

2.3 Cuestiones de especial interés

2.3.1 ÁMBITO DE FAMILIA

El ámbito de familia concentra la mayor parte de la actividad del Ministerio Fiscal dentro del orden jurisdiccional civil, superando este ámbito el 60% de los procedimientos civiles en que actúa la Fiscalía.

Como fórmula de cese de la convivencia marital las separaciones están cayendo en desuso, al no ser paso previo para el divorcio, tratándose de un procedimiento utilizado fundamentalmente por motivos ideológicos. En la actualidad representan ya solamente un 7% de este tipo de procedimientos.

Por otro lado, al ser cada vez más frecuentes las uniones de hecho, se incrementan los procedimientos en los que se solicitan medidas en relación con los hijos extramatrimoniales, llegando a representar más de un 25% de los procedimientos de cese de la convivencia marital.

Se viene observando un descenso generalizado de los procedimientos contenciosos a favor de los de mutuo acuerdo, aunque los primeros todavía suponen un 52% del total. El descenso de los procedimientos contenciosos se debe a la necesidad de reducir los costes del procedimiento en un entorno de crisis económica como el actual, así como al éxito de los distintos mecanismos de mediación que se han ido implementando, todo lo cual produce la transformación en procedimientos de mutuo acuerdo de muchos de los iniciados como contenciosos.

La crisis económica ha incrementado también los procedimientos de modificación de medidas para adaptar las pensiones a la nueva realidad económica de los progenitores, incrementándose así mismo las ejecuciones forzosas necesarias ahora para instar el pago de las mismas.

Respecto a las disoluciones de las parejas del mismo sexo con hijos biológicos de uno solo de sus miembros pero inscritos en el Registro como hijos de los dos, se siguen generando conflictos porque se alega por parte del que no es progenitor biológico la imposibilidad de serlo a pesar de estar inscrito en el Registro como tal para desvincularse de la obligación de pago de alimentos. En otras ocasiones el progenitor biológico impide la relación con el menor con su expareja que no figura como progenitor en el Registro pero en relación con la cual ha habido una relación afectiva, obligándole a instar un procedimiento de jurisdicción voluntaria para solicitar las visitas en aplicación del artículo 160 CC.

Tras la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional de 17 de octubre de 2012, cuestión de inconstitucionalidad 8912/2006, en materia de guarda y custodia compartida, por la que se ha declarado incons-

titucional el inciso «favorable» del artículo 92.8 CC referente al Ministerio Fiscal, es preciso realizar algunas consideraciones en relación a los procedimientos en los que se solicita la guarda y custodia compartida.

En primer lugar hay que señalar que la mayor parte de las guardas de este tipo se solicitan en procedimientos de mutuo acuerdo y que una vez comprobados los requisitos legales del artículo 92 CC y las circunstancias concretas del entorno familiar (distancia entre el domicilio de los progenitores, conflictividad entre ellos, hijos mayores de edad que todavía conviven en el hogar familiar...), si no existen inconvenientes prácticos, el informe de la Fiscalía viene siendo favorable.

También es importante tener en cuenta la existencia de regulación específica en materia de guarda compartida en 3 CCAA (Cataluña, Aragón y Valencia).

Antes de terminar el área de familia es preciso hacer referencia al papel que la mediación está desempeñando en los procedimientos de familia. A pesar del estímulo que para la mediación supuso la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles y las múltiples Leyes Autonómicas existentes en esta materia, todavía no puede hablarse de un auténtico despegue de la institución,

La existencia de servicios de mediación implementados por entidades locales, CCAA o Asociaciones dotadas de financiación pública, ha venido suponiendo durante los últimos años un impulso para esta fórmula de reducción de la litigiosidad que se ha visto frenado por la reducción del compromiso presupuestario en este ámbito de los distintos entes públicos debido a la crisis económica.

Desde la Fiscalía General se viene potenciando en la medida de lo posible la utilización de todo tipo de fórmulas de mediación, al considerar que son eficaces para resolver los conflictos desde una perspectiva más humanista, al tiempo que ayudan a reducir las tasas de litigiosidad. Para ello la Fiscalía ha promovido la firma de múltiples protocolos y convenios².

2.3.2 PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS: ESPECIAL REFERENCIA A LAS PARTICIPACIONES PREFERENTES Y A LA DEUDA SUBORDINADA

El tratamiento de los distintos supuestos planteados en la emisión y comercialización de las participaciones preferentes y de la deuda

² Estos convenios están accesibles en <http://www.fiscal.es/Documentos/Convenios>

subordinada son objeto de tratamiento específico en el Capítulo V de esta Memoria dentro del apartado dedicado a la corrupción social, política y económica.

En el ámbito civil, no obstante, hay que hacer mención en este momento de la aplicación que se ha hecho los arts. 17 y ss de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (Texto Refundido Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre). En virtud de la misma y en aplicación del artículo 11.4 LEC que legitima al Fiscal para la protección de los intereses supraindividuales de los consumidores se ha instado la declaración judicial de que el modo o práctica seguido por las entidades financieras es abusivo; se solicita la cesación en ese comportamiento, así como la declaración de nulidad de los contratos que se hubieran celebrado con carencia de información; y, en su caso –derivado de la anterior– la restitución de las prestaciones realizadas por los consumidores.

No obstante, como luego se expondrá, los Tribunales han admitido la legitimación del Fiscal únicamente para el ejercicio de la acción de cesación.

2.3.3 INTERVENCIÓN DEL FISCAL EN MATERIA CONCURSAL

Aunque el nuevo modelo estadístico introducido el presente año no nos permite comparar la evolución interanual de este tipo de procedimientos, en líneas generales se advierte una estabilización del número de expedientes concursales en los que ha intervenido el Ministerio Fiscal que ascendió en 2012 a 4064.

La limitada intervención que la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal reserva al Ministerio Fiscal está provocando en la práctica algunas disfunciones que resulta relevante señalar.

La Administración Concursal compuesta por profesionales libres adquiere un protagonismo de tal magnitud que podríamos afirmar que, bajo la tutela del Juez del concurso, se erige en director de facto de la suerte del procedimiento. Es el órgano cualificado designado por el Juez del concurso que, actuando a modo de perito auxiliar de éste, examina la contabilidad y elabora el informe nuclear del procedimiento en el que analiza el estado patrimonial de la mercantil deudora.

El Ministerio Fiscal, por el contrario, carece de facultades de intervención en cualquier otra pieza que no sea la Sección Sexta de calificación. Puede, incluso, que no lleguen a su conocimiento los hechos que, en su caso, podrían determinar la culpabilidad de un concurso pues la Sección Sexta sólo se abre en determinados casos y cir-

cunstances previstos en el artículo 167 LC. No tiene legitimación directa para la petición de medidas cautelares ni acciones de reintegración. En la Sección donde participa, la Ley le otorga el plazo de diez días para emitir un informe de calificación y para que manifieste si el concurso debe ser declarado fortuito o culpable y para ello, dispone únicamente de los informes emitidos previamente por la Administración y de los escritos de alegaciones que efectúan los acreedores con interés legítimo.

Todo ello se traduce en que en la mayor parte de los supuestos existe una coincidencia total con las conclusiones del informe de la Administración Concursal, al carecer de habilitación legal para solicitar diligencias y de apoyo técnico que permita a la Fiscalía apartarse de las tesis de la misma.

No obstante y con distinto éxito dependiendo del órgano jurisdiccional, en algunas ocasiones aunque no existe previsión legal, cuando se da traslado al Ministerio Fiscal para emitir dictamen sobre la calificación del concurso, se solicitan diligencias en orden a aclarar el informe de la Administración Concursal pero incluso aunque el órgano judicial admita esta petición de diligencias y la cumplimente, la información de la que dispone el Ministerio Fiscal; el hecho de no haber intervenido en la tramitación de ninguna de las piezas hasta llegar a la sexta; y la carencia de medios técnicos a su disposición 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.

Por otro lado, los acreedores con interés legítimo ven cercenadas por la Ley las posibilidades de ejercitar sus propias pretensiones individuales y separadas de las del Ministerio Fiscal y la Administración Concursal, ya que la ley sólo les reserva la facultad única de efectuar alegaciones en el modo y tiempo que prevé el artículo 168 LC, 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 estos últimos la calificación de fortuito, el Juez decreta el archivo, sin más trámites.

Esto hace que los acreedores suelen acudir al Ministerio Fiscal con la pretensión de que haga suyas sus peticiones, fundamentalmente en los casos en los que no han sido objeto de inclusión en el informe de la Administración Concursal.

El tema ha sido parcialmente abordado por el Tribunal Constitucional, STC núm. 15/2012, de 13 de febrero, que concede el amparo a unos acreedores laborales por cuanto que «apartándose de forma patente de las previsiones legales, restringe de manera constitucional-

mente reprochable el derecho de acceso a la jurisdicción garantizado por el artículo 24.1 CE». No obstante, 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.

Sin embargo la posterior sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 9 de marzo de 2012 analiza la cuestión afirmando que la administración concursal y el 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.

El escenario descrito sugiere que debería revisarse la intervención del Ministerio Fiscal en materia concursal, limitándola a aquellos supuestos en los que exista un interés público relevante y, en este caso, la intervención del Fiscal debería ser más amplia, debiendo contar además con medios técnicos propios para poder evaluar la situación de la concursada.

2.3.4 LA INTERVENCIÓN DEL FISCAL EN EL ÁMBITO DEL REGISTRO CIVIL

La actividad más destacada del Ministerio Fiscal en esta materia corresponde a los expedientes de matrimonio y nacionalidad que suponen más de un 75% del total.

Durante el año 2012 el número de expedientes del Registro Civil en los que ha intervenido el Ministerio Fiscal ha experimentado un crecimiento de un 7%.

No obstante, esta materia debe abordarse desde la óptica de la próxima administrativización de la misma (la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil entrará en vigor en julio de 2014) que supondrá la limitación de la actuación del Fiscal únicamente a aquellos supuestos en que el órgano jurisdiccional revise la resolución administrativa en vía de recurso.

Durante el año 2012 se ha apreciado un incremento generalizado de diligencias de investigación en materia de matrimonios de conveniencia.

Con respecto a los expedientes de nacionalidad en el año 2012 el Ministerio de Justicia externalizó parte de la tramitación de los mis-

mos mediante la firma de un Convenio con el Colegio de Registradores con la finalidad de agilizarla. Los efectos de la externalización en cuanto a la reducción de tiempos medios de tramitación, no se han podido constatar durante este año, ya que la falta de disponibilidad de las herramientas informáticas adecuadas ha producido disfunciones.

Una cuestión relevante surgida en el ámbito del Registro Civil ha sido la de las inscripciones de nacimiento y reconocimiento de filiación de menores nacidos en el extranjero mediante la técnica de «gestación por sustitución», dado que tras la publicación de la Instrucción de 5 de octubre de 2010 de la Dirección General de los Registros y del Notariado que permite la inscripción mediante la solicitud del exequátur de la sentencia extranjera en que se reconocía tal filiación, existían distintos criterios sobre la interpretación y aplicación del artículo 10 de la Ley 14/06, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida.

Estando pendiente en el Tribunal Supremo un recurso de casación contra una sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, por la que se estimaba la demanda interpuesta por el Ministerio Fiscal, el Fiscal de Sala de lo Civil ha informado que hasta tanto no se resuelva este recurso, los Fiscales deben seguir el criterio fijado en la sentencia; es decir, considerar que no es posible aceptar esta filiación en España en cuanto se opone al artículo 10 de la Ley 14/06.

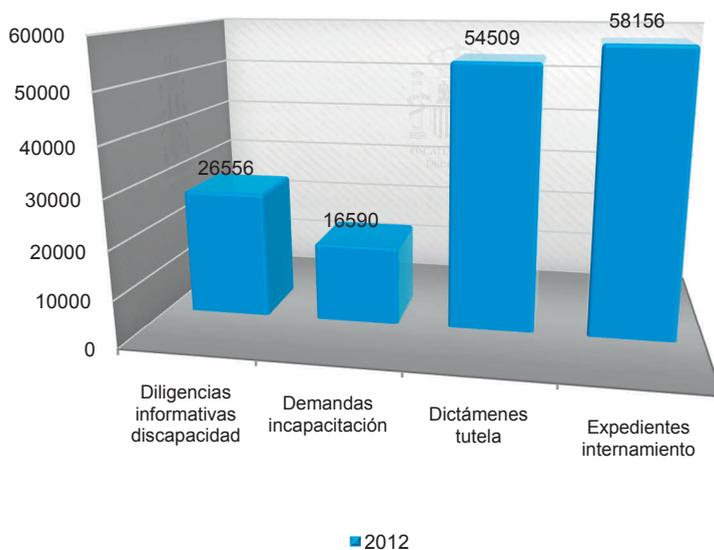
2.3.5 PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La misión constitucional del Ministerio Fiscal como defensor de los derechos de las personas más vulnerables en los procedimientos relativos a la protección de los derechos fundamentales, señalada en el artículo 124 de la CE y desarrollada en su Estatuto Orgánico (art. 3.7), cobra una nueva dimensión tras la entrada en vigor de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad el 3 de mayo de 2008. Ello incide especialmente en el compromiso de la Institución con la eficacia y garantía de su aplicación.

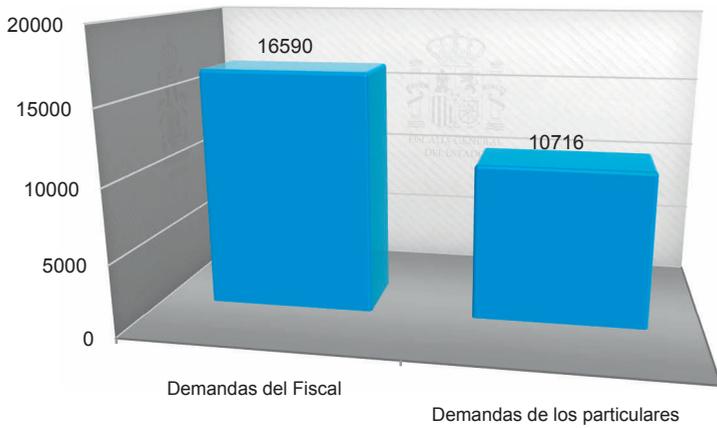
La Fiscalía ha impulsado su aplicación en todas sus intervenciones, destacando la Instrucción 4/2008 sobre «Control y vigilancia de las tutelas de personas con discapacidad», la Instrucción 4/2009, «Sobre la organización de las secciones de lo civil y del régimen especializado en materia de protección de personas con discapacidad» y la Instrucción 3/2010 «Sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos

sobre determinación de la capacidad de las personas». A ello se suma el Manual de Buenas Prácticas del Ministerio Fiscal de marzo de 2011. En los trabajos preparatorios del Libro Blanco del Ministerio Fiscal se concluye la necesidad de abordar la reorganización de los actuales Servicios de Protección a las Personas con Discapacidad.

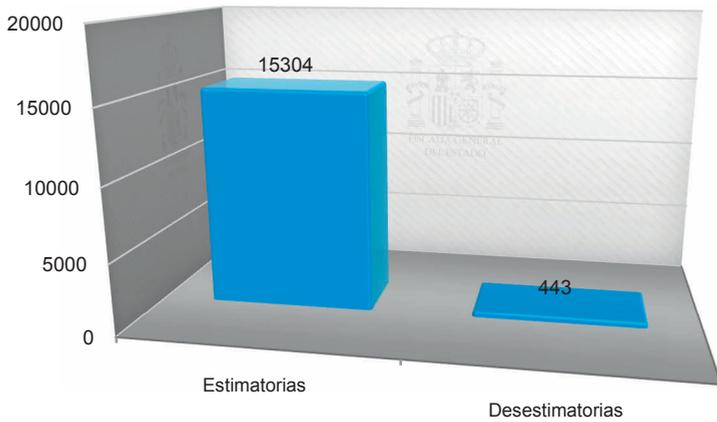
La actividad del Ministerio Fiscal se centra fundamentalmente en el ámbito de las incapacidades, las tutelas y los internamientos, con otras actividades de menor impacto cuantitativo. Las grandes líneas de actuación del ejercicio se concretan en lo siguiente:



En materia de incapacidades la información es susceptible del siguiente desglose:



■ Demandas 2012



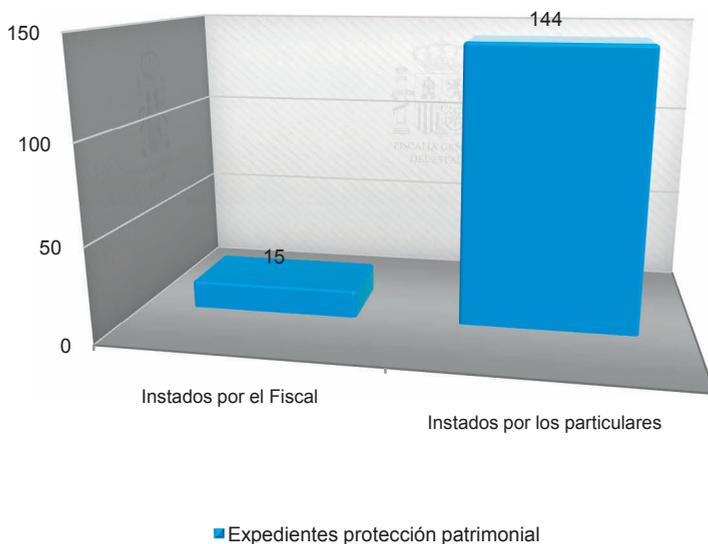
■ Sentencias en demandas del Fiscal

El alto número de demandas presentado debe llevar a plantear si se trata de una intervención excesiva contraria a un modelo social de discapacidad. La actuación tuitiva no debería suponer una absoluta privación que sustituya al afectado en cualquier toma de decisiones, sino que se le ha de brindar un apoyo o asistencia concretos. Este panorama evidencia la falta de un adecuado desarrollo legislativo de la Convención. En este sentido, comienza a asentarse la idea de que el Fiscal inste la modificación de la capacidad solo respecto a quienes lo precisen para su cuidado personal, de salud, de su patrimonio o en pro de su integración social, absteniéndose cuando no se aprecie esa necesidad. Las diligencias informativas de las Fiscalías –abundantes en número, como se ve– son herramienta esencial para dilucidar tales extremos. La figura del «asistente», novedad del derecho civil catalán, comulga con la nueva orientación de la Convención y ha encontrado en la Fiscalía un activo promotor para que las herramientas de protección sean respetuosas con la capacidad natural de la persona protegida, coherentes con las necesidades asistenciales y proporcionadas respecto a múltiples situaciones de retrasos mentales leves.

La estadística debe ofrecer información que permita comprender la situación de grupos concretos de personas con discapacidad que tengan diferentes grados de vulnerabilidad, ayudar a la elaboración de leyes y programas y reflejar los puntos críticos. Falta todavía una información que permita definir grupos de personas e incapacidades, básicamente distinguiendo entre las afectadas por deterioros cognitivos y las que lo son por enfermedades mentales. Rangos de sexo y edades completarían sin duda un panorama propicio a lograr los fines antedichos. Es el Estado en su conjunto, en colaboración con los múltiples responsables, quien debe abordar tal tarea.

El poder de la información se manifiesta también en otros aspectos como la necesidad de que el Registro Civil garantice sin límites territoriales la publicidad de las declaraciones judiciales de incapacidad para la protección de personas, con fácil y regulado acceso para quienes (p.ej. notarios) están obligados a comprobar la capacidad de la persona, unificándose también el registro de poderes notariales cuya suspensión ha sido acordada judicialmente como medida cautelar. Los Fiscales deben tener acceso telemático directo a las bases de datos que les permitan conocer la situación patrimonial de la persona con discapacidad.

En el caso de los expedientes de protección patrimonial su incidencia es la siguiente:



La actuación de la Fiscalía ha resultado fundamental para la regularización y control periódico de los ingresos involuntarios, esencialmente referidos a personas de avanzada edad con procesos degenerativos, que ya residen en centros residenciales. Se entiende categóricamente que tales ingresos necesitan de la cobertura del artículo 763 del CC, que regula el internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico. La doctrina constitucional fijada a lo largo del año (STC 141 de 2 de julio de 2012) confirma cómo, al afectar los internamientos a derechos fundamentales de la persona, ha de extremarse el cuidado para que las resoluciones judiciales habilitadoras cumplan estrictamente los plazos, siendo motivadas tanto a la hora de autorizarlos como para su mantenimiento, tramitándose con respeto a la postulación procesal del afectado y su posibilidad de instar prácticas probatorias.

En un panorama presente y futuro de crisis económica y restricciones sociales que inciden en los derechos fundamentales, especialmente en la esfera familiar y personal de los más vulnerables, son especialmente gráficos los supuestos referidos a las malas prácticas bancarias que pueden haber desembocado en la pérdida de todos los ahorros de miles de ellos; en el ámbito penal, pueden constituir delitos

de estafa o apropiación indebida, y en cualquier caso pueden derivar consecuencias en el ámbito del derecho protector de los consumidores o usuarios.

Con la misma premisa socio-económica, el aumento de procedimientos de jurisdicción voluntaria en los que se encuentran inmersos intereses de incapaces (fundamentalmente, autorizaciones para la venta de bienes), tramitados con el fin de atender a su mantenimiento, internamiento o incluso el de terceras personas, obliga a extremar el cuidado en una situación compleja y delicada.

El cambio experimentado en el reparto de las cargas familiares por una crisis que incide en la tragedia del paro y en la precariedad de los salarios determina que sean las pensiones y ahorros de las personas mayores con discapacidad las que soportan las cargas y el mantenimiento de los miembros más jóvenes, lo que repercute muchas veces en una importante disminución de su calidad de vida y estabilidad económica en el futuro.

La imprescindible *lege ferenda* que adapte la legislación nacional al Convenio debe garantizar la información del afectado sobre la naturaleza del procedimiento, su alcance y sus derechos procesales, la eficaz intervención de los defensores judiciales, una prueba pericial multidisciplinar que permita valorar la capacidad y el grado de autonomía y, finalmente, una sentencia que auténticamente delimite la capacidad de obrar, abordando los concretos aspectos personales y patrimoniales restringidos y las facultades de representación y apoyo.

No debe asumirse la declaración de discapacidad como una situación consolidada, sino bajo un sistema de revisión razonable periódica. El control y seguimiento del expediente de tutela debe ser regulado en términos de modernidad y eficacia, concretándose un auténtico plan de tutela que propenda –allí donde sea posible– a lograr una progresiva autonomía individual, el libre desarrollo de la personalidad y su mejor integración social.

Durante el ejercicio 2012 el Fiscal de Sala de la Sección Civil del Tribunal Supremo se dirigió a los Fiscales a fin de unificar y coordinar actuaciones sobre el derecho de sufragio de las personas incapacitadas judicialmente y su rehabilitación. A principios de 2013 esa Fiscalía ha interesado la admisión de recurso de casación que permita fijar jurisprudencia sobre cuándo se puede privar del derecho de voto a una persona declarada incapaz.

El Jurado de los Premios Cermi 2012 concedió en la categoría Institucional el premio a la Fiscalía General del Estado, «por aplicar su atribución constitucional de promover la acción de la Justicia en beneficio de los derechos de las personas con discapacidad, que sufren

situaciones acusadas de discriminación y exclusión por su diversidad humana». Con tales galardones se busca reconocer las iniciativas o acciones o la labor de personas o instituciones que más se hayan distinguido en ámbitos como la inclusión laboral, la investigación social y científica, la accesibilidad universal o, en la esfera institucional, en favor de las personas con discapacidad y sus familias.

La evolución interanual de la actividad se resume en el siguiente gráfico.

