

2.3 Ámbitos de especial interés

2.3.1 ÁMBITO DE FAMILIA

El ámbito del Derecho de familia concentra la mayor parte de la actividad del Ministerio Fiscal en la jurisdicción civil, alcanzando el 70 % del total de procedimientos en los que interviene el Fiscal.

En este ejercicio se mantiene la tendencia a la baja de las separaciones como fórmula elegida para formalizar el cese de la convivencia familiar, representando un escaso 4 % sobre el total.

El mantenimiento de la conflictividad en niveles similares a los de años pasados con un 49 % de procedimientos de mutuo acuerdo y un 51 % de procedimientos contenciosos hace pensar que deben incrementarse los esfuerzos destinados por las instituciones públicas a la mediación. A pesar de los múltiples convenios de mediación familiar firmados, en la práctica el éxito de la misma se está viendo comprometido por la reducida dimensión de los servicios de mediación y las restricciones en los horarios de atención al público.

El incremento del peso de los procedimientos de modificación de medidas sobre el total de procedimientos que en el presente ejercicio alcanza el 20 % se debe fundamentalmente a la necesidad de revisar las pensiones ante la bajada generalizada de los ingresos familiares derivados de la crisis económica.

La aprobación del Anteproyecto de Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de nulidad, separación y divorcio ha dotado al tema de la custodia compartida de una gran actualidad. Se aprecia una generalización en la solicitud de este tipo de custodia, existiendo pronunciamientos jurisprudenciales que ya con la regulación actual se muestran favorables a no considerarla como una excepción, pudiendo hablarse de una cierta consolidación de la misma.

La reciente STS 616/2014, de 18 de noviembre, citando la anterior STS 257/2013, de 29 de abril, señala que la redacción del art. 92 CC no permite concluir que la custodia compartida sea una medida excepcional, sino que, al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aún en situaciones de crisis.

Argumenta la sentencia que debe primar el interés del menor y ese interés, que ni el art. 92 CC ni el art. 9 de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero de Protección Jurídica del Menor, definen ni determinan, exige, sin duda, un compromiso mayor y una colaboración de los progenitores que sobrepase la relación simplemente protocolaria del padre no custodio con sus hijos. Se trata de asegurar el desarrollo evo-

lutivo, la estabilidad emocional y la formación integral del menor, aproximando el modelo de convivencia al existente antes de la crisis familiar, garantizando a los padres la posibilidad de seguir ejerciendo los derechos y obligaciones inherentes a la patria potestad o responsabilidad parental, y participando en igualdad de condiciones en el desarrollo y crecimiento de los hijos.

Ya con anterioridad, en relación con los procedimientos de modificación de medidas, la STS 758/2013 de 25 de noviembre declaró, citando la anterior STS 370/2013 de 7 de junio que es razonable declarar que se ha producido un cambio de circunstancias extraordinario y sobrevenido –art. 91 CC– tras la Jurisprudencia del TC (STC 185/2012, de 17 de octubre), de la que la Sala se ha hecho eco hasta el punto de establecer que el sistema de custodia compartida debe considerarse normal y no excepcional.

El Anteproyecto sigue la estela inaugurada por las Legislaciones de las Comunidades Autónomas con competencia en Derecho civil. En este sentido debe mencionarse la Ley 2/2010, de 26 de mayo, de igualdad en las relaciones familiares ante la ruptura de la convivencia de los padres en Aragón; la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia; la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat Valenciana, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven; y la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, sobre custodia de los hijos en los casos de ruptura de la convivencia de los padres en Navarra.

El Anteproyecto no sigue el modelo de guarda y custodia compartida preferente como el de los derechos forales de aragonés, valenciano y catalán sino que adopta una fórmula menos radical supeditando siempre el régimen de guarda y custodia al interés superior del menor pero posibilitando la adopción de la custodia compartida en plano de igualdad con la custodia individual y estableciendo la posibilidad de imponer este régimen incluso cuando no sea solicitado por ninguno de los progenitores siempre que cada uno de ellos solicite la custodia para sí.

Por otra parte y todavía dentro del ámbito del derecho de familia tenemos que referirnos a la tendencia apreciada en muchos órganos jurisdiccionales de establecer limitaciones temporales al uso del domicilio familiar cuando tal derecho es atribuido a los hijos menores.

Así aunque la jurisprudencia –entre otras en la STS 221/2011, de 1 de abril– fijó como doctrina que la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del interés del menor, que no puede ser limitada por el juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC, la jurisprudencia de las Audiencias ha sido muy dispar, llegando a fijar límites temporales a tal atribución de uso, bien mediante el establecimiento de plazos, bien haciendo uso de la

cláusula de atribución hasta la disolución de la liquidación de la sociedad de gananciales cuando la vivienda tiene tal naturaleza.

Frente a esta situación reaccionó la STS n.º 622/13, de 17 de octubre, casando y anulando la sentencia dictada en segunda instancia en cuanto limitaba el uso de la vivienda familiar «hasta el mes de septiembre de 2015». Esta sentencia hace importantes consideraciones, condensando la doctrina anterior al respecto y analizando el dictado del art. 96 CC a la luz del contexto socioeconómico actual.

Así expresa que «valora los razonamientos de sentencia recurrida, como valora las críticas que desde distintos sectores se están haciendo contra el rigorismo de la medida de uso de la vivienda familiar que se realiza al amparo del 96 del Código Civil, especialmente en unos momentos de crisis económica en que se han puesto en cuestión algunos de los postulados que permitieron su inicial redacción y que se han complicado especialmente en los casos de guarda y custodia compartida, haciendo inexcusablemente necesaria una nueva y completa regulación».

Cita a su vez la STS 426/2013, de 17 de junio, conforme a la cual hay dos factores que eliminan el rigor de la norma cuando no existe acuerdo previo entre los cónyuges: Uno, el carácter no familiar de la vivienda sobre la que se establece la medida, entendiéndose que una cosa es el uso que se hace de la misma vigente la relación matrimonial y otra distinta que ese uso permita calificarla de familiar si no sirve a los fines del matrimonio porque los cónyuges no cumplen con el derecho y deber propio de la relación. Otro, que el hijo no precise de la vivienda por encontrarse satisfechas las necesidades de habitación a través de otros medios; solución que requiere que la vivienda alternativa sea idónea para satisfacer el interés prevalente del menor, como así aparece recogido en el artículo 233-20 CCCat, que establece que en el caso en que las otras residencias sean idóneas para las necesidades del progenitor custodio y los hijos, el juez puede sustituir la atribución de la vivienda familiar por la de otra residencia más adecuada (en cierta forma, en el art. 81.1 CDF aragonés) (STS 671/2012, de 5 de noviembre).

Se ha llegado a decir que la atribución del uso al menor y al progenitor (SSTS 191/2011, de 29 de marzo y 671/2012, de 5 de noviembre) se produce para salvaguardar los derechos de aquel, pero «no es una expropiación del propietario» y en ocasiones supone también un abuso de derecho que no queda amparado ni en el artículo 96, ni en el art. 7 CC. Por ello, la sentencia de 17 de junio de 2013, contempla excepciones a la norma derivadas de: a) el hecho de que la esposa y su hijo residen en una nueva vivienda que aquella ostenta en copropiedad con una nueva pareja con la que convive (STS 191/2011, de 29 de

marzo); b) la madre ha adquirido una nueva vivienda que cubre las necesidades de alojamiento de la hija menor en condiciones de dignidad y decoro (671/2012, de 5 de noviembre); y c) no es contrario al interés del menor el hecho de mantener durante tres años al hijo y a su madre en la vivienda para pasar luego a la otra, cuya habitabilidad no se ha cuestionado, cuando el domicilio familiar conlleva el uso de la finca e impide la disposición de un patrimonio común importante, afectando necesariamente a la liquidación del haber conyugal y a su reparto entre ambos cónyuges (STS 426/2013, 17 de junio).

Ante esta jurisprudencia es preciso recordar que el art. 96.1 CC no permite establecer ninguna limitación a la atribución del uso de la vivienda a los menores mientras sigan siéndolo, porque el interés que se protege en ella no es la propiedad de los bienes, sino los derechos que tiene el menor en una situación de crisis de la pareja, salvo pacto de los progenitores, que deberá a su vez ser controlado por el juez. Una interpretación correctora de esta norma, permitiendo la atribución por tiempo limitado de la vivienda habitual, podría implicar la vulneración de los derechos de los hijos menores.

Por último, sigue apreciándose en los procedimientos matrimoniales una tendencia de los letrados de adelantar el contenido de la vista principal en los procesos de medidas previas o coetáneas al momento de presentación de la demanda. La práctica cotidiana demuestra como tratan de convertirse en un adelanto o incluso sustitución del pleito principal. El esfuerzo probatorio realizado por las partes, sobre todo en los aspectos patrimoniales, hace que poco o nada se deje para la vista principal. No obstante, la naturaleza y objeto del procedimiento llevan a oponerse por parte de la Fiscalía, como regla general, a aquellos medios de prueba que suponen notable dilación en su práctica, como por ejemplo la pericial psicosocial. Se trata de dar respuesta urgente a una situación de crisis, en algunos casos insostenible –la pareja sigue habitando en el mismo domicilio–, y esa perentoriedad es incompatible con el aplazamiento de la resolución. Deben valorarse y acogerse los elementos de prueba con que se cuenta, debiendo dejar la práctica de las pruebas que por su naturaleza dilatan la decisión judicial para el pleito principal.

2.3.2 PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

Aunque los procedimientos relativos a esta materia tienen una representatividad muy baja dentro del total de procedimientos del orden civil, la defensa de consumidores y usuarios es una materia en auge en las Fiscalías Territoriales.

La Ley 3/2014, de 27 de marzo, ha incrementado de modo significativo las posibilidades de actuación en el ámbito de la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios, permitiendo la acumulación a la acción de cesación de acciones accesorias como las de restitución de cantidades e indemnización de daños y perjuicios (artículo 53 TRLGDCU), y solventando al mismo tiempo el problema de legitimación que existía respecto del Ministerio Fiscal en ámbitos distintos a las condiciones generales de contratación, con la introducción de una nueva redacción del artículo 11.4 LEC.

Estas modificaciones otorgan herramientas al Ministerio Fiscal para defender un interés público evidente y de cada vez mayor importancia, la tutela de los derechos de los consumidores y usuarios, conforme a lo previsto en el artículo 51.1 de nuestra Carta Magna. La intervención del Ministerio Público puede resultar crucial, por cuanto son numerosos los supuestos en los que resulta económicamente inviable para los particulares reaccionar en los Tribunales frente a prácticas abusivas de grandes empresas, dado que las tasas y restantes gastos judiciales exceden con mucho el importe individual de la reclamación. Frente a esta situación, el Ministerio Fiscal por sus principios de legalidad e imparcialidad, así como por su implantación estatal y su actuación cotidiana en los Tribunales, es la institución mejor posicionada para defender ese interés público.

Para poder dar una respuesta satisfactoria al importante papel a que estamos llamados, existen dos grandes ámbitos cuya mejora sería conveniente: En primer lugar, resulta necesario establecer unas vías por las que se pueda recibir oficialmente información acerca de las situaciones que puedan justificarla intervención del Ministerio Público, puesto que difícilmente podrá defenderse unos intereses colectivos cuando a nivel institucional no se tiene constancia de las lesiones o ataques que tales intereses padecen. En la actualidad, los canales existentes se limitan a las reuniones que se realizan a iniciativa de la Fiscalía con las personalidades en la materia, y a la comunicación por los órganos judiciales de la incoación de procedimientos en los que se hayan ejercitado acciones en defensa de los intereses colectivos y difusos de los consumidores y usuarios (artículo 15 LEC). Estas vías se revelan insuficientes, debido especialmente al desconocimiento generalizado que existe acerca de las posibilidades de actuación de la Institución, que deriva en que sean muy escasas las comunicaciones recibidas por parte de organismos, juzgados, y especialmente, de particulares. La consecuencia es que la información que se recibe es a menudo incompleta en lo que puede resultar de interés, por lo que no es sencillo para la Fiscalía comprobar cuándo existe una práctica empresarial abusiva, intencionada y

generalizada, y cuándo se trata simplemente de incidentes aislados debidos, por ejemplo, a errores de facturación o tarificación, o a la práctica incorrecta de un trabajador en particular.

En segundo lugar, una vez que se reciba un mayor volumen de información sería conveniente aumentar los recursos y el grado de especialización existentes en la Fiscalía, para que nuestra intervención pueda ser realmente activa y eficaz.

Por último, es preciso reseñar también en este ámbito la problemática para hacer comprender la diferencia entre los ámbitos civil y penal, en casos que resultan hasta cierto punto fronterizos. Se trata de supuestos como el uso indebido de una denominación de origen, la utilización de publicidad engañosa (prácticas ambas incluidas en la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, e incardinables en los artículos 275 y 282 CP), o simplemente, la barrera entre las prácticas comerciales abusivas y las estafas o falsedades documentales.

2.3.3 INTERVENCIÓN DEL FISCAL EN MATERIA CONCURSAL

La crisis económica ha hecho que esta materia que venía siendo residual en las Fiscalías pase a tener una importancia creciente aunque ya se aprecia una cierta estabilización en el número de procedimientos.

La limitada intervención que la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal reserva al Ministerio Fiscal sigue provocando en la práctica disfunciones debido al extraordinario protagonismo de la Administración Concursal que se transforma en una suerte de director del procedimiento aunque lo sea bajo la tutela del juez del concurso.

Frente a este protagonismo de la Administración Concursal el Fiscal, por el contrario, carece de facultades de intervención en cualquier otra pieza que no sea la Sección Sexta de calificación y este hecho unido a la carencia de medios técnicos propios para valorar el origen y las causas de la situación económica de la concursada frustran el fin que la ley pretende encomendando al Fiscal la calificación del concurso, ya que muy difícilmente va a poder llegar a conclusiones distintas a las de la Administración Concursal.

Por otro lado y como los acreedores tienen unas posibilidades muy limitadas de actuar en la pieza de calificación suelen recurrir al Ministerio Fiscal con la pretensión de que haga suya sus peticiones, fundamentalmente en los casos, en los que no han sido objeto de inclusión en el informe de la Administración Concursal. La cuestión es objeto de cierta controversia.

El artículo 170 de la Ley Concursal legitima tan sólo al Administrador Concursal y al Ministerio Fiscal para sostener una petición de culpabilidad limitando con ello la actuación de los principales interesados en el buen fin del concurso. Estos tienen reservada la facultad única de efectuar alegaciones en el modo y tiempo que prevé el art. 168 de la citada Ley, es decir, antes de los informes del Administrador Concursal y del Ministerio Fiscal y sin vinculación alguna para el Juez del concurso, de modo que solicitada por éstos últimos la calificación de fortuito, el Juez decreta el archivo, sin más trámites.

Sin embargo la solución no es pacífica y algún sector minoritario sostiene que, partir de la reforma operada por el RDL 3/2009, los acreedores, si se personan en tiempo y forma en la pieza de calificación, pueden sostener la petición de culpabilidad del concurso, incluso si la Administración Concursal y el Ministerio Fiscal no lo hacen.

El tema ha sido parcialmente abordado por el Tribunal Constitucional STC 15/2012, de 13 de febrero que concede el amparo a unos acreedores laborales por cuanto que la interpretación realizada por el juez de las previsiones de la Ley Concursal «apartándose de forma patente de las previsiones legales, restringe de manera constitucionalmente reprochable el derecho de acceso a la jurisdicción garantizado por el art. 24.1 CE». Sin embargo, no entra, como hubiera sido deseable, a establecer el contenido concreto del derecho de acceso a la jurisdicción del acreedor en la pieza de calificación, por lo que no soluciona la polémica apuntada. Concede el amparo al considerar que los acreedores fueron expulsados de la pieza sin concedérseles siquiera la limitada intervención.

La posterior Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, SAP Madrid, Sección 28.ª, 81/2012, de 9 de marzo analiza la cuestión afirmando que la administración concursal y al Ministerio Fiscal son los que ostentan, en exclusiva, la facultad de interesar del juez del concurso los pronunciamientos que entiendan que procedan en el seno de la pieza de calificación, sin que incumba ni a los acreedores ni a otro sujeto con interés legítimo la iniciativa para formular tal tipo de pretensiones.

De ésta manera, la Audiencia Provincial afirma que considera protegido el derecho a la tutela judicial efectiva de los acreedores cuando se le permite efectuar las alegaciones iniciales, proponer pruebas que tiendan a respaldar lo pretendido por los órganos concursales, realizar alegatos en la vista que apoyen tales pretensiones y, asimismo, sustentar en apelación lo que aquéllos hubieran oportunamente planteado en la primera instancia.

En cualquier caso y como ya se ha reclamado en años anteriores es preciso revisar la intervención del Fiscal en esta materia concedién-

dole la amplitud y los medios técnicos necesarios para poder evaluar la situación de la concursada y poder cumplir con la finalidad pretendida por la ley.