

RAPPORT ESPAGNOL

par

Joaquín María RIVERA ÁLVAREZ

Doctor en Derecho

Profesor Asociado de la E.U. de Trabajo Social

Universidad Complutense de Madrid

CONTESTACIÓN AL CUESTIONARIO SOBRE LAS MINORÍAS EN DERECHO CIVIL

1.- El concepto de minoría no se contempla, en general, en el Derecho Civil de España. Tradicionalmente, se utiliza en el Derecho Político para indicar la necesidad de reconocer derechos de participación a los grupos que no han obtenido la mayoría en la organización y vida política y, posteriormente, sobre la base del reconocimiento en el Derecho Internacional Público de una serie de obligaciones de los Estados para evitar la discriminación de grupos con características singulares fundadas en razones de religión, etnia o lengua y programar políticas dirigidas al mantenimiento de su propias características culturales o definidoras. En el Derecho mercantil hay que advertir la incidencia del concepto de minoría en el ejercicio de los derechos de los socios o partícipes de las sociedades mercantiles, principalmente.

Deseo, no obstante, indicar que, mientras en el caso del Derecho Mercantil y Político, el concepto de minoría se utiliza en sentido gramatical como grupo de personas contrarias a la opinión del mayor número de votantes¹, en el Derecho Internacional Público, se ha acogido una acepción de tenor sociológico, que incide en la parte de la población que difiere por la raza, lengua o religión de la mayoría².

1 En la línea de la tercera y cuarta acepción del *Diccionario de la Lengua Española*, Real Academia Española, 21ª Edición, Madrid 1992, pag. 974. También en otros diccionarios como SECO M. y otros: *Diccionario del Español Actual*, Aguilar Lexicografía, Madrid 1995, 3081; CASARES, J.: *Diccionario Ideológico de la Lengua Española*, Editorial Gustavo Gili, 1984. Pág. 559.

2 En MOLINER, M., *Diccionario de Uso del Español, M-Z*, Ed. Gredos, Madrid 1990, Pág. 420. En el sentido que se ve también en GINER S., LAMO DE ESPINOSA E., TORRES C. (eds), *Diccionario de Sociología*, Alianza Editorial, Madrid 1998, pag. 495. HILLMANN, K.H.: *Diccionario enciclopédico de Sociología*, Herder, Barcelona 2001 (Dir ed. Española. Antonio Martínez Riu), pag. 585-586. Tanto en el anterior Diccionario como en SILLS *Enciclopedia Internacional de las Ciencias Sociales*, Volumen 7, Aguilar, Madrid 1975, Pág. 134 y ss, se pone de manifiesto las tensiones sociales que originan el concepto de minoría

No obstante, desde la sociología dentro del área anglosajona, se emplea el concepto de minoría para referirse a colectivos desfavorecidos, con independencia del número de personas que lo integran (personas mayores, mujeres, homosexuales ...etc.)³. Esta acepción impropia pone de manifiesto la existencia, dentro de la colectividad, de grupos de personas discriminadas o desprotegidas y ha tenido también influencia en diferentes ramas del Derecho. Es más, como veremos, dentro del cuestionario se plantean problemas jurídicos en torno a esta última acepción.

Entrando en el campo del Derecho Civil, el concepto de minoría se utiliza: a) en las relaciones jurídicas de cooperación social, para diferenciar y proteger a quien manifiesta opiniones diferentes y se opone a las decisiones de la mayoría en las personas jurídicas. Incluso veremos cómo, en las relaciones jurídicas de tráfico, la copropiedad y la comunidad de bienes y derechos confora, como consecuencia de la necesidad de un régimen de administración, la necesidad de plantearse reglas de protección de minorías. b) Por otra parte, en las relaciones jurídicas familiares, aparece el concepto de minoría para incidir en la necesidad de protección de grupos desfavorecidos, como los homosexuales.

2.- Como se ha puesto de manifiesto anteriormente, sí que se plantean en las personas jurídicas la protección de minorías. Ahora bien, como a continuación vamos a ver, hay que reconocer en cada una de las esferas que veremos un cierto olvido o despreocupación por parte del legislador en este tema. Entremos en cada una de las diferentes figuras:

A).- Las Asociaciones: Su regulación estatal y general está contenida en la nueva Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del derecho de asociación, que ha venido a derogar la antigua y preconstitucional Ley de asociaciones de 24 de diciembre de 1964 (Disposición Derogatoria de la nueva Ley). Debemos entender que, en cuanto no contradiga la nueva Ley, se entenderá que el Decreto 1440/1965, de 20 de mayo se mantiene, sin perjuicio de que en la disposición final tercera se prevé que el Gobierno podrá realizar cuantas disposiciones sean necesarias para la aplicación y el desarrollo de la nueva Ley.

En relación al régimen interno de las asociaciones nos dice el Art. 11.2 de la Ley Orgánica que se estará a lo que se determine “por sus propios Estatutos, siempre que no estén en contradicción con la presente Ley Orgánica y con las disposiciones reglamentarias que se dicten para la aplicación de la misma”. Norma que varía el carácter dispositivo que regía en la disposición anterior de 1964⁴.

dentro del grupo social humano, a partir de la existencia del mismo y en base de las luchas que se generan para evitar la discriminación social, se producen transformaciones y cambios. Esta idea se ve esencialmente con relación a diferentes colectivos dentro de nuestro entorno, los homosexuales y los transexuales.

3 GINER S.....Ob.y loc. Cit.

4 Carácter dispositivo no quiere decir que haya una absoluta libertad en cuanto a la forma en que debe regirse. Así, conforme con el Art. 6.2 y 1255 del CC, deben respetarse no sólo el derecho imperativo contenido en las leyes, sino también el derivado del concepto de orden

La necesidad de superar el carácter dispositivo de la norma anterior se ve : 1º) En el Art. 7.1 de la Ley Orgánica donde señala que los Estatutos *deberán* contener : “g) Los criterios que garanticen el funcionamiento democrático de la asociación; h) Los órganos de gobierno y representación, su composición, reglas y procedimientos para la elección y sustitución de sus miembros..., así como la cantidad de asociados necesaria para poder convocar sesiones de los órganos de gobierno o de proponer asuntos en el orden del día”. 2º) Y, expresamente y con carácter más general, se indica en el Art. 7.3 que estos Estatutos no podrán contradecir el Ordenamiento Jurídico, entendiéndose en el sentido de no contradecir la Ley Orgánica.

Específicamente, cuando trata la Ley el régimen interno, establece para el caso de que no se dispusiera en los Estatutos una serie de reglas que nos interesan. El día a día de la vida de las asociaciones se rige por las decisiones de sus órganos de representación y gobierno. Así se señala en el Art. 11. 3 de la Ley Orgánica que “La Asamblea General es el órgano supremo de gobierno de la asociación, integrado por los asociados, que adopta sus acuerdos por el principio mayoritario o de democracia interna y deberá reunirse, al menos, una vez al año”. No obstante, junto con dicho órgano: “Existirá un órgano de representación que gestione y represente los intereses de la asociación, de acuerdo con las disposiciones y directivas de la Asamblea General. Sólo podrán formar parte del órgano de representación los asociados” (Art. 11.4 de la Ley).

Los artículos 7 y 11 de la Ley Orgánica son de aplicación directa en todo nuestro Estado, al amparo del Art. 149.1.1º de la Constitución.

Con carácter imperativo en el Art. 12 de la Ley Orgánica exige una serie de derechos que afectan a las minorías: A) En relación con el derecho a convocar la Asamblea General, destaca en la letra b) que “sin perjuicio de lo dispuesto en el Art.11.3, la Asamblea General se convocará por el órgano de representación, con carácter extraordinario, cuando lo solicite un número de asociados no inferior al diez por ciento”. B) También, en relación con determinados acuerdos, se exige una mayoría cualificada de presentes o representados en el asamblea; la mitad más uno de los asociados, para “los acuerdos relativos a la disolución de la asociación, modificación de los Estatutos, disposición o enajenación de los bienes y remuneración de los miembros del órgano de representación” (letra d)⁵. C) Exige un tiempo mínimo entre convocatoria y celebración de la reunión: 15 días (letra c)

En relación a la obligación de una mayoría cualificada, la Ley reduce las exigencias que se fijaban en el Art. 10. 3 del Decreto 1440/1965: “será necesario en todo caso el voto favorable de las dos terceras partes de los asociados presentes o representados tomado en Asambleas Generales para la disposición o enajenación de bienes, nombramiento de las Juntas Directivas, administradores y representantes; solicitud de declaración

público y buenas costumbres. Así, dentro de la idea de orden público constitucional, la asociación debe regirse democráticamente en la toma de sus decisiones.

5 Estas normas son consideradas de competencia exclusiva del Estado central, en virtud del Art. 149.1.1ª y 16ª de la Constitución.

de utilidad pública o para integrarse en ella si existiere, modificaciones estatutarias y disolución de la Asociación”.

De igual manera, por el solo hecho de ser socio o asociado se tiene derecho a acceder a la documentación; si bien con relación a los datos personales, se dice en el Art.14.2 que se hará en “los términos previstos en la Ley Orgánica 15/1999, de 15 de diciembre, de Protección de Datos de carácter personal”. Los documentos a los que se refiere son los descritos en el Art. 14.1 de la Ley Orgánica: “ una relación actualizada de sus asociados, llevar una contabilidad que permita obtener la imagen fiel del patrimonio, del resultado y de la situación financiera de la entidad, así como las actividades realizadas, efectuar un inventario de sus bienes y recoger en un libro las actas de las reuniones de sus órganos de gobierno y representación”.

En relación con el derecho de información, la nueva Ley Orgánica amplía el tenor que, anteriormente, se señalaba. Así, específicamente, a que se les ponga de manifiesto el estado de cuentas, de ingresos y gastos (Art. 11.5 del Decreto), o a conocer el texto íntegro de los estatutos y los acuerdos adoptados por la asamblea general siempre y por los órganos directivos, cuando les afecten, así como impugnar los acuerdos que adopten una y otros (Arts 6.6 de la Ley de 1964 12 del Decreto).

Los dos artículos anteriores de la Ley Orgánica – Arts. 12 y 14- sólo podrán aplicarse a las asociaciones de carácter estatal (Disposición Final Primera, apartado 5).

Otros puntos no referidos a los derechos, pero sí a las responsabilidades en los actos de la Asociación, vienen contenidos en el Art. 15.5 en el sentido de que se exonerará de ésta a los que acrediten no haber participado en su aprobación y ejecución o haberse opuesto expresamente.

Conforme a todo lo indicado, el Art. 21 señala entre los derechos de los socios: “a) A participar en las actividades de la asociación y en los órganos de gobierno y representación, a ejercer el derecho de voto, así como a asistir a la Asamblea General, de acuerdo con los Estatutos .b) A ser informado acerca de la composición de los órganos de gobierno o representación de la asociación, de su estado de cuentas y del desarrollo de su actividad; c) A impugnar los acuerdos de los órganos de la asociación, que estime contrarios a la Ley y a los Estatutos”. En este último punto, de nuevo el Art.40.3 vuelve a señalar el plazo de 40 días para impugnar los acuerdos contrarios a los Estatutos “ a partir de la fecha de adopción de los mismos, instando su rectificación o anulación y la suspensión preventiva en su caso o acumulando las dos pretensiones por los trámites establecidos en la Ley de Enjuiciamiento Civil”. Hay que destacar que este artículo, junto con los demás contenidos en la Disposición Final Primera, párrafo 1º, conforma el contenido esencial del derecho fundamental de asociación, por lo que propiamente sus normas tienen la naturaleza de Ley Orgánica y, por lo tanto, la competencia es plenamente estatal (Art. 53.1 y 81.1 de la Constitución Española).

Tenemos que tratar dentro de la normativa general, la existencia de dos normas autonómicas que regulan la figura de la asociación, con carácter general: la Ley catalana 7/1997, de 18 de junio de asociaciones y la ley vasca 3/1988, de 12 de febrero.

En relación con la Ley catalana, se refleja la necesidad de que los Estatutos respeten las normas imperativas establecidas en la Ley (Art.3.2).

Entre estas, en cuanto al régimen interno de las asociaciones destacan – en cuanto no se reflejan en la legislación estatal – : a) En relación al órgano de gobierno, señala un límite máximo de duración de la Junta Rectora o de Gobierno (5 años, sin perjuicio de la posibilidad de reelección) (Art. 5 i), y ello, no obstante que el Art. 18 establece que los Estatutos Sociales deben indicar qué requisitos se exigen para formar parte, la duración y posibilidad de reelección; por último, fija el derecho a impugnar los acuerdos de tal órgano no sólo por sus miembros sino por un 10% de los asociados en el plazo de 30 días, con la posibilidad de convocar efectivamente una reunión de la Asamblea General a tal efecto (Art. 20); b) En relación con las Asambleas, la exigencia de un contenido mínimo en la convocatoria a las reuniones sociales formado por el orden del día, el lugar, el día y hora de la reunión en primera convocatoria (Art.13.1); que si se convoca la reunión por el 10% de los asociados, ésta tendrá lugar en el plazos de treinta días (Art.13.3); establece la posibilidad de que los estatutos fijen un proporción no inferior al 10% de los asociados para poder incluir puntos a discutir en el orden del día dentro del primer tercio del espacio de tiempo que va desde la convocatoria a la reunión (Art. 13.5); establece la posibilidad de aprobar puntos no contenidos en el orden del día si así lo consideran las tres cuartas partes de los presentes (Art. 13.5); Se concede expresamente el derecho de los candidatos a los órganos de gobierno o representación a conocer las listas de asociados (Art.14.1).

Con independencia de las disposiciones o reglas generales que regulan las asociaciones, nos encontramos con que hay regulaciones específicas de algunos tipos de asociaciones (por ejemplo: las deportivas, partidos políticos, sindicatos...). Es más, dependiendo de la temática específica sobre la que versan su actividad, nos podemos encontrar con normativas específicas autonómicas (Ley 5/1986, de 30 de mayo, por la que se regula las comunidades castellano leonesas asentadas fuera del territorio de la Comunidad de Castilla – León y Ley 7/1986, de 6 de mayo, de reconocimiento de comunidades andaluzas fuera de la Comunidad Autónoma de Andalucía).

A pesar de la escasa preocupación del legislador de 1964 en relación a los derechos de los socios minoritarios, en la práctica diaria y a la hora de confeccionar los Estatutos de las Asociaciones, sí se tienen presente para conferirle derechos. Así no debe sorprendernos:

a) Que se describan un número de socios que pueden convocar asambleas generales extraordinarias. Sin embargo, en la práctica no hay acuerdo sobre el número mínimo de socios que pueden convocar la asamblea; es más usual el del veinticinco por ciento o la cuarta parte de los socios o asociados, que el de diez por ciento que se pretende en el Art. 11.3 de la Ley Orgánica, o el de el cinco por ciento por imitación de lo que establecen las sociedades mercantiles, eso si tradicionalmente se les obliga a expresar “ el motivo o motivos que lo fundamenten” .

b) Que , en consonancia con el actual Art. 10.3 del Decreto, sea necesario una mayoría cualificada para la validez de los acuerdos de modificación de los estatutos sociales, disolución de la asociación, disposición y enajenación de bienes y derechos, constitución de federaciones o integración en ellas. Así se exige las 2/3 de bs presentes o representados que al menos sean la mayoría de los socios o asociados, por ejemplo.

c) Que un determinado número de socios o asociados sean necesarios para la impugnación de los acuerdos de la asociación por ser contrarios a los Estatutos o la Ley. Punto este criticable por cuanto se entiende que es un derecho incondicionado de los socios individualmente, tal como se ha visto en el Art. 11.5 del Decreto o Art. 40 de la Ley Orgánica.

Sin embargo, es más extraño, aunque en ocasiones aparecen en los Estatutos: A) El derecho de los grupos minoritarios más importantes a integrarse en la Junta Directiva de la Asociación. Para lo cual, o se establece un cupo específico para los minoritarios o se adopta un sistema de elección que permita la incorporación de los representantes minoritarios – por ejemplo permitiendo listas con número de miembros inferiores al número de Junta Directiva o eligiendo el sistema de listas abiertas en la selección de miembros-. En este caso, desde la Junta Directiva, dichos representantes de la minoría pueden convocar dicho órgano de gobierno – de nuevo, nos encontramos con el 25 % de miembros necesarios para la convocatoria – o el órgano de representación – mediante acuerdo en forma de la Junta Directiva-. B) El derecho del grupo minoritario más representativo a nombrar “censores de cuentas” o “interventores” en la actividad económica de la asociación. Cuestiones que no son tratadas por los legisladores.

Se ha de advertir que, en tanto ha sido muy reciente la incorporación a nuestro Ordenamiento de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, hay que atender a lo dispuesto en la Disposición Transitoria”. Las asociaciones inscritas en el correspondiente Registro con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley Orgánica estarán sujetas a la misma y conservarán su personalidad jurídica y la plenitud de su capacidad, pero deberán adaptar sus Estatutos en el plazo de dos años. 2. No obstante lo anterior, las asociaciones inscritas deberán declarar, en el plazo de dos años desde la entrada en vigor de la presente Ley Orgánica, que se encuentran en situación de actividad y funcionamiento, notificando al Registro en que se hallen inscritas la dirección de su domicilio social, y la identidad de los componentes de sus órganos de gobierno y representación, así como la fecha de elección o designación de éstos”.

B) Las fundaciones: A consecuencia de la naturaleza jurídica de estas entidades centrada en la voluntad de su creador –determinante de la finalidad y destino de un patrimonio-, dichas organizaciones no necesitan de la instrumentalización de un conjunto de reglas que protejan a un grupo minoritario frente a otro dentro de la persona jurídica. Todo ello en consonancia con su propia definición – recogida en el Art. 1 de la Ley 30/1994, de 24 de noviembre: “Son fundaciones las organizaciones constituidas sin ánimo de lucro que, por voluntad de sus creadores, tienen afectado de modo duradero su patrimonio a la realización de fines de interés general”- y su régimen jurídico – recogido en el Art.1.2 de la Ley: “Las fundaciones se rigen por la voluntad del fundador, por sus Estatutos y, en todo caso, por la presente Ley”-.

Conforme a lo dicho, la Escritura de Constitución de la Fundación deberá contener, tanto los Estatutos por los que se va a regir, como la identificación de las personas que integran el órgano de gobierno, así como su aceptación si se efectúa en el momento fundacional (Art. 8 d y e). Es decir, en dicho momento, el propio fundador impone las personas que formarán el Patronato, órgano de gobierno de la fundación, sin perjuicio de

que en los Estatutos, figure el órgano de gobierno y representación, su composición, reglas para la designación y sustitución de sus miembros, causas de su cese, sus atribuciones y la forma de deliberar y adoptar acuerdos (Art. 9.1.e). Dicho Patronato tiene por misión cumplir los fines fundacionales y administrar los bienes y derechos que integran el patrimonio de la Fundación manteniendo plenamente el rendimiento y utilidad de los mismos. A partir de lo indicado, se entiende que no es exigencia el funcionamiento democrático del órgano de gobierno o representación – sin perjuicio que lo más adecuado es que se forme su voluntad por un sistema mayoritario- y así declara el Art. 13.1 de la Ley que : “El Patronato estará constituido por un mínimo de tres miembros que elegirán entre ellos a un presidente si no estuviera prevista de otro modo la designación del mismo en la escritura de constitución o en los Estatutos”.

Pero es más, uno de los derechos y funciones típicas de los grupos minoritarios, por ejemplo, el de información contable y la del control legal y económico de la actividad de la persona jurídica, se traslada en la Ley de Fundaciones al Protectorado, organismo público estatal encargado del control de las fundaciones, véase a este respecto los Arts. 23, 30 y ss de la Ley y los Arts. 12 y ss del Real Decreto 316/96, de 23 de febrero.

Como puede imaginarse, en el ámbito de la legislación autonómica, se dispone de parecida normativa, véase a estos efectos, la Ley 7/1983, de 22 de junio, sobre fundaciones en Galicia, la Ley 12/1994, de 17 de junio de regulación de las Fundaciones, Ley 10/1996, de 2 de julio, sobre régimen tributario de las fundaciones y de las actividades de patrocinio, Ley 1/1998, de 2 de marzo, de Fundaciones de la Comunidad Autónoma de Madrid, Ley 2/1998, de 6 de abril, de fundaciones de Canarias, Ley 2/1998, de 6 de abril, de fundaciones de Canarias, Ley valenciana 8/1998, de 9 de diciembre, sobre las normas reguladoras de las fundaciones, Ley 5/2001, de 2 de mayo en fundaciones en Cataluña.

Sólo en casos muy específicos, se trata de normas de protección de minorías dentro del órgano de gobierno o representación, así en la Ley valenciana, se trata sobre la necesidad de una mayoría cualificada para adoptar determinados acuerdos: 1º) Así se dice: “ Si los estatutos no lo hubieran previsto, los acuerdos se adoptarán por mayoría de los patronos presentes salvo cuando se trate de actos de enajenación, gravamen, arrendamiento o disposición de bienes de la fundación, del sometimiento a arbitraje o transacción sobre los mismos bienes, modificación de estatutos, fusión y extinción, en que se requerirá el *voto favorable de la mitad más uno de todos los patronos de la fundación*” (Art. 13.1. 2º).

Para examinar la existencia de conflictos de intereses entre los miembros de los órganos de gobierno y representación, señala en el Art. 13.7: “ En el caso de conflicto de intereses o derechos entre la fundación y alguno de los patronos, los afectados no participarán en la decisión que deba adoptar el patronato, a quien compete determinar por *mayoría simple de los asistentes* si concurre o no dicho conflicto”. O en el caso de la Ley catalana se establece en el Art. 25 que: “Cualquier miembro del patronato puede impugnar judicialmente los acuerdos y los actos de los órganos de la fundación que sean contrarios a la ley, la carta fundacional o los estatutos, o puedan ocasionar un perjuicio grave a la fundación. La acción de

impugnación caduca al cabo de un año, a contar desde la fecha en que se haya adoptado el acuerdo o llevado a cabo el acto”.

A partir de lo visto y conforme a lo dispuesto por la legislación, cada persona jurídica del tipo de la fundación tendrá unos Estatutos en donde se recoja el órgano de gobierno y representación con expresión de su composición, reglas para la designación y sustitución de sus miembros, causas de su cese, sus atribuciones y la forma de deliberar y adoptar acuerdos, normas de convocatoria de las reuniones.etc. Y , en la práctica, se reconocen en los Estatutos, respecto de los patronos una serie de derechos de información, a reunir el Patronato, a recabar el auxilio del Protectorado y organismo público de control de la actividad, a impugnar los acuerdos que se consideren contrarios a la Ley, los Estatutos o fines propuestos.

C) Las sociedades civiles: Tradicionalmente, se ha visto las sociedades civiles como entidades privadas que se diferenciaban de las asociaciones en que pretende la obtención de un beneficio repartible entre sus socios, frente a las últimas que no pretendían tales resultados – es más se indica que si se obtienen es para que tales beneficios se destinen a sus finalidades-. El contrato de sociedad hace nacer la relación de cooperación social y reglamenta una entidad privada que busca la consecución futura de una finalidad jurídica determinada .

A los fines de este cuestionario, debemos remarcar la importancia del *intuitus personae* en nuestra regulación legal de modo que resalta como los diferentes socios entran en el contrato de sociedad en atención a las demás personas que lo forman (confianza), hasta el punto de afectar a la consideración de los derechos de cada uno de ellos, tal como vamos a ver a continuación. De este modo, se comparte la aportación de bienes y derechos, la dirección y el trabajo, los resultados favorables o adversos para la consecución de la finalidad propuesta. Teniendo en cuenta su finalidad, el propósito general de los socios no se dirige tanto a hacer predominar su voluntad en la sociedad, como a obtener los beneficios a partir del reparto que inicialmente se pactó.

En relación con la gestión de la sociedad, el Código Civil establece una serie de normas dispositivas de difícil interpretación y que no completan la regulación en caso de que no se dispusiera en el contrato todas las reglas necesarias para la administración de los intereses comunes.

Entremos en ellas, el primer artículo al que nos enfrentamos es el Art. 1695 del Cc que nos dice: “cuando no se haya estipulado el modo de administrar, se observarán las reglas siguientes”:

a) “Todos los socios se considerarán apoderados, y lo que cualquiera de ellos hiciere por sí solo, obligará a la sociedad; pero cada uno podrá oponerse a las operaciones de los demás antes que hayan producido efectos legales”.

De este modo, legalmente, no opera el principio mayoritario, sino que solidariamente cada uno de los socios puede realizar actos encaminados a la consecución de los fines sociales imputándose a la sociedad sus

resultados y responsabilidades⁶. De nuevo, aparece el componente fiduciario del contrato, cuando limita el poder de cada uno de los socios, con la capacidad de los otros socios, individualizadamente, de oponerse a dichas actuaciones, salvando la disyuntiva de mayoritarios – minoritarios. Correctamente, se dice que opera la unanimidad o la pasividad para el gobierno de la sociedad.

b) “Cada socio puede servirse de las cosas que componen el fondo social según la costumbre de la tierra, con tal que no lo haga contra el interés de la sociedad, o de tal modo que impida el uso a que tienen derecho sus compañeros”.

De nuevo, no rige ningún principio proporcional ni mayoritario para la utilización de las cosas que componen el fondo social.

c) “Todo socio puede obligar a los demás a costear con él los gastos necesarios para la conservación de las cosas comunes”.

d) “Ninguno de los socios puede, sin el consentimiento de los otros, hacer novedad en los bienes inmuebles sociales, aunque alegue que es útil a la sociedad”.

Límite que realiza el legislador para evitar las consecuencias, sobre todo del primero de los numerales de este artículo, entendiéndolo no sólo las alteraciones materiales sino también las jurídicas.

No obstante lo visto, razonablemente, los socios en el contrato de sociedad podrán alterar las reglas vistas en el Art. 1695 del Cc, posición muy usual en relación con algunos de los contratos típicos de sociedad, como son las realizadas entre profesionales (abogados, administradores de fincas etc.). Con independencia de que habría de estar a cada uno de los tipos y cláusulas establecidas, hay algunas reglas ya contempladas en el Código Civil:

1º) La posibilidad de que, entre ellos, se nombre socio administrador o gestor, en cuyo caso el Art. 1692 del Cc en su primer párrafo señala que “puede ejercer todos los actos administrativos sin embargo de la oposición de sus compañeros, a no ser que proceda de mala fe; y su poder es irrevocable sin causa legítima”. En caso de que se nombrarán no uno sino dos o más, nos dice el Art. 1693 del Cc: “...sin determinarse sus funciones, o sin haberse expresado que no podrán obrar los unos sin el consentimiento de los otros, cada uno puede ejercer todos los actos de administración separadamente: pero cualquiera de ellos puede oponerse a las operaciones del otro antes de que éstas hayan producido efecto legal”. Como se ve se aparta el Código Civil de las soluciones ofertadas por el principio mayoritario de la gestión social; pretendiendo en caso de pluralidad la unanimidad o pasividad de los demás gestores, en la misma manera que vimos en el Art. 1695.1º del Cc. Esa idea de predominar el principio de unanimidad se ve en el supuesto planteado en el Art. 1694 del Cc: “En caso de haberse estipulado que los socios administradores no hayan de funcionar los unos sin el consentimiento de los otros, se necesita el concurso de todos para la validez de los actos, sin que pueda alegarse la ausencia o imposibilidad de alguno de ellos, salvo si

6 Se dice gestión ordinaria para atender a la limitación que impone la regla 4º del referido artículo.

hubiere peligro inminente de un daño grave o irreparable para la sociedad”. Supuesto extremo que exige la conducta activa de todos los socios administradores para el ejercicio de su cargo. No obstante, el Código Civil determina la posibilidad de revocar los poderes ofrecidos a dichos socios gestores por los demás “ en cualquier tiempo” (Art. 1692 , 2º párrafo del Cc) a su prudente arbitrio. Para lo cual la doctrina señala que el nombramiento y la revocación podrán operar por la mayoría de los intereses en la sociedad, conforme al Art. 398 del Cc.

2º) Aun no planteándose legalmente, como hemos puesto de manifiesto, el pacto por el cual determina la gestión social a partir del principio mayoritario es muy habitual en la contratación de este tipo de negocios jurídicos. Gestión mayoritaria de todos los partícipes o en el ámbito de actuación de los socios gestores. A pesar de ello, y de poder fijar reglas de protección de minorías como las que hemos desarrollado en el caso de las asociaciones, hay un grupo de problemas cuando se conjugan con una serie de reglas contenidas en el régimen legal del contrato de sociedad. Así:

a) En cuanto a las ganancias y pérdidas sociales y su reparto, nos podemos encontrar con tres posibilidades en el Art. 1689 del Cc: a) Que se haya hecho constar claramente el reparto de las ganancias pero no las pérdidas, en cuyo caso deberán ser proporcionales; b) Que no se hayan pactado ni las ganancias ni las pérdidas, en cuyo caso corresponderán en proporción a su aportación – el socio que sólo haya pactado su industria sólo será acreedor de la parte del que menos haya aportado-; c) Que se haya pactado el reparto de las pérdidas y ganancias a un tercero, en cuyo caso habrá de estar a su voluntad, si falta a la equidad (Arts.1689 y 1690 del Cc). Estas reglas nos hacen ver que la decisión sobre el reparto de ganancias o pérdidas está fuera de una decisión mayoritaria adoptada con posterioridad a la firma del contrato, es más, expresamente se hace constar que “la designación de pérdidas y ganancias no puede ser encomendada a uno de los socios” (segundo párrafo del Art. 1790 del Cc) o también declara que “ será nulo el pacto que excluye a uno o más socios de todo o parte en las ganancias o en las pérdidas” (Art. 1791 del Cc). Otra cosa es la frecuencia y el volumen de la distribución de ganancias en donde RIVERO HERNANDEZ⁷ nos dice: “...pienso que la mayoría no podría privar al socio minoritario de su parte en las ganancias que se producen, acordando que se distribuyen éstas y se reinviertan indefinidamente: al menos, si no hay para ello justa causa. Tampoco podría la mayoría repartir el capital social en forma de dividendos ficticios, es decir, fingiendo unas ganancias que no existen y repartiendo, entonces, a título de beneficios, la sustancia del patrimonio: atribuyendo, así, bienes aportados a los socios industriales, contra lo prevenido en el Art. 1708. Hay que tener presente que otros autores exigen la unanimidad para el reparto de las ganancias y pérdidas. Opinión que, en consonancia con el sistema predicado en el Código Civil para la gestión del contrato, podría ser apropiado.

7 En LACRUZ BERDEJO, *Elementos de Derecho Civil II-* 2º, 3ªed., Barcelona 1995, Pág. 293.

b) Respecto a las aportaciones, las obligaciones que pretenden que los socios realicen las aportaciones debidas no distinguen entre grupos minoritarios o mayoritarios, a los efectos de medir los incumplimientos y abusos. Así en general véase la obligación de inventariar los bienes inmuebles (Art. 1668 del Cc) o de responder del saneamiento por evicción o por el saneamiento de los vicios ocultos (Art. 1681 del Cc) o de realizar simplemente la aportación en dinero en toda su cuantía que convierte en deudor de los intereses la sociedad y responsable de los daños (Art. 1682 del Cc). Así, en caso de que no se exigiera las aportaciones debidas- a partir de pactarse el régimen mayoritario de gobierno y debido a la mayoría-, el socio, si se pacta el contrato sin duración determinada, podría pedir la extinción del contrato a su arbitrio (Art. 1700, 4º del Cc) o, pactándose plazo, por justo motivo, entendiendo éste el Art. 1707 del Cc: "...como el de faltar uno de los compañeros a sus obligaciones, el de inhabilitarse para los negocios sociales, u otro semejante, a juicio de los Tribunales". Como se ve, se tiene derecho a resolver el contrato por el solo hecho de ser socio, no necesitando el minoritario unirse a otros, con la debida proporción, para poder ejercer sus derechos; pero no puede exigir a los otros las aportaciones no reclamadas. Si bien, en caso de que se reclamará a unos el cumplimiento y otros, igualmente morosos, se podrá alegar una *exceptio* del Art.1100 del Cc ("en las obligaciones recíprocas, ninguno de los obligados incurre en mora si el otro no cumple o se allana a cumplir debidamente lo que le incumbe").

3.- Respecto a la contestación a la posibilidad de que los miembros mayoritarios de las personas jurídica puedan reprochar ciertos comportamientos de las minorías en las personas jurídicas.

Siguiendo la estructura que, en la respuesta a la cuestión anterior, se ha realizado, se distingue:

A) En las asociaciones, la fijación de algún reproche de los demás asociados por el ejercicio abusivo de los derechos reconocidos tanto legal como estatutariamente a los socios minoritarios, no encuentran en nuestra legislación respuesta.

En la Ley catalana de 1997 nos encontramos con algunas normas que no pueden entenderse de reproche sino que tratan de evitar que por incumplimientos formales puedan deducirse nulidades. Así en el Art. 13.6 se señala que la asistencia de todos los asociados deja sin efecto cualquier irregularidad en la convocatoria, si así lo establecen sus estatutos.

De igual manera, entiendo que responde a la idea de garantizar la seguridad jurídica el exigir que, para impugnar los acuerdos de las asociaciones que no sean directamente contrarios a la Ley, se pida que previamente los asociados que hayan asistido a la reunión social donde se adoptó hubieran hecho constar su oposición (Art.14.3 de la Ley catalana y Art. 21 de la Ley Orgánica estatal), sin perjuicio que hemos visto la imposición de un plazo de cuarenta días.

Por último, se regula una limitación al derecho de información que trata de evitar el abuso de derecho en el ejercicio del mismo. Así, cada socio tendrá derecho a ser informado "de la marcha de la asociación, la identidad de los demás miembros de la asociación, el estado de cuentas y, con anterioridad a la convocatoria, los asuntos que se haya previsto tratar en las

asambleas y verbalmente durante la asamblea. Los miembros del órgano de gobierno deben proporcionar la información solicitada, salvo que, según su parecer, esta información perjudique los intereses de la asociación. Tal excepción no procede cuando solicitan la información el 10%, como mínimo, de los asociados y asociadas” (Art. 22.3º de la ley catalana).

No obstante, en los Estatutos de las asociaciones no es raro encontrar reglamentos u ordenanzas internas que pudieran, en su caso, realizar determinados reproches a los grupos minoritarios. De forma que el incumplimiento de alguna de las normas de régimen interior pueda derivar a un expediente disciplinario en donde, en los casos más graves, se llegue a fijar como sanción la expulsión del asociado o grupo de asociados. Sin embargo, en la práctica no me he encontrado con ejemplos al respecto. Es más, tradicionalmente el derecho sancionador de las asociaciones se centra más en el examen de conductas individualizadas que colectivas. Si bien, por ejemplo, pudiera derivarse expedientes a un grupo de sujetos que incurren en una conducta contraria a los Estatutos o Normas Internas – por ejemplo: dejan de pagar en masa las cuotas de la asociación para presionar los órganos de gobierno-.

B) En relación con las fundaciones: no hay ninguna normativa legal que permita establecer sistemas de protección del abuso de derecho de algún miembro minoritario de la fundación. Hay que estar a lo que se disponga en los Estatutos, pudiéndose adoptar sistemas parecidos a los vistos con relación a las asociaciones. Y dentro de ellas a lo dispuesto respecto a sus órganos de gobierno.

C) En relación con las sociedades civiles, hay una norma que evita la extinción de la sociedad por la sola voluntad del socio – minoritario o no-, tal como permite el Art. 1700.4º del Cc. Así declara el Art. 1706 del Cc que “es de mala fe la renuncia cuando el que la hace se propone apropiarse para sí solo el provecho que debía ser común. En este caso, el renunciante no se libra para con sus socios, y éstos tienen facultad para excluirlo de la sociedad. Se reputa hecha en tiempo inoportuno la renuncia, cuando no hallándose las cosas íntegras, la sociedad está interesada en que se dilate su disolución. En este caso continuará la sociedad hasta la terminación de los negocios pendientes”.

4.- El concepto de minoría sí que se contempla en aquellos entes u organizaciones sin personalidad jurídica.

No entraremos en aquellas figuras ya vistas en donde el derecho no reconoce la personalidad jurídica, como son las sociedades cuyos pactos se mantienen secretos (Art. 1669 del Cc) o cuyos defectos formales las califican como irregulares. Problemas que pueden también producirse en las asociaciones y fundaciones ya vistas.

Tradicionalmente, se plantean estos problemas en clases específicas de comunidades de propietarios o en situaciones de comunidad de bienes o derechos, como vamos a ver a continuación.

A) La Comunidad de bienes y derechos, en general. En ésta, nos encontramos con la posibilidad de que se fijen reglas de cómo desean que se gobierne la comunidad –administración, normas de uso y disposición etc.-., cuando la comunidad nace de la voluntad de los particulares, ya como partícipes o predisponentes de dicha situación (testamento por ejemplo). Y

ello, con independencia de que se considere por la doctrina algunas normas imperativas⁸. No obstante, conviene ver alguna de las normas y sus desarrollos en cuanto afectan el problema que estamos estudiando:

Nuestro Derecho regula en los Arts. 392 y ss del Cc un tipo romano de comunidad dominical de bienes, basada en la idea de la propiedad de varios titulares sobre una misma cosa o copropiedad, de modo que la cuota de cada copropietario expresa su participación alícuota en la cosa⁹. Dicha regulación opera en otros casos de cotitularidad de otros derechos reales, adaptándolos a su naturaleza, como son el caso de que se establezca la servidumbre en provecho de una o más personas, o de una comunidad (Art. 531 del Cc).

Así la cuota es determinante para medir el derecho de cada uno para usar y disfrutar de la cosa común, de participar en los frutos o rentas que produce (Art. 393 del Cc). Puede ser que no sea fácil la cuantificación o medida que corresponde, en cuyo caso “cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho” (Art. 394 del Cc).

No obstante lo dicho, nos aclara el Art. 398, 1º párrafo, del Cc que: “Para la administración y mejor disfrute de la cosa común serán obligatorios los acuerdos de la mayoría de los partícipes”, entendiéndose como aquellos que estén tomados “por los partícipes que representen la mayor cantidad de los intereses que constituyan el objeto de la comunidad”. Se entiende por mayoría fijada no por los partícipes sino por las cuotas. Convenía interpretar dicho artículo para conocer cual es la esfera de administración y disfrute y como actúa el sistema mayoritario.

En primer lugar, la administración comporta todos los actos de aprovechamiento y conservación; producción de frutos y rentas; lograr el mejor disfrute, frente a aquellos acuerdos que pretenden enajenar, gravar o alterar sustancialmente la cosa. En cuanto a la posibilidad de dar en arrendamiento la cosa común, en los casos de arrendamiento por más de 6 años se necesita la unanimidad. Y esta diferencia suponía que los actos que no suponen administración estaban sometidos al régimen de unanimidad, en consonancia con el Art. 397 del Cc: “ninguno de los condueños podrá, sin el consentimiento de los demás, hacer alteraciones en la cosa común, aunque de ellas pudieran resultar ventajas para todos”.

En segundo lugar, el régimen de mayoría de intereses implica cierta vida social, conviniendo la formalización de los acuerdos de los partícipes, previa reunión convocando o previo requerimiento de manifestación a todos los copropietarios. Cuestión esta que no es exigida por la jurisprudencia, sin perjuicio de que las decisiones de la mayoría deben, en todo caso, de comunicarse a los demás copartícipes.

8 De las contenidas en el Título III del Libro II, las de los Arts. 398.3º, 399, 400, 403 y 405 del Cc.

9 De no conocerse la proporción de cada uno, se presumirán iguales (Art. 393.2º Cc).

Como fuera que el Art. 398 del Cc podría actuar para que, en base a una decisión mayoritaria de los cotitulares, se limitara el derecho de uso y disfrute, adoptando modalidades de utilización ordenadas en el tiempo, modo o cuantía, debe tenerse presente: 1º) Que debemos entender abusivo tal acuerdo si la utilización conjunta es no sólo posible sino puede realizarse sin molestia para el resto; 2º) Que, en todo caso, dicho acuerdo debería respetar el sistema de cuotas fijado al inicio y de común acuerdo. De no ser así el perjudicado podría utilizar el recuso judicial del Art. 398.3 párrafo del Cc. 3º) Que, no obstante el sistema mayoritario, cada uno de los copropietarios pueden ejercitar acciones judiciales en defensa de la comunidad, sin ni siquiera expresar que actúa en representación y defensa de la comunidad, beneficiándose todos de la sentencia favorable sin que les perjudique la adversa (véase en particular los Arts. 548 y 1933 del Cc).

También el sistema de cuotas se impone con relación a todas las cargas y gastos que se declaren; especialmente y hasta el punto, como declara el Art. 395 párrafo del Cc que “ todo copropietario tendrá derecho para obligar a los partícipes a contribuir a los gastos de conservación de la cosa o derecho común”. De este modo, cada comunero puede realizar todos los gastos de conservación que estime precisos y requerir el pago. Respecto a los gastos de mejora, no existe un derecho individualizado de cada copropietario a realizarlo y pedir su reintegración. Pudiéndose adoptar por la mayoría mediante su participación en el gasto o desviándolo de los frutos de la cosa obtenidos; no pudiendo el disidente ser obligado más allá de los frutos.

Todo esto se dice sin perjuicio de los poderes y derechos que tiene el copropietario sobre su participación y cuota, así como su capacidad de división y disposición de la cosa común que regulan los Arts. 399 y ss del Cc.

B) La Propiedad Horizontal. Este tipo particular de dominio se plantea en el caso de edificios con varias plantas, como consecuencia de la existencia de partes o elementos comunes en dicha construcción que pertenecen a todos los propietarios de los pisos. Y se aplica expresamente la regulación legal también a los propietarios de parcelas en urbanizaciones privadas. Así específicamente el Art. 24 de la Ley de Propiedad Horizontal, según redacción de la Ley 8/1999, de 6 de abril, que reformó la originaria de 21 de julio de 1960.

Como ya tradicionalmente, se ha puesto de manifiesto, el régimen jurídico de la Propiedad Horizontal parte no sólo de la Ley sino del título constitutivo de la misma, en donde se recogen los Estatutos. En él se contiene, como dice el Art. 5.3 de la Ley de Propiedad Horizontal : “las disposiciones no prohibidas por la Ley en orden al uso y destino del edificio, sus diferentes pisos y locales, instalaciones y servicios, gastos, administración y gobierno, seguros, conservación y reparaciones, formando un estatuto privativo, que no perjudicará a terceros si no ha sido inscrito en el Registro de la Propiedad”.

Lo frecuente es que los Estatutos se formen por acto unilateral del propietario único del inmueble antes de proceder a vender los pisos, estableciendo que obligaran a los futuros copropietarios. Y ello, dado que tanto la constitución como su modificación exigirán la unanimidad de los comuneros (Art. 17.1ª de la LPH). Junto a estos instrumentos, también el

Art. 6 de la LPH señala que “para regular los detalles de la convivencia y la adecuada utilización de los servicios y cosas comunes, y dentro de los límites establecidos por la Ley y los estatutos, el conjunto de propietarios podrá fijar normas de régimen interior que obligarán también a todo titular mientras no sean modificadas en la forma prevista para tomar acuerdos sobre la administración”. Sin embargo estas normas de régimen interior no necesitarán de la unanimidad predicada para los Estatutos.

Desde la perspectiva del régimen interno de la Comunidad, se fija en el artículo 13.1 la estructura básica de la comunidad, formado por: la junta de propietarios, el presidente y en su caso, los vicepresidentes, el secretario y el administrador. Como puede suponerse es en los órganos colegiados - junta de propietarios, sin perjuicio de la existencia de órganos de gobierno, véase el Art. 13, último párrafo- donde se debe centrar, legalmente, el estudio de la protección de minorías, que tiene estos aspectos:

a) Respecto a la convocatoria de las juntas de propietarios, que deben reunirse una vez al año al menos para aprobar los presupuestos y cuentas, señala el Art. 16 de la LPH que podrá convocarse cuando “lo pidan la cuarta parte de los copropietarios, o un número de éstos que representen al menos el 25 % de las cuotas de participación”.

Con objeto de respetar el derecho de información, en la convocatoria se deben indicar: “los asuntos a tratar, el lugar, el día y hora en que se celebrará en primera o, en su caso, en segunda convocatoria, practicándose las citaciones en la forma establecida en el artículo 9. La convocatoria contendrá una relación de los propietarios que no estén al corriente de pago de las deudas vencidas a la comunidad y advertirá de la privación del derecho al voto si se dan los presupuestos en el artículo 15.2” (Art. 16.2 de la LPH).

Las normas de citación están especificadas en el Art. 9.1. h) de la LPH y no recogen todos los supuestos posibles de citación. Así en el antiguo art 15 se señalaba que se debía entregar "las citaciones por escrito, en el domicilio en España que hubiera designado cada propietario y, en su defecto, en el piso o local a él perteneciente". Así se debe entender actualmente, ya que constando domicilio designado, deberá hacerse la citación por escrito, realizándose por procedimiento que formalmente deje constancia de la recepción o, en su caso del rechazo. De no hacerse así por que no conste domicilio designado, nos indica el Art. 9.1.h) que "se tendrá por domicilio para citaciones o notificaciones el piso o local perteneciente a la comunidad, surtiendo plenos efectos jurídicos las entregadas al ocupante del mismo". Se debe entender si el medio utilizado deja constancia de la entrega. Y por último, de no poderse practicar ni siquiera en el piso o local, "se entenderá realizada mediante la colocación de la comunicación correspondiente en el tablón de anuncios de la comunidad, o en lugar visible de uso general habilitado al efecto, con diligencia expresiva de la fecha y motivos por los que se procede a esta forma de notificación, firmada por quien ejerza las funciones de Secretario de la comunidad, con el visto bueno del Presidente. La notificación practicada de esta forma producirá plenos efectos jurídicos en el plazo de tres días naturales".

También es requisito de la convocatoria que se haga "con seis días de antelación" si se pretende la convocatoria de junta ordinaria y con la antelación " que sea posible para que pueda llegar al conocimiento de todos

los interesados " en el caso de las extraordinarias (Art. 16.3 de la LPH). Dicha distinción se basa en que las ordinarias son aquellas que deben celebrarse cada año para la aprobación de presupuestos y cuentas del ejercicio (Art. 14.b) de la LPH) y las de nombramiento de presidente, vicepresidente, secretario y administrador (Art. 14.a) de la LPH), por ser cargos anuales (Art. 13. 7 de la LPH). El resto de asuntos se tratarán en juntas extraordinarias.

b) Establece la LPH, en su Art. 16.2.2º párrafo, un derecho de cada propietario a solicitar el estudio y pronunciamiento de cualquier asunto: "cualquier propietario podrá pedir que la Junta de propietarios estudie y se pronuncie sobre cualquier tema de interés para la comunidad; a tal efecto, dirigirá escrito, en el que especifique claramente los asuntos que pide sean tratados, al presidente, el cual los incluirá en el orden del día de la siguiente Junta que se celebre".

c) En cuanto a la reunión propiamente dicha, destacan una serie de cuestiones atinentes a la protección de personas y grupos:

Respecto a la exigencia de "quorum" para que la reunión esté validamente constituida, se nos exige en el Art. 16.2. 3º párrafo, de la LPH: "si a la reunión de la Junta no concurren, en primera convocatoria, la mayoría de los propietarios que representen, a su vez, la mayoría de las cuotas de participación, se procederá a una segunda convocatoria de la misma, esta vez sin sujeción a "quorum". Para lo cual, se permite, constanding en la primera convocatoria, que se celebre la segunda "transcurrido media hora de antelación".

Respecto al derecho de voto, los copropietarios que no se encontrasen al corriente en el pago de las deudas vencidas con la comunidad no lo tendrán (Art. 15.2 de la LPH).

El régimen de acuerdos plantea diferentes mayorías, conforme a la importancia de los asuntos a tratar. Así: 1.- Se exige unanimidad para la validez de acuerdos que impliquen la aprobación o modificación de las reglas contenidas en el título constitutivo de la propiedad horizontal o en los estatutos de la comunidad; 2.- Se exige el voto favorable de las tres quintas partes del total de los propietarios que , a su vez, representen a las tres quintas partes de las cuotas de participación, para el establecimiento o supresión de los servicios de ascensor, portería, conserjería, vigilancia u otros servicios comunes de interés general, así como el arrendamiento de elementos comunes que no tengan asignado un uso específico en el inmueble, incluso cuando supongan la modificación del título constitutivo o de los estatutos. En cuanto al arrendamiento, necesitará también el consentimiento del propietario directamente afectado; 3.- Se requerirá el voto favorable de la mayoría de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación, para la realización de obras o el establecimiento de nuevos servicios comunes que tengan por finalidad la supresión de barreras arquitectónicas que dificulten el acceso o movilidad de personas con minusvalía, incluso cuando impliquen la modificación del título constitutivo o de los estatutos; 4.- El acuerdo tomado por un tercio de los propietarios que a su vez representen un tercio de las cuotas de participación valdrá para la instalación de las infraestructuras comunes para el acceso a los servicios de telecomunicación regulados en el Real Decreto Ley 1/1998, de 27 de febrero, o la adaptación de los existentes así como la

instalación de sistemas, comunes o privativos, de aprovechamiento de la energía solar, o bien de las infraestructuras necesarias para acceder a nuevos suministros energéticos colectivos; 5.- Para la validez de los demás acuerdos bastará el voto de la mayoría total de los propietarios que, a su vez, representen la mayoría de las cuotas de participación. En segunda convocatoria, serán válidos los acuerdos adoptados por la mayoría de los asistentes, siempre que ésta represente, a su vez, más de la mitad del valor de las cuotas de los presentes.

Para la formación de las mayorías se indica en el Art. 17.1º que "a los efectos establecidos en los párrafos anteriores de esta norma, se computarán como votos favorables los de aquellos propietarios ausentes de la Junta, debidamente citados, quienes una vez informados del acuerdo adoptado por los presentes, conforme al procedimiento establecido en el artículo 9, no manifiesten discrepancia por comunicación a quien ejerza las funciones de secretario de la comunidad en el plazo de treinta días naturales por cualquier medio que permita tener constancia de la recepción".

d) Derecho de los disidentes a no repercutir el coste de una serie de instalaciones y servicios. Curiosamente, la Ley de Propiedad Horizontal, a partir de los acuerdos validamente adoptados, permite a los copropietarios disconformes poder ser exonerados del coste que supongan los mismos. Y ello se ve en dos normas específicamente: 1º) Cuando la Ley trata el tema de la instalación de infraestructuras comunes para el acceso a los servicios de telecomunicación o a la adaptación de los existentes, así como la instalación de sistemas, comunes o privativos, de aprovechamiento de la energía solar, o bien de las infraestructuras necesarias para acceder a nuevos suministros energéticos colectivos, señala que una vez adoptado el acuerdo, "la comunidad no podrá repercutir el coste de la instalación o adaptación de dichas infraestructuras comunes, ni los derivados de su conservación y mantenimiento posterior, sobre aquellos propietarios que no hubieran votado expresamente a favor del acuerdo" (Art. 17.2ª). 2º).- De igual manera cuando se trata de instalaciones, servicios o mejoras comunes que no sean necesarios para la adecuada conservación, habitabilidad y seguridad del inmueble, cuya cuota de instalación exceda el importe de tres mensualidades ordinarias de gastos comunes, " el disidente no resultará obligado, ni modificará su cuota, incluso en el caso de que no pueda privársele de la mejora o ventaja" (Art. 11.2).

Por último, el ejercicio de tal derecho no es óbice para que, en cualquier momento, el disidente pueda participar de las ventajas de las innovaciones, servicios, adaptaciones o mejoras, abonando su cuota en los gastos de realización y mantenimiento, debidamente actualizados, aplicando el correspondiente interés legal.

e) En cuanto a la impugnación de los acuerdos adoptados, no establece la Ley una proporción de miembros de la comunidad necesaria para poder recurrir a los Tribunales, sino que establece dos requisitos: 1º) Que "estarán legitimados para la impugnación de los acuerdos los propietarios que hubiesen salvado su voto en la Junta, los ausentes por cualquier causa y los que indebidamente hubiesen sido privados del derecho de voto"; 2º) Que estén "al corriente en el pago de la totalidad de las deudas vencidas con la comunidad o proceder previamente a la consignación judicial de las mismas. Esta regla no será de aplicación para la impugnación

de los acuerdos de la Junta relativos al establecimiento o alteración de las cuotas de participación a que se refiere el artículo 9 entre los propietarios" (Art. 18.2). Evidentemente, también se condiciona por el tiempo elejercicio de la acción judicial: "La acción caducará a los tres meses de adoptarse el acuerdo por la Junta de propietarios, salvo que se trate de actos contrarios a la Ley o a los estatutos, en cuyo caso la acción caducará al año. Para los propietarios ausentes, dicho plazo se computará a partir de la comunicación del acuerdo conforme al procedimiento establecido en el artículo 9" (Art. 18.3) .

f) Respecto al derecho de información de cada comunero, era constante la jurisprudencia que señala el derecho incondicionado que tiene: 1º) Al conocimiento, obtención de copias e información sobre los acuerdos adoptados, tal como se desprende del Art. 19.3: "el acta de las reuniones se remitirá a los propietarios de acuerdo con el procedimiento establecido en el artículo 9"; b) Al conocimiento, obtención de copia e información previa a la reunión de aprobación del plan de gastos e ingresos previsibles y las cuentas correspondientes a la anualidad corriente, que suele incorporarse junto con la convocatoria de la reunión, 6 días antes de la celebración; c) Al conocimiento, obtención de copia e información sobre los presupuestos y ejecución de todas las obras de reparación de la finca y adopción de medidas urgentes ; d) A conocer y decidir sobre los demás asuntos de interés general de la comunidad, tal como aparece en el Art. 14 de la LPH.

5.- El concepto de minoría en las relaciones contractuales.

En nuestro Derecho, dentro del ámbito de las relaciones contractuales, no hay regulaciones generales ni específicas, según el tipo de contratos, que determinen situaciones de cotitularidad de derechos de crédito. Es más doctrinalmente incluso se pone en duda dicha categoría¹⁰. Por lo que se adopta, quienes la afirman, apliquen por analogía las normas de comunidad de bienes que vimos anteriormente. No obstante, conviene ver, si es posible valerse del régimen de comunidad de bienes y derechos referido esencialmente a los derechos reales en los casos de ejercicio de los derechos de crédito.

Por consecuencia de su naturaleza, cabe plantearse algunas cuestiones sobre el ejercicio de facultades de contenido material en caso de pluralidad de sujetos activos o pasivos. En relación con las facultades posesorias en el contrato de arrendamiento, cabe adoptar las soluciones propuestas en los Arts. 392 y ss del Cc, si bien tenemos que entender que difícilmente puede hablarse propiamente de cuotas ideales sino de un efectivo uso de la cosa arrendada ya conjuntamente ya individualizadamente, según la cantidad o calidad fijada.

En relación con las facultades que pretenden la realización de la prestación debida; en donde dependiendo de la naturaleza de ésta nos podemos encontrar con la posibilidad de liberarse, cumpliendo en la parte

10 Erróneamente, ya que expresamente el Art. 1356.1º del Cc plantea la posibilidad de cotitularidad de derechos de crédito.

que corresponda sin atender a criterios de actuación conjunta, como se da en las prestaciones mancomunadas divisibles frente a aquellas que imponen siempre la necesidad de una actuación conjunta, tal como opera en las obligaciones indivisibles. Decimos posibilidad ya que en nuestro derecho, la regla del Art. 1169 del Cc indica que el acreedor no puede compelérsele a recibir la prestación parcialmente. No obstante, en los casos en que no sea posible liberarse por el cumplimiento parcial por la naturaleza de la prestación o por la falta de voluntad del acreedor, tal como dice el Art. 1150 del Cc: "los deudores que hubiesen estado dispuestos a cumplir los suyos no contribuirán a la indemnización con más cantidad que la porción correspondiente del precio de la cosa o servicio en que consiste la obligación". Regla a través de la cual se pretende la protección de ese codeudor. De otra manera opera la solidaridad, ya que, en dicho caso, cada uno de los acreedores tiene derecho a pedir y cada uno de los deudores tiene la obligación de realizar la prestación íntegramente. De ese modo, no cabe con relación a la prestación debida hablarse de la necesidad de una actuación conjunta que derive en la exigencia de imponerse unas personas sobre las demás sujetos acreedores o deudores.

Por último, conviene decir algo sobre el ejercicio de facultades de contenido jurídico como es la exigencia de cumplimiento forzoso de la prestación debida, el ejercicio de las facultades resolutorias o las derivadas del incumplimiento y la conversión de la obligación en la de indemnizar el daño contractual producido etc. Específicamente, se ha indicado por la doctrina española que, en los casos del ejercicio de facultades resolutorias, caben dos soluciones: una que predica que, si es divisible la prestación y la contraprestación, es posible la fragmentación de la obligación y una resolución parcial de la relación obligatoria. Otra que predica que la resolución es un acto de disposición del crédito y debe seguir las reglas de la pretensión de cumplimiento, del modo que no cabe la subsistencia del mismo frente a unos y decaer frente a otros. Predicándose por lo tanto una cierta actuación conjunta de los contratantes, en consonancia con lo dispuesto en el Art. 397 del Cc y su interpretación extensiva a los casos de disposición de derecho.

Ahora bien, desde la perspectiva del incumplimiento, considero errónea la pretensión de asimilarlo a los casos de resolución del derecho de crédito. Y ello, ya que opera la acción de incumplimiento, ya sea para la exigencia de cumplimiento forzoso o por equivalente e incluso el *commodum representationis* (Art. 1186 del CC), como ejercicio judicial del derecho de crédito y, como hemos dicho, cualquiera de los comuneros, en los derechos reales, pueden defender su derecho tanto en acción como en excepción. Del mismo modo entendemos que cualquier sujeto activo o pasivo de la relación obligatoria está legitimado por acción o excepción para actuar o oponerse al cumplimiento. Sin perjuicio de que en la acción se ha de llamar a todos los deudores ya que, si no se trata de una obligación solidaria, pudieran plantearse la excepción de litisconsorcio necesario pasivo.

6º.- Con relación a la pregunta de si el Derecho civil contempla los problemas específicos que plantean determinadas sectas o grupos minoritarios religiosos vamos a tratar de responder conforme a lo dispuesto en el cuestionario:

A) Se pregunta si la práctica de ciertas religiones puede ser invocada en el entorno de los procedimientos de divorcio y, se entiende, en otros procedimientos derivados de las crisis familiares (separación).

En primer lugar, debemos decir que nuestro sistema de divorcio y separación legal es preferentemente causal – salvo el caso consensual del Arts. 81.1º y 86.1º del Cc que, a partir del acuerdo de los cónyuges permite, transcurrido un año de matrimonio, la separación y, a la vez, pasado igual tiempo desde ésta, el divorcio-; es decir, obra el divorcio y la separación a partir de la existencia de una serie de motivos descritos en los Arts. 81, 82 y 86 del Cc. De entre estos motivos no hay ninguno que permita al otro cónyuge solicitar la separación y el divorcio por consecuencia de la pertenencia sobrevenida a una secta.

No obstante, como consecuencia de tal pertenencia, uno de los cónyuges puede adoptar determinadas actitudes que supongan un incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales- abandono de familia, infidelidad, conducta injuriosa o vejatoria, específicamente- o/y con relación a los hijos comunes o a los del otro cónyuge que convivan en el hogar familiar. Así, particularmente, constan estas conductas como causa legal de separación en los Arts. 82.1ª y 2ª del Cc, sin necesidad de tiempo alguno de matrimonio o de cese efectivo de la convivencia; y como causa legal de divorcio del Art. 86.2ª y 3ª del Cc, si bien en estos casos se necesita el cese efectivo de la convivencia conyugal de uno o dos años. Por ejemplo, no es extraño que algunas sectas pretendan de sus miembros una completa disponibilidad sexual con relación a otros miembros de la secta fuera del matrimonio; o que pretendan la abstinencia sexual ; o la convivencia plena en la secta y no en comunión de vida con su otro cónyuge; o que el marido prefiera a la mujer con relación al líder de la secta en todas las decisiones personales o patrimoniales. Y claro está, todos estos comportamientos derivan en el incumplimiento de los deberes de igualdad, respeto, ayuda, socorro mutuo y fidelidad (Arts. 66, 67 y 68 del Cc).

En segundo lugar, respecto a la nulidad del matrimonio, ésta se produce por causas invalidantes coetáneas al momento de su celebración. Vamos a ver en este ámbito una serie de causas que pueden barajarse en torno a la pertenencia a sectas: los vicios en el consentimiento matrimonial o la falta de consentimiento o de voluntad en el momento de contraerlo¹¹. Así expresamente nos dice el Art. 73.1º del Cc que es nulo el matrimonio sin consentimiento matrimonial. Aquí debemos separar los grupos en donde uno de los contrayentes celebre inconscientemente el matrimonio, por

¹¹ No creo que haya que introducir otras causas, como la preexistencia de vínculo anterior de ligamen que se produce en casos de religiones o sectas que admiten la poligamia o poliandria. En dicho casos, el Registro Civil comprueba tal extremo, no permitiendo, existiendo anteriores vínculos ni la celebración en nuestro territorio ni la inscripción de matrimonio celebrado en el extranjero, por contradecir nuestro Orden público, tal como señala la Resolución de 14 de diciembre del 2000 de la Dirección General de Registro y Notariado, específicamente para un caso de matrimonio celebrado en Senegal, invocando el Art. 12.3 del Cc para rechazarlo por contrario al orden público internacional.

efectos de las drogas, por ejemplo, de aquellos en donde no tenga voluntad de contraer, como se da en los casos de simulación (véase el extraño caso del obispo católico que se casó por la secta Moon) o de reserva mental (específicamente centrada en la ausencia de voluntad de crear con tu otro cónyuge una verdadera unión y comunidad de vida, elementos esenciales del matrimonio civil).

Estos dos últimos casos, por la necesidad de seguridad en el estado civil creado por el matrimonio, la doctrina y jurisprudencia se muestran muy renuentes a considerarlos –salvo la constante jurisprudencia menor en materia de matrimonios por complacencia o conveniencia de extranjeros con nacionales para legalizar su situación¹²-. Junto con la falta de consentimiento, nos encontramos con casos en donde el consentimiento está viciado: así, el Art. 73 .4º del Cc considera nulo: “El celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieran sido determinantes de la prestación del consentimiento”. En este caso, el error en las cualidades personales puede derivarse del desconocimiento del otro cónyuge de que el marido o la mujer pertenecieran a la secta, lo cual probado tienen suficiente entidad objetiva para anular el matrimonio; pero no hay que olvidar que también se necesita que tal requisito sea determinante en el otro para que, de saberlo, no hubiera dado su consentimiento. Cuestión que en el mundo de los afectos pudiera resultar mucho más difícil de probar. Tradicionalmente, se plantea este vicio en casos como los de impubertad, enajenación mental, impotencia, ordenes sagradas (véase la Sentencia de la Sección 8ª de la Audiencia Provincial de Valencia de 2 de junio de 1999). Como supuesto extremo se da el del Art. 73.5º del Cc, que declara nulo el matrimonio celebrado con coacción o miedo grave.

Supuesto que en el entorno de sectas que pretenden dominar física y psíquicamente a sus miembros no debemos de excluir como imposible.

B) Se pregunta también si puede justificar ciertas decisiones en materia de autoridad paternal. De nuevo tenemos que decir que la simple pertenencia de uno de los cónyuges o de ambos o de la criatura a una secta no es determinante para la adopción de dichas medidas. Sin embargo, a partir de las exigencias que imponen para los padres y tutores el Código Civil o las Leyes Forales o Especiales de algunos territorios, podemos deducir supuestos concretos en donde si incumplen los deberes de guarda y custodia es admisible la intervención judicial o administrativa para la protección jurídica al menor o mayor incapaz. A estos efectos se ha de tener presente que los padres y los tutores deben “velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral” (Art. 154.1º del Cc, en el mismo sentido el Art. 269 del Cc) .

12 Sentencia de la Sección 3ª, de la Audiencia Provincial de Navarra de 30 de abril de 1999, Sentencia de la Audiencia Provincial de la Rioja de 4 de junio de 1999, la Sentencia de la Sección 12ª de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de Octubre de 1999 o Sentencia de la Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Asturias de 27 de marzo del 2000, entre otras muchas.

El correcto ejercicio de tales funciones impone a los sujetos guardadores un comportamiento que, lejos de buscar la neutralidad o relatividad respecto a los valores e ideas sociales, morales o religiosas, busque hacer de los menores, conforme se recoge en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, de 15 de enero de 1996: “sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás”. La promoción de la autonomía de los menores o incapaces es la mejor forma de protegerlos jurídica y socialmente, tal como exige a los poderes públicos nuestra Constitución en el Art. 39.2 y 4. La autonomía que se procura hace desarrollar la personalidad del sujeto como ser independiente (Art.10.1 de la C.E.) dentro del ambiente familiar. La familia “a priori” es el medio más adecuado, por cuanto los padres o los tutores en un ambiente afectuoso van formando al menor o incapaz en un cierto juego de relaciones sociales que salvan inicialmente su dependencia y vulnerabilidad. Para la plenitud de dicho desarrollo el sujeto, menor de edad o incapaz, debe sentir su propia dignidad – en el sentido de ser un ser humano único y relevante para el núcleo social en donde se incardina –, a los efectos de que despliegue todas sus potencialidades. Y en este juego se debe incardinar el ejercicio de los derechos y libertades; los más relevantes, los reconocidos en nuestro texto constitucional – esencialmente los recogidos en la sección 1º del Capítulo 2º del Título I de la Constitución Española de 1978- .

De ahí que no deba sorprender que, la Ley Orgánica 1/96, de 15 de enero, cuando desarrolla la libertad ideológica del menor – en donde se incardina sus libertades de conciencia y religiosa- determina dos precisiones: la primera, que su ejercicio viene limitado por lo prescrito por la Ley y “el respeto de los derechos y libertades fundamentales de los demás”, precisión básica del valor de la tolerancia; y segundo, respecto al papel de los padres y tutores dice que tienen “el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral “ (Art. 6 de la Ley). De igual manera, cuando se trata el derecho de participación, asociación y reunión, se nos dice en el Art. 7.1 de la Ley que “los menores tienen derecho a participar plenamente en la vida social, cultural, artística y recreativa de su entorno, así como a una incorporación progresiva a la ciudadanía activa”. De esta manera y con especial incidencia en el tema que estamos tratando, “cuando la pertenencia de un menor o de sus padres a una asociación impida o perjudique al desarrollo integral del menor, cualquier interesado, persona física o jurídica, o entidad pública, podrá dirigirse al Ministerio Fiscal para que promueva las medidas judiciales de protección que estime necesarias” (Art. 7.2. último párrafo de la Ley).

Creemos que, conforme a los dos párrafos anteriores, si se pueden hacer una idea de lo que se considera como “interés del menor” en concreto cuando se trata de la incidencia de las sectas sobre el ejercicio de los deberes paternofiliales o los derivados de los mismos, como es el caso de la tutela, curatela o cualquier supuesto de guarda legal o no.

Visto lo anterior, entremos a contemplar diferentes supuestos, uno de conflicto derivado de la pertenencia entre los guardadores (marido frente a mujer que pertenece a la secta; tutor frente a tutor...etc), de los casos en que

las autoridades toman conocimiento por parientes, allegados o vecinos de actitudes de ambos progenitores, tutores o guardadores que no consideran correctas y que ejecutan en atención a la pertenencia a la secta.

En caso de conflicto parental o entre tutores, podemos ver los siguientes supuestos:

a) Si los padres viven juntos con el menor o incapaz y se produce el desacuerdo de los padres “cualquiera de los dos podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años” (Art. 156, 2º párrafo del Cc).

Si bien esta norma salvaría decisiones extraordinarias en la vida del sujeto (pretensión de llevarlo a campamentos de verano de la secta, cursos de “formación” extraescolares) difícilmente actúa en el día a día del menor o incapaz que, razonablemente, se verá influenciado por las ideas, valores y actitudes del progenitor. En parecidos términos se obra por nuestro Ordenamiento cuando el cargo tutelar esté encomendado a dos personas – situaciones claras de parientes casados que asumen el cargo tutelar (Art. 236.3º y 4º del Cc)-, como puede verse en el Art. 237.2º párrafo in fine del Cc.

b) De ahí que los comportamientos sectarios lleven en muchos casos a la ruptura familiar, en los casos de separación de hecho, de no tener el otro cónyuge consigo al niño, podrá solicitar tanto quedarse con el hijo como el ejercicio de la patria potestad, más exactamente, la guarda y custodia, justificando la incidencia negativa que tienen las ideas o comportamientos sectarios del otro en la vida del menor. De nuevo, como hemos visto anteriormente, el juez oír, antes de tomar la medida, a los hijos que tuvieran suficiente juicio y, en todo caso, a los que fueran mayores de doce años. Véanse los Arts. 156, último párrafo y 159 del Cc.

De haber quedado el otro progenitor no sectario con la guarda y custodia de los menores o incapaces, pudiera ser que el marido o la mujer integrado en dicha secta aproveche el régimen de visitas o comunicaciones para inducirle las ideas, valores o actitudes o visitas al grupo contrarios a los intereses del menor o incapaz, en cuyo caso el otro tienen derecho a impedirle éstas, si pueden considerarse perjudiciales para el desarrollo de su propia autonomía y personalidad. Véanse el Art. 160 del Cc – específicamente, se debe buscar el auxilio judicial para que cubra la medida adoptada por los otros progenitores-.

c) Producida la crisis matrimonial y encontrándose los cónyuges separados o divorciados, podemos ver los mismos problemas antes examinados, ya se haya producido antes o después del proceso el hecho de la pertenencia a la secta y las derivaciones en cuanto a los incumplimientos de los deberes para con los hijos. De nuevo, examinamos en la regulación del Código Civil algunas disposiciones a aplicar; así nos dice el Art. 92 : “las medidas judiciales sobre el cuidado y educación de los hijos serán adoptadas en beneficio de ellos, tras oírles si tuvieran suficiente juicio y siempre a los

mayores de doce años”, pudiendo de es modo hacer recaer el ejercicio personal de la patria potestad en uno de los cónyuges “procurando no separar a los hermanos” y recabando “el dictamen de especialistas”. De igual modo, en relación con los derechos de visita y comunicación, se ve en el Art. 94: “El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial”. En el mismo sentido, pero respecto a las medidas provisionales adoptadas por el juez durante la tramitación del procedimiento de separación, nulidad o divorcio, véase el Art. 103.1ª del Cc.

Debe hacerse mención a que, en atención a la pervivencia en nuestro territorio de derechos civiles históricos forales y/o especiales en diferentes autonomías o regiones, en la Constitución de 1978, se permitió su conservación, modificación y desarrollo, actualmente, por el legislador autonómico de los mismos (Art. 149.1.8ª de la Constitución). De ahí que en nuestra materia haya disposiciones a tener presente, además de nuestro Código Civil y demás leyes estatales especiales. Así en relación con *Aragón*, la Ley 15/1967, de 8 de abril sobre la Compilación del Derecho Civil de Aragón señala, específicamente, que “en caso de divergencia entre los padres en el ejercicio de la autoridad familiar, decidirá la Junta de Parientes o el Juez de Primera Instancia del domicilio familiar, a elección de aquellos. A falta de acuerdo entre los padres para designar el órgano dirimente, decidirá siempre el Juez” (Art. 9.2). Curiosamente también entra dicha disposición en el caso de pretender la autoridad paternofamiliar el cónyuge de un progenitor respecto al hijo de éste que conviva en el hogar familiar, y en cuyo caso “el hijo podrá pedir a la Junta de Parientes o al Juez de Primera Instancia que se le exonere de la autoridad del cónyuge de su progenitor concurriendo justa causa”. En relación con *Cataluña*, su Código de Familia (Ley catalana 9/1998, de 15 de julio), destaca por una serie de reglas; así cuando nos habla del ejercicio de la patria potestad se especifica que “se ejerce personalmente siempre en beneficio de los hijos para facilitar el pleno desarrollo de su personalidad” (Art. 133.1); también destaca, en cuanto a los desacuerdos de los cónyuges, que “por acuerdo del padre y de la madre, formalizado en documento público, la intervención judicial puede ser sustituida por el acuerdo de los dos parientes más próximos del hijo a quienes hace referencia el artículo 149 del Código de sucesiones, formalizado también en documento público. A los efectos, los hermanos del hijo no pueden intervenir como parientes más próximos de éste. Si estos parientes no llegasen a acuerdo, pueden instarse la intervención judicial, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1 “(Art. 138.2). De igual manera, el Art. 139.1 del Código trata dentro de los casos de separación de hecho, la posibilidad de formalizar en escritura pública el ejercicio de la patria potestad, si bien señala que “en cualquier momento, el padre o la madre, separadamente, puede dejar sin efecto, mediante notificación notarial, tanto aquella delegación como esta distribución”. El Art. 139.4 ha plasmado la tradicional atribución conjunta de una serie de decisiones a ambos cónyuges, con independencia de quien ejerza la patria potestad en la jurisprudencia y práctica: “salvo que la autoridad judicial lo disponga de otro modo, el padre o la madre que ejerce la potestad necesita el consentimiento expreso o tácito del otro para decidir el tipo de enseñanza,

para variar el domicilio del hijo o hija menor de forma que se aparte de su entorno habitual y para disponer su patrimonio más allá de lo necesario para atender a sus necesidades ordinarias. Se entiende tácitamente conferido el consentimiento una vez transcurrido el plazo de treinta días desde la notificación que se realice con la finalidad de obtenerlo sin que el padre o madre que no ejerce la potestad no plantee el desacuerdo, conforme a lo establecido en el artículo 138”. Por último, respecto a los desacuerdos entre los tutores destaca la existencia del Consejo de Tutela, junto con la intervención judicial, como señala el Art. 201. En cuanto a *Navarra*, La Ley Foral 1/1973, de 1 de marzo (modificada por la Ley Foral 5/1987, de 1 de abril) también tiene una serie de especialidades respecto al régimen visto. Así, como hemos visto en los otros regímenes forales, “si hubiera desacuerdo, los Parientes Mayores, a solicitud conjunta de ambos padres, y el Juez, a petición de cualquiera de éstos, resolverán su discrepancia, después de oír a los interesados e intentar la conciliación, atribuyendo sin ulterior recurso la facultad de decidir, en el caso concreto...” (Ley 63).

Cuando se trata de un caso en donde los dos padres o los tutores, bajo influencia de la secta no están realizando los cuidados adecuados para con su hijo, conviene ver las posibilidades que se nos ofrece por el Ordenamiento que son muy amplias, dependiendo de la intensidad y gravedad del perjuicio. Así, como remedios que se confieren por el Ordenamiento destacan: a) Uno genérico que se puede adoptar en todo proceso civil, ya sea contradictorio o en procedimiento de jurisdicción voluntaria, o penal para “apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios”, recogido en el Art. 158.3º del Cc. Estas medidas pueden ser solicitadas por el propio hijo, por cualquier pariente o por el Ministerio Fiscal. Se dirá que el hijo menor de edad o incapaz no tiene derecho a solicitar la intervención judicial al no tener capacidad para ser parte en el proceso, cuestión que si bien es cierta no es óbice para que sea oído como garantiza el Art. 9 de la L O 1/96, de 15 de enero, ya sea directamente ya sea persona que éste designe siempre que tuviera suficiente juicio. A partir de la solicitud de intervención el juez puede evitar perjuicios directos e inmediatos al menor o incapaz, sin perjuicio de que a raíz de la información tome otras medidas más graves, como fuera la de suspensión o privación de la patria potestad. Se ha de tener presente, en relación con la tutela que, el Art. 216 del Cc, en su segundo párrafo, nos dice que “las medidas y disposiciones previstas en el artículo 158 de este Código podrán ser acordadas también por el Juez, de oficio o a instancia de cualquier interesado, en todos los supuestos de tutela o guarda, de hecho o de derecho, de menores e incapaces, en cuanto lo requiera el interés de éstos”; b) La privación total o parcial de la patria potestad teniendo presente el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma (Art. 170 del Cc). Como puede suponerse, la medida debe “revestir, por su gravedad, un carácter excepcional, en atención a la concurrencia de circunstancias extremas que seriamente pongan en peligro la educación y formación de los hijos “Jurisprudencia reiterada en nuestro Tribunal Supremo: Sentencias de 30 de Octubre de 1963, 7 de julio de 1975, 18 de octubre de 1996 entre otras-. c) Respecto a la tutela, se deben tratar las causas de remoción o inhabilidad para ser tutor. Así se distinguen, las causas de inhabilidad por operar más inicialmente al momento de constituirse el cargo, destacando de las contenidas en los Arts 243 y 244 del Cc las que

excluyen a las personas que fueron anteriormente privadas o suspendidas de la patria potestad, las que fueron removidas de una tutela anterior, las personas de mala conducta o que no tuvieran manera de vivir conocida o las que tuvieran importantes conflictos de intereses con el menor o incapacitado. Pero, a los efectos de nuestro trabajo destaca como causa de remoción, lo indicado en el Art. 247 del Cc, en donde señala que incurren en dicho motivo los que “se conduzcan mal en el desempeño de la tutela, por incumplimiento de los deberes propios del cargo o por notoria ineptitud de su ejercicio, o cuando surgieran problemas de convivencia graves y continuados”, pudiendo decretarse de oficio por el Juez, o a solicitud del Ministerio Fiscal, del tutelado o de otra persona interesada¹³, d) Particularmente, hemos visto que algunas normas especiales permiten la intervención judicial, previa su instancia por el Ministerio Fiscal para evitar perjuicios o daños derivados del ejercicio de derechos: así con relación al derecho al honor, la intimidad y la propia imagen, específicamente centrados en su utilización por los medios de comunicación (Art. 4 de la LO 1/96, de 15 de enero); a la pertenencia a una asociación que impida o perjudique su desarrollo (Art. 7.2. último párrafo. d) Sin entrar en que, pudiéramos rebasar el ámbito de este trabajo, también la Administración Pública interviene respecto al incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad; ya sea su intervención específica, por la falta de escolarización o falta de asistencia del menor al centro escolar de forma habitual – hay que tener presente que la educación es obligatoria hasta los 16 años en nuestro Estado- (Art. 13.2 de la LO 1/96, de 15 de enero); ya sea más genéricamente, respecto a las situaciones de desamparo que se pueden producir, determinando, casi siempre, la tutela automática de las entidades de protección de menores de cada territorio con suspensión de la patria potestad o tutela para las situaciones más graves (Art. 172 del Cc)¹⁴ y respecto a las

13 Véase a estos efectos en Cataluña, el Art. 186 y 195 del Código de Familia de 1998, en donde interviene también un órgano de control de las tutelas que no existe en el derecho común del Código Civil, el Consejo de Tutela (Título VII, Capítulo VI).

14 Algunas disposiciones autonómicas señalan situaciones típicas de desamparo. Así por ejemplo en la Ley 1/1998, de 20 de abril de los Derechos y la Atención al Menor de Andalucía, recoge las siguientes en su art. 23: a) el abandono voluntario del menor por parte de su familia, b) la ausencia de escolarización habitual del menor, c) la existencia de malos tratos físicos o psíquicos o de abusos sexuales por parte de las personas de la unidad familiar o de terceros con consentimiento de éstas, d) la inducción a la mendicidad, delincuencia o prostitución, o cualquier otra explotación económica del menor de análoga naturaleza, e) la drogadicción o el alcoholismo habitual del menor con el consentimiento o la tolerancia de los padres y guardadores, f) el trastorno mental grave de los padres o guardadores que impida el normal ejercicio de la patria potestad o la guarda, g) drogadicción habitual en las personas que integran una unidad familiar y, en especial, de los padres, tutores o guardadores del menor, siempre que incida gravemente en el desarrollo y bienestar del menor, h) la **convivencia en un entorno socio-familiar que deteriore gravemente la integridad moral del menor o perjudique el desarrollo de su personalidad**- conducta en donde podríamos incardinar la pertenencia a una secta o grupo sectario-, i) la falta de las personas a las cuales corresponde ejercer las funciones de guarda cuando estas personas estén imposibilitadas para ejercerlas o en situación de ejercerlas con peligro grave para el menor”; de igual manera se designa en el Art. 31 de la Ley 1/1995, de 27 de enero de protección del Menor de Asturias, Art. 46 de la

situaciones de riesgo en las que se adoptan las administraciones, otras medidas que van desde la asistencia económica, psicológica, terapéutica o social hasta el convenio de acogimiento provisional del menor¹⁵.

De nuevo, conviene que veamos las especificaciones y desarrollos de las legislaciones forales o especiales. Así en el caso de Cataluña, el Art. 134 de su Código de Familia, cuando trata de la adopción judicial de medidas para evitar cualquier perjuicio, especifica dentro de los sujetos legitimados que “los hijos, el padre y la madre, aunque no tengan el ejercicio de la potestad, los demás parientes de los hijos hasta el cuarto grado de consanguinidad y hasta el segundo por afinidad y, en todo caso, el Ministerio Fiscal están legitimados...”.

Por último, los padres del menor o incapaz pueden ser los que sufran por la pertenencia del menor a una secta o grupo religioso o seudo religioso. Aparentemente, en todas las normas, tanto estatales como forales o especiales destacan el deber de obediencia y respeto a los padres y tutores (Arts. 155.1º y 268 del Cc, Art. 9 de la Ley 15/1967, de 8 de abril, sobre la Compilación de Derecho Civil de Aragón, Arts. 144 y 214 del Código de Familia catalán o la Ley 63 de la Ley Foral 1/1973, de 1 de marzo del Fuero Nuevo de Navarra). Me interesa más reseñar que el deber de obediencia de los sometidos a la patria potestad o tutela no está incondicionado y como dice la norma catalana antes vista ya no rige cuando: “...intenten imponerles conductas indignas o delictivas”. Lo cual nos hace ver que la dignidad

Ley 1/1997, de 7 de febrero, de atención integral a los menores de la Canarias, Art. 36 de la Ley 3/1999, de 31 de marzo del Menor de Castilla La Mancha, Art. 17 de la Ley 3/1997, de 9 de julio, de la familia, la infancia y la adolescencia de Galicia, Art. 45.2 de la Ley 4/1998, de 18 de marzo, del menor de la Rioja si bien con un último supuesto que opera como cláusula general: “h) cualquier otra situación que traiga causa del incumplimiento o del inadecuado ejercicio de la patria potestad, la tutela o la guarda sobre le menor”.

15 Son diferentes las definiciones de la situación de riesgo en las legislaciones vistas: 1º) La primera que recogemos es simple: “...aquellas en las que existan carencias o dificultades en la atención de las necesidades básicas que los menores precisan para su correcto desarrollo físico, psíquico y social, y que no requieran su separación del medio familiar” (Art. 22.1 de la Ley 1/1998, de 20 de abril andaluza). Esta definición; 2º) La segunda, aún atendiendo a una definición genérica como la vista, recoge una lista de situaciones posibles: “Se consideran situaciones de riesgo las siguientes: a) La negligencia en la atención física, psíquica o educativa al menor por parte de sus padres, tutores o guardadores, de acuerdo con cualquiera de los siguientes criterios: - Que existan omisiones de carácter leve en el cuidado del menor, con probabilidad reducida de producirse un episodio severo de forma inmediata, y sin que tales omisiones supongan un grave perjuicio para su salud física o emocional. - Que el menor esté sometido a un patrón o a episodios aislados de descuido de carácter leve que inciden en varias áreas concernientes a sus necesidades principales. b) La utilización del castigo físico o emocional que perjudique el desarrollo del menor, sin que se produzcan episodios severos ni aparezca un patrón crónico de violencia. c) Cualesquiera otras que deriven en una situación de riesgo, conforme al concepto expresado en la presente Ley” (Art. 28 de la Ley 3/1999, de 31 de marzo del Menor de Castilla La Mancha). En este punto y a los fines de nuestro trabajo, cuando el Art. 22.2 de la Ley 3/1995, de 21 de marzo, de la Infancia de la Región de Murcia, cuando habla de la situación de riesgo, nos dice: “se considera situación de riesgo aquella en la que por sus **circunstancias personales o por influencias de su entorno o extrañas** exijan la adopción de medidas de prevención y rehabilitación para evitar situaciones de desamparo o de inadaptación”.

humana no opera sólo como límite en el momento de sancionar o corregir a los hijos, sino también como valor en el cuidado de los hijos. Claro está que, para el caso de que los hijos no obedezcan a sus padres por la influencia que ejercen los líderes de los grupos o sectas, cabe que estos soliciten excepcionalmente el auxilio o la intervención de la autoridad judicial (Art. 154 último párrafo del Cc y Art.143 último párrafo del Código de Familia catalán). No debemos esconder el escaso efecto que puede producir la intervención judicial en estos casos que, en múltiples ocasiones, por la derivación hacia el abandono del hogar puede criminalizarse.

C) Sobre si los comportamientos de orden religioso son enteramente cubiertos por el derecho a la intimidad personal y familiar, y en todo caso si respetamos el Art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

Nuestra Constitución de 1978 señala muy claramente en el Art. 18 que “1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen” y se señala en el Art. 16 : “1 Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley. 3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones”. De esta manera se puede decir que nuestro Ordenamiento está plenamente conforme con el Art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, no sólo porque, al haber sido ratificado por instrumento de 26 de septiembre de 1979 forman parte de nuestro Ordenamiento interno (de que se fijen reglas de cómo desean que se gobierne la comunidad –administración, normas de uso y disposición etc.-. Art. 96.2 de la C.E. y Art. 1. 5 del Cc) sino que también son fuente de interpretación de las normas internas en materia de derechos fundamentales y libertades públicas (Art.10.2 de la Constitución). Ahora bien, claramente se señala en dicho Art. 8 .2 de la Convención, “ no podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto que esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y libertades de los demás” – de igual manera se limita el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, véase el Art. 9.2 del Convenio-. Fuera de las consideraciones de derecho público o internacional, nos gustaría hacer una serie de reflexiones sobre la incidencia de las autoridades en el ámbito familiar y su intervención para “la protección de los derechos o libertades de los demás”.

En nuestras leyes de protección familiar y del menor, se destaca la importancia de la familia en el papel de cuidado y formación de los menores o de los incapaces como seres dependientes y vulnerables, medio natural para el crecimiento y el bienestar. Así, expresamente, después de reconocer el derecho que tienen los menores al honor, la intimidad personal o familiar y a la propia imagen en el Art. 4.1 de la L O 1/96, de 15 de enero, señala como principios rectores de la actuación de los poderes públicos en el Art. 11.2: “a) La supremacía del interés del menor. b) El mantenimiento del menor en el medio familiar de origen salvo que no sea conveniente para su

interés...”. Todo ello está conforme también con el Art. 5 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre Derechos del Niño en el sentido de que nuestro Estado debe respetar las responsabilidades, derechos y deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según lo establezca la costumbre local. De modo que se debe velar por que los niños no sean separados de sus padres contra la voluntad de éstos, salvo que así sea necesario para respetar el interés superior del niño (Art. 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño). En situaciones de riesgo, no obstante el derecho a intervenir de los poderes públicos, esa intervención procurará contar con la colaboración del menor y su familia y no interferir en su vida escolar, social o laboral (Art. 15 de la LO 1/96) y, en caso de asumir la tutela legal debido a una situación de desamparo, se informará a los padres, tutores o guardadores de la situación de los menores (Art. 22 de la LO 1/96).

De nuevo nos encontramos con la cláusula general del interés superior del niño como condicionante básico en la intervención del Estado en el ámbito de la familia. La protección de la intimidad personal y familiar también depende de que se produzcan comportamientos gravemente atentatorios contra el interés superior. Nos planteamos dos perspectivas para observar objetivamente dicho interés: a) personal, la familia debe ofrecer un entorno adecuado para que el menor pueda formarse y educarse como ser autónomo y desarrolle adecuadamente su personalidad diferenciada dentro de su núcleo familiar; b) social, la familia debe ofrecer un modelo en el que el menor comprenda la importancia del valor de la tolerancia y el respeto a los derechos y libertades del resto de los conciudadanos. En el sentido de comprender que no se puede buscar la satisfacción de los intereses y potencialidades de uno sino, a la vez, comprender las de los demás y auxiliar a estos en su realización. Esta construcción comunitaria se basa en el ideal de una sociedad democrática que guarde los valores de la libertad, justicia, igualdad y solidaridad, tal como aparecen en nuestra propia Constitución de 1978. No se nos esconde la existencia de grupos ideológicos y religiosos que tienen diferentes esquemas dentro de nuestra Comunidad. Y que, por la simple pertenencia a los mismos, no se puede separar a la familia de sus criaturas, si no se acompaña a dicha pertenencia de actitudes o comportamientos gravemente atentatorios, como los que hemos ido desarrollando en este trabajo. De ahí que propiamente no se castigue los ideales o los valores de una persona sino su conducta frente a los demás miembros de la familia. Si éste ofrece esquemas de comportamiento que atentan contra la dignidad del otro (malos tratos, conducta vejatoria o injuriosa, abuso sexual o explotación laboral o de otro tipo etc.) o que perturben el proceso de formación del sujeto (utilización de técnicas de control mental, utilización de estupefacientes etc.), el Estado debe responder para evitar el ejercicio desviado de las funciones guardadoras.

D) Se pregunta si el grupo religioso minoritario religioso tiene una capacidad o poder jurídico comparable a una religión mayoritaria.

Dejando de lado las consideraciones sociológicas que tienen especial relevancia en este tema, la realidad, vista en el Art. 16.3 de la Constitución, es que nuestro Estado ha venido manteniendo una tradicional relación de cooperación con la Iglesia Católica. No obstante, al ser hoy nuestra sociedad mucho más plural, nuestro Estado ha entrado en contacto con otras

confesiones religiosas como vemos en la Ley 24/1992, de 10 de noviembre por la que se aprueba el acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España, Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el acuerdo de cooperación del estado con la federación de comunidades israelitas de España en materia matrimonial, Ley 26/1992, de 10 de noviembre por la que se aprueba el acuerdo de cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España, en materia matrimonial. Especialmente, en el Art. 7 de todas estas leyes se trata del reconocimiento de efectos civiles al matrimonio contraído ante los ministros de cada culto. Aparecen en dichos artículos una serie de diferencias con el matrimonio canónico puesto que, si a los contrayentes de éste no se exige expediente previo al matrimonio ante el Registro Civil, en el caso de las confesiones evangélicas, judáicas o islámicas, se exige este expediente previo con el que se consigue una certificación acreditativa de la capacidad para contraer matrimonio a los efectos de entregarla a sus ministros¹⁶. Esta comprobación previa cobra especial importancia en el matrimonio islámico en donde se permite prácticas poligámicas. Cuestión expresamente prohibida por nuestro Código Civil que no permite matrimonio entre cónyuges unidos por anterior vínculo de matrimonio con un tercero (Art. 73.2º, en relación con el Art.46.2º del Cc). Sin embargo, la razón de dicha diferencia está en que la Iglesia católica tiene parecidos requisitos de exigencia para contraer matrimonio, por lo que sus ministros, cuando comprueban la capacidad de los contrayentes para el acto, satisfacen los requisitos de nuestro Estado.

También el reconocimiento de derechos de las confesiones religiosas le permite un régimen especial respecto a los bienes: así véase por ejemplo, respecto a los lugares de culto y cementerios el Art. 2 de las Leyes 24, 25 y 26/1992 de 10 de Noviembre, o si se ve Art. I del Acuerdo de 3 de enero de 1979 entre el Estado Español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos. En esta última norma no sólo se reconoce una serie de características a los lugares de culto de dicha Iglesia sino también “El Estado reconoce la personalidad jurídica civil y la plena capacidad de obrar de las Ordenes, Congregaciones religiosas y otros Institutos de vida consagrada y sus provincias y sus casas y de las asociaciones y otras entidades y fundaciones religiosas que gocen de ella en la fecha de entrada en vigor del presente Acuerdo”.

Fuera de estas disposiciones, ninguna norma permite el trato discriminatorio de una confesión en el ejercicio de sus funciones y sus capacidades. Se trata por lo tanto de una cuestión sociológica o de poder de negociación el que otras confesiones religiosas puedan acceder al reconocimiento de nuestro Estado a los efectos civiles. Sorprende la cuestión planteada por nuestro Ordenamiento, en cuanto a la protección de los derechos al honor no cuida especialmente a las personas jurídicas que, con

16 También la Orden de 21 de enero de 1993 por la que se aprueba el modelo de Certificado de capacidad matrimonial y de celebración de matrimonio y la Instrucción de 10 de febrero de 1993, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre la Inscripción en el Registro Civil de determinados matrimonios celebrados en forma religiosa.

relación a las confesiones religiosas, no han logrado nunca el propósito de evitar la divulgación de noticias, opiniones, imágenes que atenten contra sus creencias o consideración de su propia estima.

7.-Sobre el derecho de participación, asociación y reunión de los grupos minoritarios.

Ya, durante el desarrollo de la anterior contestación hemos puesto de manifiesto que nuestra Constitución recoge dentro de los derechos fundamentales y libertades públicas especialmente protegidas los de libertad ideológica, religiosa o de culto de los individuos y las comunidades (Art. 16). Y conforme al mismo, no sólo se tiene derecho a dicha libertad sino a expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas, opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier medio de reproducción (Art. 20.1.a), a asociarse (Art. 22), reunirse pacíficamente y sin armas (Art. 21) y participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal (Art. 23.1). Esta protección constitucional se ofrece, en el ámbito civil, a través de la necesidad de que la regulación se realice por medio de una Ley Orgánica (Art. 81 de la Constitución) y la existencia de un procedimiento jurisdiccional preferente regulado en la actual Ley de Enjuiciamiento Civil en el Art. 249.2º y, en caso de no obtenerse la satisfacción precisa, mediante el recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (Art. 53.2 de la Constitución).

El ejercicio de tales libertades y derechos se hayan condicionados genéricamente en las leyes que los desarrollan. Así:

A) Respecto a la libertad religiosa, hay una regulación específica en la Ley Orgánica 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa, en donde se dice en el Art. 1.2 que “las creencias religiosas no constituirán motivo de desigualdad o discriminación ante la Ley. No podrán alegarse motivos religiosos para impedir a nadie el ejercicio de cualquier trabajo o actividad o el desempeño de cargos o funciones públicas”. Y señala las diferentes manifestaciones de la libertad religiosa, en tanto derecho a profesar la creencia, cambiar o abandonar la que se tiene, manifestar las creencias, practicar actos de culto y recibir asistencia, celebrar ritos, sepultura digna, recibir o impartir enseñanza o información religiosa, elegir para sí y, para los menores no emancipados e incapacitados, bajo su dependencia, dentro y fuera del ámbito escolar, la educación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones, reunirse y manifestarse públicamente con fines religiosos y asociarse para desarrollar comunitariamente sus actividades religiosas (Art.2.1 de la Ley). Lógicamente, el límite de ejercicio de los derechos está en “la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público en el ámbito de una sociedad democrática” (Art. 3.1). Especialmente quedan fuera del ámbito de la protección que ofrece la Ley, las actividades, finalidades y Entidades relacionadas con el estudio y experimentación de los fenómenos psíquicos o parapsicológicos o la difusión de valores humanísticos o espiritualistas u otros ajenos a los religiosos (Art. 3.2).

B) Respecto a los demás casos de grupos minoritarios –grupos étnicos, como son en nuestro país los gitanos, extranjeros etc.- la regulación es genérica de modo que: Primero, el ejercicio de la libertad ideológica y conciencia, especialmente importante en la protección de sus derechos, la difusión de ideas, opiniones y estructuras de protección, tiene como límite el orden público protegido en el ámbito de nuestra sociedad democrática – y en relación con los menores, la contribución o no a su desarrollo integral (Art. 6 de la LO 1/1996, de 15 de enero) -; segundo, la anterior libertad logra su desarrollo en sociedad mediante la libertad de expresión que tiene su límite “ en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollan y, especialmente, en el derecho al honor, la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y la infancia” (Art. 20.4 de la Constitución). Así, la libertad de expresión se condiciona por la protección del derecho al honor, la intimidad y a la propia imagen, recogidas en la LO 1/1982, de 5 de mayo, en donde destacamos, en relación a los menores: 1.- La intervención del Ministerio Fiscal con objeto de evitar la difusión de informaciones o la utilización de imágenes o nombre de los menores en los medios de comunicación que puedan implicar menoscabo de su honra o reputación o sea contraria a sus intereses, aún en el caso de consentimiento del menor o representante (Art. 4.2 y 3 de la LO 1/1996, de 15 de enero); 2.- La posible intromisión en aquellos casos en donde no se menoscabe su honra, reputación o intereses si consta el consentimiento del menor, si tienen condiciones de madurez suficientes, o en su caso, mediante escrito de sus representantes legales (Art. 3 de la LO 1/1982, de 5 de mayo). Tercero, las libertad de reunión está actualmente regulada en la Ley Orgánica 9/1983, de 15 de julio, que establece que “la autoridad gubernativa protegerá las reuniones y manifestaciones frente a quienes trataren de impedir, perturbar o menoscabar el lícito ejercicio de este derecho “(Art. 3.2), pudiendo sólo suspenderla cuando se considere ilícita conforme a las leyes penales, cuando se produzcan alteraciones de orden público, con peligro para personas o bienes o cuando se hiciera uso de uniformes paramilitares por los asistentes (Art. 5). Cuarto, la libertad de asociación, tal como hemos indicado tiene una moderna regulación en la LO 1/2002, de 22 de marzo, en donde nos hace ver este derecho de asociación como cauce real y efectivo de participación ciudadana, para lo cual se predica la plena libertad para formar asociaciones con las que cumplir fines considerados lícitos (Art.2.1), sin necesidad de autorización gubernativa previa (Art.2.2). Si bien respecto a los límites deja claro la Ley en su Art.2.5” La organización interna y el funcionamiento de las asociaciones deben ser democráticos, con pleno respeto al pluralismo. Serán nulos de pleno derecho los pactos, disposiciones estatutarias y acuerdos que desconozcan cualquiera de los aspectos del derecho fundamental de asociación” y también que no cabe constituir asociaciones que persigan fines o utilicen medios considerados como delitos, que sean secretas o paramilitares, (Art.2.7 y 8) y por ultimo, “la condición de miembro de una determinada asociación no puede ser, en ningún caso, motivo de favor, de ventaja o de discriminación a ninguna persona por parte de los poderes públicos” (Art.2.9). Respecto a los menores, hay que recordar algo que ya se ha dicho: “cuando la pertenencia de un menor o de sus padres a una asociación impida o perjudique al desarrollo integral del menor, cualquier interesado, persona física o jurídica,

o entidad pública, podrá dirigirse al Ministerio Fiscal para que promueva las medidas jurídicas de protección que estime oportunas” (Art. 7.2 último párrafo de la LO 1/1996, de 15 de enero).

Respecto al derecho de asociación, sí está muy claro en el actual LO 1/2002, de 22 de marzo que : ”Nadie puede ser obligado a constituir una asociación, a integrarse en ella o a permanecer en su seno, ni a declarar su pertenencia a una asociación legalmente constituida” (Art.2.3). En el mismo sentido, la LO 7/1980, de 5 de julio , de Libertad Religiosa en su Art.2.1 .a) señala que “la libertad religiosa y de culto garantizada por la Constitución comprende, con la consiguiente inmunidad de coacción, el derecho de la persona a: “Profesar las creencias religiosas que libremente elija o no profesar ninguna; cambiar de confesión o abandonar la que tenía; manifestar libremente sus propias creencias religiosas o la ausencia de las mismas, o abstenerse de declarar sobre ellas”.

8.- Sobre la actitud de nuestro legislador y de la jurisprudencia en torno a las minorías definidas por la orientación sexual, esencialmente la homosexualidad.

Actualmente, en nuestra sociedad se tiene la consideración de que determinados grupos minoritarios identificados por su orientación sexual están sometidos a discriminaciones y tratos objetivamente inadecuados y que sus particularidades no han encontrado acomodo en los ordenamientos jurídicos europeos¹⁷. Con anterioridad a nuestra Constitución de 1978, los homosexuales estaban sometidos a la persecución de las autoridades de nuestro Estado, por una parte, y por otra no eran objeto de protección alguna en ningún ámbito de nuestra Legislación y, lógicamente, en nuestro Derecho Civil.

En las Partidas y en las Leyes de Toro se establecía que “los que cometieren el gravísimo pecado de sodomía nefando contra la naturaleza” debían ser quemados y sus bienes confiscados por el mismo hecho, sufriendo tal pena también los que intentaron el acto sin consumarlo o perfeccionarlo¹⁸. Y tanto en este caso como en el de adulterio, después de comprobados judicialmente, la parte ofendida podía “divorciarse” y contraer nuevo matrimonio con quien quisieran¹⁹. Llegado nuestro siglo XIX, el Código Penal de 1848 – se elude hablar del de 1822 por su escasa tiempo de vigencia- establecía como una falta del Art. 471 “los que públicamente ofendieren al pudor con acciones deshonestas”, en donde se incardinaban las conductas homosexuales entre personas mayores de 12 años, con

17 RIVAS VAÑO, A. y RODRIGUEZ -PIÑEIRO ROYO, M., “Orientación sexual y Derecho Europeo”, en MARIÑO MENENDEZ F.M. Y FERNANDEZ LIESA, C., *La Protección de las Personas y Grupos Vulnerables en el Derecho Europeo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid 2001, Pág. 293.

18 SALA, Juan, *Ilustración del Derecho Real de España*, 3ªed., Tomo II, Madrid 1832, Pág. 69.

19 MARTINEZ MARINA, F., *Obras escogidas, Ensayo Histórico.-Critico sobre la Legislación y Principales Cuerpos Legales de los Reinos de León y Castilla*, Tomo I, Biblioteca de Autores Españoles, Madrid 1966, Pág.133.

plenitud de conocimiento y voluntad. Faltando tales requisitos de edad y capacidad, se castigaba como delito del 355 del Código Penal. Posteriormente en una reforma de 1850, se añadió un artículo el 365 que señalaba como delito “los que de cualquier modo ofendieren el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia, no comprendidos expresamente en otros artículos de este Código”. En dichos Códigos, la “sodomía” ya no operaba como causa de divorcio, sin perjuicio de que se considerara como causa de nulidad del matrimonio.

En nuestro siglo y centrándonos en la época inmediatamente anterior a la Constitución de 1978, el Código Penal de 1944²⁰, en su Art. 431.1° castigaba como delito a los que “de cualquier modo ofendan al pudor o a las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia”, entendiéndose la jurisprudencia que en tales casos se encuadraba la homosexualidad, por ejemplo la Sentencia de 27 de noviembre de 1948. De igual modo, la exposición o proclamación por medio de imprenta o procedimiento de publicidad o con escándalo de dichas doctrinas contrarias a la moral pública era considerado un delito del Art. 433 del Código Penal. Como se ve, nadie aludía directamente ni a la homosexualidad ni a la sodomía, hasta que, en una reforma de la Ley de 4 de agosto de 1933 relativa a vagos y maleantes que se produjo en el Art.2.2° por la Ley 15 de julio de 1954, se indica que “podrán ser declarados en estado peligroso y sometidos a las medidas de seguridad de esta ley: los homosexuales, rufianes y proxenetas”. En el Art. 6.2° se les sometía a determinadas medidas de seguridad: a) Internamiento en un establecimiento de trabajo o colonia agrícola. Los homosexuales sometidos a la medida de seguridad deberán ser internados en Instituciones especiales y, en todo caso, con absoluta separación de los demás) Prohibición de residir en determinado lugar o territorio y obligación de declarar su domicilio) Sumisión a la vigilancia de los delegados”. Posteriormente, en el Art. 2.3° de la Ley 4 de agosto de 1970 de Peligrosidad Social, se calificaba como estado peligroso el de los que “realicen actos de homosexualidad”, indicando en el Art. 6.3° las medidas de “internamiento en un establecimiento de reeducación “ y “la prohibición de residir en el lugar o territorio que se designe o de visitar ciertos lugares o establecimientos públicos y sumisión a la vigilancia de los delegados”. Como se ve, en los años 70, hubo una atemperación en el castigo penal ya que no se castigaba la condición sino el comportamiento homosexual.

A pesar de la derogación de la legislación de peligrosidad social, en cuanto a las disposiciones del Art.2.3° por la Ley 77/1978, de 26 de diciembre, siguió manteniendo en la doctrina penal y en la jurisprudencia la consideración de las conductas homosexuales como atentatorias contra el pudor y buenas costumbres, siempre que se realizaran en lugares públicos y concurridos o de modo ostensible o patente o con exhibición innecesaria, tipificándolas en el Art. 431 y 432 del Código Penal de 1973, después de la

20 El delito como tal se consagró en el Art.618 del CP de 1928, sobre todo en lo relativo a la publicación y circulación de publicaciones obscenas.

Constitución Española de 1978 y por lo tanto de la instauración de la democracia²¹. Conducta que por fin queda impune a partir de la reforma a este Código que obró por L O 5/1988, de 9 de junio, salvo los casos de exhibicionismo y provocación sexual que ya no se centran discriminatoriamente en los actos homosexuales únicamente .

Antes de la despenalización o apartamiento del derecho sancionador de las conductas homosexuales, desde la perspectiva civil no tenían ningún reconocimiento las parejas de miembros de igual sexo. Si hubieran pretendido hacer valer su relación o los pactos que se hubiera hecho en consideración a la relación afectiva y convivencial entre ellos ante los Tribunales civiles, se les hubiera derivado hacia otra jurisdicción y los convenios hubieran sido declarados nulos por contradecir las buenas costumbres y lo que se consideraba el orden público (Art.6.2 y 1255 del Cc). Tal pretensión también hubiera ocurrido con las uniones heterosexuales, sin perjuicio de los problemas que pudieran plantearse en cuanto a la formación de una prole ilegítima.

La destipificación penal o sancionadora de la conducta homosexual le ha seguido en nuestro país en una lucha por los colectivos y grupos de homosexuales para la consecución de una serie de derechos todos relacionados, dentro del Derecho Civil, con los derechos sucesorios o

21 No obstante, a partir de las Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 1976, 20 de enero de 1977, 18 de enero de 1978 y 20 de marzo de 1979, han señalado una serie de directrices: "a) cuando los que practican los citados actos son personas adultas, que proceden con recato, sigilo y mutuo consentimiento, sin atisbo de exhibicionismo, sin difusión o divulgación y rehuendo la publicidad, dichos actos, perteneciendo a la intimidad de los sujetos y siendo producto de una libertad sexual que no se detiene ante lo desviado o anormal del comportamiento de que se trate, serán atípicos e impunes; b) si, los actos referidos, aunque sean practicados por adultos y con libre y recíproco consentimiento, se llevan a cabo en lugares públicos y concurridos, o de un modo ostensible y patente, o con alardes o exhibiciones innecesarias y con aditamento de desenfado, de despreocupación y de desdén hacia la opinión ajena y respecto a las normas de convivencia humana, provocando la execración, repulsa y reprobación del entorno social dominante, herido en sus sentimientos de decencia, de recato y de morigeración, ofendiendo igualmente a los nombres sentimientos de moralidad y honestidad que constituyen reglas fundamentales que presiden la mentada normal convivencia humana serán incluibles en el Art. 431, bien entendido, que, esta doctrina no supone discriminación alguna por razón de sexo, puesto que sería igualmente predicable respecto a las relaciones heterosexuales practicadas en público, libremente y sin la discreción acostumbrada; y c) finalmente, si los actos de homosexualidad son ejecutados por el sujeto o sujetos activos adultos con menor o menores, aunque no haya habido más publicidad que la que afecta a los últimos, constituyen delito de escándalo público por la relevancia, trascendencia y capital importancia que entrañan y por ello no sólo por la traumatización e impacto físico-psíquico que suponen para el menor o menores involucrados en el suceso, a los que se le descubren caminos sexuales desviados y relaciones eróticas proscritas y marginadas, sino por que con la moral sexual colectiva, se condeule y lesiona cuando , un homosexual, sea constitucional o sea vicioso o depravado, llevado de sus apetencias sexuales desbocadas y de la desviación y extravío de su libido , a quienes se hallan todavía en una fase de indiferenciación de su vida y de su apetito sexual, con frecuencia incipiente e indeciso- les arrastra a la práctica de actos de la referida índole y les determinan e inducen a tomar una senda equívoca, ejerciendo , sobre ellos, una funesta influencia proselitista, y transmitiéndoles o propagándoles su propia tara o desviación sexual, la que les apartará, en el futuro, de una sana y normal sexualidad" (Sentencia de 13 de enero de 1985 del T.S.).

parentales. Específicamente, sobre el problema de las uniones de parejas estables homosexuales y los derechos de los convivientes. Así, entrando en cada uno de los grupos, podemos describir la siguiente evolución:

A) Respecto a los **transexuales**, han sido diferentes los hitos de la lucha por el reconocimiento: primero, de su derecho a que el cambio de sexo constara en el Registro Civil; por lo que, a partir del síndrome transexual, la persona que cambia las características externas de su sexo mediante una operación de cirugía transexual, completada usualmente mediante un tratamiento hormonal y psicológico, tenía derecho a que en el Registro constará con otro nombre y con sexo diferente, lo que se manifestó en una jurisprudencia constante del Tribunal Supremo Sentencias de 15 de julio de 1988, de 3 de marzo de 1989, 19 de abril de 1991²² si bien se detienen también en indicar que no se debe admitir que se tenga capacidad de contraer matrimonio con persona de su mismo sexo biológico, porque se razonaba que la diferencia de sexo biológico era esencial y el matrimonio sería nulo. Segundo, como fuera que a partir de mediados de los 90, los jueces responsables de los Registros Civiles, en contradicción con la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo, empezaron a admitir el matrimonio entre transexuales, la Dirección General de Registro y Notariado, dependencia orgánicamente responsable del Registro Civil, dictó tres resoluciones, dos de 8 de enero y una de 31 de enero de 2001 y , en donde sí se admite. Lo que llevó a publicar una nota doctrinal de 21 de marzo de 2001, en donde se pone de manifiesto las razones por las cuales admite el matrimonio entre transexual, entre las que destaca: a) Si una sentencia ha decidido el cambio de sexo y éste ha sido inscrito, el cambio debería operar a todos los efectos; b) Las afirmaciones de nuestro Tribunal Supremo en sus sentencias son “obiter dicta”, es decir declaraciones incidentales no fundamentadoras del fallo, por lo que técnicamente no tienen el valor de jurisprudencia ; c) Es más, en la Sentencia de 2 de julio de 1987 del Tribunal Supremo y la de 3 de marzo de 1989, dejan abierta la posibilidad de que en ejecución de sentencia o en otro proceso independiente pudieran precisar la extensión del cambio de sexo. d) El Derecho comparado admite que, obtenido el cambio de sexo por vía legal o jurisprudencial, se pueda contraer matrimonio. En los Registros Civiles, los encargados vienen autorizando matrimonios de transexual sin que el Ministerio Fiscal recurra ante la Dirección General.

La importancia del reconocimiento de la plena capacidad de casarse al transexual es determinante para el reconocimiento ex lege de todos los

22 Antes de la Sentencia de 2 de julio de 1987, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se había negado a cambiar el sexo : así la sentencia de 7 de marzo de 1980 del Tribunal Supremo sin entrar en el fondo de la cuestión rechazó el motivo basado en el error de hecho en la apreciación de la prueba, sin necesidad de más. No obstante, tal petición se prodigó sobre todo a raíz de la despenalización de la cirugía transexual consentida -a partir de la reforma del Art. 428 del Código Penal de 1973, por L O de 25 de junio de 1983 y del Real Decreto de 29 de agosto de 1986 de modificación de determinados artículos del Reglamento del Registro Civil que permitían la rectificación del sexo entre los datos de que no se dará publicidad, por lo que obviamente había un nuevo talante-.

derechos derivados de su posición como cónyuge tanto en el Derecho de Familia como Sucesiones, sin distinción alguna.

Esta doctrina jurisprudencial que permitió el cambio del sexo en el Registro civil sí que ha estado influenciada por el Derecho comparado, la Ley sueca de 21 de abril de 1972, la alemana de 11 de agosto de 1980, la italiana de 14 de abril de 1982 y la holandesa de 1 de agosto de 1985; no tanto por las primeras decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, a través de las sentencias de 4 de octubre de 1980 (Caso Van Oosterwijck), como la de 12 de octubre de 1984 (caso Rees) que, si bien fueron comentadas por nuestra jurisprudencia -véase la Sentencia de 2 de julio de 1987 del Tribunal Supremo- no estimaron, unas a partir de los defectos formales, y otras en cuanto a su "ratio" que la negativa a la rectificación del Registro Civil del sexo fuera una violación del Convención de Roma, esencialmente del Art. 8 del mismo. No obstante, después hemos visto que los criterios han cambiado en el Tribunal: en la Sentencia de 30 de julio de 1997, num. 815-816, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, se plantea tanto la violación del derecho contenido en el Art. 8 de la Convención en caso de no rectificación del cambio de sexo, pero no en el de prohibir contraer matrimonio con persona del mismo sexo biológico.

En la línea de evitar las discriminaciones, destaca una decisión por Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 6ª) de 14 de junio de 1999 en donde una menor convivía con su padre y su pareja transexual, al fallecimiento de aquél en febrero de 1997. Se pide la constitución de tutela a favor del transexual - la madre de la niña había fallecido antes-, sin que en primera instancia se conceda, no obstante la Audiencia revoca esa decisión, al considerar después del informe del Ministerio Fiscal y de la psicóloga forense que éste cumplía la idoneidad suficiente para el cargo. La menor mantiene y mantuvo una relación afectiva, estable y armoniosa con "Eva", en el sentido de que, al fallecimiento de su madre biológica, el transexual operó como madre conviviente. De modo que "mal se protegería el interés del menor si en la decisión que sobre él se tomase se infringiesen derechos fundamentales, o, dicho de otra manera, la discriminación sobre el tutor se trasladaría al menor por cuanto que se estaría discriminando a éste en cuanto a su interés en tener un tutor, es decir se le privaría de tal por la condición sexual de quien, no teniéndola, sería en otro caso designado para tal" (Fundamento Quinto).

B) Respecto a los **homosexuales** vamos a diferenciar entre el territorio de derecho común y los territorios autonómicos que han legislado sobre las uniones de parejas estables en materia civil. Previamente, deberemos definir la pareja estable homosexual como aquella unión libre y pública formada por dos personas del mismo sexo, mayores de edad o menores no emancipados, sin vínculo de parentesco por consanguinidad o adopción por línea recta o hasta el segundo grado de la línea colateral, libres de vínculo matrimonial anterior o relación anterior, que forman una

comunidad de vida, tanto en lo personal como en lo patrimonial, reconocida en el Derecho por su analogía con el matrimonio²³.

Las regulaciones autonómicas y la futura del Estado trabajan en el entorno de la regulación de las parejas estables de homosexuales, ya que expresamente nuestro Código Civil, cuando trata el matrimonio, lo considera como unión de hombre y mujer (Art. 44 del Cc). Y, propiamente, la Constitución reconoce el derecho a contraer matrimonio a personas de sexo diferente (el Art. 32 de la Constitución). Por todo lo cual actualmente las parejas homosexuales no pueden contraer matrimonio.

Antes que nada, hay que advertir que, en nuestro territorio de Derecho común, en donde rige el Código civil y sus leyes especiales, todavía no se ha podido crear una legislación general que afecte a los contenidos del Derecho Civil – sin perjuicio de que en las Autonomías comprendidas en el territorio se creen normas sobre función pública, derechos laborales o estatutarios, el registro de parejas de hecho...etc, normas sin trascendencia civil y que el Estado en legislaciones especiales ha desarrollado algunas normas que afectan a estos colectivos-.

En nuestro **territorio de derecho común**, como hemos indicado, se ha producido un cierto reconocimiento de las parejas homosexuales a efectos particulares en la legislación especial civil y nuestra jurisprudencia ha tenido que resolver casos en donde parejas de hecho reclamaban derechos por analogía con el matrimonio, así:

1º) En el Art. 16.2 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre de 1994, de arrendamientos urbanos, extiende el beneficio de subrogación arrendatario en favor del conviviente *more uxorio* del inquilino fallecido con independencia de su orientación sexual, siempre que hubiera convivido dos años antes del fallecimiento-. De la misma manera, para el derecho transitorio anterior a la Ley, como se ve en la Disposición Transitoria 7º de la Ley-. La reforma legal parte de una serie de Sentencias del Tribunal Constitucional, destacando la 47/1993, de 8 de febrero, en donde se reconoció el derecho de subrogación a la pareja homosexual en el contrato de arrendamiento, haciendo una interpretación analógica del Art. 58.1 del Texto Refundido de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1964 que sólo la permitía a los cónyuges.

2º) No obstante la ausencia de disposiciones legales, nuestros Tribunales resuelven problemas planteados en el entorno de las parejas homosexuales, derivados de la existencia de unos gastos comunes con los

23 Dos consideraciones importantes en esta definición: a) Respecto a los menores emancipados, hay leyes que sólo se refieren a mayores de edad, como la catalana, la aragonesa no así la regulación navarra y la de todos los territorios de derecho común con registro de uniones de hecho: b) Respecto a la comunidad de vida, se prefiere a la expresión, tan ampliamente criticada por la doctrina: “relación de afectividad análoga al matrimonio”. Precisamente lo que diferencia la informalidad de dos novios en su relación afectiva del compromiso de “irse a vivir juntos” es la idea de la comunidad de vida, no permanente, sino estable y con intención de que dure.

que sufragar la convivencia, un trabajo dedicado al hogar o a la empresa o profesión del otro conviviente, una vivienda común, adopción, etc.

En cuanto a las consecuencias patrimoniales de la unión de hecho diferenciamos: a) El trabajo en el hogar o la dedicación sin retribución o con retribución insuficiente a la empresa o profesión del otro conviviente, por falta de disposición legal, plantean serios problemas que la jurisprudencia resuelve conforme a la aplicación del principio general del derecho de evitar el enriquecimiento injusto²⁴. b) Respecto a los gastos de sostenimiento del hogar y la convivencia, se nos plantea un problema más serio, ya que, con independencia de la formación por los convivientes en escritura pública u otro medio documental, de sociedades universales de bienes o ganancias (Arts. 1672 a 1674) o de comunidades de bienes (Arts. 392 y ss) o cualquier otra fórmula por la que se hicieran comunes una masa patrimonial o un grupo de bienes, no se plantea que, por el sólo hecho de la convivencia común formando una pareja estable puedan derivar automáticamente, como consecuencia patrimonial, la formación de masas comunes entre los convivientes. Así los Tribunales eluden aplicar las soluciones del matrimonio en jurisprudencia constante de nuestro Tribunal Supremo, salvo que por la voluntad de los convivientes y en atención a la misma, pretendieran aplicar, tácita o expresamente alguna de las soluciones vistas en el matrimonio – la que denomina la Sentencia de 4 de abril de 1997 del Tribunal Supremo *facta concludentia* (aportación continuada y duradera de sus ganancias o de su trabajo al acervo común)-. c) No se nos debe esconder, que en ocasiones, la jurisprudencia de Audiencias haya pretendido reconocer la responsabilidad de los convivientes solidariamente respecto a los gastos comunes que, si bien puede no hacerse valer en la práctica frente a terceros, sí opera en la relación interna para reclamárselos a fin de evitar el enriquecimiento injusto .

En cuanto a la adopción, expresamente, la Disposición Adicional Tercera de la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, excluye a las parejas homosexuales de la adopción, al contemplar exclusivamente la posibilidad de que las heterosexuales puedan adoptar conjuntamente. En este punto, el legislador entiende que la cuestión se debe decidir en interés o beneficio del adoptado y por lo tanto sirve de cauce jurídico para, a través de él, lograr el mejor desarrollo de la personalidad de los menores. No obstante lo dicho, el homosexual podrá adoptar individualmente, sin que su pareja tenga derechos parentales con el adoptado ni tenga que asentir en la adopción, cumpliendo los requisitos del Art. 175 y ss del Cc.

En cuanto a los derechos hereditarios del conviviente y, salvando decisiones paradójicas como la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 12 de noviembre de 1999²⁵, para asegurar la posición del

24 STS de 11 de diciembre de 1992, Sentencias de Audiencias Provinciales, como la de Madrid, en sentencias de 22 y 28 de diciembre de 1995.

25 Se revocaba una anterior decisión del Juzgado de Primera Instancia Num. 2 de Torremolinos en donde una donación remuneratoria simulando una compraventa entre convivientes homosexuales se traía a la masa hereditaria para imputarla a la parte de libre

conviviente, mientras no se reforme nuestra legislación común, deberá nombrarse heredero en testamento al conviviente, concurriendo con los derechos legitimarios del cónyuge, descendientes y ascendientes.

En relación con la tutela de la propia pareja homosexual incapacitada o de su prole – véase el Auto de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 6ª) de 14 de junio de 1999 - , el otro conviviente no podrá adoptar la posición del cónyuge, no obstante, claramente nos dice el Art. 234 del Cc que: “Excepcionalmente, el Juez, en resolución motivada, podrá alterar el orden del párrafo anterior o prescindir de todas las personas en él mencionadas, si el beneficio del menor o incapacitado, así lo exigiere” o en el Art. 235 del Cc “ En defecto de las personas mencionadas en el artículo anterior, el Juez designará tutor a quien, por sus relaciones con el tutelado y en beneficio de éste considere más idóneo”; y todo ello, sin perjuicio de disposición testamentaria del conviviente o de escritura pública en donde se pretenda la constitución de la tutela o autotutela (Art. 225 del Cc). No obstante prima en cuanto al nombramiento de tutor el beneficio del menor o del incapacitado. Por otro lado, producido el hecho natural de la falta de capacidad, el conviviente se encuentra obligado a promover la incapacidad, a consecuencia del Art. 229 del Cc y en tanto “persona bajo cuya guarda se encuentra el menor o incapacitado”.

3º) A los efectos de la aplicación de las disposiciones y doctrinas anteriormente manifestadas, son muchas las autonomías que sin capacidad de legislar en materia civil respecto a las uniones estables de pareja - no así con relación a la función pública, legislación fiscal etc.- han realizado disposiciones para la creación de Registro de Uniones de parejas estables o de hecho de corte administrativo. En ellos se hace constar tanto la constitución, modificación y extinción de las uniones, como los contratos reguladores de las relaciones personales y patrimoniales, y las declaraciones, hechos o circunstancias relevantes que afecten a la misma. El registro opera como medio certificante de dichos hechos relevantes con publicidad restringida a los convivientes o a los Jueces y tribunales, en la mayoría de las ocasiones. Véanse entre muchos, el Decreto 3/1996, de 9 de enero y Orden 19 de marzo de 1996 de Andalucía ; Decreto 71/1994, de 29 de septiembre y resolución de 14 de noviembre de 1994, de Asturias ; El Decreto 124/2000, de 11 de julio de Castilla-La Mancha; Decreto 250/1994, de 7 de diciembre y Orden de 15 de febrero de 1995 de la Comunidad Valenciana

Antes de comenzar a estudiar particularmente las normas forales o especiales, debemos partir que para su aplicación, al menos, uno de los miembros de la pareja estable tiene que tener la vecindad civil en dicho territorio (Art. 20.2 de la ley catalana, Art. 2.3 de la ley navarra). En

disposición dada al conviviente supérstite una vez la madre obtuviera otra mitad por legítima. La Audiencia no sólo no declara la inoficiosidad de la donación sino que, en función del reconocimiento que la madre hace al otro conviviente de su calidad de cónyuge, limita su legítima del doble al tercio.

particular el Art. 2.2 de la Ley del Parlamento de las Islas Baleares, exige también "la sumisión expresa de ambos al régimen establecido por ésta" - se entiende en la escritura pública o documento privado en el que fijen su regulación.

En **Cataluña**, la Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables de parejas, diferencia entre parejas heterosexuales y parejas homosexuales, en función, según describe la Ley, a que unas pueden engendrar hijos y la otra no –claramente en los Arts 14 en comparación con el 31.2, y 16.4 en relación con el 32-. Esta distinción opera también en su régimen jurídico:

Respecto a los requisitos personales no se entiende como en las parejas heterosexuales se permite que se formen pareja personas que estén unidas por un vínculo matrimonial o relación anterior estable – en el primer caso mientras están procediendo a la disolución de su anterior relación- y en las homosexuales expresamente se indique que no cabe constituir la unión estable habiendo vinculo o anterior relación (Art.1.3 en relación con el Art. 20).

Respecto a los requisitos formales, el Art. 21 exige a los homosexuales la acreditación mediante escritura pública, mientras a los heterosexuales les exige o dos años de convivencia o escritura pública, salvo si tienen entre ellos descendencia; la convivencia de los heterosexuales se puede acreditar por cualquier medio de prueba admisible y suficiente (Art. 2).

Respecto a la adopción, a los homosexuales no se les reconoce el derecho a adoptar conjuntamente, tal como obra para los heterosexuales en el Art. 6.

Más detenidamente los derechos y obligaciones de la pareja conviviente homosexual obra: a) A la hora de sostener los gastos comunes de la pareja-alimentos en sentido amplio, conservación y mejora de las viviendas u otros bienes de uso de la pareja, atenciones de previsión, médicas y sanitarios tanto de la pareja como el de los hijos o hijas de alguno de los miembros de la pareja que convivan con ellos- se tiene en consideración el trabajo doméstico, la colaboración personal o profesional no retribuida o con la retribución insuficiente a la profesión o empresa del otro miembro. Los gastos se sostendrán en proporción a sus ingresos y, si éstos no fueran suficientes, en proporción a sus patrimonios (Art. 22.2 y 23 de la Ley); b) Respecto de estos gastos comunes, la responsabilidad de ambos es solidaria, dice el Art. 24 si “se trata de gastos adecuados a los usos y al nivel de vida de la pareja; en cualquier otro caso responde quien haya contraído la obligación”; c) En materia de tutela, de ser incapacitado uno de los convivientes, el otro miembro de la pareja estable “ocupa el primer lugar en el orden de preferencia de la delación dativa” “ (Art. 25)²⁶, del mismo modo, en relación con los alimentos entre parientes, tienen recíprocamente

26 Ya que en el Art. 172 del Código de Familia de 1998 se permite que cualquier persona, en previsión de ser declarada incapaz, puede nombrar, en escritura pública, a las personas que quiere que ejerzan alguno o algunos de los cargos tutelares establecidos en el Código, así como designar a sustitutos de los mismos o excluir a determinadas personas”.

obligación de darse alimentos con preferencia a cualquier obligado (Art. 26); d) La vivienda común y los muebles de uso ordinario no pueden disponerse o gravarse por uno de los convivientes sin el consentimiento del otro, con independencia de quien sea propietario, o, en su defecto, por autorización judicial (Art. 28.1); e) A partir de la extinción de la unión²⁷, aquel conviviente que trabajó para el hogar del otro conviviente sin retribución o con retribución insuficiente tiene derecho a una compensación económica en el caso de que “se haya generado por este motivo una situación de desigualdad entre el patrimonio de los dos implique un enriquecimiento injusto” (Art. 31.1) y, de igual modo, si se ha reducido la capacidad de obtener ingresos, podrá reclamar también una pensión de alimentos (Art. 31.2)²⁸ f) En caso de extinción por defunción, distinguimos: Primero, unos derechos independientes del hecho de la sucesión, como son el de subrogarse en el contrato de arrendamiento de vivienda, el de residir en la vivienda común durante el año siguiente a la muerte, salvo nueva relación o matrimonio y el de la propiedad de las prendas, mobiliario y utensilios que constituyan el ajuar doméstico, sin necesidad de computarlos en el haber hereditario, salvo las joyas, objetos históricos y artísticos y de valor extraordinario considerando el nivel de vida de la pareja y el patrimonio relicto (Art. 33); Segundo, en cuanto a los derechos sucesorios, si es testada tiene derecho a la cuarta parte del valor de la herencia; si la herencia es intestada, hay que distinguir:

Si concurren descendientes o ascendientes, el conviviente supérstite que no tenga medios económicos suficientes para el adecuado sustento puede ejercer una acción personal para exigir a los herederos del premuerto bienes hereditarios o equivalente en dinero, a elección de los herederos, hasta la cuarta parte del valor de la herencia, con sus frutos y rentas desde la muerte o su valor en dinero.

Si concurren colaterales del premuerto, dentro del segundo grado de consanguinidad o adopción, o de hijos o hijas de estos, si han premuerto, tienen derecho a la mitad de la herencia.

No habiendo estas personas descritas, tienen derecho a la totalidad de la herencia.

En **Aragón** se promulgó la Ley 6/1999, de 26 de Marzo, relativa a Parejas Estables no Casadas. Esta Ley parte en su regulación de algunas

27 Se describen en el Art. 30 las causas de extinción :a) por común acuerdo; b) por voluntad unilateral de uno de los miembros de la pareja, notificada fehaciente; c) por defunción de uno de los miembros de la pareja; d) por separación de hecho de más de un año; e) por matrimonio de uno de los miembros. Ambos miembros de la pareja están obligados aunque, separadamente, a dejar sin efecto la escritura pública en que se constituyó. En caso de ruptura de la convivencia, los convivientes no pueden volver a formalizar una unión estable con otra persona hasta que hayan transcurrido seis meses desde que dejaron sin efecto la escritura pública correspondiente a la convivencia anterior (Art.29)

28 El Art. 32 declara compatible tales derechos y reclamables en el plazo de un año a contar desde que cesó la convivencia. También la pensión alimenticia periódica se extingue en el plazo de tres años, a contar desde la fecha de pago de la primera pensión, por las causas generales de extinción del derecho de alimentos y en el momento en que quien la percibe contrae matrimonio o convive maritalmente.

diferencias que se van a poner de manifiesto entre parejas homosexuales y heterosexuales ya que, como nos dice en el Preámbulo: “ junto a la pareja estable heterosexual, otro fenómeno similar, aunque de naturaleza y consecuencias bien diferentes, el de la pareja homosexual en convivencia marital estable, está dejando de ser también algo extraño y marginal”. No obstante hagamos un repaso de la misma: A) En su aspecto formal destaca en cuanto exige una convivencia de dos años, como mínimo o que se haya manifestado la voluntad de constituirla mediante escritura pública; sin perjuicio de que la convivencia por dos años se podrá probar por cualquier medio admitido en derecho, especialmente por acta de notoriedad o documento judicial que acredite la convivencia (Art.3). B) En cuanto a la regulación de sus aspectos patrimoniales y sin perjuicio de que estos se pacten, junto a los personales en escritura pública - con las limitaciones de que no perjudiquen los derechos y la dignidad de cualquiera de los otorgantes y no sean contrarios a las normas imperativas en Aragón (Art. 5.1.)- se pueden destacar las siguientes reglas:

Ambos miembros de la unión contribuirán al sostenimiento de los gastos de mantenimiento de la vivienda y comunes con sus recursos, en proporción a sus ingresos respectivos y, si no son suficientes, de acuerdo con sus patrimonios, sin perjuicio de que cada uno conserve la propiedad, administración y disfrute de sus propios bienes. En pacto se pudo fijar otras reglas de contribución. De nuevo tendrán la consideración de gastos comunes de la pareja los necesarios para su mantenimiento y “el de los hijos que convivan con ellos”, incluso el derecho de alimentos, educación, atenciones medico-sanitarias y vivienda (Art. 5.3).

La responsabilidad de ambos miembros es solidaria con respecto a terceros por estos gastos “si se adecuan a los usos sociales; en cualquier otro caso, tan sólo respondería quien hubiera contraído la obligación” (Art. 6.4).

Una vez extinguida la relación²⁹, en vida de los convivientes, se tendrá derecho a una compensación económica al conviviente que, ha contribuido con su trabajo o económicamente a los bienes comunes o privativos del otro conviviente o que, sin retribución o con retribución insuficiente se hubiera dedicado al hogar o a los hijos del otro conviviente o ha trabajado para éste, en función de la situación de desigualdad hubiera ocasionado un enriquecimiento injusto (Art. 7.1)³⁰. El derecho habrá de reclamarse en el plazo de un año a contar desde la extinción.

Si se extinguió por causa de muerte, hay que distinguir unos derechos derivados de este hecho y otros de las reglas de la sucesión. Así en primer lugar, tendrán derecho al mobiliario, útiles e instrumentos de trabajo

29 No tiene ninguna particularidad las causas de extinción de la pareja: muerte o declaración de fallecimiento, común acuerdo, separación de hecho de más de un año, matrimonio, por decisión unilateral fehacientemente comunicada. Salvo la necesidad de que en caso de ruptura de la pareja no podrán formalizar otra hasta los seis meses desde que dejaron sin efecto el documento público correspondiente a la convivencia anterior (Art. 6).

30 En el caso de los homosexuales no podrá pedirse, además, una pensión para su sustento, en el supuesto de que el cuidado de los hijos comunes impida la realización de actividades laborales o las dificulte seriamente, por que difícilmente los tendrán (Art. 7.2)

que constituyan el ajuar de la vivienda habitual, con exclusión solamente de las joyas u objetos artísticos de valor extraordinario o de los bienes de procedencia familiar. En segundo lugar, podrán seguir residiendo gratuitamente en la vivienda habitual durante un año con independencia de los derechos hereditarios (Art. 9). Regla esta última sorprendente pues si es alquilada se entiende que no corresponderá decir que es gratuita la estancia o si fuera dada en usufructo o uso en cuyo caso el derecho del premuerto se extingue y no corresponde al conviviente, sólo opera la norma para los supuestos en donde la titularidad dominical de la vivienda fuera del otro conviviente. En tercer lugar y en cuanto a los derechos hereditarios, destaca la capacidad de los convivientes para testar mancomunadamente así como para otorgar pactos sucesorios (Art. 15 a 17).

En todo caso, las parejas estables no generan relación alguna de parentesco entre cada uno de sus miembros y los parientes del otro (Art. 14); tampoco, específicamente, las parejas homosexuales pueden adoptar conjuntamente (Art. 10).

Si se deben alimentos entre ellos, con preferencia a cualesquiera otras personas legalmente obligadas (Art. 13) y adoptan la posición del cónyuge en la declaración judicial de ausencia de uno de los miembros (Art.11) y en la declaración judicial de incapacidad, de forma que ocupa el primer lugar en el orden de preferencia para la delación dativa de la tutela (Art.12).

En **Navarra**, tienen la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, para la igualdad jurídica de las parejas estables. Antes que nada, es importante justificar la razón por la que la Ley se denomina para la igualdad de las parejas estables. Con ella se pretende evitar que se discriminen modelos de familia distintos de lo tradicional, así fija como criterio de interpretación y aplicación, que “nadie puede ser discriminado por razón del grupo familiar del que forme parte, tenga éste su origen en la filiación, en el matrimonio o en la unión de dos personas que convivan en análoga relación de afectividad, con independencia de su orientación sexual”. A partir de este principio se entiende que, a “contrario sensu” de los que ocurre en la Ley catalana, sólo hay una regulación de las parejas estables. Para evitar una prolongación excesiva del trabajo vamos a entrar más en las diferencias legales con relación a otras leyes: a) En su aspecto personal, la ley navarra deja a los menores emancipados ser pareja de hecho (Art.2.1); b) Desde la perspectiva formal, no se exige dos años de convivencia sino sólo uno de convivencia marital, no interrumpido “o hayan expresado su voluntad de constituir una pareja estable en documento público” (Art. 2.2.), pudiendo acreditarse tal convivencia por cualquier medio admitido en Derecho (Art. 3). C) Sin perjuicio de pacto en donde la unión estable fije válidamente las relaciones personales o patrimoniales, se regula una serie de disposiciones consideradas por la Ley como mínimas:

Los miembros de la pareja estable contribuirán, proporcionalmente a sus posibilidades, al mantenimiento de la vivienda y a los gastos comunes, mediante aportación económica o trabajo personal. Ya que se considera contribución, el trabajo doméstico, la colaboración personal o profesional no retribuida o insuficientemente retribuida a la profesión o empresa del otro miembro, así como los recursos procedentes de su actividad o de sus bienes, en proporción a sus ingresos respectivos y, si éstos no fueran suficientes, en

proporción a sus patrimonios. (Art. 5.3). Dicha contribución podrá ser objeto de pacto para fijar otra proporción. No obstante, la responsabilidad que genera las obligaciones contraídas por los gastos necesarios para el mantenimiento de la casa es solidaria frente a terceras personas (Art. 7)

Al cesar la convivencia³¹, cualquiera de los miembros pueden reclamarse una pensión periódica, si la necesita para atender adecuadamente su sustento al haber disminuido la capacidad del solicitante de obtener ingresos. Y ello con independencia de poder solicitarse, salvo que se pacte otra cosa, una compensación económica en caso de que se haya generado por trabajo en el hogar o colaboración personal o profesional sin retribución o con retribución insuficiente en la empresa o profesión del otro una situación de desigualdad entre el patrimonio de ambos que implique un enriquecimiento injusto (Art. 5.4 y 5). Ambas, la compensación y la pensión tienen un plazo de reclamación de 1 año y se extinguen o se tienen que hacer efectiva a los tres años; en el caso de extinción, el plazo se cuenta desde la fecha del pago de la primera pensión y/o desde el momento del matrimonio o nueva relación (Art. 6).

Los miembros de la pareja estable podrán conjuntamente adoptar, “con iguales derechos y deberes que las parejas unidas por el matrimonio” (Art. 8). En función de que pueden tener, por la adopción conjunta, una prole común, es correcto indicar que en caso de cese de la convivencia podrán acordar lo que estimen oportuno en cuanto a la guarda y custodia de los hijos y el derecho de visita de aquel que no viva con ellos. Lógicamente, esta decisión podrá ser moderada equitativamente por el Juez, “cuando a su juicio sea lesivo para cualquiera de los miembros o para los hijos e hijas comunes” (Art. 10.1) A falta de acuerdo, el Juez decidirá en interés de los hijos o hijas comunes, previa audiencia de los mismo, si tuvieran suficiente juicio o fueran mayores de 12 años (Art. 10.2.)

Están equiparados a los cónyuges unidos por matrimonio en cuanto a la aplicación de las disposiciones en materia de tutela, curatela, la incapacitación, la declaración de ausencia y declaración de prodigalidad (Art. 9.1).

Están equiparados a los cónyuges unidos por matrimonio en cuanto a la posición de estos en la sucesión testada – conforme a su carácter de legitimarios-, intestada – como herederos forzoso – y la prohibición de ser contador partidor (Art.11).

La última disposición en esta materia ha sido en las **Islas Baleares**, la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, del Parlamento de las Islas Baleares sobre normas reguladoras de las Parejas Estables, que acoge muchas de las disposiciones antes vistas. No obstante sorprende: a) Que no se fije tiempo

31 Las causas de disolución de la unión estable vienen recogidas en el Art. 4 de la Ley: muerte o declaración de fallecimiento de uno de los integrantes, matrimonio de uno de sus miembros, mutuo acuerdo, voluntad unilateral notificada fehacientemente al otro, cese efectivo de ala convivencia por periodo superior al año, otros supuestos asociados en escritura pública; - en este punto hay que considerarse que no puede pactarse la constitución de pareja estable con carácter temporal ni someterse a condición (Art. 5.2).

de convivencia mínimo para considerar una pareja como estable ya que se dice que para constituir la pareja tienen que inscribirse en el Registro de Parejas Estables (Art. 1.2) . b) Que en el Art. 5. 3 de la Ley, la responsabilidad del otro conviviente en el levantamiento de las cargas familiares no sea solidaria sino subsidiaria; c) Que se diga que, por el hecho de la formación de la pareja, no se mantenga relación de parentesco entre cada uno de los miembros de la familia del otro conviviente (Art. 3), y después se reconozca a los dos, los derechos de los cónyuges en alimentos (Art. 6) y tutela, curatela, incapacitación, declaración de ausencia y prodigalidad (Art.7) y derechos sucesorios (Art. 13). d) Al igual que en Navarra, se distingue la pensión periódica para atender el sustento de uno de los convivientes y la compensación económica por desigualdad patrimonial, al momento de la extinción del régimen (Art. 9).

9.- Conclusion

A partir de los diferentes significados de la palabra minoría y aún cuando cada una de ellas pudiera tener incidencia en las distintas partes del Derecho Civil de acuerdo a su distinta finalidad vista en nuestras contestaciones, no encontramos razón de ser para una norma general ni para una preocupación por una mejor expresión de la idea de minorías, salvo para determinadas mejoras.

Como hemos visto, sólo encontramos razón de ser en las relaciones de cooperación social tal necesidad, salvando todos los derechos que tienen las personas que integran las organizaciones por el sólo hecho de estar en ellas y no por el hecho de formar parte de grupos minoritarios de las organizaciones. Así, si es posible buscar la mejora de nuestras reglas en el sentido de comprender mejor la función de las minorías de control legal, social y económico: específicamente, destaco su falta de intervención en el control económico y la falta de representación de las minorías en los órganos de representación y gobierno de los entes - convendría un sistema que permitiera a las grupos minoritarios más significativos poderse sentar en los órganos colegiados rectores -.

Pero dentro de las relaciones con la comunidad y la familia, los grupos minoritarios no deben ser protegidos por el Derecho civil sino por el Constitucional, de forma que, a partir de la idea de orden público constitucional pueda tener incidencia en nuestro campo para evitar todo aquel atentado contra la dignidad humana y los derechos fundamentales y libertades públicas.