

1. DERECHO CIVIL

1.1. Parte general

DEFENSOR JUDICIAL. INEXISTENCIA. (SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 17 DE MAYO DE 2004.)

Ponente: Excmo. Señor don José Ramón Ferrándiz Gabriel.

Antecedentes.—Doña Eva pretendió, en la demanda rectora de este proceso, la declaración de nulidad de un juicio ejecutivo que había seguido, varios años antes, Banco Central, S. A. contra ella y sus hermanos —todos herederos del difunto padre—, y su madre, como cónyuge viudo, en el cual, tras la sentencia de remate, se siguieron los trámites del apremio.

En dicha demanda había alegado la actora, como causa de la pretensión, un cúmulo de supuestos vicios procesales, de los que sólo ha incorporado al recurso de casación algunos, casi todos con un denominador común: *fue menor de edad durante la tramitación del juicio ejecutivo que pretende anular y, en él, el modo en que su madre había ejercido su representación legal (con inactividad procesal que motivó la declaración en rebeldía) le habían producido indefensión.*

Doctrina.—Inexistencia de conflicto de intereses entre madre e hija y por consiguiente inexistencia del vicio procesal y de la necesidad de defensor judicial. *La madre, al defender su usufructo ante una ejecución despachada contra los bienes usufructuados, podía defender, sin sacrificio alguno, la nuda propiedad de su hija.* Los instrumentos de defensa eran los mismos y en esa concreta situación no era necesaria la designación de un defensor judicial.

COMENTARIO

Alega la recurrente que, en el juicio ejecutivo precedente, cuya nulidad, según se ha dicho, insta, se había despachado ejecución contra sus bienes y los de su madre (y hermanos) en las condiciones respectivas de heredera y cónyuge viudo de su padre, que falleció sin testar.

También afirmó que, en un juicio de testamentaría, en relación con la sucesión del mismo causante, *el Juzgado de Primera Instancia competente, por considerar que entre ella y su madre había conflicto de intereses, le designó un defensor judicial.* Por ello, concluye, la representación legal que ostentó su madre en el juicio ejecutivo había resultado, además de ineficaz (ya que, como se ha dicho, fue declarada en rebeldía procesal), *absolutamente inválida y contraria a las normas antes mencionadas.*

Los artículos 162.2 y 163 del Código Civil establecen una excepción a la representación legal por los padres de los hijos menores no emancipados [sentencias de 17 de enero (1) y de 4 de marzo de 2003 (2)] que el artícu-

(1) STS de 17 de enero de 2003. Ponente: AUGER LIÑÁN, CLEMENTE. Número de sentencia: 21/2003. Número de recurso: 2083/1997. (LA LEY JURIS: 825/2003). «Se trata de una acción de reclamación de filiación no matrimonial ejercitada por el padre con oposición de la madre, única demandada. Se produce una falta de litisconsorcio pasivo necesario por la necesidad de dirigir la demanda también contra el menor. En cuanto al tema del defensor judicial, la doctrina de la sentencia establece que la representación legal de los padres en relación a sus hijos sometidos a la patria potestad queda excluida cuando se compruebe la existencia de un conflicto de intereses que puede poner en peligro el interés del hijo al que representan. Se exige el nombramiento de oficio por el juez de un defensor judicial del hijo».

STS de 5 de noviembre de 2003. Ponente: GARCÍA VARELA, ROMÁN. Número de sentencia: 1010/2003. Número de recurso: 4394/1997. (LA LEY JURIS: 1511571/2003.) «Como razonamiento complementario, que no es decisivo para la determinación del fallo, indicamos que el artículo 163 del Código Civil constituye el desarrollo del artículo 162.2 de este ordenamiento; la representación legal de los padres, en relación a sus hijos sometidos a la patria potestad, queda excluida cuando, en la realización de uno o varios actos, se compruebe la existencia de conflicto de intereses, que puede poner en peligro el interés del hijo al que representan; una vez acreditado este extremo, el Juez procederá al nombramiento de un defensor que represente al menor en juicio y fuera de él; el nombramiento de defensor judicial opera siempre en situaciones concretas: siempre que, en algún asunto, el padre y la madre tengan un interés opuesto al del hijo no emancipado; y el defensor judicial se nombra para el acto concreto en el que haya conflicto de intereses.

En este caso, además, son contrarios los intereses de la madre demandada, que no quiere establecer en ningún caso la realidad que sea procedente sobre la paternidad, con los del hijo, tanto desde el punto de vista de su persona, como del orden público del estado civil, y si hubiera sido demandado el hijo menor de edad, conforme a lo previsto en el artículo 299.1 del Código Civil, era necesario el nombramiento de un defensor judicial que le representara y amparase sus intereses».

STS de 24 de febrero de 2004. Ponente: CORBAL FERNÁNDEZ, JESÚS. Número de sentencia: 128/2004. Número de recurso: 945/1998. (LA LEY JURIS: 1622217/2004). En este supuesto se produce un defecto procesal grave de orden público en el emplazamiento de un menor en un proceso en el que se le reclama una indemnización con cargo a los bienes heredados de su abuelo. Emplazamiento en la persona de un hipotético administrador designado por el testador con relación a aquellos bienes, pero que no ha aceptado el cargo, ni expresa ni tácitamente. Necesidad de que el emplazamiento se hubiese entendido con su representante legal. «El órgano judicial debía vigilar la corrección del emplazamiento —que en absoluto es válido si tiene lugar en un hipotético administrador atribuyéndole una cualidad de representación que no le corresponde—, como asimismo le incumbía el deber de controlar que el defecto de capacidad procesal —*letigimatio ad processum*— del menor de edad se integrase debidamente mediante la representación legal, y en su caso el defensor judicial. El Tribunal Constitucional viene reiterando en relación con los actos de comunicación que «en la medida que hacen posible la comparecencia del interesado y la defensa contradictoria son una exigencia ineludible para que las garantías constitucionales del proceso resulten aseguradas por el órgano judicial». En el caso, ni se cumplió la integración de la capacidad procesal del menor, ni siquiera se le pueda considerar emplazado en forma alguna. Se ha producido, por consiguiente, un defecto procesal grave, de orden público —por lo que incluso es apreciable de oficio—, que da lugar a la nulidad de pleno derecho de los actos procesales a partir de su causación, de conformidad con lo dispuesto en el número 3.º del artículo 238 de la Ley Orgánica del Poder Judicial que establece dicha nulidad cuando «se infrinjan los principios de audiencia, asistencia y defensa, siempre que se haya producido indefensión».

(2) STS de 4 de marzo de 2003. Ponente: GARCÍA VARELA, ROMÁN. Número de sentencia: 212/2003. Número de recurso: 2489/1997. (LA LEY JURIS: 12132/2003). Se trata de un supuesto de reclamación de la paternidad no matrimonial de una menor por parte

lo 299.1.º del mismo Código extiende a otros supuestos. Se trata del *defensor judicial, con precedente en el curador, previsto para cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales*.

En ciertos artículos del Código Civil, a propósito de justificar el nombramiento, se utilizan las palabras «conflicto de intereses» (arts. 299 y 162.2), mientras que en otros los términos empleados son los de «interés opuesto» (art. 163) o «incompatibilidad u oposición de intereses» (art. 237 bis), que tienen un sentido semejante (3).

El conflicto de intereses lo toma en consideración el legislador, en defensa del menor y en relación con cada asunto concreto (art. 299.1.º), razón por la que hay que estar a las circunstancias concurrentes para afirmar o negar su existencia.

del presunto padre. Hay un evidente conflicto de intereses entre la madre, que se niega a la práctica de la prueba biológica, y la menor. Declaración de oficio de la nulidad de actuaciones para permitir la intervención en el proceso de un defensor judicial.

(3) STS de 7 de noviembre de 2002. Ponente: AUGER LINÁN, CLEMENTE. Número de sentencia: 1046/2002. Número de recurso: 892/1997. (LA LEY JURIS: 134/2003). Sentencia recopilatoria de toda la doctrina del defensor judicial.

«El artículo 163 del Código Civil constituye el desarrollo del artículo 162.2; la representación legal de los padres en relación a sus hijos sometidos a la patria potestad queda excluida cuando en la realización de uno o varios actos se compruebe la existencia de conflicto de intereses que puede poner en peligro el interés del hijo al que representan. Una vez acreditado este extremo, el Juez procederá al nombramiento de un defensor que represente al menor en juicio y fuera de él. El nombramiento de defensor judicial opera siempre en situaciones concretas; siempre que en algún asunto el padre y la madre tengan un interés opuesto al del hijo no emancipado y el defensor judicial se nombra para el acto concreto en el que hay conflicto de intereses.

En la sentencia impugnada la oposición de la madre demandada tiene en cuenta, entre otras circunstancias, que su negativa a la práctica de la prueba biológica interesada tendría su justificación en el secreto con que la madre quiere mantener la paternidad del menor respecto de la persona generante del mismo, que ella manifiesta ser distinta del propio actor.

Parece necesario advertir que el carácter de orden público del estado civil determina el mismo régimen para la reclamación de filiación no matrimonial hecha por el hijo que pretende el reconocimiento de la paternidad, como la hecha por el padre que pretende el mismo reconocimiento.

En este caso son contrarios los intereses de la madre demandada, que no quiere establecer en ningún caso la realidad que sea procedente sobre la paternidad, con los intereses del hijo, tanto desde el punto de vista de su persona como del orden público del estado civil. El conflicto de intereses existe cuando en la realización de los actos de guarda y protección la actuación de los representantes pone en peligro el beneficio del menor e incapaz al ser éste contrario al interés subjetivo o personal de aquéllos.

Conforme a lo previsto en el artículo 299 del Código Civil, el defensor judicial es la persona que asume temporalmente la representación y defensa de los intereses de los menores de edad, o de los incapacitados cuando la persona que legalmente debe hacerlo, padres, tutores o curadores no lo hacen. Se trata de un cargo judicial porque es necesario una resolución judicial que acuerde su nombramiento. Cuando actúa debe obrar dentro de las facultades precisas y concretas que se le han atribuido y cuando actúa judicialmente debe probar que lo hace así.

En atención a lo previsto en el artículo 300 del mismo Código, el nombramiento ha de hacerse de oficio por decisión del Juez cuando conoce alguno de los supuestos en que se haga necesario».

Ese *casuismo* deriva de la excepcionalidad de la figura en relación con la regla general de representación de los hijos menores por sus padres (art. 162.2). De ahí que la circunstancia de que en un juicio de testamentaria el órgano judicial competente hubiera entendido existente el conflicto entre los intereses de la ahora recurrente y su madre, que le representaba en él, no significa que ocurra lo mismo en todos los demás asuntos en los que deba operar la representación legal ni, en consecuencia, que la declaración efectuada en un proceso se extienda a supuestos distintos de los que la motivaron.

Siendo deber de los padres ejercer la patria potestad en beneficio de los hijos sujetos a ella (art. 154 del Código Civil), la excepción que, para el concreto ejercicio de la representación que la norma les atribuye, significa la actuación del defensor judicial ha de estar justificada por la inutilidad de aquélla para cumplir, en el caso concreto, el antes mencionado fin.

De ahí que la situación de conflicto se identifique con supuestos en los que sea razonable entender que la defensa por los padres de sus propios intereses irá en detrimento de los de los hijos (sentencias de 17 de enero y 5 de noviembre de 2003). Es claro, por otro lado, que el que los intereses de padres e hijos sean distintos no implica necesariamente incompatibilidad, pues es posible que todos concurren y que resulte admisible una defensa conjunta.

La aquí recurrente tenía, como nuda propietaria de los bienes que habían sido de su padre y causante, unos intereses distintos a los de su madre, usufructuaria de ellos, en el juicio ejecutivo en que se despachó ejecución contra los bienes relictos. Incluso, entre uno y otro derecho, sobre el mismo objeto, se da en abstracto una contraposición natural, por cuanto el usufructo limita el derecho del propietario, el cual, por la elasticidad de la propiedad, recupera las facultades integradas en el derecho limitativo cuando éste se extinga.

Sin embargo, no puede afirmarse que la negación de la existencia de conflicto efectuada en la instancia no esté basada en una correcta valoración de las circunstancias concurrentes, pues de éstas resulta una perfecta compatibilidad en la defensa de ambos derechos. Es evidente que la madre, al defender su usufructo ante una ejecución despachada contra los bienes usufructuados, podía defender, sin sacrificio alguno, la nuda propiedad de su hija. Los instrumentos de defensa eran los mismos y en esa concreta situación no era necesaria la designación de un defensor judicial.

Con fundamento en el artículo 1.692.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, la recurrente denuncia (motivo segundo) la infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales con el resultado de haber sufrido indefensión. Niega que en el juicio ejecutivo de constante referencia hubiera tenido lugar la comparecencia exigida en el artículo 2 de la misma Ley, por medio de su representante legal. Añade que dicha representación legal no se había ejercido por su madre, sino que fue renunciada, dado que su ascendiente no realizó actuación alguna en su defensa, razón por la que fue declarada en rebeldía (4).

(4) La madre de la recurrente la representó cuando recibió su citación de remate y cuando optó por no personarse en el juicio. La representación, que constituía un deber para ella, no era renunciable (ello al margen de que no hay dato alguno que permita

La doctrina de la DGRN en relación con el tema del defensor judicial sigue la línea jurisprudencial expuesta, y además es continuista en el propio Centro Directivo como lo demuestran las Resoluciones que a continuación recogemos (5).

En la primera de ellas, RDGRN de 3 de diciembre de 2003, se establece que «...teóricamente podría haber contraposición de intereses en la apreciación de la conveniencia de vender, pero tal *conveniencia está apreciada por el Juez al dar la correspondiente autorización*. Por lo demás, dadas las circunstancias del caso —la finca pertenece *pro indiviso* a varias personas (entre ellas representante y representada) y se vende en su totalidad— no existe tal contraposición y, por ello, *no es necesaria la intervención del defensor judicial*» (6).

Y la segunda, RDGRN de 15 de septiembre de 2003 (7), se centra en que no es exigible el nombramiento de defensor judicial a los hijos menores representados por el cónyuge supérstite que realiza la liquidación, puesto que no siempre que en una partición intervenga un representante legal en su propio

entender que se intentó renunciar). En conclusión, la madre llevó a cabo la gestión representativa de su hija en el juicio ejecutivo, mediante un comportamiento omisivo, del que, en todo caso, derivó la heteroeficacia propia de la representación.

De otro lado, no puede considerarse violentada la regla de audiencia, que es esencial en el proceso civil. Las sentencias del Tribunal Constitucional 135/1986, de 31 de octubre, y 220/2002, de 25 de noviembre, señalan que el artículo 24.1 de la Constitución Española incluye en las garantías que tutela la protección del derecho de todo posible litigante a ser oído y a disponer de todas las posibilidades de oposición y defensa en juicio. Sin embargo, esas normas no se infringen cuando es la parte la que, en ejercicio de su libre y consciente determinación, opta por no personarse en las actuaciones de las que tiene noticia en los términos exigidos por la norma (ello al margen de que el comportamiento omisivo causante de la declaración de rebeldía no tiene un significado unívoco, pues tanto puede deberse a desinterés como a reconocimiento del derecho del demandante).

(5) RRDGRN de 27 de enero de 1987, de 14 de marzo de 1991, de 10 de enero de 1994, de 3 de abril de 1995, de 6 de febrero de 1995, y, recientemente, de 11 de marzo de 2003...

(6) RDGRN de 3 de diciembre de 2003 (LA LEY JURIS: 1524190/2003). «Una viuda y sus hijos son dueños de un solar, perteneciendo a la primera una parte *pro indiviso* en usufructo y otra parte en pleno dominio, y a los segundos una parte en pleno dominio y otra en nuda propiedad. Dichos titulares venden la finca, estando una de las hijas incapacitada y representada por su madre. Presentada la escritura en el Registro, acompañada de autorización judicial en cuya solicitud se expresó la situación de *pro indivisión*, y que faculta para la venta, la Registradora no practica la inscripción, pues, entendiendo que existe contraposición de intereses, es preciso el nombramiento de defensor judicial».

(7) RDGRN de 15 de septiembre de 2003 (LA LEY JURIS: 2816/2003). El supuesto de autos versa sobre la liquidación de sociedad conyugal y partición de herencia donde «...la liquidación es total; todos los bienes inventariados fueron adquiridos por el cónyuge premuerto para su sociedad conyugal; la totalidad de esos bienes se adjudican *pro indiviso* al cónyuge supérstite y a los hijos por éste representados; se respetan estrictamente las cuotas legales en la sociedad conyugal disuelta y en el caudal relicto según la declaración de herederos *ab intestato*; no ejercita la viuda ninguna opción de pago de su cuota legal, que se le satisface en usufructo; no se amplía o transforma alguno de los bienes mediante declaración de obra nueva, segregación o división horizontal; y se declara expresamente que no existen más bienes».

nombre y en representación de un menor existe, por definición, oposición de intereses, sino que habrá que examinar el caso concreto (8).

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

(8) «...Es de advertir que el Registrador en su calificación no pone en tela de juicio la determinación expresa del carácter ganancial de los bienes inventariados sino que, más bien (aparte que lo hace en su informe y no en la calificación, cuando, según la reiterada doctrina de este Centro Directivo es la calificación negativa —y no el posterior informe— la que deberá expresar la íntegra motivación jurídica de los defectos consignados en aquélla, con el desarrollo necesario para que el interesado pueda conocer los fundamentos jurídicos de su negativa), se basa en el eventual carácter incompleto del inventario, si la viuda hubiera hecho ocultaciones que a ella favorecería y perjudicarían a los hijos».

Doctrina que supone «no dar por sentado que siempre que en una partición intervenga un representante legal en su propio nombre y en representación de un menor existe, por definición, oposición de intereses, sino que habrá que examinar las circunstancias concretas del caso, como se ha venido realizando hasta ahora. Pero según la breve nota de calificación del Registrador, la contradicción existe siempre por esa posibilidad de omisión de la existencia de deudas suyas en favor del patrimonio común, por lo queda inhabilitado para hacer unilateralmente la afirmación de que no existen más bienes. Según esto, siempre es posible la contradicción de intereses en la formación de inventario y el representante legal para probar que es objetivo, tendría que probar que no ha ocultado nada, prueba, como todos los hechos negativos, difícil, si no imposible, por lo que es exorbitante exigirla, si el padre o madre quieren librarse de la sospecha de actuación imparcial por omisión; sospecha carente de toda base legal y contraria a la presunción de ejercicio de buena fe de la potestad legal, a favor de sus hijos».

«...Si, como recuerda la Resolución de 22 de enero de 1987, la representación del defensor judicial no puede extenderse hasta casos de perjuicios futuros e hipotéticos (por lo que no puede admitirse como argumento la valoración del Registrador sobre lo inconveniente e innecesario de la forma de partir, valoración que, por lo demás, en el presente caso excede del ámbito propio de su función calificadora), tampoco debe extenderse a casos de posibles perjuicios no acreditados, sin más base que la hipótesis no demostrada de que el viudo ha podido falsear en su beneficio el inventario ocultando deudas. Si se admite este argumento, siempre y por principio existe oposición de intereses en la partición de herencia y en la previa liquidación de gananciales y habría que abandonar la doctrina hasta ahora mantenida, con el único argumento de la desconfianza preventiva hacia el padre o la madre, por si no hubieran sido veraces, desconfianza que no tiene apoyo legal alguno...».

«Es cierto que el artículo 163 del Código Civil ha de interpretarse con la necesaria amplitud para que no quede inaplicado, pero también lo es que la oposición de interés ha de ser real (el texto legal exige que el padre o la madre “tengan”, interés contrapuesto “en algún asunto”). Precisamente, en el caso resuelto por la Resolución de 15 de mayo de 2002, la oposición surgía del ejercicio por la viuda de la opción compensatoria de la *cautela socini* y de la declaración de una obra nueva a costa del patrimonio ganancial, lo que suponía la determinación unilateral del inventario en forma distinta a la que resultaba de los títulos de adquisición. De los hechos hipotéticos no puede deducirse la existencia de oposición de intereses, pues ni son conocidos, ni son concretos, ni resultan de la escritura ni del Registro, por lo que no pueden ser tenidos en cuenta para la calificación (cfr. art. 18 de la Ley Hipotecaria)...».