante, se comprenderá lo absurdo de pretender retrotraer la aceptación a la fecha de fallecimiento.

No me consta que se hayan producido resoluciones de Tribunales Económico-Administrativos o jurisdiccionales en relación a esta cuestión, si bien sospecho que el criterio administrativo será el de regularizar los ejercicios no prescritos anteriores a la atribución fiduciaria. Así se desprende del programa Informa de la AEAT en consulta de 21-2-2003 relativa a la tributación de la herencia yacente en el Impuesto Sobre el Patrimonio (Consulta nº 104841). Téngase en cuenta que dicha consulta es muy anterior a la STS de 30-1-2012.

Personalmente, soy de la opinión de que no puede hacerse tributar por el Impuesto de Patrimonio al beneficiario de bienes sujetos a fiducia en ejercicios anteriores a la fecha de ejecución de aquella. Solución que es la más respetuosa

con el principio constitucional de capacidad económica así como con la normativa foral aragonesa, pues antes de la ejecución fiduciaria el heredero designado no ha sido titular de patrimonio alguno.

#### 4. IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS

Tampoco la Ley 35/06 del IRPF ni su desarrollo reglamentario contienen referencia alguna a la fiducia.

La Ley del IRPF únicamente contempla como sujeto pasivo (al igual que ocurre en el Impuesto de Sucesiones y en el de Patrimonio) a las personas físicas.

En su art. 8.3 señala que *«No tendrán la consideración de contribuyente las sociedades civiles, herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades a que se refiere el art. 35.4 de la Ley 58/2003 General Tributaria. Las rentas correspondientes a las mismas se atribuirán a los socios, herederos, comuneros o partícipes ...»*.

En el caso de la herencia pendiente de ejecución fiduciaria, al tratarse de un patrimonio carente de titular, no existen herederos o partícipes a quienes quepa imputar las rentas que corresponden a los bienes en situación de pendencia.

**En los casos en que el fiduciario tenga el usufructo de viudedad**, que será el caso más común, se le atribuirán las rentas de capital, tanto mobiliario como inmobiliario. También corresponderá imputarle al cónyuge viudo usufructuario las ganancias derivadas del reembolso de los fondos de inversión, tal y como ordena el art. 300 del Código de Derecho Foral de Aragón al referirse al «usufructo de fondos de inversión» que curiosamente sólo se refiere a la diferencia positiva por lo que cabe preguntarse si la pérdida patrimonial le sería o no imputable (en mi opinión, no, por lo que dicha pérdida no habría de declararse).

En cuanto a los rendimientos de las actividades económicas, el art. 11.4 de la Ley del IRPF los considera obtenidos por quienes realicen de forma habitual, personal y directa la ordenación por cuenta propia de los medios de producción y recursos humanos afectos a las actividades.

Habiendo usufructo del cónyuge viudo y no mediando asignación fiduciaria de la empresa, tales rentas habrán de serle atribuidas, máxime cuando —conforme dispone el art. 452.1 del Código Foral— le corresponde como administrador gestionar los negocios que formen parte del caudal.

En cuanto al resto de ganancias y pérdidas patrimoniales, corresponderá atribuir al cónyuge viudo las que sean imputables a la transmisión de su derecho de usufructo. Más adelante, nos referiremos al resto del caudal sujeto a fiducia (nuda propiedad).

Sin embargo, la imputación de las rentas correspondientes a la herencia pendiente de asignación fiduciaria se complica extraordinariamente en los **casos en**

**que el cónyuge viudo haya renunciado al usufructo viudal o el fiduciario no tenga atribuido el usufructo.**

En tal caso, y comenzando por las actividades económicas, no cabe sostener que el fiduciario ordene los factores de producción «por cuenta propia» pues estaría actuando como administrador y en favor de la herencia pendiente de asignación fiduciaria.

En mi opinión, y comprendo que esta posición pueda resultar extraña y discutible, la Ley no contempla sujeto pasivo persona física a quien imputar tales rentas en el supuesto examinado, por lo que dichas rentas no tributarán por IRPF.

Se dirá que con tal solución se produce un fenómeno ciertamente anómalo e insólito de desimposición en la medida que unas rentas efectivamente obtenidas quedan huérfanas de tributación.

Sin embargo, considero que no hay tal fenómeno de desimposición pues, a mi juicio, las rentas obtenidas se habrán materializado en dinero u otros activos, o en un mayor valor de la empresa, todo ello sujeto a fiducia, patrimonio que deberá tributar en el impuesto de sucesiones por los herederos a quienes, una vez producida la asignación fiduciaria, se asignen tales bienes.

Por consiguiente, las rentas empresariales no tributarán en el I.R.P.F. en estos casos, pero tanto las positivas (beneficios) como las negativas (pérdidas).

Otro tanto ocurrirá con los rendimientos de capital mobiliario e inmobiliario (y ganancias de fondos de inversión) cuando, no habiendo usufructo, no quepa imputar tales rentas a persona física alguna que sea titular de los elementos o bienes de los que provengan tales rendimientos, rendimientos que habrán de engrosar el patrimonio sujeto a fiducia a asignar por el fiduciario.

Por cierto, dado que tales rentas habrán soportado en muchos casos una retención a cuenta del IRPF (dividendos, intereses, fondos de inversión, rendimientos procedentes del arrendamiento de locales ...) se plantea el problema de que al no tributar por el IRPF habría que solicitar su devolución por parte del administrador de la herencia pendiente de asignación. No obstante, en la práctica entiendo que será harto complicado hacerle comprender este planteamiento a la A.E.A.T.

En cuanto al resto de ganancias o pérdidas patrimoniales que se puede producir como consecuencia de la transmisión de bienes del caudal relicto pendiente de ejecución fiduciaria, que el art. 11.2 de la Ley del IRPF considera obtenidas por quienes sean titulares de los bienes o derechos de que provengan, (y salvando las que sean imputables a la transmisión del derecho de usufructo) como no hay titulares cuando los bienes se transmiten antes de su asignación fiduciaria, no procede declararlas. Eso sí, el bien o la contraprestación obtenida que haya quedado subrogada en lugar de los bienes enajenados, formará parte del patrimonio sujeto a fiducia por el que habrán de tributar en concepto de impuesto de sucesiones quienes resulten finalmente designados como herederos.

En definitiva, en mi opinión todas las rentas de cualquier naturaleza que correspondan al patrimonio sujeto a fiducia (y que no quepa imputar al usufructuario) no tributan por I.R.P.F., sin que ello suponga desimposición alguna, puesto que habrán de tributar por el impuesto de sucesiones una vez se ejecute la fiducia.

Lo que sí puede producir un fenómeno claro de desimposición es la disminución que el patrimonio sujeto a fiducia pendiente de asignación puede sufrir como consecuencia de la obligación de pagarse con cargo al caudal relicto los alimentos debidos a hijos y descendientes, los gastos de conservación de los bienes, los tributos, primas de seguros, etc. que impone el art. 451 del Código de Derecho Foral de Aragón.

Pensemos que la situación de una herencia sujeta a fiducia puede permanecer durante años en situación de pendencia, pudiendo por el procedimiento mencionado producirse un vaciamiento patrimonial a resultas del cual un patrimonio o las rentas provenientes del mismo pueden acabar no tributando ni en el Impuesto de Sucesiones ni el de Patrimonio ni el IRPF.

Lo que supondría un agravio comparativo ciertamente inadmisibles si lo comparamos con lo que sucede en los casos en que no existe fiducia pendiente de asignación.

La futura regulación legal de la fiducia, si es que se produce, deberá solucionar estos problemas y establecer las reservas y cautelas oportunas.

En relación al IRPF, sólo me constan **consultas vinculantes de la DGT** de fechas anteriores a la STS de 30-1-2012. Todas ellas sientan el criterio de imputar las ganancias y pérdidas patrimoniales procedentes de la transmisión de bienes sujetos a fiducia a los «herederos» a que se refiere el art. 54.8 del Reglamento del Impuesto de Sucesiones, considerando que la fecha de adquisición para ellos es la del fallecimiento y el valor de adquisición de los bienes el fijado a efectos de dicho impuesto.

Sin embargo, tal criterio ha de considerarse superado a la vista de la doctrina sentada por el TS a partir de la Sentencia de 30-1-2012.

En este sentido, cabe destacar una reciente **resolución del TEAR de Aragón de fecha 30-3-2017**, (en el que se discute a quién debe imputarse la ganancia patrimonial derivada de la venta de un inmueble sujeto a fiducia) según la cual, no habiendo ninguna norma específica en el ámbito del IRPF aplicable a la fiducia, las consecuencias fiscales deben obtenerse de la conexión de las normas generales del impuesto tal y como son interpretadas por el TS con las normas civiles aplicables.

Dicha resolución señala:

*«Pues bien, para este tribunal, cuando se produce la enajenación de un bien sujeto a fiducia para que la contraprestación obtenida se subrogue en su lugar, y sin perjuicio*

*del posible derecho de usufructo sobre el mismo, la alteración patrimonial se produce en la herencia pendiente de asignación, que es un patrimonio separado del de los hipotéticos futuros llamados a la herencia. Estos tienen una mera expectativa de derecho, y su patrimonio no se ve alterado por la disposición de bienes de la herencia, que no les pertenece en ninguna medida, ni se sabe si les va a pertenecer. No hay fundamento legal, civil ni fiscal, para imputar la alteración patrimonial a quienes no se sabe si van a adquirir la condición de llamados a la herencia, y cualquier interpretación que pretenda hacerlo ignoraría, como el artículo 54.8 del Reglamento del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones anulado por el Tribunal Supremo, un principio capital, y constitucional, de nuestro sistema tributario, cual es el de capacidad contributiva, proclamado en el artículo 31.1 de nuestra Constitución y recogido en el artículo 3.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.*

*A la vista de lo anterior, a juicio de este tribunal, se ha de concluir que la ganancia patrimonial no se puede entender producida para el interesado con la venta del inmueble objeto de una sucesión hereditaria ordenada mediante fiducia pendiente de ejecutar, porque como concluye el Alto Tribunal en la reiterada sentencia, no se puede hacer recaer la carga tributaria sobre quien no ha sido instituido heredero, y tal vez nunca lo sea».*

## 5. IMPUESTO MUNICIPAL SOBRE EL INCREMENTO DE VALOR DE LOS TERRENOS DE NATURALEZA URBANA

El **hecho imponible** del impuesto es el incremento de valor de los terrenos urbanos consecuencia de la transmisión de su propiedad por cualquier título (art. 104 del T.R. de la Ley de Haciendas Locales).

Según el art. 109 de dicha Ley, el impuesto se **devenga** en la fecha de transmisión.

A diferencia del Impuesto de Sucesiones (en el que se grava la «adquisición» por el sujeto pasivo) en este impuesto se grava la «transmisión» a favor del sujeto pasivo.

Sin embargo, hay un matiz diferencial entre un impuesto y otro y es que mientras la Ley de impuesto de Sucesiones grava la adquisición por herencia por parte de personas físicas, y solo contempla como sujetos pasivos a las personas físicas, **la normativa reguladora del IIVTNU incluye como sujetos pasivos (art. 106)** no sólo a las personas físicas o jurídicas (en cuyo caso no se produciría el hecho imponible en la fiducia pendiente de ejecución) sino **también a las entidades a que se refiere el art. 35.4 de la Ley General Tributaria, entre las cuales se encuentran tanto la herencia yacente como aquellas que, carentes de personalidad jurídica, constituyan un patrimonio separado susceptible de imposición.**

Y, del mismo modo que en quien no es todavía heredero y nada ha adquirido no existe una capacidad económica merecedora de gravamen por el impuesto de sucesiones constitucionalmente admisible, en la fiducia pendiente de asignación sí estamos ante un patrimonio que aunque carente de titular, la Ley de Haciendas Locales contempla explícitamente como posible sujeto pasivo del impuesto. Por ello, el gravamen de este patrimonio debe, a mi juicio, entenderse válidamente producido con arreglo a la Ley y a la Constitución.

Y aunque en rigor no estemos en presencia de la «transmisión de la propiedad», el que la Ley de Haciendas Locales establezca como sujetos pasivos a las herencias yacentes y patrimonios separados obliga a interpretar de manera amplia el concepto de «transmisión» que constituye el hecho imponible del impuesto.

Debo señalar, no obstante, que no es éste el criterio que mantiene **el Juzgado de lo Contencioso-administrativo número Uno de Zaragoza, en su reciente Sentencia de 21 de febrero de 2018.**

Contempla el caso de un matrimonio aragonés, con las herencias sujetas a fiducia, en las que un cónyuge (el esposo) fallece en 1995 y el otro en 2007, sin haber ejecutado la fiducia en relación a un bien de carácter consorcial.

Pues bien, el Juzgado considera que la adquisición plena del inmueble (del 100%) se produjo en 2007, sin que pueda sostenerse que se adquiriera el 50% de la nuda propiedad en 1995 con el fallecimiento del esposo, todo ello conforme al Código de Derecho Foral y a la doctrina del Tribunal Supremo y del TEAR de Aragón sentada en relación al impuesto de sucesiones.

Concluye el Juzgado que hasta la extinción de la fiducia (acaecida con el fallecimiento del cónyuge viudo) no ha existido transmisión alguna ni, por consiguiente, se ha producido el hecho imponible del impuesto.

Y entiende que la fiducia pendiente de asignación (situación en la que está pendiente la designación de los herederos) no puede asimilarse a la herencia yacente, pues en ésta si hay unos herederos determinados, estando pendiente únicamente su aceptación o repudiación.

Aun siendo cierta esta última afirmación, la herencia pendiente de ejecución fiduciaria no deja de ser una herencia yacente (en el sentido de que no tiene titular) y el propio Código de Derecho Foral establece que mientras no se defiera la herencia se considere en situación de herencia yacente.

Y aunque no se considerara como tal, la condición de sujeto pasivo de la herencia pendiente de ejecución fiduciaria en el IIVTNU resulta patente al tratarse en todo caso de un patrimonio separado susceptible de imposición, conforme a lo previsto en el art. 35.4 de la L.G.T.

En conclusión, es imprescindible en aras de la seguridad jurídica que se regule de modo específico el tratamiento tributario aplicable en los diferentes impuestos a la herencia pendiente de ejecución fiduciaria, de modo que se resuelvan los principales problemas y situaciones que plantea esta singular institución.

Pero es obvio que tal cometido corresponde al legislador estatal, quien tiene atribuida en exclusiva la competencia para regular los elementos y la configuración de los impuestos analizados. Lamentablemente, entre sus preocupaciones más urgentes no parece estar la regulación de la fiducia aragonesa.



### **Sesión III**

## **EL NUEVO MARCO DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA: DISTINTAS PERSPECTIVAS**

#### **Ponente:**

*D. Dimitry Berberoff Ayuda*

PÁG. 119

#### **Coponentes:**

*D. Miguel Ángel Bernal Blay*

PÁG. 141

*D.<sup>a</sup> Isabel Linares Muñagorri*

PÁG. 165



# 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

DIMITRY BERBEROFF AYUDA  
Magistrado Sala Tercera del Tribunal Supremo

**SUMARIO:** 1. EL OBJETO DE MI INTERVENCIÓN.— 2. LA PERSPECTIVA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA.— 3. LA PERSPECTIVA DE LOS CONCEPTOS: UN CAMBIO DE MENTALIDAD PROPICIADO POR EL DERECHO DE LA UNIÓN.— 4. UNA PERSPECTIVA GENERAL DE LA LEY 9/2017.— 5. LA PERSPECTIVA DE LOS OBJETIVOS DE LA CONTRATACIÓN Y SU REFLEJO EN LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN: EL EJEMPLO DEL MEDIOAMBIENTE.— 6. LAS PERSPECTIVAS IN HOUSE Y COOPERACIÓN HORIZONTAL, COMO COMPLEMENTARIAS A LA APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN DE CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO: 6.1. Los requisitos de los encargos *in house*.— 6.2. Las relaciones entre entes del sector público (cooperación horizontal).— 7. LA PERSPECTIVA DE LA PROTECCIÓN DE LOS LICITADORES.— 8. LA PERSPECTIVA DE LA NUEVA CASACIÓN Y EL PAPEL DEL TRIBUNAL SUPREMO.

Buenas tardes a todos.

En primer lugar quiero agradecer al Excmo. Sr. Justicia de Aragón y al Excmo. Sr. Presidente del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, su invitación en este acto del *Foro de Derecho Aragonés*, en el que me siento muy honrado de participar porque —como decía Manuel Bellido—, tanto por mi condición de aragonés como de juez, estar aquí es siempre un motivo de satisfacción.

## 1. EL OBJETO DE MI INTERVENCIÓN

Hablar de la contratación del sector público desde diversas perspectivas nos puede suministrar visiones complementarias que, a buen seguro, pueden resultar de utilidad.

Y, en este sentido, el panorama que les deseo transmitir, parte de la contextualización de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, normativa ésta cuyo *motivo determinante* —como expresa su Preámbulo— consiste en incorporar al ordenamiento jurídico español las Directivas 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión y la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, dejando la transposición de la Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales a otra ley específica.

Ahora bien, la Ley 9/2017 no se detiene ahí, sino que con un indisimulada ambición «[...] trata de diseñar un sistema de contratación pública, más eficiente, transparente e íntegro, mediante el cual se consiga un mejor cumplimiento de los objetivos públicos...», objetivos que, como se va poner de manifiesto, desde luego persigue pero no siempre logra.

## 2. LA PERSPECTIVA DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA

El Tribunal de Justicia ha contribuido a que, en materia de contratación pública, hoy por hoy, exista el alto grado de armonización que exhiben estas directivas.

Por lo tanto, la primera idea que debemos retener es que esas directivas no son una ocurrencia del legislador de la Unión, sino que responden a la codificación de una jurisprudencia que ha ido decantándose con carácter pretoriano a lo largo de los años.

En fin, al hablar de las numerosas cuestiones que suscita la materia de contratación pública desde la perspectiva de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, no es casualidad que uno de los asuntos que constituye un *leading case* de su jurisprudencia —la Sentencia de 22 de junio de 1989, *Fratelli Costanzo*, 103/88—, precisamente surja como consecuencia de la aplicación o de la interpretación de una de las primeras directivas que se promulgaron en el ámbito de la contratación pública, la Directiva 71/305/CEE del Consejo, de 26 de julio de 1971, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras.

Obviamente, el asunto tiene una importancia capital no solo para el ámbito de la contratación pública sino para toda la construcción ulterior del derecho de la Unión por cuanto consagra que sus determinaciones deben ser observadas por todas las Administraciones nacionales.

En efecto, para el Tribunal de Luxemburgo, el Derecho de la Unión Europea y, concretamente, aquella Directiva, tiene que ser cumplida de forma directa

no solo por los órganos jurisdiccionales, sino también por las Administraciones Públicas, en este caso, por el Ayuntamiento de Milán que, en un momento determinado, para remodelar el estadio de fútbol con ocasión del mundial, no cuestionó la legislación italiana que, ante ofertas anormalmente bajas (en principio, fraudulentas), directamente excluía a los licitadores, pese a que el apartado 5 del artículo 29 de la Directiva 71/305 les reconocía, ante ofertas anormalmente bajas, el derecho a dar las justificaciones necesarias ante el poder adjudicador para que, luego, decidiera en consecuencia.

Lo cierto es que ha habido una evolución evidente en el ámbito de la contratación pública desde la perspectiva normativa. Unos inicios muy tímidos, en los que legislador de la entonces Comunidad Europea, no se atrevía —porque se oponían los Estados— a establecer una armonización generalizada sino que únicamente delimitaba la acción de los mismos mediante las prohibiciones contenidas en el Tratado (no discriminación por razones de nacionalidad o la prohibición de medidas con efecto equivalente a las restricciones cuantitativas a la importación) abrieron paso, posteriormente, al diseño de procedimientos unitarios a nivel comunitario.

Y, tanto es así, que se ha llegado a una armonización que en el ámbito de la contratación pública es casi global, por alcanzar no sólo el ámbito sustantivo, sino también —a diferencia de lo que ha acontecido en otras disciplinas sustantivamente armonizadas como el medioambiente o la tributación indirecta— se ha llegado a una convergencia procedimental pese a tratarse de un ámbito tradicionalmente inmune a la actuación legislativa de la UE por efecto del principio de autonomía procedimental, atemperado, eso sí, por el principio de equivalencia y de efectividad.

De este modo, la homogeneización normativa de la contratación pública al ámbito procedimental se ha articulado mediante la Directiva 89/665/CEE del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de los procedimientos de recurso en materia de adjudicación de los contratos públicos de suministros y de obras y por la Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones, ambas modificadas por la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre de 2007.

Además, como declaración de principios, el Tribunal de Justicia ha tenido en cuenta el objetivo de fortalecimiento de los recursos perseguido por la Directiva 89/665 y al no existir indicaciones en sentido contrario, considera que no puede interpretarse de manera restrictiva el alcance del control jurisdiccional que debe ejercerse en el marco de los recursos a los que dicha Directiva se refiere (Sentencia de 18 de junio de 2002, HI (C-92/00)).

Por tanto, ya no estamos hablando únicamente de principios de autonomía procesal, de equivalencia y de efectividad. Así, el Abogado General Campos Sánchez-Bordona en sus conclusiones presentadas el 30 de junio de 2016 en el asunto *Connexion Taxi Services*, C-171/15 se ha referido a la *intensidad del control jurisdiccional sobre las decisiones de los poderes adjudicadores*:

65. *En materia de contratación pública es perceptible la misma tendencia que se observa en otras áreas del derecho público europeo: si el Tribunal de Justicia inicialmente se contentaba con remitirse a la autonomía procesal de los Estados miembros y utilizar, a modo de correctivo, los principios de equivalencia y efectividad como requerimientos mínimos de los sistemas nacionales de revisión jurisdiccional en los litigios que afectan al derecho de la Unión, poco a poco, las exigencias inherentes a la tutela o «protección judicial» se van imponiendo para incrementar, paralelamente, la intensidad de ese control.*

66. *La tendencia es, como resulta lógico, más acentuada cuando el legislador de la Unión ha adoptado normas de carácter armonizador, precisamente en relación con la revisión jurisdiccional de ciertas decisiones de las autoridades nacionales. Así ocurre, en particular, en el ámbito de la contratación pública, pues la Directiva 89/665 y sus ulteriores reformas han sido conscientes de que la normativa comunitaria se convertiría en «papel mojado» sin unos mecanismos de recurso que, además de armonizados, sean efectivos y con los que se preserve el cumplimiento de las reglas aplicables. Estos mecanismos no solo tienen el propósito de proteger los derechos de los licitadores, sino también el de mejorar el sistema de contratación pública en su conjunto, cuya importancia económica para el mercado interior no puede dejar de subrayarse.*

Y este cambio cualitativo que, en definitiva, supone relacionar la contratación pública directamente con el acceso a los recursos, esto es, con la tutela judicial efectiva prevista en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea en el contexto de una verdadera armonización procedimental, únicamente ha resultado posible gracias a una jurisprudencia audaz, dinámica, estable y, sobre todo, expansiva, del Tribunal de Justicia que, aun en el supuesto de que no resulten aplicables las *Directivas de contratación pública* —bien por encontrarnos ante tipologías contractuales diferentes a las previstas en ellas o, pese a tratarse de contratos típicos o armonizados, al no alcanzar el umbral económico establecido—, ha considerado que la adjudicación de tales figuras contractuales se encuentra sujeta, no obstante, a las normas fundamentales y a los principios generales del TFUE, en concreto, a los principios de igualdad de trato y de no discriminación por razón de la nacionalidad y a la obligación de transparencia que de ellos se deriva, siempre que tales contratos presenten un interés transfronterizo cierto sobre la base de ciertos criterios objetivos.

### 3. LA PERSPECTIVA DE LOS CONCEPTOS: UN CAMBIO DE MENTALIDAD PROPICIADO POR EL DERECHO DE LA UNIÓN

Sin perder de vista la materia de la contratación pública, es evidente que el derecho de la Unión ha propiciado un verdadero cambio en la forma de pensar y de concebir la realidad jurídica. La armonización, la integración normativa, la transformación, en definitiva, de las relaciones jurídicas, ha discurrido paralela a otro tipo de cambio, mucho más sutiles, derivados del lenguaje jurídico.

Casi sin darnos cuenta, hemos dejado de hablar de los *contratos de las administraciones públicas* para referirnos a la *contratación en el sector público*; en fin, frente a lo que antes eran *incompatibilidades* ahora hablamos de *conflictos de intereses*, frente a lo que era *Administración Pública* hablamos de *Sector Público*.

Estos matices terminológicos no deberían inquietarnos, de la misma manera que manejamos ahora ya con total naturalidad en el contexto del derecho penal, lo que significa un espacio de seguridad, libertad y justicia, cambio normativo que ha implicado también un cambio de lenguaje, un cambio de cultura jurídica, y a esto, evidentemente, ha contribuido la contratación pública.

Incluso, la contratación pública ha impulsado un verdadero derecho administrativo de la integración. Como expone la doctrina (SÁNCHEZ MORÓN) la contratación pública en cierta medida ha permitido realizar un giro con relación a esa famosa *huida del Derecho Administrativo*, que desembocó en una peligrosa atomización de fundaciones, consorcios o de sociedades estatales, autonómicas o municipales con un régimen jurídico propio, basado en el derecho privado o en el derecho mercantil, con mecanismos muy flexibles de control del gasto, de la misma manera que fue objeto de una excesiva ductilidad el propio concepto de poder adjudicador que, como es sabido, en nuestro país inicialmente se identificó con las administraciones públicas territoriales, lo que nos hizo acreedores, en el primer lustro de este siglo, de diversas condenas derivadas de recursos de incumplimiento interpuestos por la Comisión (sentencias de 13 de enero de 2005, Comisión/España, C-84/03; de 16 de octubre de 2003, Comisión /España, C-283/00; y de 15 de mayo de 2003, Comisión/España, C-214/00).

### 4. UNA PERSPECTIVA GENERAL DE LA LEY 9/2017

A la vista de lo que se acaba de expresar, resulta loable que la Ley de contratación pública haya supuesto, en cierta medida, una vuelta a los orígenes, quizás una transformación que ha suministrado sosiego y, sobre todo, algunas dosis de racionalización pese a la magnitud de su regulación que, en mi opinión, es excesiva (¡347 artículos, 54 disposiciones adicionales, 5 disposiciones transitorias, 1 disposición derogatoria, 16 disposiciones finales y 6 anexos!).

Los objetivos que inspiran la regulación contenida en la Ley 9/2017 persiguen lograr una mayor transparencia en la contratación pública, una mejor

relación calidad-precio y aclarar las normas vigentes, en aras de una mayor seguridad jurídica, tratando de conseguir que, desde la eficiencia en el gasto público y el respeto a los principios de igualdad de trato, no discriminación, transparencia, proporcionalidad e integridad, la contratación pública sea instrumento para implementar políticas en materia social, medioambiental, de innovación y desarrollo, de promoción de las PYMES, y de defensa de la competencia.

Para la doctrina más autorizada (GIMENO FELIU) el Derecho de la Unión ha proyectado su impronta sobre la ley 9/2017, mediante la estricta regulación de los convenios y de los encargos a medios propios, al eliminar la posibilidad de utilizar el procedimiento negociado sin publicidad por la cuantía, mediante la publicidad y el control de los modificados, por un modelo de publicidad diseñada para ser transparente poniendo en valor la Plataforma de Contratos del Sector Público, la regulación de los conflictos de intereses y una detallada regulación de las prohibiciones de contratar por vínculos familiares, el refuerzo del recurso especial o, en fin, la profesionalización de la composición de las mesas —artículo 326.5—, en la que no pueden participar cargos políticos.

Capítulo aparte merece la lucha contra la corrupción, por cuanto (artículo 64) los órganos de contratación deberán tomar las medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción, y prevenir, detectar y solucionar de modo efectivo los conflictos de intereses que puedan surgir en los procedimientos de licitación con el fin de evitar cualquier distorsión de la competencia y garantizar la transparencia en el procedimiento y la igualdad de trato a todos los candidatos y licitadores.

Para el profesor GIMENO FELIU, la nueva ley apuesta por un modelo de Contratación Pública transparente y estratégica, destacando que uno de sus retos será el afrontar de forma decidida la problemática de la corrupción y avanzar en un modelo que pivote sobre el principio de integridad, que forma parte del derecho a una buena administración que se garantiza en el artículo 41 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea.

Desde perspectivas, más específicas, si bien la Ley presenta aspectos complejos a la hora de su aplicación y delimitación práctica —como los contratos menores (que serán objeto de otras ponencias)— lo cierto es que ordena y simplifica ciertos institutos y procedimientos contractuales, suprimiendo el contrato de colaboración público-privada o el de gestión de servicios públicos, enfatizando la importancia del procedimiento abierto simplificado, sin contemplar el procedimiento negociado sin publicidad por razón de la cuantía.

Por último, quizás resulte oportuno referirnos aquí a uno de los elementos centrales de la contratación, el poder adjudicador. Ciertamente, el legislador español debería mostrar una especial sensibilidad respecto del ámbito subjetivo de la Ley, de manera que no deja de sorprender por qué se apuesta por una técnica tan cerrada como la contenida en el artículo 3 de la Ley 9/2017, a la hora de

definir y delimitar distintos conceptos, sobre todo, teniendo en consideración el carácter más flexible —y evolutivo— de la jurisprudencia de Luxemburgo.

El artículo 3.1 se refiere a las entidades que forman parte del sector público, el artículo 3.2, realmente extenso, aborda la consideración —dentro del sector público— de lo que son Administraciones Públicas y, al final, ya el artículo 3.3 describe lo que para el legislador español debe considerarse como poderes adjudicadores, siguiendo un sistema enunciativo cerrado —sin perjuicio de la cláusula general del artículo el 3.3 d)— lo que no parece muy adecuado, esencialmente, por la circunstancia de que el legislador de la Unión incorpora conceptos más amplios y porque resulta poco justificable que el legislador de la contratación del sector público comience a definir lo que es Administración pública y entidades del Sector público teniendo una reciente y flamante Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, llamada a dibujar la perspectiva general que, obviamente, debería respetarse también desde una dimensión puramente sectorial.

Sin perjuicio de que, efectivamente, por su propia técnica, las directivas se caracterizan por la abstracción, ello no impide la crítica a la Ley 9/2017, encorsetada por definiciones de carácter nacional que pueden llegar a dificultar una interpretación de carácter funcional (sentencia de 17 de diciembre de 1998, Comisión/Irlanda, C-353/96) con una proyección general en todo el territorio de la Unión, al tratarse de conceptos autónomos del Derecho de la Unión que deben extraerse a partir de la interpretación auténtica de la directiva, que corresponde en última instancia al Tribunal de Justicia. En este sentido el sistema de lista del artículo 3 de la Ley 9/2017 puede resultar insuficiente, máxime por no establecer un concepto de poder adjudicador propiamente dicho.

Finalmente debe dejarse constancia de que apenas transcurridos cuatro meses de entrada en vigor de la Ley 9/2017, de Contratos del Sector Público, se ha producido su primera modificación, operada por la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018.

## **5. LA PERSPECTIVA DE LOS OBJETIVOS DE LA CONTRATACIÓN Y SU REFLEJO EN LOS CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN: EL EJEMPLO DEL MEDIOAMBIENTE**

Desde luego, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es expansiva y tiene entre sus títulos habilitantes las libertades fundamentales. Ahora bien, de ahí a procurar fines o políticas ajenas, en principio, a esta institución, es algo que puede trascender sus propios fines, es decir, garantizar la libre competencia dentro del mercado interior.

No obstante, la estrategia Europa 2020 —Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010— tiene por objeto garantizar que la recuperación económica

de la Unión Europea después de la crisis económica y financiera reciba el apoyo de una serie de reformas para construir unas bases sólidas para el crecimiento y la creación de ocupación hasta 2020. Y, a estos efectos, la contratación pública se transforma en instrumento vertebrador de determinadas políticas públicas en ámbitos tan diversos como el medioambiental o el laboral.

Al fin y al cabo, la contratación pública tal y como está concebida desde la perspectiva del Derecho de la Unión no es un fin en sí mismo, sino que se dirige y persigue objetivos diversos: es una herramienta de eficiencia en la gestión, es un mecanismo de transparencia, evita la discriminación y, en definitiva, intenta servir para la implementación real de la competencia de las libertades fundamentales en el mercado interior.

Desde la perspectiva medioambiental, es ya una referencia clásica la sentencia de 17 de septiembre de 2002, *Concordia Bus Finland*, C-513/99, que revela que las consideraciones ecológicas pueden decantar la adjudicación del contrato de que se trate, lo que, obviamente, se asume en las Directivas de 2014, primando, en ocasiones, ofertas que ecológicamente planteen o puedan reportar mayores beneficios a la comunidad.

Nuestra Ley no es ajena a este tipo de consideraciones y muestra, sin lugar a dudas, una sensibilidad medioambiental, a los efectos de configurar la regulación de toda esta materia

Así, el artículo 1.3 de la Ley 9/2017 exige incorporar de manera transversal y preceptiva en toda contratación pública, criterios sociales y medioambientales siempre que guarden relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos.

En el proceso de liberalización económico, la contratación pública debe permitir captar, definir y concretar cuáles son los mejores prestadores en su caso del servicio o de una obra concreta.

La Directiva 2014/24 permite integrar el concepto de oferta económicamente más ventajosa —y, por ende, justificar la adjudicación— en el coste del ciclo de vida de los productos, los servicios o las obras que se van a comprar (artículo 68).

Pues bien a nivel nacional, el criterio de la mejor relación calidad-precio (artículo 145.1 de la Ley 9/2017), es también elemento clave de la adjudicación que no debe impedir, empero, otros aspectos a valorar (así, ya el apartado 2 del artículo 145 Ley 9/2017, se refiere a que *la mejor relación calidad-precio se evaluará con arreglo a criterios económicos y cualitativos*) que permitan obtener obras, suministros y servicios de gran calidad, concretamente mediante la inclusión de aspectos cualitativos, medioambientales, sociales e innovadores vinculados al objeto del contrato, de modo que se incluyan en los contratos públicos consideraciones de tipo social, medioambiental y de innovación y desarrollo

Incluso, el artículo 146 de la Ley 9/2017 prevé que cuando solo se utilice un criterio de adjudicación, este deberá estar relacionado con los costes, pudiendo ser el precio o un criterio basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de vida y cuando se utilicen una pluralidad de criterios de adjudicación, en su determinación, siempre y cuando sea posible, se dará preponderancia a aquellos que hagan referencia a características del objeto del contrato que puedan valorarse mediante cifras o porcentajes obtenidos a través de la mera aplicación de las fórmulas establecidas en los pliegos.

Parte de estos criterios aparecen expresados en el ya citado artículo 145, cuando se hace referencia a los criterios de adjudicación como elementos que se deben tener en cuenta, a los efectos de la relación calidad-precio.

El artículo 145 de la Ley 9/2017 parece partir de una relación indisociable, del binomio calidad-precio, de modo que una cosa va ligada a la otra. Sin embargo, aparecen en el horizonte ciertas dudas desde el momento que la sentencia de 20 de septiembre del 2018, Montte SL contra Musikene, C-546/16, derivada de una cuestión prejudicial planteada por el órgano administrativo de recursos contractuales de Euskadi, tiende, en cierta medida, a disgregar la relación calidad-precio, al permitir establecer una serie de puntuación de parámetros que conforman un umbral técnico, de modo que únicamente aquellos licitadores que lo sobrepasen serán objeto de valoración económica, mientras que quienes no alcancen dichos estándares técnicos no verán valorada su oferta, pese a que, eventualmente, resultase económicamente más ventajosa.

De este modo, los poderes adjudicadores pueden imponer en el pliego de condiciones de un procedimiento abierto de contratación pública unos requisitos mínimos en lo referente a la evaluación técnica, de modo que las ofertas presentadas que no alcancen una puntuación mínima predeterminada al término de esa evaluación quedan excluidas de la evaluación posterior, basada tanto en criterios técnicos como en el precio.

Por otro lado, el artículo 94 de la Ley 9/2017 alude a la *acreditación del cumplimiento de las normas de gestión medioambiental* y se refiere a los certificados de gestión ambiental que requieren las empresas que actúan como licitadoras y que necesitan como condición de solvencia técnica.

## **6. LAS PERSPECTIVAS *IN HOUSE* Y COOPERACIÓN HORIZONTAL, COMO COMPLEMENTARIAS A LA APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN DE CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO**

La Ley 9/2017 se refiere al reverso del ámbito de aplicación de la contratación pública, es decir, plantea ámbitos de aplicación en negativo, en paralelo con lo que se desprende de las directivas, en particular, con relación a algunos de los fenómenos de cooperación más característicos, como los que hasta el momento se venían conociendo como contratación *in house* o la cooperación horizontal.

Como se infiere del considerando 31 de la Directiva 2014/24/UE sobre contratación pública, existe una considerable inseguridad jurídica en cuanto a la medida en que los contratos celebrados entre entidades del sector público deben estar regulados por las normas de contratación pública, proclamando que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha sido objeto de diferentes interpretaciones, consecuencia de lo cual asume el reto de precisar en qué casos los contratos celebrados en el sector público no están sujetos a la aplicación de las normas de contratación pública.

Sigue apuntando el expresado considerando 31 *que esta precisión debe guiarse por los principios establecidos en la correspondiente jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. El hecho de que las dos partes de un acuerdo sean poderes públicos no excluye por sí mismo la aplicación de las normas de contratación. No obstante, la aplicación de las normas de contratación pública no debe interferir con la libertad de los poderes públicos para ejercer las funciones de servicio público que le han sido conferidas utilizando sus propios recursos, lo cual incluye la posibilidad de cooperación con otros poderes públicos. Es preciso asegurar que la cooperación entre entidades públicas exentas no acabe falseando la competencia con respecto a los operadores económicos privados, hasta el punto de situar a un proveedor de servicios privado en una posición de ventaja respecto de sus competidores.*

Por su parte, la Ley 9/2017 contempla también mecanismos de exclusión de la contratación pública, definiendo escenarios distintos desde la propia norma que se refiere a la contratación pública, lo que plantea muchas cuestiones e hipótesis, por ejemplo, hasta dónde pueden alcanzar las competencias en este ámbito o hasta dónde pueden llegar las competencias de revisión de los tribunales contractuales.

Creo que debe destacarse que, desde el punto de vista de estas exclusiones sistemáticamente hablando —resulta más racional la Ley 9/2017 que la Directiva 2014/24/UE. En este sentido, en lugar de unificar los supuestos de exclusión— que la Directiva amalgama conjuntamente en su artículo 12 bajo el rótulo de *contratos públicos entre entidades del sector público*—, la Ley 9/2017 distingue diversos escenarios y disciplina de manera separada los supuestos de (i) ejecución directa de prestaciones por la Administración Pública con la colaboración de empresarios particulares o a través de medios propios no personificados (artículo 30) (ii) Potestad de auto organización y sistemas de cooperación pública vertical y horizontal (artículo 31), (iii) los encargos de los poderes adjudicadores a medios propios personificados (artículo 32); (iv) los encargos de entidades pertenecientes al sector público que no tengan la consideración de poder adjudicador a medios propios personificados (artículo 33).

### 6.1. Los requisitos de los encargos in house

Como enseña el asunto Teckal (sentencia de 18 de noviembre de 1999, C-107/98) «basta, en principio, con que el contrato haya sido celebrado entre, por una parte, un ente territorial y, por otra, una persona jurídicamente distinta de éste. Sólo puede ser de otra manera en el supuesto de que, a la vez, el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan».

El asunto Teckal proporciona las pautas para indagar la delimitación y la potencialidad de los mecanismos *in house* que, apareciendo ahora definidos a nivel legislativo, pretenden dibujar unos cauces de relación interna entre entes, sustrayéndose así a las normas en materia de contratación.

En efecto, la encomienda de gestión realizada bajo los expresados parámetros determinará la no aplicación de la normativa contractual al considerar que existe una relación jurídico-administrativa.

En el contexto de personalidades jurídicas diferenciadas, la sentencia Teckal admite que la exclusión de la referida normativa sólo podría acontecer en el supuesto de que, a la vez, (1) el ente territorial ejerza sobre la persona de que se trate un control análogo al que ejerce sobre sus propios servicios y (2) esta persona realice la parte esencial de su actividad con el ente o los entes que la controlan, si bien, en relación con este último requisito es evidente la evolución experimentada, como testimonia la Directiva de 2014 por cuanto fija ya porcentajes específicos al expresar concretamente que la persona jurídica controlada *dedique más del 80% de sus actividades al ejercicio de funciones que le hayan sido asignadas por el poder adjudicador que la controla o por otras personas jurídicas controladas por dicho poder adjudicador, independientemente de quién sea el beneficiario de la ejecución del contrato.*

En cuanto al concepto de poder adjudicador, tanto la Directiva como la Ley 9/2017 intentan dar luz sobre este concepto, lógicamente determinado por lo establecido por la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia. En efecto, la Directiva 2014/24 exige que el ente reúna las siguientes características a) que se haya creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil; b) que esté dotado de personalidad jurídica propia, y c) que esté financiado mayoritariamente por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público, o cuya gestión esté sujeta a la supervisión de dichas autoridades u organismos, o que tenga un órgano de administración, de dirección o de supervisión, en el que más de la mitad de los miembros sean nombrados por el Estado, las autoridades regionales o locales, u otros organismos de Derecho público.

Esto son, en definitiva, los requisitos que de forma constante viene exigiendo la jurisprudencia para poder hablar de medios propios, tal y como confirma la sentencia de 5 de octubre de 2017, LitSpecMet y Vilniaus, C-567/15, que se refiere

sólo a esas condiciones, lo que contrasta con nuestra Ley de Contratos, en cuyo artículo 32 incorpora otra serie de requisitos adicionales —que ya estaban en la regulación anterior— como la necesidad de que la condición de medio propio personificado de la entidad destinataria del encargo respecto del concreto poder adjudicador que hace el encargo se reconozca expresamente en sus estatutos o actos de creación, previo cumplimiento de unos requisitos, como la conformidad o autorización expresa del poder adjudicador respecto del que vaya a ser medio propio y la verificación por la entidad pública de que dependa el ente que vaya a ser medio propio, de que cuenta con medios personales y materiales apropiados para la realización de los encargos de conformidad con su objeto social.

Además, los estatutos o acto de creación del ente destinatario del encargo deberá determinar: el poder adjudicador respecto del cual tiene esa condición; precisar el régimen jurídico y administrativo de los encargos que se les puedan conferir; y establecer la imposibilidad de que participen en licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador del que sean medio propio personificado, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas.

Quizás, pueden plantearse algunos problemas desde la perspectiva de la sintonía con la normativa y jurisprudencia de la Unión, pues si en un primer momento cabría sostener que esto va más allá de la Directiva, emerge el interrogante de articular dicha crítica con la duda de cómo se va a vulnerar la contratación pública si precisamente estos supuestos (*in house*) escapan de la normativa sobre contratación pública.

Una solución pasaría por explorar otro tipo de parámetros jurídicos, acudir directamente al Tratado, a las libertades fundamentales, en fin, a esos requisitos de carácter adicional y, por supuesto, a la lectura conjunta de la Ley de Contratos del Sector Público y de la Ley del Régimen Jurídico del Sector público, sobre la necesidad de acudir o recurrir al medio propio, cuando se justifique que esta opción es la más eficiente, cuando no se posean los medios técnicos idóneos para su desempeño, respetando los criterios de sostenibilidad, eficacia o apreciando las razones de urgencia o de seguridad pública que la hagan necesaria

En fin, no me quiero entretener más al respecto. Existen también limitaciones (apartado 7 del artículo 32, introducido por la Ley 6/2018, de 3 de julio) de modo que en los negocios jurídicos que los entes destinatarios del encargo celebren en ejecución del encargo recibido, el importe de las prestaciones parciales que el medio propio pueda contratar con terceros no excederá del 50 por ciento de la cuantía del encargo, sin perjuicio de las excepciones que se establecen a este límite porcentual que, por cierto, son bastante amplias

Y luego hay otra cuestión que llama la atención y que no termina, en mi opinión, de quedar definida —me figuro que luego en el debate los asistentes o mis compañeros de mesa lo aclaren—: ¿El medio propio tiene que ser necesariamente

un poder adjudicador? Esta cuestión es importante. En la Directiva cuando se habla de medio propio parece que es un poder adjudicador, incluso cuando el medio propio se relaciona en sentido ascendente con el poder adjudicador, se apunta que ese medio propio, además, es un poder adjudicador. En cambio, la Ley de Contratos parece admitir que un medio propio no sea un poder adjudicador y esto evidentemente plantea problemas porque si un medio propio no es poder adjudicador comporta ya, de entrada, relativizar las garantías de la contratación, lo que puede operar como un puertecilla sino para el fraude, sí para cierto escapismo jurídico.

### *6.3. Las relaciones entre entes del sector público (cooperación horizontal)*

Al hilo de la contratación instrumental conviene apuntar, a los efectos de disipar situaciones de confusión, que ninguna duda ha de suscitarse en cuanto a la posibilidad de que dos Administraciones celebren un contrato que, llegado el caso, se someta a los procedimientos armonizados por la Unión.

No obstante, en el asunto Comisión/Alemania (Sentencia de 9 de junio de 2009, C-480/06) con relación a la Directiva 92/50/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de servicios, el Tribunal de Justicia abordó la cuestión relativa a que ciertas administraciones regionales celebraron directamente un contrato de eliminación de residuos, con los servicios de limpieza urbana de la ciudad de Hamburgo sin que dicho contrato de servicios fuera objeto de una licitación en el marco de un procedimiento de licitación abierto o restringido a nivel comunitario.

La cooperación intermunicipal justificó, a los ojos del Tribunal de Justicia, la no tramitación de un procedimiento formal europeo de licitación para la adjudicación de servicios de tratamiento de residuos (apartados 37, 38, 41, 45 y 47) y, por tanto, la desestimación del recurso de incumplimiento.

Para esta sentencia, la posibilidad de estimular la colaboración entre poderes públicos diferentes a través de vínculos convencionales sin asumir un contrato público constituye una fórmula puramente organizativa siempre que exista un objetivo común de interés público, la prestación de naturaleza comercial, por carecer de vocación del mercado y existan derechos y deberes recíprocos más allá de la remuneración o retribución.

Esta idea se desarrolla en la sentencia Azienda Sanitaria Locale di Lecce (sentencia de 19 diciembre 2012, C-159/11) que analiza si resultaban conformes a la Directiva de contratación de 2004 y, en definitiva, al principio de libre competencia, los acuerdos celebrados por escrito entre dos Administraciones adjudicadoras para el estudio y la evaluación de la vulnerabilidad sísmica de establecimientos hospitalarios, a cambio de una contraprestación no superior a

los costes soportados por la ejecución de la prestación, cuando la Administración ejecutante pueda presentar la condición de operador económico.

El Tribunal de Luxemburgo rechaza que se trate de un supuesto de *contratación in house*, inclinándose, en cambio, hacia la hipótesis de una mera colaboración entre entidades públicas que, no obstante, sólo se daría si —interpretando a sensu contrario la sentencia— tuviera por objeto garantizar la realización de una misión de servicio público común a dichas entidades, se rigiera exclusivamente por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público, y no se favoreciese a un prestador privado respecto a sus competidores.

Respecto de organizaciones con fines sociales, específicamente, la participación de los ciudadanos a través del voluntariado permite ciertos supuestos de adjudicación directa de determinados servicios, cuando estén inspirados en los principios de universalidad, de solidaridad, de eficiencia económica y de adecuación, objetivos tenidos en cuenta por el Derecho de la Unión, que contribuyan efectivamente a la finalidad social y a la consecución de los objetivos de solidaridad y de eficacia presupuestaria, tal y como han puesto de manifiesto la sentencia Azienda sanitaria locale «Spezzino» (sentencia de 11 diciembre 2014, C-113/13) y sentencia CASTA y otros (sentencia de 21 enero de 2016, C50/14) con relación a supuestos de transporte sanitario.

Por su parte, la sentencia Piepenbrock (sentencia de 13 junio 2013, C-386/11) delimita con precisión las figuras de encomienda de gestión y de acuerdo de cooperación entre entidades públicas

En este supuesto, una asociación de municipios alemanes encargó a uno de los municipios que forma parte de la misma, la limpieza de varios locales titularidad de aquélla asociación, para lo cual se autoriza al municipio a recurrir a terceros, reservándose en todo caso la asociación el derecho de resolver unilateralmente el contrato en caso de ejecución defectuosa.

Para el Tribunal de justicia

a) No se trata de una encomienda de gestión, excluida de la aplicación de la normativa de la contratación pública, por no cumplirse ninguno de los criterios Teckal, toda vez que ninguna entidad controla a la otra. Además, la asociación que encomienda la ejecución de la tarea al municipio, aunque se reserve el derecho de controlar la ejecución correcta de esa tarea, no ejerce sobre el mismo un control que pueda calificarse como análogo al que ejerce sobre sus propios servicios. Finalmente, el municipio no realiza la parte esencial de sus actividades para la Asociación (apartados 33 y 34).

b) No se trata de un acuerdo de cooperación entre entidades públicas, excluidos igualmente de la aplicación de la normativa de la contratación pública, porque tal acuerdo exige, de modo acumulativo, que tales contratos hayan sido

celebrados exclusivamente por entidades públicas sin la participación de una empresa privada, no se favorezca a ningún prestador privado respecto a sus competidores, y la cooperación que establezcan sólo se rijan por consideraciones y exigencias características de la persecución de objetivos de interés público. Apreciando la sentencia que en el supuesto analizado, el contrato primigenio asociación-municipio no parece tener por objeto el establecimiento de una cooperación entre las dos entidades públicas contratantes dirigida a la realización de una misión de servicio público común y, además dicho contrato autoriza a recurrir a un tercero para la ejecución de la tarea prevista por el mencionado contrato, de tal forma que ese tercero podría estar en una situación ventajosa respecto a las demás empresas que operan en el mismo mercado (apartados 36 a 40).

Por tanto, la sentencia concluye en la existencia de relación contractual «Un contrato como el controvertido en el litigio principal, mediante el cual, sin establecer una cooperación entre las entidades públicas contratantes dirigida a la realización de una misión de servicio público común, una entidad pública encomienda a otra entidad pública la tarea de limpiar determinados edificios destinados a oficinas, locales administrativos y centros escolares, si bien la primera entidad se reserva la potestad de controlar que se lleva a cabo de manera correcta esta tarea, mediante una compensación económica que se considera debe corresponder a los costes incurridos por la ejecución de dicha tarea, estando además la segunda entidad autorizada a recurrir a terceros que pueden tener capacidad de operar en el mercado para la ejecución de la mencionada tarea, constituye un contrato público de servicios en el sentido del artículo 1, apartado 2, letra d), de la Directiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre coordinación de los procedimientos de adjudicación de los contratos públicos de obras, de suministro y de servicios».

## 7. LA PERSPECTIVA DE LA PROTECCIÓN DE LOS LICITADORES

La Directiva en su artículo 2 define que es licitador de forma extremadamente sencilla: «licitador» es un operador económico que haya presentado una oferta.

Por increíble que parezca, esta simple definición permite que prácticamente la totalidad de la ordenación de la Unión sobre la contratación pública gire en torno a dicho concepto. De hecho, todo parece estar concebido para su protección y, por extensión, para la salvaguarda de la competencia, de las libertades económicas, de la transparencia y de la igualdad dentro del mercado interior.

Así, por ejemplo, el principio de igualdad de trato «obliga a que los licitadores tengan las mismas oportunidades en la redacción de los términos de sus ofertas e implica, por lo tanto, que tales ofertas estén sujetas a los mismos requisitos para todos los licitadores». A su vez, la obligación de transparencia tiene por «objetivo [...] garantizar que no exista riesgo alguno de favoritismo y de arbitrariedad por parte del poder adjudicador. Implica que todas las condiciones

y la regulación del procedimiento de licitación estén formuladas de forma clara, precisa e inequívoca en el anuncio de licitación o en el pliego de condiciones, con el fin de que, en primer lugar, todos los licitadores razonablemente informados y normalmente diligentes puedan comprender su alcance exacto e interpretarlos de la misma forma y, en segundo lugar, el poder adjudicador pueda comprobar efectivamente que las ofertas de los licitadores responden a los criterios aplicables al contrato de que se trate» (sentencia de 6 de noviembre de 2014, Cartiera dell'Adda, C-42/13)

Más específicamente, sobre el *acceso a la contratación pública*, resulta de interés la sentencia Grupo Hospitalario Quirón (sentencia de 22 de octubre de 2015 C-552/13) que frente a la exigencia de que un centro de salud (potencial licitador) deba estar situado imperativamente en un determinado término municipal, concluye que dicha exigencia no garantiza un acceso igual y no discriminatorio de todos los licitadores a la contratación, sin que, además, pueda justificarse por razones de garantizar la proximidad y la accesibilidad al centro hospitalario en interés de los pacientes, de sus allegados o del personal médico.

Desde la perspectiva de las *exclusiones de los eventuales licitadores*, la jurisprudencia viene reafirmando el carácter taxativo de las causas de exclusión contenidas en las directivas.

Así, ha considerado que los principios de igualdad de trato y la obligación de transparencia impiden la exclusión de un operador económico del procedimiento de adjudicación a raíz del incumplimiento, por su parte, de una obligación que no resulta expresamente de los documentos relativos a dicho procedimiento o de la ley nacional vigente, sino de una interpretación o integración, de las autoridades o de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa nacionales (sentencia de 2 junio 2016, Pippo Pizzo, C-27/15) admitiendo, en su caso, la aplicación de parámetros de proporcionalidad (sentencia de 14 de diciembre de 2016, Connexion Taxi Services BVEL, C-171/15)

Sobre el *acceso a los recursos* conviene enfatizar una importante declaración de principios: teniendo en cuenta el objetivo de fortalecimiento de los recursos perseguido por la Directiva 89/665 y al no existir indicaciones en sentido contrario, no puede interpretarse de manera restrictiva el alcance del control jurisdiccional que debe ejercerse en el marco de los recursos a los que dicha Directiva se refiere.

Sin perjuicio de otros muchos pronunciamientos de gran interés (sentencias de 18 de junio de 2002, C-92/00 y de 11 de diciembre de 2014, Croce Amica One Italia, C-440/13) conviene traer a colación la sentencia de 5 abril 2017, Marina del Mediterráneo, S.L, C391/15, que da respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con incidencia directa sobre aspectos nucleares de nuestro sistema de revisión contencioso-administrativo, por cuanto, en definitiva, ha supuesto la necesidad de reformular el control jurisdiccional sobre los denominados actos de trámite.

En consonancia con el artículo 25 de la Ley de Jurisdicción Contencioso Administrativa, el artículo 310, apartado 2, letra b), de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público permitía interponer un recurso independiente contra los actos de trámite, siempre que éstos decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento sobre la adjudicación o produzcan indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos.

Sin embargo, los restantes actos de trámite, tales como la decisión de admitir a un interesado a un procedimiento de licitación, únicamente pueden ser impugnados en el marco del recurso que se interponga contra el acuerdo de adjudicación del contrato público, según resulta de la documentación remitida al Tribunal de Justicia.

En definitiva, las dudas se suscitaban en torno a si esta limitación de impugnar un acto de trámite no cualificado (en este caso, la decisión del poder adjudicador de admitir a un interesado como licitador en el procedimiento de licitación) resultaba conforme a la Directiva 89/665 (la ya citada, *Directiva recursos*)

Para el Tribunal de Luxemburgo, la Directiva 89/665 se opone a una legislación nacional como la española que, en definitiva, impide impugnar ante la jurisdicción contencioso administrativa el acto de trámite consistente en la decisión de admitir a un licitador al procedimiento de adjudicación.

Dicha conclusión se sustenta en las siguientes consideraciones que conviene apuntar:

— Toda decisión de un poder adjudicador al que se apliquen las normas del Derecho de la Unión en materia de contratación pública, y que sea susceptible de infringirlas, estará sujeta al control jurisdiccional, sin distinguir en función de su contenido o del momento de su adopción y sin que exista ninguna restricción en lo que atañe a la naturaleza y al contenido de las decisiones a las que se refiere

— La admisión de la oferta de un licitador supone una decisión que rebasa el ámbito de la reflexión interna de la entidad adjudicadora y, por tanto, es recurrible.

— La Directiva 89/665 no autoriza a los Estados miembros a supeditar el ejercicio del derecho a recurrir al hecho de que el procedimiento de contratación pública de que se trate haya alcanzado formalmente una determinada fase. A falta de normativa de la Unión que determine el momento a partir del cual debe existir la posibilidad de interponer recurso, corresponde al Derecho nacional configurar la regulación del procedimiento jurisdiccional destinado a garantizar la salvaguardia de los derechos que el Derecho de la Unión confiere a los justiciables.

— Las normas de procedimiento de los recursos judiciales destinados a garantizar la salvaguardia de los derechos que el ordenamiento jurídico de la

Unión confiere a los candidatos y licitadores perjudicados por las decisiones de los poderes adjudicadores no deben privar de efecto útil a la Directiva 89/665

— Obligar en todos los casos al licitador a esperar a que recaiga el acuerdo de adjudicación del contrato, antes de poder interponer un recurso contra la admisión de otro licitador, infringe las disposiciones de la Directiva 89/665.

— Para considerar que los recursos interpuestos contra las decisiones adoptadas por un poder adjudicador son eficaces, deben ser accesibles, como mínimo, a cualquier persona que tenga o haya tenido interés en obtener un determinado contrato y que se haya visto o pueda verse perjudicada por una supuesta infracción del Derecho de la Unión en materia de contratos públicos o de las normas de transposición de dicho Derecho.

Por otro lado, en los últimos años han cobrado cierto protagonismo las decisiones relativas a la *determinación de su aptitud y de sus capacidades profesionales*.

Cuando la entidad adjudicadora fija un criterio de selección cualitativo que incluye requisitos relativos a las capacidades técnicas o profesionales, el Derecho de la Unión reconoce a los operadores económicos el derecho, para un contrato determinado, a basarse en las capacidades de otras entidades, independientemente de la naturaleza jurídica de los vínculos que tengan con ellas, siempre que se demuestre ante la entidad adjudicadora que el licitador dispondrá efectivamente de los medios de dichas entidades necesarios para ejecutar el contrato (sentencia de 7 de abril de 2016, Partner Apelski Dariusz, C-324/14.)

No obstante, el ejercicio de este derecho puede limitarse en circunstancias excepcionales. Así, no puede excluirse que habida cuenta de la naturaleza y de los objetivos de un contrato determinado las capacidades de que dispone una entidad tercera, y que son necesarias para la ejecución de ese contrato, no puedan transmitirse al licitador interesado, de modo que éste únicamente puede basarse en esas capacidades si dicha entidad participa directa y personalmente en la ejecución del citado contrato.

En tales circunstancias, es legítimo indicar expresamente reglas precisas con arreglo a las cuales un operador económico podrá basarse en las capacidades de otras entidades, siempre que esas reglas estén relacionadas con el objeto y la finalidad del citado contrato y sean proporcionadas a éstos.

Pues bien, el asunto Borta» (sentencia de 5 de abril de 2017, C-298/15), censura la disposición nacional lituana en cuya virtud, en caso de subcontratar la ejecución de un contrato de obras, el propio adjudicatario estará obligado a realizar la obra principal, definida como tal por la entidad adjudicadora.

Por su parte, en Esaprojekt sp. z o.o (sentencia de 4 de mayo de 2017, Esaprojekt sp. z o.o, C-387/14) no permite a un operador económico basarse en las capacidades de otra entidad, sumando los conocimientos y la experiencia de dos entidades que, individualmente, no disponen de las capacidades solicitadas para

la ejecución de un determinado contrato, en caso de que el poder adjudicador considerase que el contrato de que se trata es indivisible y que dicha exclusión de la posibilidad de basarse en las experiencias de distintos operadores económicos esté relacionada y sea proporcionada al objeto del contrato en cuestión, que debe por tanto ser realizado por un único operador.

Asimismo, tampoco permite a un operador económico, que participa individualmente en un procedimiento de adjudicación de un contrato público, basarse en la experiencia de una agrupación de empresas, de la que formó parte en el marco de otro contrato público, si no participó de forma efectiva y concreta en la realización de este último.

No obstante, admite que un operador económico acredite su experiencia invocando simultáneamente dos o más contratos como una única licitación, salvo que el poder adjudicador haya excluido esa posibilidad en virtud de requisitos relacionados y proporcionados al objeto y a las finalidades del contrato público de que se trate.

En fin, la sentencia Wrocław (sentencia de 14 de julio de 2016, C-406/14), considera que un poder adjudicador no puede exigir, mediante una cláusula del pliego de condiciones de un contrato público de obras, que el futuro adjudicatario de dicho contrato ejecute con sus propios recursos un determinado porcentaje de las obras objeto del mismo, de la misma manera que en el asunto Ostas Celtnieks (sentencia de 14 de enero de 2016, C-234/14) se ha rechazado que un poder adjudicador pueda, mediante el pliego de condiciones de un procedimiento de adjudicación de un contrato público, imponer a un licitador que se basa en las capacidades de otros empresarios la obligación de suscribir con éstos un convenio de colaboración o bien de constituir con ellos una sociedad colectiva con carácter previo a la adjudicación del contrato.

Finalmente, la *aptitud de los licitadores para ejecutar el contrato no puede contemplarse como un criterio de adjudicación*, si bien para ciertos tipos de contratos puede tenerse en cuenta la cualificación del personal encargado de su ejecución.

A efectos de evitar cualquier atisbo de discriminación entre los licitadores, el Tribunal de Justicia ha venido centrando los criterios de adjudicación en relación con el objeto del contrato, toda vez que la verificación de la aptitud de los licitadores por las entidades adjudicadoras ha de contemplarse con arreglo a los criterios de capacidad económica, financiera y técnica, mientras que la adjudicación del contrato se basa en los criterios establecidos en el precio más bajo o bien en la oferta económicamente más ventajosa.

Consecuentemente no es posible integrar y valorar el concepto de oferta económicamente más ventajosa a través de la experiencia del contratista ya que una cosa es su aptitud y otra diferente la oferta que de acuerdo con los criterios de adjudicación deben considerarse para resolver el expediente contractual, como se infiere de la sentencia GAT (sentencia de 19 de junio de 2003, C-315/01)

## 8. LA PERSPECTIVA DE LA NUEVA CASACIÓN Y EL PAPEL DEL TRIBUNAL SUPREMO

Es destacable la incidencia que el nuevo régimen que la casación contencioso-administrativa, introducida en la LRJCA por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial puede proyectar en materias fuertemente armonizadas y vertebradas por el derecho de la Unión, como ocurre con la contratación pública.

La necesaria colaboración con el Tribunal de Justicia a través del mecanismo de la cuestión prejudicial parece haber determinado, en cierta medida, una alteración del tradicional esquema jerárquico entre los jueces ordinarios (instancia, apelación y casación) e, incluso, sus relaciones con el Tribunal Constitucional.

A este respecto conviene recordar, no obstante, que a nivel interno el Tribunal Supremo sigue siendo el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes como proclama el artículo 123 de la Constitución, a salvo, claro está, la materia de garantías constitucionales.

Incluso, desde una perspectiva supranacional, el propio Tribunal de Justicia singulariza la especial posición de aquellos órganos jurisdiccionales que, como ocurre con el TS, sus decisiones no son susceptibles de recurso puesto que sólo a estos les corresponde la competencia última para aplicar el test CILFIT, es decir, la doctrina del acto claro (sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de septiembre de 2015, asunto X) o sólo las resoluciones de los órganos jurisdiccionales nacionales que resuelven en última instancia puede constituir una violación suficientemente caracterizada del Derecho de la Unión, de la que pueda derivarse responsabilidad por los daños derivados del incumplimiento del derecho de la Unión cuando dicho órgano jurisdiccional haya infringido manifiestamente el Derecho aplicable, o en caso de que esta violación se haya producido a pesar de existir una jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia en la materia (sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de julio de 2016, Tomášová, C168/15).

La lógica de estas doctrinas es aplastante, al erigirse el Tribunal Supremo en cauce idóneo para asegurar también dentro del Estado miembro la uniformidad que exige la norma de la Unión.

Sin ir más lejos, un reflejo del importante papel que está llamado a jugar el Tribunal Supremo se pone de manifiesto en la reciente configuración de la nueva casación contencioso-administrativa en la que, como es sabido, entre las circunstancias que perfilan el denominado interés casacional objetivo, se encuentra precisamente la interpretación del Derecho de la Unión Europea en contradicción aparente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o en supuestos en que aun pueda ser exigible la intervención de éste a título prejudicial (artículo 88.2 f) de la LJCA).

Al respecto cabe comentar que, dependiendo de la materia, obviamente, no es descartable un incremento de los alegatos basados precisamente en ese indicio casacional.

Pues bien, dicho precepto conduce rectamente a descubrir en qué medida permite delimitar a efectos internos los órganos jurisdiccionales obligados a plantear la cuestión prejudicial frente a aquellos meramente facultados para hacerlo, en los términos del artículo 267TFUE.

Este precepto considera que el juez está obligado a dirigirse al Tribunal de Justicia únicamente cuando las dudas de interpretación o de validez se le susciten en un asunto pendiente que no sea susceptible de ulterior recurso judicial según el Derecho interno.

Pues bien, en la medida que prácticamente todas las sentencias son potencialmente susceptibles de casación cabe preguntarse si el Tribunal Supremo se ha convertido —en la mayor parte de las ocasiones— en el único órgano judicial obligado a plantear cuestión prejudicial en la medida que, en abstracto, sería posible interponer recurso de casación contra cualquier sentencia.

Algunas soluciones al planteamiento ofrece la STJUE de 15 marzo 2017, Lucio Cesare Aquino, que en un contexto casacional sometido a una específica decisión de admisión por parte del tribunal de casación (por tanto, no siendo admisible de forma automática o rigurosamente tasado el recurso de casación) entiende que en la medida que resulta posible interponer un recurso de casación contra la sentencia, el órgano que la dictó no puede considerarse un órgano jurisdiccional obligado al planteamiento de la cuestión prejudicial, incluso, aun en el supuesto de que el recurrente en casación hubiese desistido del recurso ante el propio tribunal casacional.

Consecuentemente, todo apunta a que en materias como la contratación pública, la casación permitirá al Tribunal Supremo, entre otras vías o circunstancias, a través del derecho de la Unión, consolidar y, en su caso, ampliar un importante *corpus* jurisprudencial sobre las cuestiones más destacadas de la institución.



# EL DESARROLLO POR LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN DE LA LEGISLACIÓN ESTATAL DE CONTRATOS PÚBLICOS: CONTRATOS MENORES Y OTRAS CUESTIONES

D. MIGUEL ÁNGEL BERNAL BLAY

Profesor de Derecho Administrativo Universidad de Zaragoza.  
Director General de Contratación, Patrimonio y Organización  
del Gobierno de Aragón

**SUMARIO:** I. LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, UNA COMPETENCIA COMPARTIDA ENTRE EL ESTADO Y ALGUNAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS: 1. La legislación básica estatal en materia de contratación administrativa y su delimitación.– 2. El régimen foral de contratación pública a debate.– II. A VUELTAS CON EL PROCEDIMIENTO DE CONTRATO MENOR: 1. Novedades en la Ley 9/2017, de contratos del sector del sector público.– 2. La difícil interpretación del límite a la adjudicación sucesiva de contratos menores.– 3. Publicidad versus prohibición: dos soluciones diferentes al mal uso del contrato menor.– III. EL PROYECTO DE LEY DE ORGANIZACIÓN Y USO ESTRATÉGICO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS EN ARAGÓN, DE JULIO DE 2018: ANÁLISIS DE SUS PRINCIPALES NOVEDADES.

## I. LA REGULACIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS, UNA COMPETENCIA COMPARTIDA ENTRE EL ESTADO Y ALGUNAS COMUNIDADES AUTÓNOMAS

### *1. La legislación básica estatal en materia de contratación administrativa y su delimitación*

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de contratos del sector público (LCSP), obedece al ejercicio por parte del Estado de varias competencias de las que tiene reconocidas en el artículo 149 de la Constitución. Es la Disposición final primera de dicha norma, relativa a los «Títulos competenciales» la que recuerda en base a cuáles se justifica la intervención normativa estatal. La práctica totalidad de los

preceptos de la LCSP se justifica en virtud de las competencias estatales a que se refiere el art. 149.1.18 CE relativas a «legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas»<sup>1</sup>. Sin embargo, no son los únicos títulos competenciales esgrimidos, pues algunos preceptos obedecen al ejercicio de las competencias estatales en materia de «legislación procesal», «legislación civil y mercantil» y «**bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas**», recogidas, en los apartados 6, 8 y 18 respectivamente, del mismo art. 149.1 CE.

La LCSP utiliza una fórmula general para declarar básicos la práctica totalidad de sus preceptos, con un importante impacto (en el sentido de limitación) sobre las posibilidades de intervención regulatoria de las Comunidades Autónomas que hayan asumido competencias en esta materia en sus respectivos Estatutos de Autonomía. En este sentido se dice que, dejando a un lado los preceptos que obedecen al ejercicio de títulos competenciales distintos, «los restantes artículos de la presente Ley constituyen legislación básica dictada al amparo del artículo 149.1.18.<sup>a</sup> de la Constitución en materia de legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y, en consecuencia, son de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y organismos y entidades dependientes de ellas». **Únicamente se exceptúan de tal calificación** («No obstante, no tendrán carácter básico...») 79 disposiciones (generalmente partes de artículos) que se señalan en el apartado 3 de la Disposición final primera LCSP. Es decir, se utiliza un sistema de delimitación negativa del contenido básico de la regulación (se formula una relación de preceptos no básicos y se establece que el resto tienen carácter básico) «de aplicación general a todas las Administraciones Públicas y organismos y entidades dependientes de ellas», sin perjuicio de advertir a continuación, en el apartado 4 de la Disposición final primera LCSP que cierra el precepto, que «Las previsiones de esta Ley serán de aplicación a las Comunidades Autónomas de acuerdo con lo establecido en los apartados 1, 2 y 3 anteriores, sin perjuicio de las posiciones singulares que en materia de sistema institucional, y en lo que respecta a las competencias exclusivas y compartidas, en materia de función pública y de auto organización, en cada caso resulten de aplicación en virtud de lo dispuesto en la Constitución Española y en los Estatutos de Autonomía».

Este criterio para la delimitación de lo básico en materia de contratación administrativa que utiliza la LCSP, se «arrastra» desde la primera norma post-constitucional, la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de contratos de las Administra-

---

1. Una eventual reforma constitucional podría aprovecharse para «actualizar» la terminología, sustituyendo el adjetivo «administrativos» por el de «públicos» que califica a los contratos que entran dentro del ámbito objetivo de la Ley, desligando la referencia al elemento subjetivo «Administración pública». Hoy en día, y así es desde la Ley 30/2007, se habla de contratación pública o del sector públicos, y aunque las normas de contratación siguen pivotando sobre la figura del contrato administrativo, el celebrado por las entidades que, a efectos de la Ley, tienen la consideración de Administración pública, en realidad su alcance es mucho mayor, pues se proyecta sobre la contratación de obras, servicios y suministros de los «poderes y entidades adjudicadores», concepto de origen europeo caracterizado por una serie de notas funcionales antes que por unas cualidades formales.

ciones Públicas, cuya disposición final primera utilizaba igualmente un sistema de lista para delimitar los preceptos no básicos. Con la simple invocación del art. 149.1.18 CE, el Estado dispone el carácter básico de la mayor parte la regulación de los contratos públicos, y lo curioso es que, hasta el momento, muy pocos han cuestionado esta forma de delimitar la legislación básica en sentido negativo. Si acudimos al Dictamen del Consejo de Estado sobre el anteproyecto de la última LCSP, vemos que dicho órgano acepta sin mayor cuestionamiento este planteamiento: «El anteproyecto de Ley sometido a consulta respeta el reparto constitucional de competencias... La previsión contenida en la disposición final primera del anteproyecto no suscita reparo alguno toda vez que se acomoda a la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional desde ya antiguo en numerosas sentencias (desde las Sentencias 141/1993, de 22 de abril y 331/1993, de 22 de noviembre)...»<sup>2</sup>.

Nadie ha exigido a las diferentes normas estatales sobre contratación pública una delimitación de lo básico «en positivo», de modo que se justifique su conexión con los principios de publicidad, igualdad, libre concurrencia y seguridad jurídica que aseguren a los ciudadanos un tratamiento común por parte de todas las Administraciones públicas, tal y como estableciera el Tribunal Constitucional en su Sentencia 141/1993, de 22 de abril, al delimitar el alcance de lo básico en materia de contratación pública. Así, según el criterio del Tribunal Constitucional plasmado en dicha Sentencia, *«todos los preceptos que tiendan directamente, a dotar de efectividad práctica a aquellos principios básicos de la contratación administrativa deben ser razonablemente considerados como normas básicas, mientras que no lo serán aquellas otras prescripciones de detalle o de procedimiento que, sin merma de la eficacia de tales principios básicos, pudieran ser sustituidas por otras regulaciones asimismo complementarias o de detalle, elaboradas por las Comunidades Autónomas con competencia para ello»*. A la luz de la doctrina establecida por el Alto tribunal, toda la regulación que se califique como «básica» invocando las competencias estatales debe presentar una conexión incuestionable con la salvaguarda de dichos principios, de manera que respecto de aquella regulación que no presente tal conexión, no podrá predicarse tal carácter básico, quedando entonces habilitas las Comunidades Autónomas, en función de sus competencias, para aprobar su normativa de desarrollo<sup>3</sup>.

---

2. Dictamen núm. 1.116/2015, de 10 de marzo de 2016, p. 47.

3. En este punto, se hace preciso recordar la reiterada jurisprudencia del alto Tribunal existente en materia de «legislación básica» como un concepto material que pretende «garantizar en todo el Estado un común denominador normativo dirigido a asegurar, de manera unitaria y en condiciones de igualdad, los intereses generales a partir del cual pueda cada Comunidad Autónoma, en defensa de sus propios intereses, introducir las peculiaridades que estime convenientes y oportunas, dentro del marco competencial que en la materia le asigne su Estatuto» (SSTC 32/1981, 1/1982, 32/1983, 48 y 49/1988, 69/1988). En virtud de esa definición material de lo básico, corresponde al legislador estatal delimitar su contenido y alcance, pero sin alterar el orden constitucional y estatutario de competencias y sin que ello suponga que deba aceptarse en todo caso el criterio del legislador estatal, pues si la calificación de un precepto como básico resulta impugnada, corresponde al Tribunal Constitucional, en tanto que intérprete supremo

Como antes decíamos, esa forma de delimitar lo básico en materia de contratación, es decir, de identificar aquello a lo que se ciñe la competencia estatal en materia de contratación administrativa, dificulta el ejercicio por parte de las Comunidades Autónomas de las competencias que hayan asumido estatutariamente sobre esa materia, ceñidas generalmente al desarrollo de la legislación básica estatal, pero que pueden edificarse también sobre la base de títulos competenciales horizontales de los que disponen las Comunidades Autónomas, que pueden permitir el desarrollo de políticas propias en materia de contratación pública, especialmente en los ámbitos social, medioambiental o de innovación<sup>4</sup>.

Por tratarse de competencias «compartidas», el ejercicio de la competencia estatal calificando genéricamente la práctica totalidad de la regulación como básica puede suponer *de facto* un vaciamiento de las competencias autonómicas. Y promueve, tal y como ha sucedido hasta ahora, una alta conflictividad ante cualquier desarrollo autonómico de las normas sobre contratación, respecto de las cuales el Estado reacciona prácticamente de manera automática. En definitiva, la disposición final primera LCSP podría, tal y como está configurada, incurrir en inconstitucionalidad por cuanto declara formalmente como *básicos artículos que materialmente no lo son*. Y así lo ha manifestado recientemente la Comunidad Autónoma de Aragón en el recurso de inconstitucionalidad planteado contra casi un centenar de disposiciones de la Ley 9/2017, interpuesto en el mes de julio de 2018.

En cualquier caso, como bien ha señalado GIMENO FELIÚ<sup>5</sup>, esta forma de justificar la competencia estatal en materia de contratación administrativa no debe desincentivar el desarrollo competencial por las Comunidades Autónomas, pues la opción de no regular convierte en exclusiva *de facto* la competencia del Estado, lo que supone negar, en sí mismo, las propias capacidades de las Comunidades Autónomas. Es por ello que la Comunidad Autónoma de Aragón, continuando la línea de desarrollo estatutario iniciada con la aprobación de la ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público de Aragón, ha presentado en las Cortes de Aragón en el mes de julio de 2018 un Proyecto de Ley de organización y uso estratégico de los contratos públicos en Aragón que desarrolla las disposiciones de la LCSP, y del que en un apartado posterior de este trabajo, daremos cuenta de sus principales novedades.

---

de la Constitución, revisar dicha calificación y deducir, en última instancia, si la norma es o no materialmente básica (SSTC 69/1988, 227/1988, 15/1989, entre otras).

4. En este sentido se manifiesta A. SANMARTÍN MORA al analizar las posibilidades normativas de las Comunidades Autónomas en materia de contratación pública en «Estructura sistemática y distribución competencial», en Gimeno Feliú, J.M. (Dir.) *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, 2018, p. 231).

5. «La nueva regulación de la contratación pública en España desde la óptica de la incorporación de las exigencias europeas: hacia un modelo estratégico, eficiente y transparente», en GIMENO FELIÚ, J.M. (Dir.) *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, 2018, p. 77.

## 2. El régimen foral de contratación pública a debate

Dos disposiciones, que abordan el que podríamos denominar «régimen foral» de la contratación pública, llaman la atención en la nueva LCSP, porque no existían antecedentes similares en la normativa anterior, ni tampoco estaban contempladas en el Proyecto de Ley aprobado por el Gobierno, sino que fueron introducidos en el texto definitivo mediante dos enmiendas aprobadas en el Congreso de los Diputados durante la tramitación parlamentaria. Me refiero a las disposiciones finales segunda y tercera de la LCSP, que se refieren a la Comunidad Foral de Navarra y a la Comunidad Autónoma del País Vasco, respectivamente.

Respecto de la primera, se dispone que «En virtud de su régimen foral, la aplicación a la Comunidad Foral de Navarra de lo dispuesto en esta Ley se llevará a cabo sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley Orgánica 13/1982, de 10 de agosto, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra». Dicha Ley, que hace las veces de Estatuto de Autonomía, señala como competencia exclusiva de la Comunidad Foral la materia relativa a «contratos y concesiones administrativas, respetando los principios esenciales de la legislación básica del Estado en la materia»<sup>6</sup>. Se trata, en este caso, de una competencia exclusiva, a diferencia del resto de Comunidades Autónomas que recogen la contratación administrativa como competencia compartida con el Estado, que encuentra su límite en «los principios esenciales de la legislación básica del Estado en la materia» pero no en la legislación básica en sí misma, como sucede en el resto de Comunidades Autónomas. La ausencia de referencia a la Ley de Reintegración y Amejoramiento en las normas sobre contratos públicos anteriores a la LCSP 2017 no ha provocado mayores problemas (de hecho, las sucesivas normas forales de contratos públicos de 1998, 2006 y 2018 no han sido nunca objeto de recurso de inconstitucionalidad por parte del Estado), por lo que no acaba de entenderse la necesidad de su inclusión, ahora, en la LCSP de 2017. Además, la historia de cómo aparece esta Disposición adicional en la LCSP resulta un tanto «curiosa». No fue presentada como enmienda en el Congreso (cosa que la diferencia de la Disposición final tercera que analizaremos a continuación, que sí fue presentada con esa redacción como enmienda 1080 del Grupo Parlamentario Vasco en el Congreso de los Diputados), sino que surge *ex novo* en el Informe de la ponencia en el Congreso, donde literalmente se dice «La Ponencia ha aprobado por mayoría un nuevo texto en relación con esta disposición en los términos del Anexo al presente Informe, como consecuencia de la aceptación de la enmienda 811 del GP Mixto-UPN-PP». Sin embargo, la enmienda 811 no guarda ninguna relación

---

6. Sobre la competencia de la Comunidad Foral de Navarra en materia de contratos me remito al estudio de J.C. ALLI ARANGUREN que, con ese mismo título, se incluye en la obra colectiva dirigida por él mismo *Comentarios a la Ley Foral de Contratos Públicos. Ley Foral 6/2006, de 9 de junio*. Ed. Gobierno de Navarra, 2007, pp. 45-76. El autor explica, muy especialmente la p. 48, la justificación de ese régimen foral de contratación pública, «tanto de iure como de facto», como una competencia histórica, materializada en una Norma de Contratación aprobada por el Parlamento Foral en 1981.

con el contenido de la Disposición final, pues se refería a una modificación del art. 196.4 del proyecto de Ley, relativa al cómputo del *dies a quo* para el pago del precio de los contratos públicos.

Por su parte, la especialidad del régimen foral de la Comunidad Autónoma del País Vasco se vincula a «lo dispuesto en la Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico Vasco de la Comunidad Autónoma del País Vasco»<sup>7</sup>. A diferencia de lo que sucede en el caso navarro, la justificación de esta especialidad foral resulta absolutamente incomprensible. En primer lugar, porque tal «especialidad» no aparece justificada en base a las competencias previstas en el Estatuto de Autonomía del País Vasco que en materia de contratos administrativos atribuye a la Comunidad Autónoma las de «desarrollo legislativo y la ejecución dentro de su territorio de la legislación básica del Estado», sino en base a una Ley de contenido completamente ajeno a la contratación pública, la Ley 12/2002, de 23 de mayo, por la que se aprueba el Concierto Económico Vasco. Pero es que además, sorprendentemente, esa Ley 12/2002, que aprueba el Concierto Económico Vasco que se erige en fundamento del régimen foral de contratación, no alude en absoluto, en ninguno de sus preceptos, a los contratos públicos o administrativos. La pregunta es ¿cómo debe entenderse pues la salvedad («sin perjuicio de») a que se refiere la Disposición final tercera LCSP?

Aparte de las «curiosidades» señaladas respecto de este régimen foral de la contratación pública de nuevo cuño, sorprende el «olvido» respecto de otras Comunidades Autónomas de incuestionable régimen foral, respecto de las cuales no se dispone, en igualdad de condiciones con la Comunidad Foral Navarra y la del País Vasco, que la LCSP se aplicará en dichos territorios con carácter condicionado. En este sentido, no existe ningún motivo por el que dicho respeto no deba predicarse igualmente respecto de la Comunidad Autónoma de Aragón, cuyos derechos históricos ampara y respeta la Constitución en su disposición adicional primera, tal y como recoge la disposición adicional tercera de su Estatuto de Autonomía. Por ende, debería haberse reconocido en las disposiciones finales de la LCSP la condición de Territorio Foral de la Comunidad Autónoma de Aragón, y el deber de respeto a sus derechos históricos y por tanto, que la aplicación de la LCSP en ese territorio se hiciese «sin perjuicio de lo dispuesto en su Estatuto de Autonomía».

---

7. La justificación de la enmienda de la que trae causa esta disposición (núm. 1080 presentada por el Grupo Parlamentario Vasco en el Congreso de los Diputados) señala que «Esta disposición final se propone como consecuencia de lo establecido en la Ley Orgánica 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera, en el apartado segundo de su disposición final tercera, así como en la disposición final sexta de la Ley Orgánica 6/2013, de 14 de noviembre, de creación de la Autoridad Independiente de Responsabilidad Fiscal. De esta manera, se deberá interpretar conforme a la normativa foral vasca especialmente lo establecido en el artículo 321,7, artículo 325, artículo 326 y artículo 327 del proyecto de Ley».

## II. A VUELTAS CON EL PROCEDIMIENTO DE CONTRATO MENOR

### 1. *Novedades en la Ley 9/2017, de contratos del sector del sector público*

La nueva LCSP ha mantenido el contrato menor como procedimiento de adjudicación de los contratos públicos. En el nuevo texto legal, la regulación de este procedimiento se recoge, principalmente, en el art. 118, que dispone<sup>8</sup>:

#### **Artículo 118. Expediente de contratación en contratos menores.**

1. Se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal.

En los contratos menores la tramitación del expediente exigirá el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato. Asimismo se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.

2. En el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando

---

8. Téngase en cuenta el importantísimo impacto que supondría la aprobación del Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2019, que propone una nueva modificación del precepto, con la siguiente redacción:

«...Disposición final trigésima cuarta. *Modificación de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.*

Con efectos desde la entrada en vigor de esta Ley y vigencia indefinida se modifica la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de la siguiente forma:

sigue:

**Uno.** Se da nueva redacción al artículo 118, que queda redactado como

«Artículo 118. Expediente de contratación en contratos menores.

1. Se consideran contratos menores los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 229 en relación con las obras, servicios y suministros centralizados en el ámbito estatal.

2. En los contratos menores la tramitación del expediente exigirá la emisión de un informe del órgano de contratación justificando de manera motivada la necesidad del contrato y que no se está alterando su objeto con el fin de evitar la aplicación de los umbrales descritos en el apartado anterior.

3. Asimismo se requerirá la aprobación del gasto y la incorporación al mismo de la factura correspondiente, que deberá reunir los requisitos que las normas de desarrollo de esta Ley establezcan.

4. En el contrato menor de obras, deberá añadirse, además, el presupuesto de las obras, sin perjuicio de que deba existir el correspondiente proyecto cuando sea requerido por las disposiciones vigentes. Deberá igualmente solicitarse el informe de las oficinas o unidades de supervisión a que se refiere el artículo 235 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

5. Lo dispuesto en el apartado 2o de este artículo no será de aplicación en aquellos contratos cuyo pago se verifique a través del sistema de anticipos de caja fija u otro similar para realizar pagos menores, siempre y cuando el valor estimado del contrato no exceda de 5.000€.

6. Los contratos menores se publicarán en la forma prevista en el artículo 63.4...».

normas específicas así lo requieran. Deberá igualmente solicitarse el informe de las oficinas o unidades de supervisión a que se refiere el artículo 235 cuando el trabajo afecte a la estabilidad, seguridad o estanqueidad de la obra.

3. En el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra que consta en el apartado primero de este artículo. El órgano de contratación comprobará el cumplimiento de dicha regla. Quedan excluidos los supuestos encuadrados en el artículo 168.a).2.º.

4. Los contratos menores se publicarán en la forma prevista en el artículo 63.4.

Las novedades que, respecto a la regulación anterior del contrato menor, incorpora la LCSP de 2017 han sido perfectamente sistematizadas por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su informe 2/2018, de 13 de febrero. Así, en primer lugar, incorpora la propia definición cuantitativa de los límites del contrato menor, que han disminuido respecto a la regulación anterior, quedando establecidos en 40.000 euros para los contratos de obras (frente a los 50.000 euros establecidos en el TRLCSP), y 15.000 euros para los de servicios y suministros (frente a los 18.000 de la regulación anterior). Es cierto que en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público (BOCG. Congreso de los Diputados, serie A, núm. 2-1, de 02/12/2016), las cuantías que se proponían eran las mismas que las de la legislación anterior. Las cuantías finalmente consignadas en el texto aprobado traen casa de una transacción durante la tramitación parlamentaria, resultando —como ya se ha dicho— inferiores a las que figuraban en el proyecto de Ley, pero sensiblemente superiores a las que aparecían en la Enmienda núm. 102 del Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea en el Congreso de los Diputados, que proponía reducirlas a los 5.000 euros.

Por otra parte, la utilización ahora del concepto de «valor estimado» para referir esos límites cuantitativos es mucho más clara que la referencia al «importe» incluida en el TRLCSP, y que obligó en su momento a una aclaración del alcance de dicho concepto.

Respecto de la tramitación de los expedientes, se mantiene la necesidad de aprobación del gasto y la incorporación de la correspondiente factura, sin perjuicio del presupuesto y el proyecto, cuando resulte necesario, en los contratos de obras. Se incorporan como novedad el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato, así como la publicidad de la adjudicación de dichos contratos en el perfil de contratante, que podrá realizarse de forma agrupada con carácter trimestral, conforme indica el art. 63.4 LCSP.

La principal novedad, sin embargo, es la introducción, en el apartado 3, de una regla de incompatibilidad para adjudicar sucesivos contratos menores a un contratista que ya haya resultado adjudicatario de anteriores contratos menores,

cuando con ello se superen las cuantías que limitan este tipo de contratos. Sobre esta novedad, y la interpretación de su alcance, centraremos nuestro análisis en el próximo apartado de este trabajo.

Junto a lo dispuesto en el art. 118, la regulación del procedimiento de contrato menor debe completarse con otras disposiciones de la LCSP, dispersas a lo largo de su articulado, que igualmente se refieren al mismo estableciendo especialidades adicionales en cuanto a su tramitación. Así, el art. 29.8 limita la duración de estos contratos a un año y prohíbe su prórroga, el art. 36 que excepciona su perfección del momento de su formalización, el 63.4 establece la obligatoriedad de publicar su adjudicación, aunque se permite su agrupación trimestral, y el 335 dispone la obligatoriedad de remitir al Tribunal de Cuentas (u órgano autonómico equivalente) una relación de los contratos menores adjudicados. Además de los anteriores, hay que tener en cuenta lo que dispone el art. 131.3 que permite que los contratos menores puedan adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación, o el 308.2 que prohíbe instrumentar la contratación de personal a través del contrato de servicios, incluidos los que por razón de la cuantía se tramiten como contratos menores.

El régimen jurídico de los contratos menores se completa, por último con las especialidades que señalan la Disposiciones adicionales novena y quincuagésima cuarta LCSP. La primera se refiere a las normas especiales para la contratación del acceso a bases de datos y la suscripción a publicaciones, y establece que la suscripción a revistas y otras publicaciones, cualquiera que sea su soporte, así como la contratación del acceso a la información contenida en bases de datos especializadas podrán efectuarse, cualquiera que sea su cuantía siempre que no tengan el carácter de contratos sujetos a regulación armonizada, de acuerdo con las normas establecidas en esta Ley para los contratos menores.

Por su parte, la Disposición adicional quincuagésima cuarta ha sido introducida en la primera modificación de la LCSP, apenas cuatro meses después de su entrada en vigor, con ocasión de la aprobación de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018. Esta disposición se refiere al régimen aplicable a los contratos celebrados por los agentes públicos del Sistema Español de Ciencia, Tecnología e Innovación, señalando que los contratos de suministro o de servicios que celebren dichos entes tendrán en todo caso la consideración de contratos menores cuando no superen los 50.000 euros de valor estimado, siempre que no vayan destinados a servicios generales y de infraestructura del órgano de contratación<sup>9</sup>.

---

9. Sobre la interpretación de esta disposición puede verse el reciente informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón, número 25/2018, de 15 de noviembre.

## *2. La difícil interpretación del límite a la adjudicación sucesiva de contratos menores*

Tal y como hemos indicado, la principal novedad introducida en la LCSP en relación con los contratos menores es el establecimiento de una limitación a la adjudicación sucesiva o encadenada de contratos menores a un mismo empresario que contempla el apartado 3 al art. 118 LCSP.

La adición de dicho apartado trae causa de una enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Socialista en el Congreso de los Diputados. La enmienda en cuestión (núm. 583) proponía la introducción de un nuevo apartado 3 en el art. 118 con la siguiente redacción:

«En el expediente se garantizará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y el contratista no haya suscrito más contratos menores en la misma anualidad, lo que comprobará el responsable del contrato».

No obstante, debemos advertir que fruto de las necesarias transacciones en el seno de la Comisión de Hacienda y Administración Pública del Congreso, encargada de la tramitación del proyecto de Ley, la redacción definitiva de ese apartado no es exactamente coincidente con la de la enmienda presentada. La redacción definitiva del art. 118.3 LCSP es ciertamente muy similar a la propuesta por la enmienda antecitada, pero difiere al menos en tres aspectos. Así, el no fraccionamiento del contrato mediante el recurso al contrato menor se justificará (frente al «garantizará» que señalaba la enmienda) por el órgano de contratación (y no por el responsable del contrato que era a quien se atribuía dicha misión por la enmienda), y también ha desaparecido de la versión final la referencia al elemento temporal de la incompatibilidad para resultar adjudicatario de nuevos contratos. La enmienda incluía una referencia a «la misma anualidad» pero la versión final no incluye ninguna referencia en cuanto a la duración de la incompatibilidad, circunstancia que ha obligado a los órganos consultivos en materia de contratación pública, como luego veremos, a fijar criterio al respecto.

La regla que introduce en su apartado 3 el art. 118 es toda una novedad en la legislación básica de contratación pública, si bien no es una prescripción original por cuanto existen antecedentes en algunas normas autonómicas que seguramente sirvieron de inspiración para la formulación de la citada enmienda. Así, en el Proyecto de ley reguladora del patrimonio, el servicio público y la contratación local de Aragón que se tramitaba durante la VII Legislatura, en paralelo al que se convertiría en nuestra Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público (aunque a diferencia de éste, no llegase a ser aprobado al caducar por expirar la legislatura), como artículo 76.2 se establecía que «No podrá utilizarse el contrato menor para la adjudicación de prestaciones del mismo tipo a un operador económico que, en los dos últimos años, haya resultado adjudicatario de contratos menores de la misma entidad contratante por un

importe acumulado de 90.000 euros, para contratos de suministros y servicios, y de 200.000 euros en el supuesto de contratos de obras». Posteriormente, una regla de incompatibilidad similar se incluiría en la Ley 6/2006, de 9 de junio, de Contratos Públicos de Navarra (mediante la introducción de un apartado 6 en el artículo 73 con ocasión de la reforma operada por Ley Foral 14/2014, 18 junio), para disponer que «ninguna empresa o profesional podrán ser adjudicatarios dentro de la misma administración contratante y durante un mismo ejercicio presupuestario de un número de contratos adjudicados mediante factura o factura con reserva de crédito cuya cuantía acumulada sea superior a 80.000 euros, IVA excluido, en obras, y 30.000 euros, IVA excluido, en el resto de contratos».

Tal y como ya hemos señalado, la falta de claridad del apartado 3 del art. 118 LCSP, ha obligado a que los órganos consultivos en materia de contratación pública, por vía interpretativa, determinasen el exacto alcance de sus prescripciones, en aras a una mayor seguridad jurídica que la que resulta del tenor literal del texto legal<sup>10</sup>.

El primer criterio interpretativo fue ofrecido por la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón. En su informe 3/2018, de 13 de febrero, la Junta Aragonesa concluía que

- a) la regla de incompatibilidad que establece el art. 118.3 debe operar respecto de contratos menores de la misma tipología a aquél que pretenda adjudicarse de manera sucesiva, es decir, entre contratos menores de obras, entre contratos menores de servicios o entre contratos menores de suministros respectivamente, anteriores al nuevo contrato de obras, servicios o suministros que pretenda adjudicarse.
- b) La regla de incompatibilidad prevista en el art. 118.3 LCSP resulta de aplicación respecto a cada uno de los órganos de contratación, no respecto a la entidad respecto a la que varios de tales órganos puedan imputar sus actuaciones.
- c) La incompatibilidad para la adjudicación de nuevos contratos menores cuando se superen las cuantías establecidas en el art. 118.1 subsistirá durante el ejercicio o anualidad presupuestaria con cargo al cual se imputen los créditos que financiaron la ejecución de los contratos menores adjudicados con anterioridad.

No obstante, la aceptación de esos criterios no ha resultado «pacífica». Aunque algunos órganos consultivos en materia de contratación han compartido la postura de la Junta aragonesa, otros en cambio han llegado a conclusiones diferentes. Así, con posterioridad a dicho informe, la Junta Consultiva de Con-

---

10. Advertimos que las diferencias interpretativas sobre este requisito introducido en el artículo 118 quedarían superadas si finalmente se aprobase el Proyecto de Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2019, que procede a eliminarlo (ver en nota 8 la nueva redacción propuesta).

tratación Administrativa del Estado emitía una serie de informes en sentido discrepante con las conclusiones del informe de la Junta aragonesa.

En relación con el ámbito objetivo de la regla de incompatibilidad establecida en el art. 118.3 LCSP, la Junta estatal entiende, a diferencia de lo señalado por la Junta aragonesa, que «la exigencia de que el contratista no haya suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen el umbral establecido debe interpretarse de modo que lo que la norma impide no es que se celebren otros contratos menores por el mismo operador económico sin límite alguno, sino que la conducta prohibida ... consiste en que se celebren sucesivos contratos cuyas prestaciones constituyan una unidad y cuya fragmentación resulte injustificada en dos supuestos: bien por haber existido un previo contrato de cuantía superior al umbral y que, sin embargo, se desgaja sin motivo en otros contratos menores posteriores con prestaciones que debieron formar parte del primer contrato, o bien porque esto se haga fraccionando indebidamente el objeto en sucesivos contratos menores» (Informes 41 y 42/2017).

En relación con el ámbito subjetivo de la incompatibilidad, la Junta estatal que la regla de incompatibilidad por órgano de contratación pueda entenderse superada en los casos en que contrate una unidad funcional separada de las que se refiere el art. 101.8 LCSP: «...en los supuestos en que estemos en presencia de una unidad funcional separada y que tal unidad esté caracterizada por gozar de una financiación específica y de competencia propia para celebrar un contrato el valor estimado se calculará al nivel de la unidad de que se trate, el contrato tendrá autonomía y sustantividad respecto de los que puedan celebrarse en la misma entidad pública contratante, resultando que los límites previstos en el artículo 118 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, deberán verificarse al nivel de la correspondiente unidad funcional...» (Informes 9 y 45/2018)

Por cuanto respecta al límite temporal, la Junta estatal lo identifica con el límite de duración máxima de los contratos menores (un año, ex art. 29.8 LCSP), que debe computarse desde el momento de la aprobación del gasto (Informes 41 y 42/2017) y extenderse al período inmediatamente anterior a esa aprobación del gasto, comprendiendo inclusive contratos adjudicados con anterioridad a la entrada en vigor de la LCSP (Informe 5/2017).

Otros órganos consultivos autonómicos se han pronunciado igualmente sobre la interpretación del art. 118.3 LCSP<sup>11</sup>. En general, estos órganos consultivos vienen a adherirse a alguna de las posturas anteriormente apuntadas, y sus posturas han sido acertadamente sistematizadas por J.M. Carbonero Gallardo de una forma muy gráfica:

---

11. Una relación bastante exhaustiva de los mismos puede encontrarse en G. GARCÍA ÁLVAREZ: «¿Jaque a la contratación directa?: el controvertido régimen de los contratos menores», en J.C. TEJEDOR BIELSA y M.A. BERNAL BLAY *La Ley de Contratos del sector Público*, Monográfico XVIII de la Revista Aragonesa de Administración Pública, 2018, pp. 249 y 250.

Regla de incompatibilidad art. 118.3: ámbito objetivo	Regla de incompatibilidad art. 118.3: ámbitos subjetivo-público y privado	Regla de incompatibilidad art. 118.3: ámbito temporal	Informe de necesidad del contrato y justificación de las reglas de contratación y de incompatibilidad (art. 118.1 y 3)
<p>En función del objeto contractual: opera respecto de contratos menores que pretendan adjudicarse de forma sucesiva si sus prestaciones son cualitativamente iguales o forman unidad funcional (contratos con los mismos objetos, considerados como aquellos que se componen de prestaciones sustancialmente coincidentes en palabras de la Junta Catalana).</p> <p>JJCAE Informes 41/17, 5/18 JCC Galicia Informe 1/2018 JCC Cataluña Informe 1/2018</p>	<p>Resultado de aplicación respecto a cada uno de los órganos de contratación (lo que incluye a sus delegados) no respecto a la Entidad respecto a la que varios de tales órganos puedan imputar sus actuaciones.</p> <p>JCC Aragón 3/2018 JCC Madrid 1/2018</p>	<p>Referencia: ejercicio o anualidad presupuestaria al que se imputen los créditos que financiaron la ejecución de los contratos menores adjudicados con anterioridad.</p> <p>JCC Aragón 3/2018 JCC Madrid 1/2018 JCC Galicia 1/2018 JCC Cataluña 1/2018 JACP Euskadi 1/2018</p>	<p>El informe de necesidad del contrato debe ir firmado por el titular del órgano de contratación, salvo que dicha competencia haya sido delegada, sin que pueda sustituirse por un mero acuerdo de inicio.</p> <p>JJCAE 41/2017, 42/2017, 5/2018</p> <p>La necesidad incluye la justificación de la externalización por no contar con medios propios personales o materiales, el interés público que respalda dicha necesidad y el que dicho interés no pueda satisfacerse con ningún otro contrato en vigor.</p> <p>JACP Euskadi 1/2018</p>
<p>En función del tipo de contrato: opera respecto de contratos menores de la misma tipología (obras/servicios/suministros) que pretendan adjudicarse de forma sucesiva.</p> <p>JCC Aragón Informe 3/18 JCC Madrid Informe 1/2018 JCC Euskadi Recomendación 1/2018</p>	<p>Cómputo separado por cada órgano o unidad administrativa con competencia para contratar (ya sea propia o delegada).</p> <p>JCC Galicia 1/2018</p>	<p>Año inmediato anterior desde la factura del contrato menor precedente, aunque fuera anterior a la vigencia de la LCSP 2017. Luego cuando entre dos contratos menores de prestaciones «equivalentes» haya mediado más de un año, contado desde la incorporación al expediente de la primera factura, no será necesario proceder a esta justificación en el expediente del segundo contrato menor.</p> <p>JJCAE 41/2017, 42/2017, 5/2018</p>	<p>Es suficiente con que conste justificación documental en el expediente antes de la aprobación del gasto, sin perjuicio de que lo correcto es que la concurrencia de requisitos del contrato menor se compruebe en el momento de efectuar el encargo.</p> <p>JCC Galicia 1/2018</p> <p>La justificación ha de elaborarla y rubricarla la persona encargada de definir tales tareas y controlar su correcta ejecución.</p> <p>JACP Euskadi 1/2018</p>
<p>La regulación del cómputo no puede establecerla cada Entidad Local en las Bases de Ejecución de sus presupuestos.</p> <p>JCC Cataluña 1/2018</p>	<p>Ámbito subjetivo-privado (empresario): para la regla de acumulación con computan las adjudicaciones sucesivas de contratos menores a empresas vinculadas, pertenecientes a un mismo grupo, o UTE,s.</p> <p>JCC Galicia 1/2018</p>		<p>El control del órgano de contratación (118.3, primer párrafo) se recomienda que se recoja en una memoria final firmada por el mencionado órgano de contratación, o bien en el informe inicial tras la verificación de ambos aspectos, con indicación de que el objeto social de la empresa o bien la actividad económica de la persona física contratista, se corresponden con el objeto del contrato.</p> <p>JACP Euskadi 1/2018</p>

### 3. *Publicidad versus prohibición: dos soluciones diferentes al mal uso del contrato menor*

Frente a la opción limitadora que incorpora el art. 118.3 LCSP, el Gobierno de Aragón aprobó el Decreto-Ley 1/2018, de 20 de marzo, de medidas urgentes para la agilización, racionalización y transparencia de contratos del sector público de pequeña cuantía que regula, como especialidad procedimental, la posibilidad de introducir un trámite de publicidad en la adjudicación de los contratos menores.

Lo que se hace es regular una tramitación con publicidad del procedimiento de contrato menor, con pleno respeto a los elementos definidores de dicho procedimiento, tales como la cuantía máxima de los contratos que pueden adjudicarse con arreglo al mismo, o los documentos que deben constar en el expediente. Siguiendo la lógica que manifestaba la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe 3/2018, de que la incompatibilidad a la que se refiere el artículo 118.3 de la Ley 9/2017, únicamente debe operar en los supuestos de adjudicación directa en los que no haya habido publicidad o concurrencia, la regulación contenida en el citado Decreto-Ley, concretando las especialidades que en la tramitación del contrato menor produce la existencia de publicidad y concurrencia, incluye entre ellas la posible adjudicación sucesiva de contratos menores al mismo contratista cuando la licitación del contrato menor sea objeto de publicidad en el perfil de contratante. Con esa publicidad de la licitación que caracterizará la tramitación de estos procedimientos de contrato menor quedan asegurados los principios de concurrencia, competencia, igualdad de trato a los licitadores y eficiencia en la utilización de los fondos públicos a los que se refiere el artículo 1 de la Ley básica estatal en mucha mayor medida que con la posibilidad de adjudicación directa que permite el artículo 131.3 de la misma «a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación».

La opción diseñada por el Decreto-Ley parte de la idea de que la aplicación de la prohibición a que se refiere el artículo 118.3 de la Ley 9/2017, en los supuestos en los que hay publicidad de la licitación y cualquier interesado puede concurrir a la misma, y en los que el contrato se adjudica a la mejor oferta, carecería de todo sentido y sería contrario al principio de igualdad de trato a los licitadores. Podría suponer *de facto* una prohibición de contratar para quien presenta la mejor oferta en respuesta a un anuncio de licitación en el perfil de contratante en el marco de un contrato de pequeña cuantía. Y sería absolutamente incoherente, si lo comparamos con el resto de procedimientos, abiertos o restringidos, caracterizados por esa misma publicidad que ahora se regula en relación con el procedimiento de contrato menor, y en los que no se dispone prohibición de contratar futura para quien resulte adjudicatario de los mismos.

Contrariamente a como algunos comentaristas han señalado, el Decreto-Ley no crea un nuevo procedimiento de adjudicación para los contratos menores sino

una especialidad en el marco de dicho procedimiento que regula la legislación básica estatal. La innovación autonómica sobre formas y procedimientos de adjudicación de los contratos ha sido descartada por las Sentencias del Tribunal Constitucional 162/2009 y 237/2015, referidas precisamente sobre leyes aragonesas. Ahora bien, en esas mismas Sentencias, el Tribunal ya precisó que el legislador autonómico puede llevar a cabo «desarrollos normativos que, sin detrimento de la eficacia de la norma estatal básica, contengan prescripciones y peculiaridades de detalle o de procedimiento», o establecer desarrollos normativos que prevean especialidades en la tramitación de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos (Sentencia del Tribunal Constitucional 237/2015, FJ. 7). Y esa es justamente la labor que desempeña el desarrollo autonómico del procedimiento de adjudicación del contrato menor. En este sentido, el Decreto-ley añade un segundo párrafo al apartado 2 del artículo 4 de la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, para admitir expresamente que:

«...La licitación de los contratos menores, cualquiera que sea su cuantía, podrá ser objeto de publicidad en el perfil de contratante. En tal caso, el plazo para la presentación de proposiciones no podrá ser inferior a cinco días hábiles, a contar desde el siguiente a la publicación del anuncio de licitación en el perfil de contratante. En el anuncio se identificará el objeto del contrato y las prestaciones que lo integran, los criterios de adjudicación, y cualesquiera circunstancias que hayan de tenerse en cuenta durante la ejecución del mismo. Podrá presentar proposición cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación. Los contratos menores adjudicados con publicación de un anuncio de licitación no limitarán la adjudicación de ulteriores contratos menores por el mismo procedimiento. La celebración de contratos menores se consignará en el registro de contratos de la entidad contratante.»

Sobre la vigencia de dicha disposición, debe mencionarse la publicación en el mes de septiembre de 2018 de un Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado en relación con el Decreto-Ley 1/2018, de 20 de marzo, de medidas urgentes para la agilización, racionalización y transparencia de contratos del sector público de pequeña cuantía por el que se iniciaban negociaciones para resolver las discrepancias manifestadas en relación con el citado Decreto-Ley autonómico<sup>12</sup>. Debe aclararse que la publicación de dicho acuerdo no supuso la interposición de recurso de inconstitucionalidad contra la norma autonómica sino que se trata precisamente de un mecanismo para tratar de evitarlo, como finalmente ha sucedido<sup>13</sup>.

12. Publicado por Resolución de 12 de septiembre de 2018, de la Secretaría General de Coordinación Territorial, en el BOE de de 27 de septiembre de 2018.

13. La vigencia de la citada disposición tras la publicación del Acuerdo de la Comisión Bilateral de septiembre de 2018 resulta incuestionable. Así lo entendió la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón en su Informe 9 /2018, de, al concluir que «la previsión legal en el ámbito de la Comunidad Autónoma de Aragón de la posibilidad de una nueva

En este sentido, por Resolución de 15 de enero de 2019, de la Secretaría General Técnica de la Presidencia del Gobierno de Aragón, publicada en el *Boletín Oficial del Estado* y en el *Boletín Oficial de Aragón* de 22 de enero de 2019, se dispone la publicación del Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado en relación con el Decreto Ley 1/2018, de 20 de marzo, de medidas urgentes para la agilización, racionalización y transparencia de contratos del sector público de pequeña cuantía, que se expresa en los siguientes términos:

*«...1.º De conformidad con las negociaciones previas celebradas por el Grupo de Trabajo constituido en cumplimiento de lo previsto en el Acuerdo de la Comisión Bilateral de Cooperación Aragón-Estado para el estudio y propuesta de solución de las discrepancias competenciales manifestadas con relación al Decreto Ley 1/2018, de 20 de marzo, de medidas urgentes para la agilización, racionalización y transparencia de contratos del sector público de pequeña cuantía, ambas partes consideran resueltas dichas discrepancias en base a lo siguiente:*

- a) Con la finalidad de subsanar las deficiencias y problemas que presenta la actual redacción del artículo 118 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, el Estado se compromete a iniciar la tramitación de su modificación en línea con la doctrina sentada sobre el citado precepto por la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado.*
- b) Entre tanto, ambas partes consideran que el penúltimo inciso del artículo 4.2 de la Ley 3/2011, referente a que “los contratos menores adjudicados con publicación de un anuncio de licitación no limitarán la adjudicación de ulteriores contratos menores por el mismo procedimiento”, ha de interpretarse de conformidad con lo dispuesto en la legislación básica estatal en materia de contratación pública y, en especial, de acuerdo con el artículo 99.2 de la Ley 9/2017, de manera que la publicación de un anuncio de licitación de un contrato menor no obsta para la aplicación de la prohibición de fraccionar el objeto del contrato con la finalidad fraudulenta de disminuir su cuantía y eludir así los requisitos de publicidad o los relativos al procedimiento de adjudicación que correspondan.*

*2.º En razón al acuerdo alcanzado ambas partes coinciden en considerar resueltas las discrepancias manifestadas y, en consecuencia, concluida la controversia planteada...».*

---

tramitación con publicidad del contrato menor, cuyos puntos esenciales son un anuncio de licitación en el perfil del contratista, con fijación previa de criterios de adjudicación para los contratos menores y un plazo de presentación de ofertas de cinco días, y la previsión expresamente introducida en la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón mediante el Decreto-ley 1/2018 de que en tales casos no se acumulan los valores de los contratos menores sucesivos en que este nuevo mecanismo se utilice aunque resulte adjudicatario un mismo contratista, es ya en estos momentos una norma de aplicación plena a las Administraciones públicas sujetas a la legislación aragonesa».

En consecuencia, con este Acuerdo quedan despejadas todas las dudas sobre la constitucionalidad de la disposición dictada por la Comunidad Autónoma de Aragón.

### III. EL PROYECTO DE LEY DE ORGANIZACIÓN Y USO ESTRATÉGICO DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS EN ARAGÓN, DE JULIO DE 2018: ANÁLISIS DE SUS PRINCIPALES NOVEDADES

Diversas iniciativas presentadas por los grupos parlamentarios en las Cortes de Aragón han solicitado desde 2015 el desarrollo de la legislación básica en materia de contratación pública, algunas incluso antes de que ésta fuera aprobada. El 28 de marzo de 2017, el Gobierno de Aragón adoptó un *Acuerdo por el que se adoptaban medidas para el uso estratégico de los contratos públicos en apoyo de objetivos sociales comunes y la reducción del déficit de la Comunidad Autónoma de Aragón*<sup>14</sup>. Entre otras medidas, en dicho Acuerdo se dispuso «Encomendar al Departamento de Hacienda y Administración pública, una vez aprobada la legislación básica estatal sobre contratos públicos, la elaboración de un Proyecto de Ley de uso estratégico de la contratación pública en el que, en el marco de las competencias autonómicas en esta materia, incorpore las medidas incluidas en el presente Acuerdo». En cumplimiento de dicho Acuerdo, tras publicarse el 9 de noviembre la LCSP se inicia el procedimiento de elaboración del anteproyecto de Ley el 13 de diciembre que, tras evacuar los trámites preceptivos, finaliza con la aprobación por el Gobierno de Aragón, en su reunión de 24 de julio de 2018, del proyecto de ley que pasó a denominarse «de organización y uso estratégico de los contratos públicos de Aragón», y que fue remitido a las Cortes de Aragón para su tramitación (publicado en el Boletín Oficial de las Cortes de Aragón el 3 de agosto de 2018).

En el planteamiento de la nueva norma ha pesado el hecho de que la legislación básica sobre contratos del sector público haya incorporado en 2017 algunas de las novedades procedimentales más importantes previstas por el legislador aragonés en 2011, entre las que destaca la previsión de un procedimiento abierto simplificado para la adjudicación de los contratos en el art. 159, de clara inspiración en la tramitación simplificada del procedimiento abierto prevista en la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público en Aragón<sup>15</sup>. Ese ha sido uno de los principales motivos para abordar la reforma

---

14. Publicado en BOA de 26 de abril de 2017. Entre las medidas acordadas, se encuentran las relativas a la profesionalización de las funciones de contratación pública; otras encaminadas a mejorar el acceso a la información sobre contratación pública; un denominado «sistema de gobernanza de la contratación pública»; el establecimiento de reservas de determinados contratos; y medidas en relación con la utilización de determinados procedimientos de adjudicación y la tramitación de expedientes de contratación.

15. En el preámbulo de la Ley 9/2017 se justifica tal previsión de la siguiente manera: «En el ámbito del procedimiento abierto, se crea la figura del procedimiento abierto simplificado, que resul-

de la Ley 3/2011, al objeto de acomodar sus previsiones a las disposiciones de la nueva LCSP. Por otra parte, hay que recordar también que la ley 3/2011 ha sido ya objeto de varias modificaciones: dos en 2012<sup>16</sup>, otras dos en 2017<sup>17</sup>, y otras dos más en 2018<sup>18</sup>, incorporando nuevas disposiciones que conviene «refundir» en un único texto por razones de seguridad jurídica. El nuevo Proyecto de Ley mantiene buena parte de la regulación establecida en 2011 y en sus modificaciones posteriores a la vez que revisa algunas de sus disposiciones, y plantea nuevas incorporaciones y cambios con la pretensión de avanzar en el objetivo de facilitar y simplificar la gestión desde la perspectiva del uso estratégico de la contratación.

Una primera novedad que incorpora el proyecto de Ley es el establecimiento de un ámbito de aplicación uniforme para todas las entidades que, a efectos de contratación pública, tengan la consideración de poderes adjudicadores, si bien distingue algunas disposiciones, de naturaleza organizativa o a efectos de recurso especial en materia de contratación, que serán de aplicación bien a los poderes adjudicadores vinculados a la Administración de la Comunidad Autónoma, o bien a los de la Administración Local. En este punto hay que recordar el cambio que supone respecto de lo previsto originariamente en la Ley 3/2011, donde era una disposición adicional (la octava) la que disponía la aplicación parcial de la misma a la contratación de las entidades locales y a sus organismos públicos y demás entidades vinculadas o dependientes «hasta la aprobación de su legislación específica sobre contratación del sector público».

En el apartado de disposiciones de carácter organizativo puede destacarse, en primer lugar, la regulación de la composición de las mesas de contratación en el sector público autonómico. Hay que recordar que dicha regulación ya fue objeto de una pequeña reforma con ocasión de la Ley 5/2017, de integridad y ética públicas, que estableció que «los cargos electos, los titulares de los órganos

---

tará de aplicación hasta unos umbrales determinados, y nace con la vocación de convertirse en un procedimiento muy ágil que por su diseño debería permitir que el contrato estuviera adjudicado en el plazo de un mes desde que se convocó la licitación. Sus trámites se simplifican al máximo, por ejemplo, se presentará la documentación en un solo sobre; no se exigirá la constitución de garantía provisional; resultará obligatoria la inscripción en el Registro de Licitadores; y la fiscalización del compromiso del gasto se realizará en un solo momento, antes de la adjudicación».

16. Cfr. artículo 33 de la Ley 3/2012, 8 marzo, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón y artículo 29 de Ley 10/2012, 27 diciembre, de Medidas Fiscales y Administrativas de la Comunidad Autónoma de Aragón.

17. Cfr. disposición final segunda de la Ley 5/2017, de 1 junio, de Integridad y Ética Públicas y Decreto-Ley 3/2017, de 20 de junio, del Gobierno de Aragón, por el que se modifica la Ley 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de Contratos del Sector Público de Aragón, para la profesionalización de los miembros del Tribunal Administrativo de Contratos Públicos de Aragón

18. Decreto-Ley 1/2018, de 20 de marzo, de medidas urgentes para la agilización, racionalización y transparencia de contratos del sector público de pequeña cuantía, y art. 2 del Decreto-Ley 3/2018, de 13 de julio, del Gobierno de Aragón, sobre tramitación anticipada de expedientes de gasto dependientes de financiación externa.

de contratación y el personal eventual no podrán formar parte de las Mesas de contratación ni de los Comités de expertos que hayan de valorar criterios de adjudicación cuya valoración dependa de un juicio de valor» (art. 8.2 Ley 3/2011). Debe llamarse la atención sobre la inequivalencia de algunos conceptos que utiliza este precepto respecto de los que recoge el art. 326 LCSP. Así, en el apartado 5 del art. 326 LCSP se indica que

«En ningún caso podrán formar parte de las Mesas de contratación ni emitir informes de valoración de las ofertas los cargos públicos representativos ni el personal eventual. Podrá formar parte de la Mesa personal funcionario interino únicamente cuando no existan funcionarios de carrera suficientemente cualificados y así se acredite en el expediente. Tampoco podrá formar parte de las Mesas de contratación el personal que haya participado en la redacción de la documentación técnica del contrato de que se trate, salvo en los supuestos a que se refiere la Disposición adicional segunda».

Como puede observarse, el precepto autonómico se refiere a los «cargos electos», concepto definido en la normativa sobre régimen electoral general, mientras el art. 326.5 LCSP alude al de «cargo público representativo», concepto que no está definido jurídicamente<sup>19</sup>.

Es sin duda en el apartado de la composición donde la regulación autonómica proyectada prevé incluir más novedades. Así, partiendo de que la mesa de contratación puede no ser preceptiva en algunos procedimientos (como es el caso del procedimiento abierto simplificado en su modalidad «abreviada» a la que alude el art. 159.6 LCSP, los procedimientos negociados sin publicidad o los contratos menores), la norma aragonesa contempla como novedad la posibilidad de que, en determinados procedimientos en los que sí resulta obligatoria su constitución, no formen parte de la misma los representantes de la Dirección General de Servicios Jurídicos y de la Intervención General. Así lo contempla el art. 7.3 del Proyecto de Ley para el «procedimiento abierto simplificado, cuando no haya criterios de adjudicación evaluables mediante juicio de valor cuya ponderación supere el 25% del total». Tal medida se justifica por el automatismo en la valoración de los criterios de adjudicación, así como por el hecho de que, con posterioridad, todo el expediente de contratación será objeto de fiscalización por parte de la Intervención.

Las novedades no quedarían ahí. Aun suponiendo que la constitución de la mesa de contratación sea obligatoria, y que en la misma hubieran de participar necesariamente los representantes de la Dirección General de Servicios Jurídicos

---

19. Del artículo 108 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General se deduce que la condición de «electo» se adquiere con la expedición de la credencial de su proclamación por la Junta Electoral. Cuestión diferente es la adquisición de la plena condición del cargo, algo para lo que el mismo art. 108.8 LOREG exige un acto de «toma de posesión». Sobre ambos conceptos, aplicados en el ámbito local respecto de los concejales, *Vid.* el Informe 1/2018, de 11 de enero de 2018, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón.

cos y de la Intervención General, la norma proyectada propone además que los miembros de la mesa puedan realizar algunas actuaciones en ausencia de esos representantes de la Dirección General de Servicios Jurídicos y de la Intervención General. La presencia de los mismos únicamente será necesaria para la adopción de los actos más «cualificados», podríamos decir, a saber —los señala de manera exhaustiva la norma—: las sesiones de la Mesa de contratación en las que deban valorarse los criterios cuya valoración depende un juicio de valor, analizarse las ofertas anormalmente bajas, formularse la propuesta de adjudicación, o examinarse la documentación presentada por el propuesto como adjudicatario. En el resto de sesiones bastará con la asistencia, presencial o a distancia<sup>20</sup>, del Presidente, el Secretario y la de la mitad, al menos, de los miembros de la mesa. Esa presencia «dispensable» de los representantes de la Dirección General de Servicios Jurídicos y de la Intervención General no impide que las sesiones en las que no estén presentes puedan ser suspendidas, cuando el resto de miembros aprecie la necesidad de su pronunciamiento respecto de las incidencias que pudieran acaecer en el desarrollo de las mismas.

Las especialidades anteriores únicamente aplicarían respecto de las entidades que tuvieran la consideración de administraciones públicas a efectos de la Ley de contratos, y dependiesen de la Comunidad Autónoma de Aragón. Cuando se trate de contratos de poderes adjudicadores no Administración Pública, la participación de un representante de la Intervención General (no de la Dirección General de Servicios Jurídicos, puesto que dichas entidades tienen régimen diferente en cuanto al asesoramiento jurídico) será obligatoria para la adjudicación de contratos de obras o concesiones cuyo valor estimado sea igual o superior a 2.000.000 de euros, o a 500.000 euros en el caso de contratos de suministro y de servicios. En el resto de contratos no será necesaria la presencia del representante de la Intervención General. También se prevé que la Universidad de Zaragoza, incluida en el ámbito de aplicación de la norma, pueda definir la composición de sus mesas de contratación en sus normas de organización interna (disposición adicional segunda del anteproyecto).

La norma proyectada plantea dedicar uno de sus Capítulos (el IV) al fomento de la transparencia y la concurrencia, en el convencimiento de que una mejor publicidad de la información relativa a la contratación pública generará una mayor concurrencia y, de manera consecuente, mejores ofertas para la entidad contratante. En este sentido, se apuesta por el perfil de contratante como instrumento centralizado de publicidad de la información sobre los contratos públicos, reforzado por la publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea cuando,

---

20. La norma aragonesa, en el art. 7.6, incorpora expresamente la posibilidad de constitución «a distancia» de la mesa de contratación, inspirándose para ello en lo dispuesto en el art. 17 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que admite con carácter general posibilidad para la constitución de los órganos colegiados. Sobre la constitución «virtual» de las mesas de contratación puede verse el informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón 26/2018, de 15 de noviembre.

en atención al valor estimado del contrato, sea necesaria la publicidad en dicho medio. En consecuencia, no será necesario publicar los anuncios de licitación en el Boletín Oficial del Estado ni en el Boletín Oficial de Aragón.

Un aspecto muy novedoso —por cuanto no se contempla en la LCSP— son los «anuncios de ejecución», regulados en el art. 12 *quinquies* de la Ley 3/2011 e introducidos con ocasión de la reforma operada por la Ley de integridad y ética públicas, que se mantienen también en el articulado del proyecto de Ley de uso estratégico de los contratos públicos de Aragón. Se trata de auténticos anuncios «de rendición de cuentas», que permiten valorar la eficiencia de la contratación pública al ofrecer información pública sobre el coste total y los plazos finales de ejecución del contrato, incluyendo sus modificaciones, prórrogas y ampliaciones, el cumplimiento de las condiciones de ejecución del contrato o las medidas o los procedimientos iniciados en el supuesto de incumplimientos o ejecución defectuosa del contrato.

Por otra parte, el proyecto de ley de uso estratégico de los contratos públicos recoge una serie de especialidades procedimentales a tener en cuenta en las distintas fases del procedimiento de adjudicación de los contratos públicos. De entre todas ellas podemos destacar aquí que en la preparación de los contratos se dispone un contenido mínimo para los pliegos de cláusulas administrativas particulares, poniendo especial atención al diseño de la fase de ejecución del contrato, ya que los pliegos deberán incluir necesariamente tanto un cuadro de incumplimientos que den lugar a la imposición de penalidades leves, graves y muy graves, adaptado a los requerimientos de la ejecución del contrato, como las penalidades que correspondan a dichos incumplimientos y a las se correspondan para el caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de los compromisos adquiridos por la aplicación de los criterios de adjudicación que hayan sido objeto de valoración. También resulta novedosa la previsión de unas penalidades que resultarán de aplicación subsidiaria, para el caso de que el pliego no haya previsto ninguna, con las siguientes cuantías:

a).— Por cada incumplimiento muy grave: hasta el 10 por ciento del precio del contrato, IVA excluido.

b).— Por cada incumplimiento grave: hasta el 6 por ciento del precio del contrato, IVA excluido

c).— Por cada incumplimiento leve: hasta el 3 por ciento del precio del contrato, IVA excluido.

El Proyecto de Ley en tramitación se define como una norma orientada hacia el uso estratégico de la contratación pública. Además de incorporar esa visión estratégica en el propio título de la norma, en el texto de la norma se manifiesta expresamente que «los contratos públicos deberán ser utilizados de forma estratégica para la consecución de objetivos sociales y de protección ambiental, así como para promover la innovación empresarial». Se parte pues de una concep-

ción instrumental de la contratación pública que se entiende ya asentada en la práctica, y para la que legislación de contratos estatal y autonómica contribuye con diversos instrumentos.

Ese uso estratégico se manifiesta, en primer lugar, en el establecimiento de una protección especial para los trabajadores de las empresas adjudicatarias y subcontratistas debido al establecimiento de una cláusula «de indemnidad salarial», de aplicación general, según la cual, mientras dure la ejecución del contrato y sus eventuales prórrogas, se mantendrán las condiciones laborales de los trabajadores adscritos a la ejecución del contrato, especialmente en cuanto a salario y duración de la jornada (con respeto al convenio colectivo que resulte de aplicación en el momento de la adjudicación del contrato), de modo y manera que no puedan empeorar. La idea que inspira esta medida es muy sencilla: los costes laborales son un elemento expresamente contemplado por los licitadores a la hora de presentar sus ofertas. Pues bien, lo que se pretende es asegurar que esos costes no se disminuyan mediante el empeoramiento de las condiciones laborales, una vez que el licitador resulta adjudicatario del contrato. La medida prevé expresamente que esa «indemnidad» habrá de mantenerse incluso cuando el convenio colectivo que resulte de aplicación en el momento de la adjudicación del contrato pierda su vigencia en el período de ejecución del contrato y en tanto no entre en vigor uno nuevo que lo sustituya. El mismo compromiso de mantenimiento de las condiciones de trabajo deberán aportar las empresas subcontratistas, siendo responsabilidad del contratista principal asegurar su cumplimiento frente al poder adjudicador. El incumplimiento de dicha obligación habilitará a la entidad contratante para la imposición de penalidades o incluso para la resolución del contrato o subcontrato. Además, se habilita a los órganos de contratación para controlar el pago efectivo de los salarios a los trabajadores, de la misma manera que la LCSP prevé la posibilidad de controlar los pagos a subcontratistas y proveedores.

Por otra parte, se arbitran importantes medidas para promover la participación de las pequeñas y medianas empresas y trabajadores autónomos, habida cuenta del potencial de las mismas para la creación de empleo, el crecimiento o la vertebración del territorio. En este sentido, se arbitran dos importantes medidas. En primer lugar, y teniendo en cuenta que la mayor parte de las PYMES y autónomos acceden a la contratación pública generalmente —aunque no exclusivamente— como subcontratistas o proveedores, la norma proyectada prevé la posibilidad de pago directo por las entidades contratantes a los subcontratistas y proveedores del contratista principal, siempre y cuando cuenten con el consentimiento de éste. La admisión de tal posibilidad de pago directo desde la Ley convertirá en innecesaria la previsión de la posibilidad de pago directo en los pliegos como condición para su admisibilidad, tal y como dispone la Disposición adicional quincuagésima primera LCSP. El requisito que establece la norma aragonesa de contar con el consentimiento del contratista principal no supone en modo alguno limitar esta posibilidad de pago directo a subcontratistas

y proveedores, pues para incentivar la prestación de dicho consentimiento los órganos de contratación pueden configurarlo en la licitación bien como criterio de adjudicación, bien como condición especial de ejecución. Para articular esta medida, la norma prevé un desarrollo reglamentario en el que se establezcan tanto el procedimiento que haya de seguirse como la documentación que deba aportarse a la entidad contratante para hacer efectivo el pago directo al subcontratista o proveedor.

Por otro lado, como medida específica orientada a facilitar el acceso de PYMES y trabajadores autónomos a los contratos públicos superando la condición de subcontratistas, el art. 35 del Proyecto de Ley regula la expedición de los certificados de correcta ejecución que se utilizan posteriormente como indicador de solvencia técnica en los contratos de obras, suministros y servicios (arts. 88.1.a, 89.1.a y 90.1.a LCSP). Las novedades de la norma autonómica residen, en primer lugar, en otorgar esos certificados de correcta ejecución no solo al contratista principal, como sucede ahora, sino también a los subcontratistas o proveedores del mismo, en relación con las tareas que hayan asumido respecto del objeto del contrato. Así, los subcontratistas y proveedores podrán solicitar del contratista principal un certificado que refleje el alcance técnico y económico de su participación en un contrato de obras, servicios y suministros, o en una concesión y presentarlo para su validación a la Administración contratante, de cara a utilizarlo posteriormente para acreditar la solvencia técnica en los procedimientos de adjudicación en los que participe dicho subcontratista o proveedor. Pero además, en segundo lugar, los certificados de correcta ejecución que se expidan al contratista principal por parte de los órganos de contratación recogerán el porcentaje de subcontratación efectuada en la ejecución del contrato al que se refieran, porcentaje que deberá declarar responsablemente el contratista en su solicitud de certificado.



# EL CONTROL POR LA CÁMARA DE CUENTAS DE LA ACTIVIDAD CONTRACTUAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS ARAGONESAS: CONTRATOS MENORES Y OTRAS CUESTIONES

ISABEL LINARES MUÑAGORRI

Directora de Auditoría de la Cámara de Cuentas de Aragón

**SUMARIO:** 1. EL CONTROL DE LA CÁMARA DE CUENTAS: LA FUNCIÓN FISCALIZADORA: 1.1. Ámbito subjetivo.– 1.2. Ámbito objetivo.– 1.3. Contenido de los Informes de fiscalización: A) *Opinión de auditoría financiera.*– B) *Opinión sobre el cumplimiento de la legalidad.*– C) *Opinión de auditoría operativa.*– 1.4. Informes de fiscalización emitidos por la Cámara de Cuentas de Aragón.– 2. LA FISCALIZACIÓN DE LA LEGALIDAD DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS: 2.1. Una metodología común: la Guía Práctica de Fiscalización GPF-OCEX 4320.– 2.2. Clasificación de los incumplimientos de legalidad en materia de contratación pública según la GPF-OCEX 4320.– 3. LA FISCALIZACIÓN DE LA LEGALIDAD DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS EN LA CUENTA GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN: 3.1. Delimitación del ámbito subjetivo en el informe de fiscalización de la Cuenta General de la Comunidad Autónoma de Aragón.– 3.2. Delimitación del ámbito de aplicación de la Ley de contratos en el presupuesto de gastos de la Comunidad Autónoma de Aragón.– 3.3. Fuentes de información sobre contratos públicos.– 3.4. Cuantificación del «gasto sin contrato».– 3.5. Otros incumplimientos graves y significativos en materia de contratación pública.– 4. LA FISCALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS MENORES: 4.1. Evolución del enfoque de fiscalización de la contratación menor en los informes de la Cuenta General de la Comunidad Autónoma.– 4.2. Fiscalización de los contratos menores.– 5. CONCLUSIONES.

*ADVERTENCIA INICIAL:* En esta ponencia se presentan de forma sintética los principales trabajos de fiscalización que realiza la Cámara de Cuentas de Aragón sobre la actividad contractual de las Administraciones Públicas Aragonesas. Los ejemplos de incumplimientos se han extraído de los informes de fiscalización de la Cuenta General de la Comunidad Autónoma de Aragón, cuyo último informe publicado fue el relativo al ejercicio 2016. Por lo tanto, todas las referencias normativas se refieren a legislación derogada, principalmente el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (en adelante, TRLCSP).

## 1. EL CONTROL DE LA CÁMARA DE CUENTAS: LA FUNCIÓN FISCALIZADORA

La Cámara de Cuentas de Aragón es el órgano técnico encargado de fiscalizar **la actividad económico-financiera del sector público aragonés** y velar por su adecuación a **los principios de legalidad, eficacia y eficiencia**<sup>1</sup>.

Depende directamente de las **Cortes de Aragón** y ejerce sus funciones por delegación de estas, actuando con **plena independencia** de los entes sujetos a su fiscalización y con **sometimiento pleno a la Constitución, al Estatuto de Autonomía de Aragón y al resto del ordenamiento jurídico**.

Su creación se remonta a 2010, a partir de la publicación de la Ley 11/2009, de 30 de diciembre, de la Cámara de Cuentas de Aragón. Anteriormente, la fiscalización del sector público aragonés se ejercía por el Tribunal de Cuentas.

### 1.1. *Ámbito subjetivo*

Los entes sobre los que la Cámara de Cuentas puede ejercer su función fiscalizadora son los que integran el sector público de Aragón, que son los siguientes<sup>2</sup>:

- **Sector Público Autonómico:** Administración y organismos públicos de la Comunidad Autónoma de Aragón.
- **Sector Público Local:** entidades locales de Aragón y sus organismos públicos.
- **Universidad de Zaragoza.**
- Los organismos, consorcios, empresas, fundaciones, asociaciones y demás entidades con personalidad jurídica propia **participados, directa o indirectamente, mayoritariamente** en su capital, dotación fundacional o **financiadas mayoritariamente** sus actividades, o en las que **tengan capacidad de nombramiento** de más de la mitad de los miembros de los órganos de dirección, administración o control, las entidades del sector público de los apartados anteriores.
- Aquellas entidades y organismos públicos no incluidos en los apartados anteriores y que tengan a su cargo la gestión o manejo de los fondos públicos del sector público de Aragón.

---

1. Art.1 de la Ley 11/2009, de 30 de diciembre, de la Cámara de Cuentas de Aragón.

2. Art. 2.1 de la Ley 11/2009, de 30 de diciembre, de la Cámara de Cuentas de Aragón.

## 1.2. *Ámbito objetivo*

A la Cámara de Cuentas de Aragón le corresponde la fiscalización de la **totalidad de los fondos públicos** gestionados por el sector público de Aragón, en concreto, los gastos e ingresos de la liquidación de los presupuestos, los contratos públicos, las subvenciones, los créditos, avales y otras ayudas del sector público aragonés<sup>3</sup>.

## 1.3. *Contenido de los Informes de fiscalización*

El resultado del control de la Cámara de Cuentas se recoge en los informes de fiscalización. La responsabilidad de la Cámara de Cuentas es **expresar una opinión** sobre las materias fiscalizadas.

La opinión de los informes de fiscalización se divide en los siguientes apartados:

### *A) Opinión de auditoría financiera*

Recoge la opinión sobre los **aspectos financieros de la gestión económico-financiera del ejercicio** al que se refiere, concretamente, si el balance de situación, la cuenta del resultado económico-patrimonial, el estado de liquidación del presupuesto y la memoria correspondientes al ejercicio fiscalizado **expresan la imagen fiel**, de conformidad con el marco normativo de información financiera aplicable y, en particular, con los **principios y criterios contables y presupuestarios** contenidos en el mismo.

### *B) Opinión sobre el cumplimiento de la legalidad*

Recoge la opinión sobre la **legalidad de las operaciones subyacentes**, es decir, si las actividades, las operaciones presupuestarias y financieras realizadas durante el ejercicio y la información reflejada en las cuentas anuales de las entidades y materias fiscalizadas, **resultan conformes** en todos los aspectos significativos **con las normas aplicables**.

### *C) Opinión de auditoría operativa*

Recoge la opinión sobre el **cumplimiento de los principios de eficacia, eficiencia y economía** de los recursos gestionados por las entidades fiscalizadas en el ejercicio de su actividad. Hasta el momento, la Cámara de Cuentas no ha emitido opinión de auditoría operativa en los informes de fiscalización debido

---

3. Art. 2.2 de la Ley 11/2009, de 30 de diciembre, de la Cámara de Cuentas de Aragón.

a la ausencia de indicadores específicos en los presupuestos y en las cuentas anuales fiscalizadas<sup>4</sup>.

#### **1.4. Informes de fiscalización emitidos por la Cámara de Cuentas de Aragón**

A lo largo de estos años, la Cámara de Cuentas ha emitido informes de fiscalización sobre todo tipo de entes del sector público de Aragón:

- Todos los años se fiscaliza la Cuenta General de la Comunidad Autónoma de Aragón (ejercicios 2010 a 2017).
- La Universidad de Zaragoza se ha auditado entre los ejercicios 2010 a 2016.
- En el sector Local cada año se elabora el informe general sobre rendición de cuentas de Entidades Locales. Además, se han auditado los Ayuntamientos de Zaragoza (2011), Teruel (2014), Caspe (2013-2015), los ayuntamientos de más de 8.000 habitantes (2011), las diputaciones provinciales de Teruel (2011), Huesca (2014) y Zaragoza (2015) y varias comarcas.
- Sociedades mercantiles autonómicas: Expo Zaragoza Empresarial, S.A. (2013-2015), Ciudad del Motor de Aragón, S.A. (2013-2014), SARGA (2015-2016,2017), plataformas logísticas, entre otras.
- Además, se han realizado fiscalizaciones específicas sobre determinadas materias: elecciones autonómicas (2011, 2015), Encargos y encomiendas de la Comunidad Autónoma de Aragón (2013), CASAR (2013-2014), Mataderos y Mercados (2012-2013), Plan Aragonés de Saneamiento y Depuración (Instituto Aragonés del Agua 2015), Fondo de Inversiones de Teruel (2016) o Endeudamiento de la Comunidad Autónoma de Aragón (2010-2016), entre otros.

Todos los informes que emite la Cámara de Cuentas son públicos y pueden consultarse en la página web de la Institución.

## **2. LA FISCALIZACIÓN DE LA LEGALIDAD DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS**

### **2.1. Una metodología común: la Guía Práctica de Fiscalización GPF-OCEX 4320**

Como se ha explicado en el apartado anterior, la Cámara de Cuentas debe emitir en sus informes de fiscalización la **opinión sobre el cumplimiento de la legalidad**, esto es, si las actividades y las operaciones presupuestarias y finan-

---

4. El art. 84.3 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda de la Comunidad Autónoma de Aragón (aprobado por Decreto Legislativo 1/2000, de 29 de junio, del Gobierno de Aragón), establece que la Cuenta General incorporará las memorias del coste y rendimiento de los servicios públicos y la memoria demostrativa del grado de cumplimiento de los objetivos programados y el coste de los mismos.

cieras realizadas durante el ejercicio se han **adecuado a las normas** que rigen a la entidad auditada **en todos los aspectos significativos**.

La formación de la opinión de legalidad es compleja por varias razones:

- En primer lugar, porque implica el conocimiento de **normativa muy diversa** sobre contratación pública, subvenciones, personal y función pública, gestión presupuestaria, estabilidad presupuestaria, endeudamiento, etc.
- En segundo lugar, porque la legalidad no es medible. Así, mientras en auditoría financiera es relativamente fácil establecer un **umbral de materialidad o importancia relativa** a partir del cual una salvedad se reflejará en la opinión, en la fiscalización de legalidad los aspectos cualitativos pueden ser tan importantes o más que los aspectos cuantitativos. Por ello, es necesario elaborar una clasificación de los incumplimientos para que solo se reflejen en la opinión aquellos que resultan **significativos**.

No todos los incumplimientos de legalidad tienen la misma gravedad. Por ello, los órganos de control externo han establecido una metodología común para clasificar los incumplimientos de legalidad en materia de contratación, subvenciones y personal: **la Guía Práctica de Fiscalización GPF-OCEX 4320**. Este documento fue aprobado por la Conferencia de Presidentes de ASOCEX el 17 de mayo de 2016<sup>5</sup>.

Esta guía incorpora la clasificación de incumplimientos de legalidad del Tribunal de Cuentas Europeo, que establece tres categorías: graves, significativos y leves. La opinión de legalidad del informe solo incluirá los incumplimientos graves y significativos.

No obstante, algunos incumplimientos pueden ser materiales por sí mismos, como por ejemplo, el fraude, los actos ilícitos intencionados, la ocultación de información relevante al auditor o la resistencia en el procedimiento de auditoría. En cualquier caso, no cabe esperar que los auditores detecten todos los incumplimientos de legalidad.

## ***2.2. Clasificación de los incumplimientos de legalidad en materia de contratación pública según la GPF-OCEX 4320***

A lo largo de los años de vida de la Cámara de Cuentas, la materia de contratación pública ha concentrado el mayor volumen de incumplimientos en la opinión de legalidad. Por ejemplo, en el informe de fiscalización de la Cuenta General de la Comunidad Autónoma de Aragón del ejercicio 2016, más de la mitad de las salvedades identificadas eran incumplimientos de normas de contratación pública.

---

5. ASOCEX: Asociación de Órganos de Control Externo Autonómicos.

OPINIÓN SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE LA LEGALIDAD	Nº salvedades C.G. CA Aragón 2016
Estabilidad presupuestaria	2
Gestión presupuestaria	5
Endeudamiento	1
Contratación pública	19
Personal y función pública	3
<b>Totales</b>	<b>30</b>

La aprobación de la GPF-OCEX 4320 ha servido para normalizar y homogeneizar los incumplimientos que deben incluirse en la opinión de legalidad de los informes de los órganos de control externo, que como se ha indicado en el apartado anterior, son los que se califiquen como graves o significativos.

En materia de contratación pública, la GPF clasifica los incumplimientos de legalidad en tres categorías:

**a) Incumplimientos graves o muy significativos:** son aquellos que, de forma individual o conjunta, afectan a los principios generales de contratación<sup>6</sup> y/o tienen un efecto negativo significativo en las cuentas de carácter significativo y, además, se produce alguna de las siguientes circunstancias:

- incumplimientos que son causa de nulidad contractual<sup>7</sup>
- incumplimientos significativos que tienen carácter generalizado o sistemático, es decir, que no son casos aislados
- incumplimientos que obstaculizaron la competencia o que condujeron a que el contrato no se adjudicara al mejor licitador.

Por ejemplo, un contrato adjudicado sin recurrir a un procedimiento público cuando era exigible, o con criterios ilícitos de adjudicación o una aplicación incorrecta de los mismos que incide en el resultado de la licitación.

La identificación de incumplimientos graves tendrá como efecto una **opinión negativa** en el informe de fiscalización. Además, los incumplimientos se señalarán en los fundamentos de la opinión.

**b) Incumplimientos significativos:** son aquellos que, de forma individual o conjunta, afectan a los principios generales de contratación y/o tienen un efecto negativo significativo en las cuentas de carácter significativo, pero se producen alguno de los siguientes factores que lo mitigan:

- el incumplimiento es aislado y no tiene carácter generalizado

6. Art. 1 del TRLCSP.

7. Art. 32 del TRLCSP y art. 37 TRLCSP.

— el incumplimiento puede deberse a una interpretación «controvertida» de la norma

— se considera que el contrato se adjudicó al mejor licitador.

Por ejemplo, la utilización de criterios de adjudicación no conformes o aplicados incorrectamente, pero que no inciden en el resultado de la licitación.

La identificación de incumplimientos significativos tendrá como efecto una **opinión positiva con salvedades** en el informe de fiscalización. Los incumplimientos se señalarán en los fundamentos de la opinión.

**c) Incumplimientos leves:** son errores menos graves y, con frecuencia, de carácter formal, que no inciden en el nivel de competencia o en los principios generales de contratación (por ejemplo, la publicación fuera de plazo del anuncio de la adjudicación).

La identificación de incumplimientos leves **no afectará a la opinión de legalidad** del informe de fiscalización. Estos incumplimientos se pueden poner en un anexo del informe como aspectos de mejora.

### 3. LA FISCALIZACIÓN DE LA LEGALIDAD DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS EN LA CUENTA GENERAL DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE ARAGÓN

#### 3.1. *Delimitación del ámbito subjetivo en el informe de fiscalización de la Cuenta General de la Comunidad Autónoma de Aragón*

La Cámara de Cuentas fiscaliza cada año la Cuenta General de la Comunidad Autónoma de Aragón. La Cuenta General se compone de siete tomos en los que se relacionan las cuentas individuales de las entidades que conforman el sector público autonómico. Por ejemplo, en la Cuenta General rendida correspondiente al ejercicio 2016, se incluyeron las cuentas anuales de 68 entidades, cuyas principales magnitudes se resumen en el siguiente cuadro, para ofrecer una idea del tamaño del sector público autonómico.

MAGNITUDES AGREGADAS CUENTA GENERAL CA ARAGÓN EJERCICIO 2016	Nº Entidades	Nº Trabajadores	Total Activo (millones €)	Total Gastos (millones €)
<b>Administración de la CA de Aragón</b>	<b>1</b>	<b>25.647</b>	<b>4.164</b>	<b>4.962</b>
Servicio Aragonés de Salud (SALUD)	1	23.792	1.448	2.090
Instituto Aragonés de Servicios Sociales (IASS)	1	2.787	425	376
Instituto Aragonés de Empleo (INAEM)	1	489	174	96
Instituto Aragonés de la Juventud (IAJ)	1	100	50	5
Instituto Aragonés de la Mujer (IAM)	1	22	7	3
<b>Total Organismos Autónomos</b>	<b>5</b>	<b>27.190</b>	<b>2.104</b>	<b>2.570</b>
Entidades de Derecho Público (agregado)	10	884	425	199
Corporación Empresarial Pública de Aragón, S.L.U.	22	1.151	782	99
Corporación Aragonesa de Radio y TV (agregado)	3	133	21	7
Consortios (agregado)	6	16	58	10
Fundaciones (agregado)	19	180	67	13
Ferías (agregado)	2	56	26	10
<b>Total Cuenta General CA Aragón 2016</b>	<b>68</b>	<b>55.257</b>	<b>7.647</b>	<b>7.870</b>

Aunque en la Cuenta General no existe información consolidada completa del sector público autonómico, se incluyen dos documentos que ofrecen información consolidada que, aunque es parcial, resulta muy útil para la fiscalización:

- Las cuentas anuales consolidadas de la Corporación Empresarial Pública de Aragón, S.L.U. (en adelante, CEPA).
- El Estado de liquidación presupuestaria consolidado de las entidades administrativas que registran su contabilidad en el sistema corporativo de información económico-financiera (SERPA), que son: la Administración de la Comunidad Autónoma, los cinco organismos autónomos (SALUD, IASS, INAEM, IAJ e IAM) y las entidades de Derecho público Instituto Aragonés del Agua (IAA), Aragonesa de Servicios telemáticos (AST), Centro de Investigación y Tecnología Agroalimentaria (CITA), Instituto Aragonés de Ciencias de la Salud (IACS), Banco de Sangre y Tejidos de Aragón (BSTA), Instituto Aragonés de Gestión Ambiental (INAGA) y Agencia de Calidad y Prospectiva Universitaria de Aragón (ACPUA).

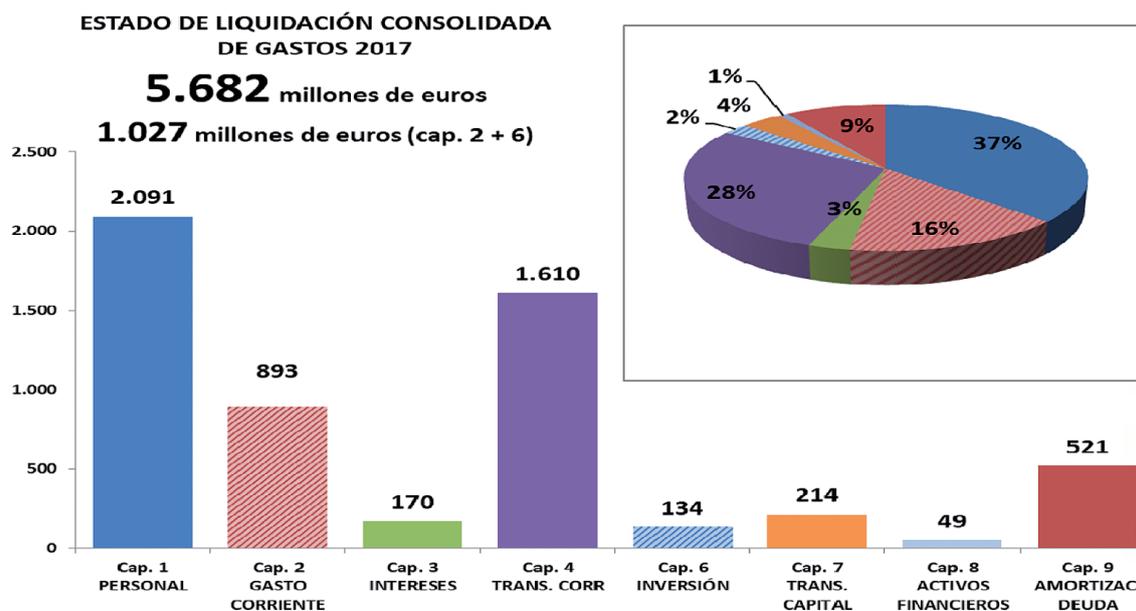
Para garantizar una eficiente asignación de los recursos de la Cámara de Cuentas y evitar duplicidades en el ejercicio del control, se restringe el ámbito subjetivo de la fiscalización a las entidades que no hubieran sido previamente revisadas por otros auditores públicos o privados. Muchas de las entidades incluidas en la Cuenta General son objeto de auditoría financiera que no procede repetir por la Cámara de Cuentas. Así, por ejemplo, en la Cuenta General de 2016

se incluyeron los informes de auditoría de cuentas de las 25 empresas públicas (se incluye también el informe de las cuentas anuales consolidadas de la CEPA), de tres entidades de Derecho público (ITA, IAF y CARTV), de tres consorcios y de ocho fundaciones.

Por ello, el ámbito subjetivo de la fiscalización de la Cuenta General se restringe a las 13 entidades administrativas que conforman el estado presupuestario consolidado, y que representan el 97% del personal, el 97% de los gastos y el 85% del activo total agregado del sector público autonómico.

### 3.2. Delimitación del ámbito de aplicación de la Ley de contratos en el presupuesto de gastos de la Comunidad Autónoma de Aragón

El presupuesto consolidado de gastos de las 13 entidades administrativas del ámbito subjetivo alcanzó en 2017 un total de **5.682 millones de euros** (5.376 millones de euros en 2016). Se representa gráficamente a continuación, distribuido según los capítulos del presupuesto de gastos:



La materia de contratación pública se localiza en los capítulos 2 (gastos corrientes por adquisición de bienes y servicios) y 6 (adquisición de inversiones). Estos dos capítulos totalizan **1.027 millones de euros** y representan el **18% del gasto total en 2017** (21% en 2016)<sup>8</sup>. El detalle del presupuesto consolidado de gastos por entidades se recoge a continuación:

8. El porcentaje suele estar en torno al 20%. El peso de los capítulos 2 y 6 en el presupuesto total de gastos depende fundamentalmente del volumen de amortización de deuda de cada ejercicio. Si se amortiza mayor volumen de deuda, el presupuesto total de gastos es mayor y, en consecuencia, el peso de los capítulos 2 y 6 es menor.

<b>ELP CONSOLIDADA PPTO. DE GASTOS</b>	<b>Avance ORN 2017</b>	<b>Cap. 2 + 6 2017</b>
<b>Administración CA</b>	<b>3.231</b>	<b>293</b>
<b>SALUD</b>	<b>1.897</b>	<b>535</b>
IASS	335	106
<b>INAEM</b>	<b>97</b>	<b>5</b>
IAJ	5	1
IAM	3	2
<b>IAA</b>	<b>58</b>	<b>50</b>
AST	22	19
CITA	12	5
IACS	9	3
BSTA	9	6
INAGA	4	2
ACPUA	-	-
<b>TOTALES</b>	<b>5.682</b>	<b>1.027</b>

Para conocer el gasto presupuestario que se encuentra dentro del ámbito de aplicación de la Ley de contratos hay que descontar determinadas partidas presupuestarias de los capítulos 2 y 6 a los que no se les aplica la normativa de contratación, principalmente los siguientes: arrendamiento de terrenos y construcciones, tributos, gastos jurídicos y contenciosos, dietas, gastos de realización de cursos, atenciones protocolarias, gastos de divulgación, libramientos de fondos a centros educativos y adquisición de terrenos. Descontados estos gastos, **el ámbito de la contratación pública** en el presupuesto consolidado de 2017 de la Comunidad Autónoma de Aragón ascendería a un total de **850 millones de euros**.

### *3.3. Fuentes de información sobre contratos públicos*

Son varias las fuentes de información sobre contratación pública que utiliza la Cámara de cuentas para efectuar los trabajos de fiscalización:

1.- *Rendición de contratos públicos a la Cámara de Cuentas:* Todas las entidades públicas aragonesas están obligadas a presentar una relación anual certificada de todos los contratos formalizados en el ejercicio (con excepción de los menores), así como los extractos de los expedientes de contratación de todos los contratos que superan los umbrales establecidos en el art. 29 del TRLCSP.<sup>9</sup>

2.- *Portal de transparencia del Gobierno de Aragón:* El Portal de transparencia del Gobierno de Aragón publica la información sobre los contratos formalizados, incluidos los menores, lo que supone disponer de información completa sobre

9. Art. 40 Ley 7/1988, de 5 de abril, de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas.

Instrucción 2/2016, de 7 de junio, de la Cámara de Cuentas relativa al suministro de información sobre la contratación de las entidades del sector público de Aragón y a los medios telemáticos para su remisión a la Cámara de Cuentas.

contratación pública. En el portal de transparencia se publican datos sobre contratación de los ejercicios 2009 a 2018<sup>10</sup>.

3.– *Acceso al sistema corporativo de información económico-financiera (SERPA):* Desde 2015 la Cámara de Cuentas tiene acceso directo a la aplicación informática de contabilidad del Gobierno de Aragón (SERPA), lo que ha supuesto un importante avance en la colaboración institucional que facilita al máximo las labores de fiscalización de la Cámara de Cuentas.

La conciliación de los datos sobre contratación pública que se incluyen en cada fuente de información es compleja por los motivos que se indican a continuación:

- La relación anual de contratos no es íntegra. La Cámara de Cuentas ha identificado numerosos contratos formalizados que no fueron comunicados. Esta incidencia se localiza fundamentalmente en el SALUD, que solo informa del 50% aproximadamente de los contratos formalizados en cada ejercicio.
- El portal de transparencia tampoco es íntegro y se han detectado numerosos errores, principalmente en la información sobre contratos menores, como consecuencia de una codificación incorrecta por parte de los gestores.
- La utilización de las dos fuentes de información anteriores tienen como inconveniente adicional que la ejecución del contrato se desliga de la ejecución presupuestaria del ejercicio que se está fiscalizando. Esto se produce porque buena parte del gasto ejecutado en cada ejercicio se refiere a contratos formalizados en ejercicios anteriores (gasto plurianual) y, por el contrario, muchos de los contratos formalizados en el ejercicio despliegan sus efectos en ejercicios siguientes. Por ejemplo, en la relación anual de contratos de 2016, de los 2.589 contratos formalizados por importe total adjudicado de 363 millones de euros, 161 millones de euros se ejecutaron en 2016 y el resto se imputará a ejercicios posteriores (de 2017 a 2025).
- Finalmente, el módulo de gestión de contratos de la aplicación SERPA tampoco contiene información completa, ya que no siempre las facturas están perfectamente identificadas con su contrato, lo que impide controlar adecuadamente la ejecución presupuestaria de cada contrato a través de esta aplicación. Además, no todos los gestores codifican adecuadamente los contratos de su departamento.

A pesar de estas dificultades, la Cámara de Cuentas realiza desde 2016 un cruce sistemático de los datos contenidos en todas estas fuentes que ha permitido

---

10. Art. 8 de la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y art. 16 de la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de transparencia de la actividad pública y participación ciudadana de Aragón.

**estimar el importe de las prestaciones recibidas sin formalizar contratos**, lo que coloquialmente se conoce como «gastos sin contrato».

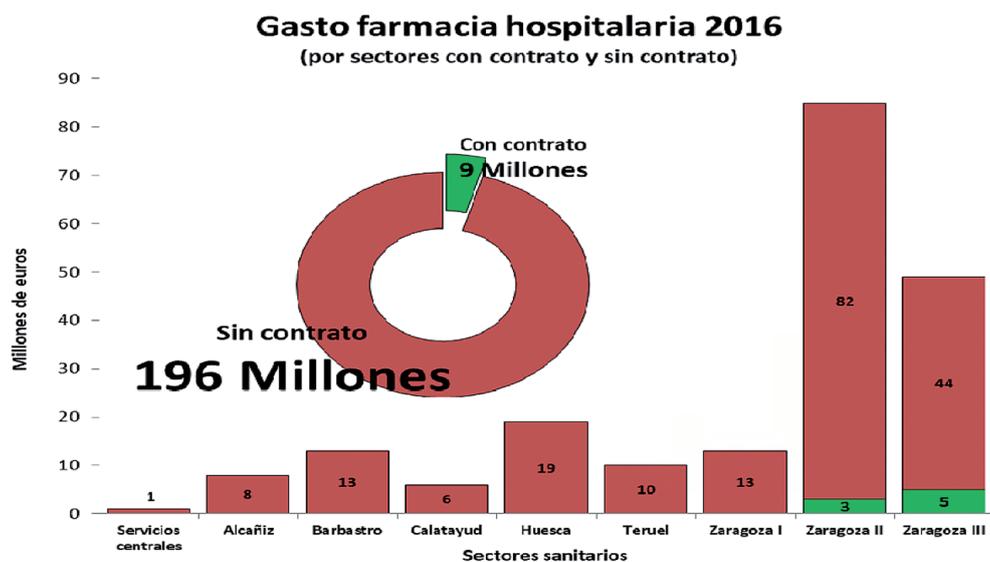
### 3.4. Cuantificación del «gasto sin contrato»

En el informe de la Cuenta General de la Comunidad Autónoma del ejercicio 2016, se estimó un volumen de «gasto sin contrato» de **336 millones de euros, fundamentalmente en el Servicio Aragonés de Salud (SALUD)**, como se observa en el cuadro siguiente. Este grave incumplimiento se localiza principalmente en los **suministros de farmacia hospitalaria**, en los que el **95% de los suministros se adjudicaron directamente** a los laboratorios farmacéuticos **sin tramitar el correspondiente expediente de contratación**<sup>11</sup>.

ENTIDAD	Contratos rendidos a la Cámara de Cuentas (Relación anual de Contratos)		Gasto contractual 2016 de capítulos 2 y 6 no comunicado a la Cámara de Cuentas y sin publicidad adecuada		
	Nº de contratos	Importe Adjudicación (millones €)	Contratos formalizados (millones €)	Contratos sin formalizar (millones €)	TOTAL (millones €)
Administración CA	778	112	24	18	42
SALUD	1.129	108	101	301	402
IASS	230	19	7	8	15
AST	33	2	–	2	2
CITA	10	1	–	4	4
IACS	–	–	–	2	2
BSTA	9	1	–	1	1
CARTV	16	13	–	–	–
Ciudad del Motor	17	44	–	–	–
PLATEA Gestión	4	37	–	–	–
Otras entidades	363	26	–	–	–
<b>TOTAL</b>	<b>2.589</b>	<b>363</b>	<b>132</b>	<b>336</b>	<b>468</b>

En el gráfico siguiente se muestra el caso especial de los suministros de medicamentos a los hospitales del SALUD. De los 205 millones de euros de gasto de farmacia hospitalaria en 2016, 196 millones de euros se efectuaron sin expediente de contratación ni contrato formalizado, incumpliendo lo establecido en los artículos 28 y 109 del TRLCSP.

11. Páginas 23-27 del informe de fiscalización de la Cuenta General de la Comunidad Autónoma de Aragón (ejercicio 2016).



Este grave incumplimiento se matiza en la opinión de legalidad del informe de fiscalización de 2016, ya que **más del 50%** de los suministros de farmacia hospitalaria corresponden a compras que están respaldadas por **la adhesión del SALUD a diversos acuerdos formalizados a nivel nacional** con algunos laboratorios por la **Comisión Interministerial de Precios de los Medicamentos** (por ejemplo, los medicamentos para tratar la hepatitis C crónica), que han supuesto una reducción muy importante del coste de adquisición sobre el precio oficial, y a los **acuerdos marco del Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (INGESA)** para la selección de suministradores de medicamentos y otros productos sanitarios de forma centralizada para varias CCAA y organismos de la Administración del Estado. A pesar de esta motivación, el SALUD no tramita en estos casos expedientes de contratación ni documenta la formalización de los contratos derivados de estos acuerdos marco, como resulta preceptivo, a excepción de uno de los sectores sanitarios del SALUD (sector III) que sí formaliza los correspondientes contratos derivados.

Del 50% restante, aproximadamente el 30% son productos exclusivos de laboratorio que solo se podían adquirir a un único proveedor, para los que hubiese estado plenamente justificado que esos contratos se hubiesen adjudicado directamente mediante procedimiento negociado al amparo del art. 170 d) del TRLCSP.

### *3.5. Otros incumplimientos graves y significativos en materia de contratación pública*

A continuación se relacionan de forma sintética los principales incumplimientos que se han incluido en la opinión de legalidad en los últimos informes de fiscalización de la Cuenta General de la Comunidad Autónoma de Aragón:

- Gasto sin expediente de contratación ni contrato formalizado (visto en el apartado 3.4 anterior).

- Falta de publicación de los contratos en la plataforma de contratación del Sector Público.
- Falta de rendición de contratos a la Cámara de Cuentas (468 millones de euros de gasto de capítulos 2 y 6 en 2016).
- Utilización de la urgencia y la emergencia sin concurrir causa justificada (art.112 y 113 TRLCSP).
- Incorrecta calificación del contrato de gestión de servicio público (siendo un contrato de servicios).
- Incumplimiento de los plazos de ejecución del contrato (habiendo sido un criterio de adjudicación).
- Justificación deficiente del presupuesto de licitación (sin prueba de su adecuación a mercado).
- Criterios de adjudicación que no guardan relación con el objeto del contrato, o bien, que son genéricos y no ayudan a determinar la oferta económica más ventajosa .
- Utilización de umbrales excesivamente altos que limitan la continuidad del procedimiento y la concurrencia del contrato.
- Escasa ponderación del criterio precio sin suficiente justificación.
- Incorrecta fórmula de valoración del criterio precio.
- Falta de concreción de las condiciones de ejecución del contrato o de las penalidades por ejecución deficiente.
- Informes técnicos de valoración con motivación insuficiente.

#### **4. LA FISCALIZACIÓN DE LOS CONTRATOS MENORES**

Según el art. 138.3 del TRLCSP son contratos menores los de importe inferior a 50.000 euros, en el caso de contratos de obras, o a 18.000 euros, cuando se trate de contratos de suministros y servicios (IVA excluido, en ambos casos). Estos contratos podrán adjudicarse directamente a cualquier empresario con capacidad de obrar y que cuente con la habilitación profesional necesaria para realizar la prestación.

##### ***4.1. Evolución del enfoque de fiscalización de la contratación menor en los informes de la Cuenta General de la Comunidad Autónoma***

La fiscalización de la contratación menor se ha ido incorporando paulatinamente en los informes de fiscalización de la Comunidad Autónoma según se ha ido disponiendo de mayor información sobre contratos menores:

- En los primeros informes de fiscalización de la Cuenta General de la Comunidad Autónoma de Aragón (ejercicios 2010-2014), el enfoque de auditoría de la contratación pública se centraba en los contratos formalizados. La selección de la muestra se realizaba a partir de los datos de la **rendición anual de contratos** a la Cámara de Cuentas, con los problemas señalados en el apartado 3.3 anterior. La muestra seleccionada se centraba en los principales contratos de las entidades autonómicas (los más voluminosos), pero quedaban **fuera del alcance** de la fiscalización: **los contratos menores, los «gastos sin contrato» y los contratos formalizados correctamente no comunicados a la Cámara de Cuentas por error u omisión.**

La revisión de la contratación menor y del gasto sin contrato era muy limitada y dependía de los resultados de las pruebas en detalle de otras áreas, pero no se abordaba de forma global.

- En la fiscalización del ejercicio 2015 el análisis de la legalidad de la contratación pública se realizó a partir de la ejecución presupuestaria consolidada de los capítulos 2 y 6 que, como hemos dicho, son los capítulos en los que se concentra la materia de contratación pública, mediante la **revisión de los principales proveedores de gasto público.**

Así, se seleccionaron los proveedores que habían facturado **más de un millón de euros** a la Comunidad Autónoma de Aragón (conjuntamente a las 13 entidades fiscalizadas) para analizarlos desde una perspectiva global, analizando todos los contratos de un mismo proveedor (incluidos menores) y el posible fraccionamiento del objeto del contrato.

El principal problema fue que quedaban fuera del alcance de fiscalización los contratos con proveedores cuya facturación era inferior a un millón de euros, que suponía un volumen de gasto no fiscalizado de casi 400 millones de euros, entre los que se encontraba el grueso de la contratación menor.

- En 2016 se planificaron pruebas específicas sobre contratación menor y se utilizó para ello la información sobre contratos menores del **portal de transparencia del Gobierno de Aragón**<sup>12</sup>. Según los datos publicados en el portal, en 2016 se adjudicaron 5.207 contratos menores por importe total agregado de 26,78 millones de euros.

---

12. Además de la publicidad exigida por la normativa específica de contratación pública, desde el año 2015 el Gobierno de Aragón también debe publicar en su Portal de Transparencia información sobre todos los contratos de cualquier naturaleza y cuantía adjudicados por las entidades de la CA, incluidos los menores, y sobre las modificaciones de dichos contratos aprobadas (art. 16 de la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia y Participación Ciudadana de Aragón).

No obstante, el grueso de los trabajos de fiscalización de la legalidad de la contratación pública se centró en determinadas parcelas de gasto, seleccionadas por su volumen de gasto o por el nivel de riesgo por incumplimientos detectados en anteriores fiscalizaciones: gasto en farmacia hospitalaria del SALUD (205 millones de euros), gasto en implantes del SALUD (37 millones de euros), contratos de rutas de transporte escolar (14 millones de euros) y de líneas de transporte regular de viajeros (8 millones de euros). Se fiscalizaron además los 25 contratos de mayor importe de la relación anual de contratos.

- Finalmente, en 2017 se ha incorporado un **enfoque estadístico** sobre la **totalidad del gasto ejecutado en los capítulos 2 y 6** (1.027 millones de euros, como se refleja en el gráfico del apartado 3.2). Se ha utilizado el **método de muestreo estadístico MUM (Muestreo por unidad Monetaria)** o, por sus siglas en inglés, MUS (Monetary Sampling Unit).

El enfoque estadístico se ha adoptado para incorporar en los trabajos de fiscalización las operaciones de pequeño importe que representan un porcentaje muy significativo del volumen total de operaciones. Para el cálculo del tamaño muestral, la selección de la muestra y la extrapolación de los resultados se ha contado con la colaboración de un equipo de estadísticos de la Universidad de Zaragoza contratado al efecto.

Además, se ha repetido el trabajo específico sobre contratación menor a partir del **portal de transparencia del Gobierno de Aragón**. Según los datos publicados en el portal, en 2017 se adjudicaron 6.288 contratos menores por importe total agregado de 45,53 millones de euros.

#### *4.2. Fiscalización de los contratos menores*

Teniendo en cuenta el ámbito subjetivo de fiscalización de la Cuenta General de la CA, la información más completa sobre contratación menor la encontramos en el portal de transparencia del Gobierno de Aragón aunque, como se ha indicado en el apartado 3.3 anterior, la información no es íntegra por varios motivos:

- En primer lugar, no todas las entidades del sector público autonómico publican datos sobre contratos menores. En el cuadro siguiente se resumen las entidades que publicaron alguna información sobre contratación menor en el portal de transparencia en los ejercicios 2016 y 2017. El resto de entidades públicas de la Comunidad Autónoma de Aragón no publicaron ninguna información sobre sus contratos menores, aunque algunas empresas públicas informaron en su página web.

ÓRGANO DE CONTRATACIÓN	Menores 2016		Menores 2017	
	Nº contratos	IMPORTE (miles €)	Nº contratos	IMPORTE (miles €)
Admón CA	3.654	17.030	4.281	28.074
SALUD	609	6.662	1.018	14.081
IASS	512	1.665	449	1.574
INAEM	111	625	155	706
IAM	167	445	175	468
IAJ	154	354	203	583
CITA			2	23
INAGA			5	23
<b>TOTAL</b>	<b>5.207</b>	<b>26.781</b>	<b>6.288</b>	<b>45.532</b>

- En segundo lugar, no todos los gestores codifican adecuadamente los contratos menores en la aplicación de gestión de contratos. Esto hace que en la relación publicada falten contratos menores no codificados y, por otro lado, se han identificado contratos menores duplicados y contratos mayores que no deberían constar en dicha relación. En 2017 la Cámara de Cuentas ha identificado al menos 1.454 contratos menores por importe de 9,55 millones de euros incorrectos que no deberían constar en el portal de transparencia.

Una vez revisada y depurada la información sobre contratos menores del portal de transparencia, se detectó riesgo de posibles fraccionamientos del objeto de los contratos, prohibido por el artículo 86.2 TRLCSP cuando se realice para eludir los requisitos de publicidad y los relativos al procedimiento de adjudicación correspondiente.

De los contratos menores publicados en el portal, se producía la circunstancia de que un mismo empresario era adjudicatario de 2 o más contratos menores con similar objeto y/o la misma identidad funcional y que el importe conjunto de estos contratos era superior a los umbrales establecidos para el contrato menor en el artículo 138.3 del TRLCSP.

Posteriormente, se remitió a cada gestor los supuestos en los que el volumen contratado con un mismo proveedor superaba el umbral del contrato menor para que revisara la información publicada sobre contratación menor y justificara si se había producido o no tal fraccionamiento irregular del objeto del contrato.

En conclusión, la opinión sobre el cumplimiento de la legalidad del informe de fiscalización de 2016, incluyó la siguiente salvedad relativa al fraccionamiento irregular mediante contratos menores:

*En estas circunstancias se encontraban 1.527 contratos menores adjudicados en 2016 por varios órganos de contratación de la CA a 166 empresarios por un importe conjunto de 8,4 millones de euros, según se detalla en el cuadro adjunto:*

ENTIDAD/ÓRGANO DE CONTRATACIÓN	UNIVERSO		POSIBLE FRACCIONAMIENTO		
	Nº contratos menores	IMPORTE (miles €)	Nº adjudicatarios	Nº contratos menores	IMPORTE (miles €)
<b>Total Admón. CA</b>	<b>3.654</b>	<b>17.030</b>	<b>109</b>	<b>1.135</b>	<b>5.582</b>
Dpto. Desarrollo Rural y Sostenibilidad	774	5.286	33	239	1.276
Dpto. Educación, Cultura y Deporte	1.133	4.044	18	218	778
Dpto. Presidencia	728	3.284	29	442	(*) 2.124
Dpto. Vertebrac. del Territorio, Movilidad y Vivienda	238	1.760	8	31	462
Dpto. Hacienda y Administración Pública	424	1.099	11	128	600
Dpto. Sanidad	179	626	8	64	266
Dpto. Innovación, Investigación y Universidad	57	383	–	–	–
Dpto. Ciudadanía y Derechos Sociales	47	217	1	10	32
Dpto. Economía, Industria y Empleo	51	197	1	3	44
Dpto. Presidencia del Gobierno de Aragón	17	105	–	–	–
Consejo Económico y Social	6	29	–	–	–
<b>Total Organismos autónomos</b>	<b>1.553</b>	<b>9.752</b>	<b>57</b>	<b>392</b>	<b>2.840</b>
SALUD	609	6.662	35	133	1.967
IASS	512	1.665	9	140	369
INAEM	111	625	3	11	91
IAM	167	445	7	92	257
IAJ	154	354	3	16	156
<b>TOTALES 2016</b>	<b>5.207</b>	<b>26.782</b>	<b>166</b>	<b>1.527</b>	<b>8.422</b>

**Fuente:** Datos obtenidos del Portal de transparencia del Gobierno de Aragón (información sobre contratos menores 2016).

(\*) Parte de este importe corresponde a contratos de difusión publicitaria adjudicados de acuerdo con el Plan de Medios aprobado en cada campaña.

Igualmente, en los trabajos de fiscalización de la Cuenta General de la Comunidad Autónoma del ejercicio 2017 se han identificado 207 empresarios con los que se ha contratado, mediante contratos menores de igual o similar objeto, un volumen de gasto que supera el umbral del contrato menor. Esta irregularidad se cuantifica en un total de 12,99 millones de euros. Las conclusiones de este informe son provisionales hasta que no finalice el trámite de alegaciones previsto en el art. 11 de la Ley 11/2009, de 30 de diciembre, de la Cámara de Cuentas de Aragón.

## 5. CONCLUSIONES

La fiscalización del **cumplimiento de la legalidad de la contratación pública** es una **materia compleja** que requiere de una constante actualización de los auditores por los continuos cambios normativos, además de la propia dificultad para evaluar de forma objetiva los aspectos cualitativos de los incumplimientos legales, que pueden ser tan importantes o más que los aspectos cuantitativos.

La aprobación de la **Guía Práctica de Fiscalización GPF-OCEX 4320** ha supuesto un gran avance para los trabajos de fiscalización de verificación del cumplimiento de la legalidad de la actividad contractual de las Administraciones Públicas. Esta metodología contribuye a **normalizar y homogeneizar**, y en definitiva, **eliminar subjetividad**, en las conclusiones de la opinión de legalidad de los informes de fiscalización de los órganos de control externo, siguiendo la línea del Tribunal de Cuentas Europeo.

Adicionalmente, para poder ejecutar correctamente las pruebas de fiscalización programadas, es imprescindible contar con **información completa, precisa y sin errores**. Las aplicaciones de gestión de contratos de las Administraciones Públicas deberían permitir cumplir con todas las obligaciones de rendición de información y de publicidad, ya vengan impuestas por la normativa contractual o por la normativa sobre transparencia. Por ello, en el caso específico de la Comunidad Autónoma, es necesario que se arbitren los cambios necesarios para que el sistema de información contable de la Comunidad Autónoma de Aragón vincule todo gasto con su correspondiente expediente de contratación (mayor o menor), correctamente codificado de forma única, para que la información pueda ser tratada de forma homogénea por cualquier usuario.

Por otro lado, la Ley 8/2015, de 25 de marzo, de Transparencia de la Actividad Pública y Participación Ciudadana de Aragón, **garantiza de forma efectiva la transparencia** de la actividad pública a través de las **obligaciones de publicidad** y el **derecho de los ciudadanos** a la información pública de forma **accesible y comprensible**, y a la **veracidad y objetividad** de esa información (art. 1.2).

El principal objetivo de esta Ley es que los órganos e instituciones públicas hagan visible a los ciudadanos la información sobre su gestión con **rigor, veracidad y objetividad**. La Cámara de Cuentas, a través de sus informes de fiscalización, contribuye a reforzar estos tres atributos de la información que se publica, en el ejercicio de su función de control del efectivo sometimiento al principio de legalidad de la actividad del sector público de Aragón.



# 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 Nogueras**, *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.ª 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.ª 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.ª Elena Bellod Fernández de Palencia**, *Profesora Titular de Derecho Civil* y **D.ª 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> Carmen Gracia de Val**, *Notaria* y **D.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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 abolitorio 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.<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Rosa Gutiérrez Sanz**, *Profesora Titular de Derecho Procesal*.

Coponentes: **D.<sup>a</sup> Begoña Castilla Cartiel**, *Abogada* y **D.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> José Luis Argudo Périz**, *Profesor Titular de Derecho Civil*.

### Régimen jurídico de las sociedades públicas autonómicas

Ponente: **D.<sup>a</sup> Reyes Palá Laguna**, *Profesora Titular de Derecho Mercantil*.

Coponentes: **D.<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> M<sup>a</sup> 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.<sup>a</sup> 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**



