

## **CAPÍTULO II**

### **ÓRGANOS CENTRALES DEL MINISTERIO FISCAL**

#### **1. FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO**

##### **1.1 Sección de lo Civil**

Como decíamos el año pasado, cuando se habla de la actividad del Ministerio Fiscal se está pensando principalmente en la actividad en el orden jurisdiccional penal, pero el Ministerio Fiscal actúa ante todas las Jurisdicciones y cada vez es más importante su intervención en el orden jurisdiccional civil.

Dentro de este último, las áreas de familia, menores, mayores y personas con discapacidad son las que tienen mayor importancia, aunque también crecen las cuestiones de competencia, la protección de los consumidores y el ámbito concursal.

Cuestión aparte es el Registro Civil, materia en la que ahora el Fiscal tiene una intervención relevante, aun cuando se está pendiente de que se decida en el nuevo modelo de Registro Civil instaurado por la Ley de 2011 quiénes van a ser los Encargados del Registro Civil, y cuál va a ser, en definitiva, la actuación del Ministerio Fiscal en esta materia.

Desde la Fiscalía de Sala de lo Civil se realiza un esfuerzo por estar en contacto directo con todas las demás Fiscalías, pues los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal, a diferencia de lo que ocurre en el proceso penal, no se preparan ante la Audiencia para luego interponerse por los Fiscales del Tribunal Supremo de lo Civil ante dicha Sala, sino que son los Fiscales de las Audiencias Provinciales los que directamente interponen estos recursos ante dichas Audiencias. Dado que son recursos con un contenido esencialmente técnico, se procura que los Fiscales de las Audiencias envíen un borrador del escrito de interposición para estudiarlo en la Fiscalía del Tribunal Supremo, y por eso este año se ha elaborado un borrador de Circular de los recursos de casación y extraordinario por infracción

procesal, para que, en caso de aprobarse por la Junta de Fiscales de Sala, sirva de guía y apoyo al resto de los Fiscales.

La Fiscalía de la Sala Civil del Tribunal Supremo, sigue despachando dentro de plazo todos los dictámenes. La Sala Primera del Tribunal Supremo tiene muy en cuenta el criterio del Ministerio Fiscal en la decisión de los recursos, como más tarde se expondrá.

La Fiscalía del Tribunal Supremo despacha, en la denominada competencia funcional, todos los recursos de casación de los que conoce el Tribunal Supremo, informando qué órgano es el competente para conocer del recurso de casación y en su caso del extraordinario por infracción procesal, si la Sala Primera o los distintos Tribunales Superiores de Justicia.

En cuanto al fondo, se informa en todos los recursos en los que el Fiscal es parte, bien impugnando los mismos o adhiriéndose a ellos o a alguno de sus motivos, pero también se informa en otros procesos: Así, en el planteamiento de cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea conforme a la Instrucción 1/2016, de 7 de enero, *sobre la intervención del Fiscal en las cuestiones prejudiciales europeas* y en materia de protección de consumidores, en las cuestiones de inconstitucionalidad y en incidentes de nulidad y otros que se plantean en procesos en que la Sala Primera quiere saber la posición del Fiscal.

Una gran parte de los recursos que se informan se refieren a cuestiones relativas a la vulneración del derecho al honor, la intimidad o la propia imagen, materia en la que existe gran litigiosidad y que, si bien muchos de ellos tienen su origen en la llamada prensa del corazón, otros tienen connotaciones propias de confrontaciones sociales, políticas o sindicales de la más variada naturaleza.

Las materias en que el Fiscal dictamina en Derecho de familia son muy numerosas; así en procesos de divorcio, nulidad, modificación de medidas, y en todos los procesos en los que emite dictamen se produce en la sociedad y en la Sala Primera una evolución constante. En el año 2015 se ha modificado por Ley 42/2015 de 5 de octubre el artículo 775, lo que origina muchos problemas a los litigantes y problemas también entre los Juzgados de Primera Instancia y de familia y los de violencia de género.

Así, hace cinco años era excepcional otorgar la custodia compartida, pero actualmente, y desde el año 2013, esta opción empieza a ser la tónica general del Tribunal Supremo y de la Fiscalía de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, excepto en los casos previstos en el artículo 92 n.º 7 del Código Civil, como así expresa la sentencia de la

Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, recurso n.º 3016/2014 de fecha 4 de febrero de 2016.

Otro de los problemas recurrentes es la atribución del uso de la vivienda familiar que según el Código Civil corresponde a los hijos menores y a quien tenga su custodia. Los problemas surgen cuando primero se ha otorgado una custodia a uno de los progenitores, normalmente a la madre, y luego se otorga la custodia compartida, momento en el que hay que decidir qué hacer con la vivienda. El Tribunal Supremo se inclina por dar un plazo temporal (de adaptación) al progenitor que antes tenía la custodia individual.

La pensión compensatoria también es una fuente de problemas que resuelve la Sala Primera, de conformidad con los dictámenes del Fiscal, atendiendo a los parámetros del artículo 97 del Código Civil.

La filiación plantea numerosos problemas, como la gestación por sustitución en los países que la admiten y su reconocimiento en España.

#### 1.1.1 REVISIÓN DE SENTENCIAS FIRMES

La Fiscalía del Tribunal Supremo interviene en numerosos procesos de revisión de sentencias firmes regulados en los artículos 509 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000.

La Sala da traslado de las demandas de revisión, en principio en fase de admisión, para que el Fiscal valore primero si la misma se debe admitir o no a trámite porque concurra alguno de los motivos del artículo 510 de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000. Se estudia la demanda y se informa a la Sala sobre si debe admitirse o no, y en caso positivo, después de tramitado el proceso el fiscal acude a la vista e informa vía artículo 514 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El proceso de revisión es un *remedio* extraordinario contra sentencias firmes y por eso dice la Sala Primera que sus motivos deben interpretarse en sentido estricto.

La experiencia enseña que los litigantes que han sido vencidos en juicio, intentan convertir este proceso extraordinario en una nueva instancia. Aun así, es cierto que prosperan algunos procesos de revisión por el motivo n.º 1 del artículo 510 de la LEC, por documentos recuperados u obtenidos, aunque en número no muy alto pues la Sala Primera tiene muy acotado dicho motivo. Prosperan algunos más por el motivo n.º 4 del artículo 510, por maquinación fraudulenta, principalmente por haber citado a los demandados en un lugar que no es su

domicilio, y haberse celebrado el proceso en rebeldía, y en estos casos si se ve la posibilidad de apoyar el motivo.

### 1.1.2 EXPERIENCIAS ACUMULADAS EN LOS PROCEDIMIENTOS DE ERROR JUDICIAL

En los procesos de error judicial, ocurre algo similar a lo comentado respecto de los procesos de revisión, y es que las partes después de haber agotado todas las instancias y recursos posibles, interponen demanda de error judicial, queriendo convertir este proceso en una nueva instancia, con el agravante de que, si los gana la parte demandante el Estado deberá abonar el daño causado.

Igual que en los procesos de revisión, la Sala da traslado al Fiscal al interponerse la demanda para que se pronuncie sobre si debe admitirse o no a trámite. Se trata de un dictamen preliminar. Si la demanda se admite, se tramita el proceso por los cauces del proceso de revisión asistiendo al final a una vista donde el fiscal expone su postura definitiva, y en caso de que la Sala Primera no señale vista, se emite un dictamen a tenor de lo alegado por todas las partes y por el Abogado del Estado. Realmente se tramitan bastantes procesos de este tipo, pero prosperan muy pocos.

### 1.1.3 CUESTIONES DE COMPETENCIA

La Sección de lo Civil de la Fiscalía del Tribunal Supremo despacha un número muy elevado de cuestiones de competencia territorial entre los Juzgados ya que los Juzgados de Primera Instancia tienden con mucha facilidad a declararse incompetentes.

Es un tema que plantea numerosos problemas jurídicos, y aunque en los Juzgados de Primera Instancia han dictaminado los fiscales adscritos a los mismos, se nota una tendencia en general en los fiscales de instancia, a informar en el mismo sentido que el juzgado, y a veces con dictámenes muy sucintos, no siendo conscientes los fiscales que los juzgados no se van a poner de acuerdo y que si su superior común es el Tribunal Supremo, se van a elevar los mismos a la Sala Primera del Tribunal Supremo, donde se observa a primera vista lo acertado o no de sus dictámenes.

En muchos cursos de formación se han tratado las de cuestiones de competencia, y desde la Fiscalía de Sala se han enviado trabajos de jurisprudencia a las distintas fiscalías para subsanar estos problemas.

#### 1.1.4 CONFLICTOS DE COMPETENCIA

No son estadísticamente significativos. Se producen entre cualesquiera de los órdenes jurisdiccionales, la Jurisdicción Civil y la Contencioso-Administrativa, o con los Juzgados Mercantiles y Laborales y Penal.

#### 1.1.5 CONFLICTOS DE JURISDICCIÓN ARTÍCULO 38

Tampoco son muy numerosos, pero también se producen sobre todo en materia concursal, entre el Juez del Concurso y la Administración Tributaria y la Tesorería General de la Seguridad Social.

#### 1.1.6 PROCEDIMIENTOS DEL ARTÍCULO 61 LOPJ

Son pocos, y se han producido principalmente por algún litigante que se dedica a demandar a todo el que no le da la razón, en este caso a los Magistrados de la Sala Primera, o demandas de error judicial contra sentencias de la Sala Primera del Tribunal Supremo.

#### 1.1.7 MATERIA CONCURSAL

En los últimos años, la Ley 22/2003, de 9 de julio, *Concursal* ha sufrido constantes modificaciones, unas con mayor acierto que otras, algunas de las cuales han supuesto la introducción de nuevos procedimientos no contemplados inicialmente, como es el caso de los acuerdos extrajudiciales de pago. Otras han afectado a la figura de la administración concursal y sus funciones, o se han dirigido a intentar agilizar el procedimiento mediante la introducción de mejoras en el procedimiento abreviado.

Uno de los problemas que se ha intentado corregir con las reformas efectuadas es el de la insolvencia de las personas naturales que no ejercen actividad empresarial. Las causas que determinan la insolvencia de estas personas se deben en su mayoría a razones sociales y familiares de índole muy diferente a los que constituyen los motivos por los que se produce la insolvencia en una persona jurídica o de una persona natural empresario. En un inicio, la persona natural no empresaria que instaba un procedimiento concursal se encontraba con que sufría todos los perjuicios de ser declarada en concurso y, en la mayoría de los casos, no conseguía ningún beneficio. Alcanzar un convenio con los acreedores con la correspondiente quita y espera era práctica-

mente imposible, lo que la abocaba a la liquidación, con la correspondiente enajenación de sus bienes y la pérdida de su vivienda habitual, bien por la venta de la misma para el pago de los acreedores, bien porque la declaración de concurso no paralizaba las ejecuciones hipotecarias, dado que la vivienda no era necesaria para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. Además, al no ser posible la «liquidación/disolución» de la persona natural, se encontraba que una vez finalizado el concurso, los acreedores continuaban reclamando judicial y extrajudicialmente las deudas que no habían podido ser satisfechas en sede concursal.

Con el fin de evitar estas situaciones, se han introducido mediante la Ley 25/2015 una serie de mecanismos de segunda oportunidad en la Ley Concursal, de manera que el deudor persona natural podrá obtener el beneficio de la exoneración del pasivo insatisfecho, eso sí, una vez concluido el concurso por liquidación y siempre que cumpla ciertos requisitos, entre ellos, haber celebrado o al menos intentado un acuerdo extrajudicial de pagos conforme dispone el Título X de la Ley Concursal (a excepción de que se dé el poco probable caso de tener un pasivo que supere los cinco millones de euros) y haber satisfecho en su integridad los créditos contra la masa y los créditos concursales privilegiados o, caso de que no haya podido cubrir estos pagos, haber presentado un plan de pagos a cinco años. Excepcionalmente, si no logra cumplir este plan, pero justifica que ha dedicado al menos la mitad de sus ingresos no embargables al pago de las deudas, podrá el juez del concurso dictar auto reconociendo con carácter definitivo la exoneración del pasivo insatisfecho en el concurso.

En relación a ello la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, *de modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, añadió un nuevo apartado 6 al artículo 85 estableciendo que, a partir de la entrada en vigor de la Ley, el 18 de octubre de 2015, todos aquellos concursos de persona natural no empresario no eran competencia de los Juzgados de lo Mercantil, sino de los Juzgados de Primera Instancia del domicilio del deudor.

#### 1.1.8 REGISTRO CIVIL

Por lo que respecta al Registro Civil, la importante reforma llevada a cabo por la Ley 19/2015, de 13 de julio, de medidas de reforma administrativa en el ámbito de la Administración de Justicia y del Registro Civil –de la que tampoco nada se justificó en la Exposición de Motivos– supuso la supresión de la primera fase que se desarrollaba ante los Registros Civiles y que concluía con la elevación de

propuesta favorable o no del Encargado del Registro Civil a la concesión de la nacionalidad española por residencia, previo informe del Ministerio Fiscal, a la Dirección General de los Registros y del Notariado, de acuerdo con el procedimiento regulado en la Disposición Final séptima de la citada Ley. El problema observado tras este cambio se encuentra en el RD 1004/2015, por el que se aprueba el Reglamento que regula el procedimiento para la adquisición de la nacionalidad española.

#### 1.1.9 CONTRATOS

En materia de contratos se destacan a continuación algunos pronunciamientos del Tribunal Superior de Justicia de la Unión Europea sobre interpretación y nulidad de la cláusula suelo. Así:

STJUE Gran Sala 21-12-2016: Efectos restitutorios derivados de la declaración del carácter abusivo de la cláusula suelo incluida en los préstamos hipotecarios. El TJUE rechaza la doctrina del Tribunal Supremo que limitó los efectos restitutorios a las cantidades pagadas indebidamente en aplicación de tal cláusula con posterioridad a la sentencia del propio Tribunal Supremo que declaró el carácter abusivo de la misma. Dicha limitación equivale a privar con carácter general a todo consumidor que haya celebrado, antes de la fecha de esa sentencia, un contrato de préstamo hipotecario que contenga una cláusula de ese tipo, del derecho a obtener la restitución íntegra de las cantidades que haya abonado indebidamente a la entidad bancaria sobre la base de la cláusula. La obligación del juez nacional de dejar sin aplicación una cláusula contractual abusiva que imponga el pago de importes indebidos genera el correspondiente efecto restitutorio en relación con tales importes.

STJUE Sala 1 18-2-2016 Proceso Monitorio. Decreto dictado por el secretario judicial dando por terminado el proceso en aplicación del art. 816 LEC, dado que los demandados no atendieron el requerimiento de pago ni comparecieron ante el tribunal dentro del plazo fijado. Imposibilidad de que el juez que conoce del procedimiento de ejecución pueda examinar de oficio la posible existencia de cláusulas abusivas en el contrato que dio lugar al proceso monitorio. Cuestiones Prejudiciales. La Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, se opone a una normativa nacional que no permite al juez que conoce de la ejecución de un requerimiento de pago apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contenida en un contrato celebrado

entre un profesional y un consumidor, cuando la autoridad que conoció de la petición de juicio monitorio carece de competencia para realizar tal apreciación.

Auto TJUE Sala 10 17-3-2016. Acción individual de nulidad por abusiva de cláusula suelo incluida en contrato de préstamo hipotecario. Previa acción colectiva formulada por una asociación de consumidores dirigida a obtener el cese del uso de una cláusula análoga. Suspensión del procedimiento individual. Cuestiones Prejudiciales. El art. 7 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que obliga al juez que conoce de una acción individual de un consumidor, dirigida a que se declare el carácter abusivo de una cláusula de un contrato que le une a un profesional, a suspender la tramitación de esa acción en espera de que exista sentencia firme en relación con una acción colectiva que se encuentra pendiente, ejercitada por una asociación de consumidores con el fin de que cese el uso, en contratos del mismo tipo, de cláusulas análogas a aquella contra la que se dirige dicha acción individual, sin que pueda tomarse en consideración si es pertinente esa suspensión desde la perspectiva de la protección del consumidor que presentó la demanda individual y sin que ese consumidor pueda decidir desvincularse de la acción colectiva.

STJUE Sala 1 14-04-2016. El art. 7 de la Directiva 93/13 debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que obliga al juez que conoce de una acción individual de un consumidor –dirigida a que se declare el carácter abusivo de una cláusula de un contrato que le une a un profesional–, a suspender la tramitación de esa acción en espera de que exista sentencia firme en relación con una acción colectiva que se encuentra pendiente, ejercitada por una asociación de consumidores con el fin de que cese el uso, en contratos del mismo tipo, de cláusulas análogas a aquella contra la que se dirige dicha acción individual, sin que pueda tomarse en consideración si es pertinente esa suspensión desde la perspectiva de la protección del consumidor que presentó la demanda individual y sin que ese consumidor pueda decidir desvincularse de la acción colectiva.

STJUE Sala 5 26-10-2016. La normativa española que impide al juez adoptar de oficio medidas cautelares al conocer de una acción individual de nulidad de cláusula suelo es contraria a la normativa europea.

Modificación del régimen de la cooperación en materia de protección de los consumidores: el Reglamento (UE) 2017/2394 de 12 de diciembre de 2017.

Es preciso proteger a los consumidores de las infracciones reguladas en el Reglamento (UE) 2017/2394 incluso si ya han cesado pero cuyos efectos

perjudiciales puedan continuar. Las autoridades competentes deben disponer de las facultades mínimas necesarias para investigar y ordenar el cese de tales infracciones o su prohibición en el futuro a fin de impedir que se repitan, y garantizar con ello un alto nivel de protección de los consumidores. Dichas autoridades deben disponer de un conjunto mínimo de facultades de investigación y ejecución con el fin de aplicar el citado Reglamento, cooperar entre sí de forma más rápida y eficiente y disuadir a los comerciantes de cometer infracciones reguladas en el mismo.

Propuestas de reforma del Derecho de obligaciones y contratos en España y la Unión Europea.

Resulta casi indiscutida la necesidad de reformar el derecho de obligaciones y contratos en España. Y esta reforma que apunta al mantenimiento del «derecho vivo» ha de procurar también la convergencia de nuestras normas en el espacio jurídico europeo. El análisis de derecho comparado muestra que las reformas que se van sucediendo en otros sistemas jurídicos del entorno europeo persiguen esta doble finalidad. Las dos propuestas vigentes en la actualidad en España responden a estos postulados y permiten atisbar la futura reforma.

Como ya se ha indicado, en el ámbito del Derecho interno español existen dos propuestas de referencia en la modificación del actual derecho de obligaciones y contratos. Se trata del Anteproyecto de modernización elaborado por la sección de derecho civil de la Comisión General de Codificación y los libros V y VI de la propuesta de Código Civil, elaborada por la asociación de profesores de derecho civil. Esta última toma como base la regulación contenida en el citado anteproyecto de 2009.

Los autores de nuestro actual Código Civil siguen el Proyecto de 1851, llamado también Proyecto de García Goyena, y a través de él, el Código Civil francés de 1804. Todos los juristas de la época fiaban básicamente en la denominada autonomía de la voluntad y, por consiguiente, en la capacidad de los individuos particulares para establecer los contratos en la forma y en las condiciones que tuvieran por conveniente.

Los miembros de la Comisión General de Codificación encargados de elaborar la Propuesta de Modernización del derecho de obligaciones y contratos perseguían una doble finalidad (22): Establecer las reglas que resultasen más acordes con las necesidades apremiantes sentidas en los tiempos que corren, y la mayor aproximación posible del Derecho español a los ordenamientos europeos. Y se puede afirmar que estos dos principios son seguidos por la mayoría de los legisladores internos de los Estados de nuestro entorno en la materia. Esta necesidad de aproxi-

mación a los ordenamientos europeos se ha hecho por ejemplo palpable en la modificación del derecho contractual alemán a través de la cual se incorporó al BGB una parte importante de las directivas comunitarias y de los principios inspiradores de la Convención de Viena sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1980; también se han tenido en cuenta los Principios de Derecho Europeo de los Contratos elaborados por la Comisión Landó.

El Anteproyecto por lo demás contiene una regulación más extensa que la contenida en el Código Civil y propone la inclusión en el texto del Código Civil de la mayor parte del moderno derecho especial denominado Derecho de consumidores y usuarios, en materia contractual.

Sentencia del Tribunal de Justicia, Sala Primera, de 20 de diciembre de 2017, asunto C-649/16: Valach y otros. La competencia judicial internacional para conocer de una acción de responsabilidad delictual ejercitada contra los miembros de un comité de acreedores por su comportamiento durante la votación de un plan de saneamiento en un procedimiento de insolvencia corresponde a los órganos judiciales del Estado miembro de apertura del concurso. En esta decisión de 20 de diciembre de 2017, en el asunto C-649/16, el TJUE confirma los criterios ya establecidos en su jurisprudencia anterior para calificar una acción como concursal a efectos de la aplicación del Reglamento sobre procedimientos de insolvencia, pero su valoración de la concurrencia de tales criterios en el asunto que resuelve supone una cierta ampliación de su comprensión del alcance de la competencia de los jueces del Estado miembro del concurso.

La sentencia del Pleno del Tribunal Supremo 669/2017, de 14 de diciembre, resuelve un recurso de casación que tenía por objeto el carácter abusivo de una cláusula que referenciaba el tipo de interés remuneratorio al IRPH Entidades. Declara que la misma es válida al considerar que no se puede controlar por la jurisdicción civil al realizarlo la Administración Pública con lo que se excluye de la aplicación de la directiva UE 93/13, pero dos magistrados emiten un voto particular.

Actualmente se han anunciado el planteamiento de cuestiones pre-judiciales por otros Tribunales que discrepan de la interpretación realizada por el Tribunal Supremo. Ello determinará que el TJUE se pronuncie finalmente sobre si los Tribunales deben o no controlar esta cláusula y, en su caso, declararla abusiva. Si el TJUE adopta una posición contraria a la del Tribunal Supremo se pueden reproducir las situaciones de injusticia material que ya se han visto con motivo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2013 (La Ley 34973/2013), que fue declarada contraria al derecho de la Unión por

la Sentencia del TJUE de 21 de diciembre de 2016 (LA LEY 179803/2016)

SECCIÓN CIVIL AÑO 2018	
Total Sres. Fiscales. . . . .	5.180
<b>Casación:</b>	3.155
Admisión . . . . .	6
Inadmisión . . . . .	465
Apoyo. . . . .	18
Apoyo parcial. . . . .	6
Dictamen . . . . .	2.590
Adhesión . . . . .	11
Impugnación . . . . .	59
<b>Infracción procesal:</b>	1.587
Admisión . . . . .	5
Inadmisión . . . . .	202
Apoyo. . . . .	4
Apoyo parcial. . . . .	3
Dictamen . . . . .	1347
Adhesión . . . . .	3
Impugnación . . . . .	23
<b>Exequátur</b> . . . . .	-
<b>Revisión</b> . . . . .	112
Competencia . . . . .	254
Error judicial . . . . .	29
Recurso de queja . . . . .	2
Asistencia jurídica gratuita . . . . .	14
Cuestión prejudicial gratuita . . . . .	1
Responsabilidad civil Jueces y Magistrados . . . . .	-
Otros. . . . .	1
Asistencia vistas. . . . .	13
Procedimiento artículo 38 LOPJ . . . . .	2
Procedimiento artículo 42 LOPJ . . . . .	7
Procedimiento artículo 61 LOPJ . . . . .	1
Impugnación asistencia jurídica gratuita . . . . .	2