

2.3 Cuestiones de especial interés

2.3.1 ÁMBITO DE FAMILIA

El ámbito del Derecho de Familia sigue concentrando la mayor parte de la actividad del Ministerio Fiscal dentro del orden Jurisdiccional civil, superando el 60% de los procedimientos civiles en los que interviene.

Podemos destacar en este ámbito que la fórmula mayoritariamente elegida para el cese de la convivencia familiar sigue siendo el divorcio, mientras que las separaciones siguen cayendo en desuso representando un 5,5% de los procedimientos matrimoniales, al no constituir un paso previo para acudir al procedimiento de divorcio.

Igualmente se observa una clara prevalencia de las rupturas de uniones de hecho sobre las separaciones. El número de rupturas de uniones de hecho se ha visto también incrementado ya que, debido a factores culturales, las relaciones de pareja se constituyen cada vez con más frecuencia sin vínculo matrimonial.

Por otro lado, se consolida la tendencia en el aumento de procedimientos no contradictorios –de mutuo acuerdo o entablados por un cónyuge con el consentimiento del otro– frente a los contenciosos, siendo en cambio en la fase posterior, fundamentalmente en materia de modificación de medidas cuando las partes acuden más a la resolución contenciosa de sus problemas.

Es de resaltar, que el ámbito de familia, además de concentrar la mayor parte de actividad del Ministerio Fiscal, es también donde más problemas se plantean. En efecto, el mismo concepto de familia al que se refiere el art. 32 de la Constitución Española ha cambiado sociológicamente, sobre todo con la posibilidad de contraer matrimonio personas del mismo sexo, lo que origina problemas en relación a la filiación.

Asimismo, se ha producido un aumento de las uniones de hecho para cuya regulación casi todas las Comunidades Autónomas han creado sus propias Leyes, distintas unas de otras, mientras que el Estado no ha creado una Ley de ámbito estatal, lo que ha originado desigualdades en los ciudadanos según residan en uno u otro territorio, y a veces problemas de Derecho Interterritorial.

Además, los Derechos Civiles Forales están actualizándose constantemente, también con soluciones diferentes en cada Comunidad, incluso Cataluña tiene un Código Civil completo, con lo que nos encontramos con diferentes legislaciones civiles en el Estado Español

que dan soluciones distintas a los mismos problemas y originan como se ha dicho conflictos de Derecho Interterritorial muy graves.

De otra parte, se ha producido un incremento de los procesos de modificación de medidas acordadas en procesos de separación y divorcio para reclamar la custodia compartida, como consecuencia de la reciente Jurisprudencia del Tribunal Supremo favorable a la misma, y de las leyes que apuestan por la custodia compartida de las Comunidades de Aragón, Cataluña, Navarra y Valencia.

También la crisis económica ha contribuido a este incremento, en la medida que un ex cónyuge que pagaba una pensión compensatoria o una de alimentos ha visto empeorada su situación económica o ha quedado en situación de desempleo. Esta circunstancia ha obligado a acordar un descenso generalizado de las cuantías por aquellos conceptos y establecer pactos conteniendo cláusulas de revisión.

Como método de resolución de conflictos se continúa insistiendo en el impulso de la mediación, reservándose la intervención judicial para el caso de que no sea posible el acuerdo o bien que el contenido del mismo sea lesivo para los intereses de los hijos menores o discapacitados, o de uno de los esposos, no obstante, todavía la incidencia de su actividad no es la misma en todas las provincias.

Un tema que continúa preocupando es el retraso importante que sufren los procedimientos de familia cuando es preciso el informe del Gabinete Psico-Social por la falta de dotación suficiente de medios personales que permita concluir los informes con la premura de tiempo que la materia requiere. Este retraso, motivado por el incremento de solicitudes de informes que deben incorporarse a los procedimientos matrimoniales en interés de los menores, produce en la práctica un deterioro en las relaciones parentales cuando uno de los progenitores coarta la convivencia o comunicación del otro con los hijos comunes y no se dicta resolución judicial que pende de la emisión del informe.

Antes de finalizar el área de Familia, hay que hacer referencia a las SSTS n.º 46/2013, de 4 de diciembre; n.º 250/2013, de 30 de abril, que el Fiscal de Sala de la Sección Civil destaca por su importancia en este ámbito.

La primera, dictada en unificación de doctrina sobre alimentos, se refiere al momento del comienzo del abono de la pensión fijada en un proceso de divorcio. El TS estima el recurso de casación interpuesto por el Fiscal contra la sentencia que establecía que las pensiones alimenticias se devengarán desde la fecha de la sentencia, y declara que procede el pago de la pensión desde la interposición de la demanda. La Sala manifiesta que debe aplicarse el art. 148,

párrafo primero CC como norma general de la obligación de alimentos entre parientes (FJ2).

La segunda sentencia versa sobre la modificación de las medidas alimenticias como consecuencia del nacimiento de otros hijos fruto de una nueva relación de pareja del progenitor alimentante. La sentencia recurrida niega que exista cambio de circunstancias.

Se declara como doctrina jurisprudencial que el nacimiento de nuevos hijos fruto de una relación posterior, no supone, por sí solo, causa suficiente para dar lugar a la modificación de las pensiones alimenticias establecidas a favor de los hijos de una anterior relación, sino que es preciso conocer si la capacidad patrimonial o medios económicos del alimentante es insuficiente para hacer frente a esta obligación ya impuesta y a la que resulta de las necesidades de los hijos nacidos con posterioridad.

2.3.2 PROTECCIÓN DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

La legislación que protege colectivamente a los consumidores y usuarios es incompleta y fragmentaria, y avanza a impulso del Derecho de la Unión Europea.

Los Fiscales intervienen cuando demandan las Asociaciones de Consumidores y Usuarios y son llamados en base al art. 15 LEC, y de propia iniciativa, como la demanda que ha planteado Valencia, sobre acción de cesación de condiciones generales de la contratación, respecto de una entidad mercantil en relación al uso de bicicletas y que ha terminado con sentencia favorable a la demanda del Fiscal. No obstante, este tipo de procesos no se pueden llevar con una legislación fragmentaria.

Por ello, aunque la Fiscalía General del Estado intentó crear una doctrina general con la Circular n.º 2/2010, *acerca de la intervención del Ministerio Fiscal en el orden civil para la protección de los consumidores y usuarios*, lo cierto es que es necesaria una reforma legislativa, una Ley de acciones colectivas en esta materia.

La labor de la Fiscalía en materia de protección de Consumidores y Usuarios ha sido también importante y se han mantenido reuniones con asociaciones de consumidores y de afectados por las participaciones preferentes, así como con los representantes de los organismos encargados de la defensa de los derechos de los consumidores y usuarios.

Ante la Sala Primera del Tribunal Supremo se interpuso un recurso de casación por la Fiscalía de Sevilla, sobre cláusulas suelo de una

gran entidad bancaria, que fue estimado en parte (STS n.º 241/2013, de 9 de mayo de 2013). El Pleno del TS declara la nulidad de las cláusulas suelo incluidas por las entidades bancarias demandadas por falta de información suficientemente clara de que se trata de un elemento definitorio del objeto principal del contrato.

El Fiscal ha intervenido, entre otros, en los siguientes procedimientos que destacan por su singularidad:

Procedimiento 177/2011, seguido ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 9 de Madrid sobre las cláusulas suelo-techo, en el que se dictó sentencia que fue recurrida en apelación por el Fiscal. La Audiencia Provincial de Madrid ha dictado Sentencia de 26 de julio de 2013 (n.º 242/2013), estimatoria del recurso. Esta sentencia, además, se hace eco de la STS 241/2013, de 9 de mayo, anteriormente citada, que se pronuncia acerca de la nulidad por falta de transparencia de las precitadas cláusulas.

Procedimiento 703/2011 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid, seguido por demanda interpuesta por la OCU contra una entidad de transporte aéreo, en defensa de los intereses colectivos de los consumidores y para la declaración de nulidad de determinadas cláusulas insertas en condiciones generales de la contratación. Muchas de ellas han sido declaradas nulas, en la línea de lo sostenido por el Fiscal en el juicio.

La Fiscalía de Málaga ha apoyado la demanda por publicidad contraria a la imagen de la mujer, presentada por una Asociación de Consumidores contra una entidad de transporte aéreo, que dio lugar a los autos de juicio verbal 23/13 del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Málaga. Se dictó sentencia el 5 de diciembre de 2013, condenando a la citada compañía.

El Fiscal recurrió en apelación la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Santander en el juicio verbal n.º 208/11, sobre una acción de cesación contra la compañía telefónica de España. La Audiencia Provincial en la sentencia 130/2014, estima el recurso de Apelación y declara la nulidad de la cláusula que acuerda a partir del 10 de junio o 1 de octubre de 2008, finalizar la promoción de gratuidad del servicio de identificación de llamadas, pasando a tener un costo mensual de 0,58 euros. Condena a la entidad demandada a estar y pasar por dicha declaración y a eliminar del contrato la cláusula declarada abusiva.

2.3.3 INTERVENCIÓN DEL FISCAL EN MATERIA CONCURSAL

Como consecuencia de la coyuntura económica, en el año 2013 se ha visto incrementado el número de procedimientos concursales en los que ha intervenido el Ministerio Fiscal, pasando de los 4.064 del año 2012 a los 5.340 en el 2013.

Junto al aumento de los concursos se observa una mayor complejidad de los asuntos. Nos encontramos ante concursos que afectan a empresas de mayor tamaño y en los que se evidencian más calificaciones con carácter culpable que en los iniciales concursos de PYMES que estaban relacionados con la construcción, y que se generaban por la falta de actividad del objeto empresarial y ausencia de financiación. Se observa, además, que la cuestión concursal afecta a empresas que resistieron el primer período de crisis, pero que, para su subsistencia, han incurrido, en ocasiones, en auténticas ingenierías financieras de sucesión de empresas con vaciamiento patrimonial; tal situación, en repetidas ocasiones, evidencia conductas penales que, en algunos casos, pretende generar concursos ficticios para diluir las responsabilidades con la AEAT y con los compromisos laborales y salariales.

Como expone la Instrucción 1/2013, *sobre la intervención del Fiscal en el proceso concursal*, subyacen en el derecho concursal intereses públicos y sociales, relacionados con la actividad económica, el empleo y el mercado, que justifican la presencia del Ministerio público en defensa de la legalidad y de los intereses colectivos aludidos.

La intervención del Fiscal en los procesos concursales ante los Juzgados de lo Mercantil es limitada, se ciñe a emitir dictamen en los supuestos de adopción de medidas cautelares limitativas de derechos fundamentales (art.1 Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, *para la reforma Concursal, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial*), dictaminar en cuestiones de competencia (art. 12 LC) y la más importante, intervenir en la pieza de calificación, primero informando si el concurso debe ser fortuito o culpable (artículo 169 LC) y asistiendo, en su caso, al juicio en los supuestos de calificación culpable.

Por ello, merece especial mención la problemática del contenido de los informes del Ministerio Fiscal en la Sección Sexta del procedimiento concursal.

A pesar de que la Ley Concursal establece, que en la Sección Sexta el Ministerio Fiscal es parte y es preceptivo darle traslado del contenido de esta Sección para que emita su dictamen de calificación, la misma Ley prevé la continuación del procedimiento sin el dictamen

del Fiscal, entendiendo que no se opone a la propuesta de calificación efectuada por la Administración Concursal (art. 169 LC).

La única información y documentación que consta en esta Sección es la aportada por la deudora declarada en concurso y por la Administración Concursal, lo que conlleva a un conocimiento limitado por el Fiscal de todo lo acaecido en la situación de crisis de la persona deudora que le ha abocado al procedimiento concursal, y ello por no disponer de mayor información que la que consta en esta Sección, que es en la única en que el Ministerio Fiscal es parte, a excepción de las medidas cautelares que se soliciten y se puedan adoptar.

El Fiscal tan solo puede disponer de una mayor información y documentación en la Sección Sexta, en los casos en que se personan en la misma alguno de los acreedores o personas que acrediten interés legítimo y que pueden hacer alegaciones sobre hechos que consideran relevantes para la calificación del concurso como culpable.

No obstante, como se indica en la Instrucción antes mencionada, el informe de los Administradores puede ser de gran utilidad para el Fiscal, pero éste debe alcanzar sus propias conclusiones, examinando lo actuado desde la más absoluta autonomía e imparcialidad.

La solución a la problemática expuesta se produciría, como ya se expuso en la pasada Memoria, mediante una revisión de la intervención del Fiscal, de tal manera que tuviera un carácter más amplio y con la posibilidad de contar con medios técnicos propios para poder evaluar la situación de la concursada.