

CONSULTA 3/2005**SOBRE LA INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO FISCAL EN EL JUICIO DE ALIMENTOS DEL ART. 250.1.8º DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL CUANDO SE INSTA A FAVOR DE MENORES DE EDAD.****I**

La presente consulta tiene por objeto resolver la cuestión relativa a la exigencia de intervención del Ministerio Fiscal en los procedimientos de reclamación de alimentos para menores de edad cuando la acción es ejercitada, frente a su progenitor o progenitores, por terceros que ostentan la representación legal de aquéllos; cuestión que se suscitó en la Fiscalía consultante con motivo de la demanda de alimentos formulada por los tutores de unos menores de edad contra el padre biológico, que previamente había sido privado de la patria potestad de sus hijos.

La consulta encuentra su fundamento en el distinto tratamiento que la intervención del Ministerio Fiscal recibe en la Ley de Enjuiciamiento Civil en función del cauce procesal que siga la reclamación alimenticia.

II

Como es sabido, la LEC 1/2000, si bien deroga el juicio sumario de “alimentos provisionales” de la Ley de 1881, posibilita hasta cuatro tipos procedimentales -uno ordinario y tres especiales- para la tutela de la obligación

alimenticia, dependiendo de la condición de las personas que aparecen como partes o de su eventual acumulación a otros pronunciamientos relativos al estado civil.

Así, si bien el art. 250.1.8º LEC establece, con carácter general, que “*se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas...que soliciten alimentos debidos por disposición legal o por otro título*”, en ocasiones el procedimiento adecuado para sustanciar la pretensión alimenticia no será este juicio verbal *ordinario*, sino un juicio verbal *especial*: bien el previsto en el art. 748.4 LEC, aplicable con carácter imperativo cuando se piden exclusivamente alimentos por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores; bien el de nulidad, separación o divorcio de los arts. 769 y ss. LEC, cuando la pensión de alimentos se engloba en un procedimiento en el que se dirimen cuestiones matrimoniales; bien el de filiación del art. 768.2 LEC, cuando la pretensión alimenticia deriva de un pronunciamiento principal sobre el estado civil.

Los tres últimos supuestos constituyen procesos especiales regulados en el Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y se encuentran dotados de una serie de particularidades -recogidas en su Capítulo I bajo el enunciado “De las Disposiciones Generales”- que responden a las especiales características que presenta el derecho o interés protegido en el ámbito sustantivo. En ellos, razones de orden público, desplazan o atenúan el principio dispositivo, encontrándose expresamente prevista la intervención del Ministerio Fiscal en el art. 749 LEC, tanto en relación con los procesos sobre incapacitación, nulidad matrimonial y determinación e impugnación de la filiación, en cuyo caso debe ser parte siempre (art. 749 pfo. 1), como en relación con los restantes procedimientos de familia, en los que está prevista su intervención sólo para el caso de que alguno de los interesados sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal (art. 749 pfo.2).

Por el contrario, en relación con el proceso del art. 250.1.8º LEC, de aplicación a las restantes reclamaciones alimenticias en las que sólo se ejercite esta pretensión, el legislador no ha introducido en su tramitación ninguna especialidad procedimental -por lo que deberá seguirse el trámite establecido para

el juicio verbal en los arts. 437 a 447 LEC- ni previsión específica acerca de la intervención del Ministerio Fiscal para el caso de que aparezcan interesados menores o incapacitados, lo que motiva la cuestión suscitada por la Fiscalía consultante, ya que ni del lacónico art. 6.1.6º LEC, que regula de forma genérica la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso civil declarando que tiene capacidad para ser parte *“en los procesos ante los tribunales civiles en que, conforme a la ley, haya de intervenir como parte”*, ni de los preceptos relativos al procedimiento ordinario de alimentos, se deduce que el Fiscal haya de intervenir en dichos procesos.

Por tanto, la Ley de Enjuiciamiento Civil ha previsto con carácter imperativo un procedimiento especial en el art. 748.4 LEC para la reclamación de alimentos que pueda efectuar un progenitor contra el otro en nombre de sus hijos menores, al que son de aplicación las disposiciones generales contenidas en los arts. 749 a 755 LEC -entre ellas la preceptiva intervención del Fiscal- de modo que, como ha puesto de manifiesto la doctrina procesalista, estos procesos, aún siendo de alimentos, vienen informados por unos principios procesales que se aproximan más a los de los procesos no dispositivos sobre el estado civil que al juicio ordinario de alimentos; estableciéndose, además, normas específicas en materia de competencia territorial (art. 769.3) y de adopción de medidas cautelares (art.770.6º). Sin embargo, esa misma reclamación dirigida contra el progenitor o progenitores de un menor de edad por parte de terceras personas que puedan ostentar su custodia o tutela, carece de normativa específica, aún cuando el interés tutelado en ambos procedimientos sea esencialmente idéntico, la protección de los alimentistas habida cuenta el vínculo de filiación y la edad (STS 1ª 16.7.02).

III

No obstante, la deficiente ordenación legislativa de que ha adolecido históricamente la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso civil en nuestro ordenamiento jurídico, aún después de la nueva LEC 1/2000, de 7 de enero,

parece indicar que estamos en presencia de una simple imprevisión legislativa, más que de una omisión intencionada.

Ciertamente, ni el Código Civil ni la Ley de Enjuiciamiento Civil contienen normas que sistematicen la intervención del Fiscal en el orden jurisdiccional civil, limitándose a exigir su presencia en determinados supuestos, lo que plantea en la práctica numerosos problemas de los que ya se hizo eco el Libro Blanco del Ministerio Fiscal y resulta claro exponente la presente consulta.

En unos casos la Ley de Enjuiciamiento Civil reclama la incondicional presencia del Fiscal, como sucede en la tutela judicial de derechos fundamentales (art. 249.2 LEC) o en los procesos de incapacitación, nulidad matrimonial y filiación (art. 749.1 LEC); en otros supuestos, la somete a la concurrencia de circunstancias tales como que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal, cual es el caso de los restantes procesos especiales del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 749.2 LEC); y en otros, simplemente, guarda silencio, como se observa en relación con los procedimientos de cambio de sexo o en las cuestiones de competencia planteadas por las partes, a pesar de que el EOMF le encomienda intervenir tanto en los procesos relativos al estado civil (art. 3.6º) como en las cuestiones de competencia, aunque no hayan sido promovidas de oficio (art. 3.8º).

Incluso la relativamente reciente Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de Modificación del Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de Relaciones Familiares de los Nietos con los Abuelos, modificó el art. 103 CC estableciendo que *“excepcionalmente los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes y otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del Juez”*, supuestos, todos ellos, en los que la asunción de la guarda y custodia de los menores por parte de terceros ajenos a los progenitores pueden generar reclamaciones alimenticias de aquéllos contra éstos abocadas al cauce procesal del juicio verbal común de alimentos del art. 250.1.8º LEC, ya que la reforma procesal que acompañó a dicha Ley introdujo en la LEC (art. 250.1.12ª) un proceso de menores con el limitado objeto de regular las cuestiones relativas a

las comunicaciones y visitas entre abuelos y nietos -que “se sustanciará con las peculiaridades dispuestas en el capítulo I del título I del Libro IV de esta Ley”, esto es, las especialidades propias de los procesos no dispositivos- sin contener previsión alguna acerca de las reclamaciones alimenticias que pudieran derivarse de tales situaciones tutelares.

Por tanto, la correcta resolución de la cuestión planteada exige completar la regulación de la legislación procesal civil acudiendo a procedimientos de integración normativa, aplicando tanto los principios generales de actuación del Ministerio Público contenidos en la Constitución y en sus normas orgánicas, como la analogía.

Y así, de acuerdo con la Constitución (art. 124), la Ley Orgánica del Poder Judicial (art. 541) y su Estatuto Orgánico (art. 1) “*El Ministerio Fiscal tiene por misión promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley, de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales y procurar ante éstos la satisfacción del interés social*”.

Añadiendo el art. 3 EOMF, específicamente en relación con su función en el orden jurisdiccional civil, “*Para el cumplimiento de las misiones establecidas en el art. 1, corresponde al Ministerio Fiscal:*

.....

6. *Tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley.*

7. *Intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación”.*

Normas que, si bien no contienen una delimitación precisa de los concretos procedimientos que exigen la presencia del Ministerio Fiscal en el orden civil, sí establecen los principios rectores de su intervención sobre la base de su

configuración constitucional como defensor de los intereses sociales y de los intereses públicos tutelados por la Ley, habilitándole para tomar parte en el proceso civil cuando esté en juego el interés público o la defensa de derechos o intereses de quienes carecen de capacidad de obrar o de representación (menores, incapacitados, ausentes).

De modo, que, como recordaba la Circular 1/2001, *relativa a la incidencia de la nueva LEC en la intervención del Fiscal en los procesos civiles*, la presencia del Fiscal en el orden civil es una necesidad impuesta por la propia delimitación constitucional de sus funciones cuando el objeto de la controversia jurisdiccional trasciende al interés particular de las partes litigantes, y reclama una atención por parte de quien, en el ámbito de la administración de justicia, ha de velar por la defensa de los intereses públicos tutelados por la ley.

IV

La anterior argumentación permite concluir que la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso civil viene condicionada por la naturaleza jurídica de la pretensión que es objeto del proceso, lo que hace necesario, en relación con la cuestión que se somete a consulta, examinar la naturaleza del derecho material para el que se reclama la tutela jurisdiccional en el juicio verbal común de alimentos cuando el interesado es un menor de edad.

Llegados a este punto, como ha tenido ocasión de señalar la doctrina científica y jurisprudencial, no cabe duda de que los alimentos legales presentan un peculiar régimen jurídico que los distingue del resto de las obligaciones patrimoniales. El derecho a los alimentos legales no es renunciable, compensable, ni transmisible a terceros (art. 151 CC), no puede ser objeto de transacción (art. 1814 CC), ni están sujetos a colación los gastos derivados del mismo (art. 1041 CC). No se trata, por tanto, de un derecho patrimonial puro sino de un derecho familiar de contenido económico afectado por consideraciones de interés público o social, en tanto que persigue una finalidad más trascendental que el interés puramente individual al proteger un interés superior como es el de la vida del alimentista.

Interés público que cobra mayor intensidad cuando se trata del derecho de los hijos menores de edad a recibir alimentos de los padres, ya que en este caso la obligación de alimentos presenta unas características peculiares que la distinguen de las restantes deudas alimentarias legales para con los parientes e incluso con los hijos mayores de edad, como puso de manifiesto la paradigmática sentencia de la Sala 1ª de 5 de octubre de 1993 y reiteran las de 16 de julio de 2002 y 11 de marzo de 2003.

En sentido, las SSTC 1/2001, de 15 de enero y 57/2005, de 14 de marzo, señalan *“por imperativo constitucional, los padres tienen la obligación de prestar asistencia de todo orden a los hijos –asistencia que, naturalmente, incluye la contribución a los alimentos- con independencia de que estos hayan sido concebidos dentro o fuera del matrimonio (art. 39.3 CE), de que se haya producido la nulidad matrimonial, la separación legal o la disolución del matrimonio por divorcio (art. 92 CC), o incluso, en fin, de que el progenitor quede excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas”*.

De este modo, la obligación de alimentos a los hijos, es una de las obligaciones de mayor contenido ético del ordenamiento jurídico, que proviene del hecho mismo de la generación, de carácter imperativo e incondicional (SSTS 1ª de 5.10.93, 16.7.02 y 11.3.03), que subsiste aún cuando los hijos estén sometidos a otras instituciones de guarda (arts. 110 y 154 CC) y que goza del principio del *favor filii* que se predica para los hijos menores de edad (art. 39 CE, art. 2 y 11.2 LOPJM).

V

Por otro lado, la falta de previsión expresa acerca de la intervención del Ministerio Fiscal en el juicio de alimentos del art. 250.1.8º LEC instado a favor de menores de edad, queda así mismo superada aplicando analógicamente la norma contenida en el art. 749.2 LEC para los casos de reclamación de alimentos a favor de hijos menores por parte de un progenitor contra otro (*“será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el*

procedimiento sea menor o incapacitado”), posibilidad esta que se encuentra amparada en el art. 4.1 CC, dada la identidad de razón entre los supuestos de hecho y en la medida en que el Fiscal, en el ámbito funcional que le es propio, actuaría en ambos tipos de procedimientos en defensa de los mismos intereses.

Por último, una interpretación lógica y finalista de la intervención del Ministerio Fiscal en el proceso civil aboga igualmente a favor de su legitimación para tomar parte en estos asuntos, ya que si debe intervenir necesariamente, como se ha dicho, cuando, en el ejercicio ordinario de la patria potestad un progenitor reclama al otro alimentos para un hijo común menor de edad (art. 749.2 LEC), esto es, cuando los intereses del menor se encuentran representados por aquél a quien le une el vínculo de parentesco más intenso, con mayor razón cabrá predicarla cuando en el ejercicio de la tutela o de otras instituciones jurídicas de protección de menores -cuya superior vigilancia incumbe al Fiscal *ex arts. 174 y 232 CC*- el representante legal del menor o incapaz realiza las acciones necesarias para procurarle alimentos al amparo de lo dispuesto en los arts. 173 y 267 CC.

A igual conclusión, conduce la regulación de la intervención del Ministerio Fiscal en sede de jurisdicción voluntaria, ya que conforme al art. 1815 LEC 1881 (vigente hasta tanto se publique la anunciada Ley de la Jurisdicción Voluntaria) resulta necesaria la audiencia al Ministerio Fiscal cuando la solicitud *“afecte a los intereses públicos o cuando se refiera a persona o cosa cuya protección o defensa competan a la Autoridad”*, de modo que intervendría necesariamente si esa misma obligación de alimentos fuese realizada en un expediente de jurisdicción voluntaria. Esta posibilidad se encuentra prevista en la Disposición Adicional 1ª de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor cuando dispone *“se aplicarán las normas de jurisdicción voluntaria a las actuaciones que se sigan: 1. Para adoptar las medidas previstas en el art. 158 CC”* y entre tales medidas, dirigidas a evitar situaciones perjudiciales para los hijos, se encuentran las necesarias para asegurarles la prestación de alimentos y proveer a sus futuras necesidades en caso de incumplimiento de los padres. Medidas que son extensivas a todos los menores, incluidas las situaciones derivadas de la tutela y de la guarda.

A todo esto se debe añadir, en fin, que entre los concretos actos procesales en los que la ley procesal civil exige la intervención del Fiscal se encuentran precisamente los relativos a la fijación de la pensión alimenticia en la Sección dedicada al “Discernimiento de los cargos de tutor y curador” (arts. 1861 a 1872 LEC 1881).

VI

Por último, en orden a la posición procesal del Fiscal en los procedimientos de reclamación de alimentos a favor de menores de edad del art. 250.1.8º LEC, ésta será análoga a la prevista en el art. 749.2 LEC para la reclamación de alimentos de un progenitor contra otro a favor de hijos menores.

El Fiscal deberá velar por la supremacía del interés del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pueda concurrir, conforme a los principios establecidos en el art. 2 LO 1/1996, y ello aunque el menor tenga su propio representante, ya que si bien la Ley encomienda al tutor la representación del menor o incapaz (art. 267 CC) no es menos cierto que el Ministerio Fiscal -al igual que sucede en los procedimientos de familia- si existen hijos menores o incapaces ejercita una legitimación no sustitutiva de sus representantes legales, sino propia, justificada en la defensa del interés público comprometido, velando por la correcta actuación del representante del menor.

A tal efecto, y habida cuenta de que la Fiscalía, por regla general, sólo vendrá en conocimiento de la interposición de tales demandas si el Juzgado al que se turnen confiere el oportuno traslado al Ministerio Fiscal para la contestación de aquéllas, los Sres. y Sras. Fiscales Jefes, darán cuenta de la presente Consulta a los Jueces Decanos de los partidos judiciales de su demarcación a fin de que el criterio que en ella se adopta llegue a conocimiento de los Jueces de Primera Instancia o de Primera Instancia e Instrucción del ámbito territorial de cada Fiscalía, de modo que se posibilite la efectiva intervención del Fiscal en dichos procedimientos. Por la misma razón, los Sres. y Sras. Fiscales recurrirán aquellas resoluciones judiciales, que, manteniendo un criterio discrepante, denieguen la

personación del Ministerio Fiscal por falta de legitimación, en tanto no se consolide un criterio jurisprudencial sobre la cuestión planteada.

VII

De cuanto antecede cabe concluir:

1º.- El Ministerio Fiscal ha de intervenir en los procedimientos de reclamación de alimentos que sigan los trámites del juicio verbal del art. 250.1.8º LEC, siempre que la pretensión se ejercite a favor de menores de edad o incapaces, en atención al interés público afectado cuya salvaguarda tiene encomendada.

2º.- Los Sres. y Sras. Fiscales ejercitarán los oportunos recursos contra aquellas resoluciones judiciales que imposibiliten su personación en dichos procedimientos por falta de legitimación.

Madrid, 2 de diciembre de 2005

EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

EXCMOS/AS. E ILMOS/AS. SRES/AS. FISCALES JEFES.