

1.2. Derecho de Familia

Régimen jurídico del defensor judicial tras la reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio

Legal regime of the judicial defender after the reform operated by Law 8/2021, of June 2

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
Profesora contratada Doctora de Derecho civil. UCM.

RESUMEN: La reforma operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio procede a la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 que, dispone que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados parte a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica.

La nueva regulación está inspirada en el respeto a la dignidad de la persona, en la tutela de sus derechos fundamentales y en el respeto a la libre voluntad de la persona con discapacidad, así como en los principios de necesidad, proporcionalidad y mínima intervención de las medidas de apoyo que, en su caso, pueda necesitar esa persona para el ejercicio de su capacidad jurídica en igualdad de condiciones con los demás.

Se impone así un cambio de sistema basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien tomará sus propias decisiones y en la adopción de medidas de apoyo cuya función consistirá en asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso, respetando su voluntad, deseos y preferencias. A la hora de concretar los apoyos la nueva regulación otorga preferencia a las medidas voluntarias, esto es, a las que puede tomar la propia persona con discapacidad. Dentro de las medidas voluntarias adquieren especial importancia los poderes y mandatos preventivos, así como la posibilidad de la autocuratela. Fuera de ellas conviene destacar el reforzamiento de la figura de la guarda de hecho y también de la figura del defensor judicial, especialmente prevista para cierto tipo de situaciones, como aquella en que exista conflicto de intereses entre la figura de apoyo y la persona con discapacidad, o aquella en que exista imposibilidad coyuntural de que la figura de apoyo habitual lo ejerza o, como medida formal de apoyo cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente; o, en fin, como complemento de la capacidad del menor de edad emancipado.

En este contexto, el presente estudio se va a centrar en el análisis del defensor judicial, atendiendo a la doble regulación que constituye una novedad. Así, por un lado, trataremos el régimen jurídico del defensor judicial del menor de edad no emancipado; y, por otro, el de la persona con discapacidad. También, su actuación respecto al menor de edad emancipado.

ABSTRACT: The reform operated by Law 8/2021, of June 2, proceeds to adapt our legal system to the International Convention of The Rights of Persons with Disabilities, made in New York on December 13, 2006, which provides that Persons with disabilities have legal capacity on equal terms with others in all aspects of life, and obliges States Parties to adopt the pertinent measures to provide persons with disabilities Access to the support to adopt the pertinent measures to provide persons with disabilities Access to the support they made need in the exercise of their juridical capacity. The new regulation is inspired by respect for the dignity of the person, in the protection of their fundamental rights and in respect for the free will of the person with disabilities, as well as in the principles of necessity, proportionality and minimum intervention of the support measures that, where appropriate, that person may need to exercise their legal capacity on equal term with others.

Thus, a system change is imposed based on respect for the will and preferences of the person who will make their own decisions and on the adoption of support measures whose function will be to assist the person with disabilities in the exercise of their legal capacity, in the areas where it is necessary, respecting their will, wishes and preferences. When specifying the supports, the new regulation gives preferences to voluntary measures, preventive powers and mandates acquire special importance, as well as the possibility of self-healing. Outside of them, it is worth highlighting the reinforcement of the figure of the facto guardian and also of the figure of the judicial defender, especially foreseen for certain types of situations, such as that in which there is a conflict of interest between the figure of support and the person with disability, or that in which there is a circumstantial impossibility for the usual support figure to exercise it or, as a formal support measure when need for support is required occasionally, even if it recurrent; or finally, as a complement to the capacity of the emancipated minor. In the context, the present study will center on the analysis of the judicial defender, taking into account the double regulation that constitutes a novelty.

Thus, on the one hand, we will deal with the legal regime of the judicial defender of the non-emancipated minor; and, on the other, that of the person with disability. Also, his actions regarding the emancipated minor.

PALABRAS CLAVE: Defensor judicial. Menores de edad no emancipados. Menores de edad emancipados. Persona con discapacidad. Medidas de apoyo. Conflicto de interés. Imposibilidad. Capacidad jurídica. Curador. Guardador de hecho.

KEY WORDS: Judicial defender. Non-emancipated minors. Emancipated minors. Person with disabilities. Support measures. Conflict of interest. Impossibility. Legal capacity. Curator. Deed keeper.

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. CONCEPTO Y CARACTERES DEL DEFENSOR JUDICIAL.—III. NOMBRAMIENTO Y CONTENIDO DEL CARGO DE DEFENSOR JUDICIAL DEL MENOR DE EDAD NO EMANCIPADO.—IV. SUPUESTOS CONCRETOS DE ACTUACIÓN DEL DEFENSOR JUDICIAL DEL MENOR DE EDAD NO EMANCIPADO.—V. CAUSAS DE INHABILIDAD, EXCUSA Y REMOCIÓN DEL DEFENSOR JUDICIAL DEL MENOR DE EDAD NO EMANCIPADO.—VI. NOMBRAMIENTO Y ACTUACIÓN DEL DEFENSOR JUDICIAL DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD: 1. NOMBRAMIENTO DE DEFENSOR JUDICIAL DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD. 2. ACTUACIÓN DEL DEFENSOR JUDICIAL DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD. ÁMBITO OBJETIVO: A) *Supuestos concretos de actuación.* B) *Funciones del defensor judicial.* C) *Derechos y obligaciones del defensor judicial de la persona con discapacidad.* D) *Responsabilidad civil del defensor judicial.* —VII. INHABILIDAD, EXCUSA Y REMOCIÓN DEL DEFENSOR JUDICIAL DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD.—VIII. EXTINCIÓN Y CESE DEL DEFENSOR NOMBRADO.—IX. REVISIÓN DE LAS MEDIDAS DE APOYO Y SITUACIÓN DEL DEFENSOR JUDICIAL NOMBRADOS A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 8/2021.—X. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS. —XI. BIBLIOGRAFÍA.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Con la aprobación de la reforma introducida por la Ley 8/2021, de 2 de junio en el derecho español —preferentemente en el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil— se pretende la adecuación de nuestro ordenamiento jurídico a la Convención de Nueva York, instrumento ratificado por España, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 21 de abril de 2008 y, que entró en vigor el 3 de mayo de 2008.

Tal reforma viene a recoger el modelo social de discapacidad de la citada Convención y se funda en el reconocimiento y desarrollo de la dignidad de la persona para el ejercicio de su capacidad en condiciones de igualdad. Particularmente, tiene por objeto el desarrollo del artículo 12 de la Convención, que persigue la igualdad del reconocimiento como persona para ejercer su capacidad jurídica en condiciones de igualdad a través de la adopción de las medidas de apoyo para su ejercicio, de un lado y las salvaguardas adecuadas y efectivas para impedir los abusos de conformidad con el derecho internacional en materia de derechos humanos, del otro. Y, además, dichos apoyos ya no van a poder incluir de ninguna forma, la privación de derechos (art. 269 CC).

Con la reforma aprobada por la citada Ley 8/2021 se supera el hasta ahora sistema de incapacitación o modificación de la capacidad de obrar, el régimen de tutela de la autoridad judicial, aun con las notas de flexibilidad y graduación ya introducido para ajustarlo a la situación de la persona con discapacidad por la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 29 de abril de 2009¹, formando un sólido cuerpo doctrinal de aplicación del derecho vigente a la luz de la propia Convención, sobre la base de la necesaria graduación de las medidas de apoyo apropiadas para cada persona —sobresaliendo la curatela— en función de sus variadas características y circunstancias —lo que se ha venido a llamar el «traje a medida»—².

El apoyo deberá producirse cuando sea necesario (principio de necesidad) y vendrá determinado por la falta de aptitud o habilidad de la persona para la toma de decisión (la capacidad de decisión), esto es, cuando las alteraciones que padece, tengan incidencia, en mayor o menor medida, en la formación de

una voluntad libre y consciente. Además, las medidas de apoyo habrán de ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de la persona, que se apliquen en el plazo más corto posible y que estén sujetas a exámenes periódicos por parte de una autoridad o un órgano judicial competente, independiente e imparcial; ajustarse al principio de mínima intervención y, por supuesto, deberán estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales³.

Por su parte, si el apoyo encuentra su campo de actuación fundamental en la información y formación del consentimiento de la persona con discapacidad para que emita correctamente su declaración de voluntad, pueden establecerse las salvaguardas voluntarias y judiciales (arts. 250 y 251 CC) necesarias para evitar o impedir los abusos, las influencias indebidas o los conflictos de intereses. De todas formas, el interés de la persona subyace, como principio correctivo, cuando se impone que se adopten salvaguardas que eviten circunstancias anteriores u otras que impliquen el aprovechamiento de la vulnerabilidad de la persona necesitada de apoyo y, en todo caso, cuando su voluntad o sus preferencias no han podido expresarse ni reconstruirse. Incluso, el apoyo debido para el ejercicio de la capacidad jurídica puede ser impuesto, en cuyo caso debe extremarse el juicio de necesidad y proporcionalidad sobre las medidas de apoyo y sus salvaguardas y, cuando no sea posible conocer la voluntad de la persona ni actuar, ni tomar decisiones por falta de discernimiento, se puede acudir a la criterio de su interés, como nos recuerdan las recientes sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de mayo y 8 de septiembre de 2021⁴.

Ahora bien, se impone un cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones⁵. Por lo que, los apoyos no se establecen en la correspondiente resolución desde una perspectiva paternalista o médico asistencial de velar por la persona afectada y promover su desarrollo, sino se debe partir de la capacidad natural y del proyecto vital ya existe (o de su falta) y respetar la libertad, mientras responde a una voluntad bien conformada y no perjudique a un tercero. La capacidad de la persona configura la medida de su libertad y de su voluntad, sin que valga una referencia genérica⁶ y se parte de una presunción de capacidad en favor de toda persona⁷. Además, al determinar las medidas de apoyo se procurará evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida; y, en fin, las salvaguardas que introduce la legislación vigente pretenden asegurar que las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica respeten los derechos, la voluntad y preferencias de la persona⁸.

Entre las medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, siguiendo el artículo 250 del Código Civil, la reforma introduce las medidas voluntarias de autoorganización, medidas judiciales o de heterorregulación y medidas de apoyo informal representadas por la guarda de hecho. Asimismo, dispone un orden jerárquico en la determinación y adopción de las medidas de apoyo, estableciendo con preferencia las de carácter voluntario y, supletoriamente, las de origen judicial (curatela y defensor judicial)⁹.

Más allá de las medidas voluntarias (arts. 249, 254 y 255 CC) como son la escritura de previsión, la autocuratela y los poderes y mandatos preventivos, las medidas judiciales de provisión de apoyo necesario pueden englobar por su amplio carácter, como indica la exposición de motivos de la Ley 8/2021, todo

tipo de actuaciones, desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad. Y, en último caso, ciertamente, la representación en la toma de decisiones.

En todo caso, la posibilidad legal de nombrar curador (autocuratela) representa una manifestación del principio de la autonomía de la voluntad, del libre desarrollo de la personalidad y del respeto a la dignidad humana reconocidos por el artículo 10 de la Constitución española, que faculta a una persona mayor de edad o menor emancipada, para designar la persona que ejerza la función de curador o incluso, excluir alguna o algunas del ejercicio de tal cargo. Las características que delimitan jurídicamente la autocuratela, tal y como es concebida por la ley, son las siguientes: 1. Nos hallamos ante un negocio jurídico de derecho de familia, de carácter unilateral, pues, proviene de la voluntad del otorgante, sin necesidad de concordarla con la propia de la persona designada, al tiempo de su otorgamiento; 2. Es personalísimo, pues, pertenece exclusivamente a la esfera dispositiva de la persona interesada que la ejerce, en tanto en cuanto le compete la designación de la persona que, en virtud de su disponibilidad, solicitud, empatía, cercanía y afecto, considerada más idónea para prestarle los apoyos precisos para el ejercicio de su capacidad jurídica en condiciones de igualdad; en definitiva, para acompañarla, asistirle o incluso excepcionalmente, representarla, con la confianza, que ejercerá dicho cargo con respecto a su voluntad, deseos, preferencias, creencias, valores y trayectoria vital (arts. 249 y 250 CC). Sin perjuicio, claro está, de la facultad de designar a una persona jurídica pública o privada que desempeñe tales funciones. La Ley prevé la posibilidad que se delegue al cónyuge o a otra persona, la elección entre las llamadas en escritura pública a ejercer el cargo. No, por lo tanto, la designación de curador, sino la elección entre los escogidos por la persona interesada (art. 274 CC); 3. Es un negocio jurídico *inter vivos*, en tanto en cuanto desencadena sus efectos en vida de la persona con discapacidad, al ser concebida precisamente para el apoyo, acompañamiento amistoso, ayuda técnica, ruptura de barreras, consejo e incluso, ejercitar excepcionalmente funciones representativas, cuando sea menester; 4. Es solemne, puesto que su validez precisa que la voluntad se manifieste en escritura pública notarial, como las medidas voluntarias de apoyo (art. 271 CC); 5. Vincula al juez al proceder al nombramiento de curador, sin perjuicio que pueda prescindir de dicha designación mediante resolución motivada por razones graves, desconocidas al tiempo del otorgamiento o por alteración de las circunstancias tenidas en cuenta en el momento de la designación en los términos del párrafo segundo del artículo 272 del Código Civil; 6. Es revocable, puesto que entra en el marco de las facultades dispositivas del otorgante dejar sin efecto una previa designación efectuada; 7. Es inscribe en el Registro Civil (art. 4.10.º de la Ley de Registro Civil); y, 8. Por último, las facultades de la persona interesada no solo se limitan a la designación de quien vaya a ejercer las funciones de curador, incluso sus sustitutos (art. 273 CC), sino también contempla la opción de establecer las disposiciones, que se consideren oportunas con respecto al funcionamiento y ejercicio del cargo (art. 271.2 CC)¹⁰.

Ahora bien, en la doctrina científica también se destaca que los poderes y mandatos preventivos son la manifestación más genuina del principio de autonomía de la voluntad por el sujeto de su derecho a regir su persona y bienes para cuando necesite determinados apoyos, en cuanto que la actividad judicial no interviene en su determinación al haberlo hecho ya el interesado, y por eso, en

el sentido de pleno respeto a la voluntad del sujeto que el artículo 258 del Código Civil declara que los poderes y mandatos preventivos mantendrán su vigencia pese a la constitución de otras medidas de apoyo establecidas judicialmente o previstas por el propio interesado. Los llamados poderes preventivos tanto pueden ser otorgados *ad cautelam* (para el supuesto que en el futuro el otorgante precise de apoyo (art. 257 CC), como en previsión de la continuidad de su vigencia, si en el futuro su otorgante precisa de apoyos para el ejercicio de su capacidad (art. 256 CC). La declaración de la vigencia de estos poderes, pese a la constitución de otras medidas de apoyo, como puede ser la curatela (art. 258 párrafo 1 CC), constituye un paso más en el respeto y preeminencia de la voluntad del sujeto afectado de discapacidad, pues, paralelamente a esa declaración, la Ley 8/2021 reformó el artículo 1732 del Código Civil, que autorizaba a tener por terminado el poder otorgado con carácter preventivo por la resolución judicial dictada al constituirse el organismo tutelar o posteriormente a instancia del tutor, sustituyendo su redacción por otra en la que mantiene la vigencia de los mandatos preventivos en el supuesto de establecerse en apoyo del mandante una curatela representativa; lo que no significa su vigencia perpetua, pues, su extinción viene regulada en el artículo 51 bis, añadido por la Ley 8/2021 a la de la Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV), de acuerdo con el cual podrá promover la extinción del poder si el apoderado incurre en alguna de las causas previstas para la remoción del curador, tramitándose el expediente con audiencia del apoderado.

Sobre tales bases, las instituciones jurídicas de apoyo previstas legalmente son la guarda de hecho, la curatela, y el defensor judicial (art. 250 CC), al suprimirse para tal finalidad la tutela y la patria potestad prorrogada y rehabilitada. Lo cierto es que la nueva regulación sitúa a la guarda de hecho y a la curatela en nivel preferente y subsidiario. La medida de apoyo judicial continuada —aunque limitada a las ocasiones en que se exige por sentencia su asistencia— más común será la curatela. Con ella se logra, al contrario de la sustitución en la capacidad, el complemento en su ejercicio mediante la asistencia (arts. 269 y 282 CC) de la persona necesitada del apoyo, aunque existirán supuestos en los que resulta imprescindible acordar una curatela representativa (art. 269 CC), generalmente, cuando exista una imposibilidad real de conocer la voluntad de la persona con discapacidad porque carezca de un discernimiento suficiente que implique la inexistencia o grave limitación de su capacidad de decidir, aunque reciba el apoyo adecuado.

Pero, si bien, la curatela es la principal medida de apoyo estable y continuado, su constitución será subsidiaria de los apoyos voluntarios que, la propia persona haya previsto, de un lado, y de la guarda de hecho que sea suficiente y funcione de manera adecuada, del otro como expresamente indican los artículos 255.5 «*solo en defecto o por insuficiencia de estas medidas de naturaleza voluntaria, y a falta de guarda de hecho que suponga apoyo suficiente, podrá la autoridad judicial adoptar otras supletorias o complementarias*» y, 269 del Código Civil «*la autoridad judicial constituirá la curatela mediante resolución motivada cuando exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad*»¹¹.

La guarda de hecho, que por su propia naturaleza es una figura de apoyo informal (art. 249 CC) se desarrolla ya como medio ordinario, preferente y no provisional de apoyo sin necesidad de reconocimiento o investidura judicial —a salvo de los supuestos legales que existan un control judicial previo, como los actos que requieren acreditar la representación y para prestar el consentimiento en los actos que enumera el artículo 287 del Código Civil—, es decir, sin necesidad

que se constituya por una sentencia judicial —que, todo lo más, puede declararla en cuanto que se pruebe su existencia—¹².

Atendiendo a la figura del defensor judicial su nombramiento procede cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente, esto es, cuando se precise su nombramiento para un acto de trascendencia patrimonial para el que no es preciso proveer a la curatela y no se quiere atribuir por algún motivo la representación al guardador de hecho¹³. Su extensión resulta determinada en la correspondiente resolución judicial.

En este contexto, el defensor judicial como tal medida de apoyo tendrá por finalidad permitir el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad. Además, debe estar inspiradas en el respeto a la dignidad de la persona y en la tutela de sus derechos fundamentales y ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad. El defensor judicial como persona que presta apoyo, deberá actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Asimismo, como inherente a cualquier medida de apoyo, se fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro (de ahí, la temporalidad y la mínima intervención de la medida). A la vez que, se fomenta la necesaria revisión de todas las medidas de apoyo, con lo que tales planteamientos casan perfectamente con su naturaleza ocasional, aun siendo su actuación recurrente, su temporalidad —pues, su nombramiento obedece a la singularidad de circunstancias que se producen en un momento determinado—, su carácter subsidiario al entrar en juego cuando no operan adecuadamente otras medidas de apoyo, sustituyendo o supliendo a sus titulares; su provisionalidad; la variedad de supuestos de actuación —pues, su campo de operatividad no se limita a la resolución del conflicto de intereses, sino que se le dota de un ámbito competencial propio y diferenciado de otras medidas—; su designación o nombramiento será judicial, y en fin, como medida de apoyo formal ocasional y autónoma, su actuación se desvincula de las otras medidas de apoyo¹⁴. Junto con la guarda de hecho dejan de ser instituciones de protección y guarda «secundarias», para convertirse en auténticas medidas de apoyo con idiosincrasia propia.

Por otra parte, recordemos que, en sede de menores el defensor judicial es un cargo autónomo que, en determinados supuestos sustituye en sus funciones a los representantes legales (patria potestad y tutela)¹⁵; además de una institución formal de apoyo, y con funciones asistenciales, de complemento de la capacidad en el caso de menores de edad emancipado.

Como tal cargo autónomo o, en su caso, medida de apoyo será la propia autoridad judicial la que concretará su contenido, teniendo en cuenta siempre el cargo principal sustituido y el supuesto concreto de intervención (arts. 235 y 295 CC). En consecuencia, será aquella la que determine las concretas funciones que se le asignan o los asuntos en que sea necesaria su intervención, atendiendo a las circunstancias del caso y de la persona con discapacidad; especialmente, si tenemos presente que se nombra un defensor judicial cuando la persona con discapacidad requiere el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente. De todas formas, el ámbito funcional de esta medida de apoyo coincide con el que con carácter general se concreta en el artículo 249.3 del Código Civil de naturaleza asistencial de las medidas y solo excepcionalmente, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus

creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación.

De todas formas, el defensor judicial comparte muchas de las características de otras figuras de guarda como la tutela y la curatela en la defensa de los intereses tanto de los menores de edad no emancipados, menores emancipados y personas con discapacidad¹⁶.

Ahora bien, en la Ley 8/2021 el título IX del libro primero pasa a referirse a la tutela y la guarda de los menores, mientras que el título X se destina a la mayoría de edad y la emancipación. En consonancia con ello, la tutela, con su tradicional connotación representativa, queda reservada para los menores de edad que, no estén protegidos a través de la patria potestad, mientras que el complemento de capacidad requerido por los emancipados para el ejercicio de ciertos actos jurídicos será atendido por un defensor judicial. También se recoge la figura del defensor judicial, especialmente prevista para cierto tipo de situaciones, como aquellas en que exista conflicto de intereses entre la figura de apoyo y la persona con discapacidad o entre el menor y sus representantes legales, o aquella en que exista imposibilidad coyuntural que la figura de apoyo habitual lo ejerza. Ciertamente, tanto el defensor judicial como la curatela solo son posibles cuando no existe guardador de hecho¹⁷.

Por otra parte, se ofrece un tratamiento diferenciado entre el defensor judicial del menor de edad no emancipado —artículo 235 y 236— y, el defensor judicial de la persona con discapacidad —artículos 295 a 298—, a diferencia de la regulación anterior que optaba por un tratamiento unitario (arts. 299 a 302 CC). Fuera de esta regulación específica, también en el ámbito normativo del Código Civil se hace referencia al defensor judicial en: el artículo 163.1 en caso de interés opuesto entre los progenitores y sus hijos menores de edad no emancipados, o también respecto a un interés opuesto del hijo menor emancipado cuya capacidad debe completarse; el artículo 181 en caso de persona desaparecida de su domicilio podrá el letrado de la Administración de Justicia a instancia de parte interesada o del Ministerio Fiscal, nombrar defensor judicial para que ampare y represente al desaparecido en juicio o en los negocios que no admitan demora sin perjuicio grave. Si bien, se exceptúan los casos en que aquel estuviese legítimamente representado voluntariamente conforme al artículo 183; los artículos 249 a 254 contenidos en el capítulo I del título XI relativo a las disposiciones generales aplicables a todas las medidas de apoyo; el artículo 289 respecto a la partición hecha por el defensor judicial que deberá obtener autorización judicial, salvo que se hubiera hecho otra cosa al hacer el nombramiento; y, reiterando en parte lo previsto en este último precepto, el artículo 1060 apartado 3 en caso de partición en nombre de un menor o de una persona a cuyo favor se hubieran establecido medidas de apoyo, necesitará autorización judicial, salvo que se hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento» —se hace referencia a diferencia del anterior artículo tanto a la partición de la herencia del menor como de la persona discapacitada con medidas de apoyo—. En el ámbito de la ley adjetiva, el artículo 8.2 de la LEC respecto de la integración de la capacidad procesal cuando haya de nombrarse un defensor judicial al demandado, el Ministerio Fiscal asume la representación y defensa de este hasta que se produzca el nombramiento de aquel; y artículo 758.2 de la citada Ley respecto a la personación del demandado, pues, una vez notificada la demanda por medio de remisión o entrega, o por edictos cuando la persona interesada no hubiera podido ser notificada personalmente, si transcurrido el plazo previsto para la contestación a la demanda la persona interesada no

compareciera ante el Juzgado con su propia defensa y representación, el letrado de la Administración de Justicia procederá a designarle un defensor judicial, a no ser que ya estuviera nombrado o su defensa corresponda al Ministerio Fiscal por no ser el promotor del procedimiento. A continuación, se le dará al defensor judicial un nuevo plazo de veinte días para que conteste a la demanda si lo considera procedente. Asimismo, en el campo de la jurisdicción voluntaria, los artículos 27 a 32 de la LJV se refieren a la habilitación para comparecer en juicio y del nombramiento del defensor judicial, como analizaremos.

En todo caso, la regulación del Código Civil relativa al defensor judicial determina el obligado complemento de la misma con el tratamiento que a tal fin ofrece tanto la doctrina como la jurisprudencia. No obstante, conviene señalar que, la reforma por Ley 13/1983, de 24 de octubre supuso una nueva redimensión del cargo de defensor judicial, ampliando los supuestos y ámbito de su intervención, y al mismo tiempo el otorgamiento de una regulación legal de la que carecía. Ciertamente, la actuación originaria del defensor judicial solo tenía lugar en el ámbito de las relaciones paterno-filiales a la que dedicaba un solo precepto (antiguo artículo 165)¹⁸, que fue objeto de reforma por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, concretando su actuación en la existencia de un interés opuesto de los padres con sus hijos menores de edad no emancipados (antiguo artículo 163); que, posteriormente, se amplía con la citada reforma de 1983, también al ámbito de las relaciones tutelares¹⁹, regulándose, de esta forma, por primera vez unitariamente el cargo, acabándose con las dudas que, existían anteriormente ante la ausencia de una normativa específica. Se dirigía la citada regulación a la protección de los menores de edad no emancipados, personas con la capacidad modificada judicialmente (con nombramiento de tutor o curador) y a los pródigos. Con la actual reforma, se ha suprimido la prodigalidad como institución autónoma; de forma que, los supuestos contemplados por ella, encuentran ahora encaje en las normas sobre medidas de apoyo.

En este contexto, el presente estudio se va a centrar en el análisis del régimen jurídico de la figura del defensor judicial de persona con discapacidad y del menor de edad tras la reforma operada por la Ley 8/2021.

II. CONCEPTO Y CARACTERES DEL DEFENSOR JUDICIAL.

No se conoce antecedente directo de la figura de defensor judicial; sin embargo, alguna parte de la doctrina señala como posible precedente legal el artículo 159 del Proyecto del Código isabelino de 1851, que establecía que en todos los casos en que el padre tenga un interés opuesto al de sus hijos menores, serían estos representados en juicio y fuera de él por su procurador que, se les nombraría judicialmente para cada uno de los casos. Se trataba de un representante en juicio nombrado por el juez y cuando existiese «conflicto de intereses»²⁰. El propio GARCÍA GOYENA señalaba que el origen del artículo 159 se encontraba en el artículo 365 del Código Civil holandés, haciendo constar la irrelevancia de la denominación que, se adoptase —procurador, curador *ad hoc*., etc.—, pues, en definitiva «el nombrado haría las veces del protutor en la tutela», y, remitiéndose al artículo 188.1 en que se establecía como obligación del protutor «1. A sustentar los derechos del menor en juicio y fuera de él, siempre que estén en oposición con los del tutor»²¹.

Por otra parte, no faltan quienes yendo más atrás, hacían referencia a la regulación que sobre la curaduría especial se contenía en los artículos 533 a 540

dentro del capítulo XIII, del título XIII dedicado a la tutela y a la curaduría del proyecto de Código Civil de 1836, en cuyo artículo 533 se establecía que, curador especial es el que se da para uno o varios negocios determinados. Si bien, cuando se trata de pleitos, la persona encargada se llama curador *ad litem*²². Como señala COUTO GÁLVEZ el criterio que sigue el proyecto de 1836 sobre esta materia, es idéntico al trabajo de CAMBRONERO²³.

Fuera del ámbito estrictamente legal, en el año 1977 se publicó por la Fundación General Mediterránea y la Dirección General de Servicios Sociales —SEREM—, un Anteproyecto para la reforma de los preceptos relativos a la tutela redactado por los profesores DÍEZ-PICAZO, BERCOVITZ, ROGEL VIDE, CABANILLAS y CAFFARENA, en cuyo artículo 222 se enumeraba como instituciones tutelares: 1) La patria potestad prorrogada; 2) La tutela; 3) La curatela; 4) El defensor judicial; 5) La guarda de hecho, y, se dedicaba el Capítulo V, artículos 301 a 306, a regular la institución del defensor judicial. Este trabajo sirvió de base para la elaboración de los sucesivos Proyectos de Ley de reforma en materia de tutela, que culminaron finalmente en la citada Ley 13/1983²⁴.

Sobre tales posibles precedentes, el defensor judicial, en palabras de LETE DEL RÍO, se puede definir como «un cargo mediante el cual la persona que lo ejerce suplente temporal y provisionalmente a los padres, tutor, para la representación y amparo, o asistencia del menor»²⁵. Por su parte, PÉREZ ÁLVAREZ señala que «el defensor judicial es la persona que, en virtud de resolución judicial, asume temporalmente la representación y amparo de los menores de edad en los casos previstos en la Ley —STS de 17 de enero de 2003—, y con las atribuciones que le hubiera conferido el juez al designarlo —antiguos artículos 299 y 302 del Código Civil—»²⁶. Con respecto a la nueva regulación define el defensor judicial de la persona con discapacidad como «la persona que, en virtud de la correspondiente resolución, asume la función de prestar apoyo de modo ocasional a la persona que lo precisa en el ejercicio de su capacidad jurídica»²⁷. ORDAS ALONSO lo conceptúa como «la persona que asume temporalmente los intereses de los menores de edad o de los incapacitados (personas con discapacidad), cuando la persona que legalmente puede hacerlo, padres, tutores o curadores no lo hacen»²⁸. Conforme la nueva regulación, si bien referido al defensor judicial de menores de edad no emancipados ÁLVAREZ ÁLVAREZ lo determina como «un cargo a través del cual una persona de manera provisional y temporal suplente a los progenitores o al tutor para la representación y amparo del menor». A lo que añade «le representa y ampara, es decir, comprende tanto la representación como la asistencia, pero entendidas en sentido general y no técnico»²⁹.

Con anterioridad, se caracteriza básicamente por ser un cargo tuitivo ocasional o esporádico, frente a la relativa continuidad temporal de la tutela y de la curatela; y al propio tiempo, compatible con la existencia de los restantes mecanismos tutelares, e incluso con el ejercicio de la patria potestad por los progenitores del menor de edad³⁰. Lo cierto es que, como destacaba LETE DEL RÍO el cargo de defensor judicial era *temporal, ocasional o esporádico* porque su nombramiento obedecía a la singularidad de circunstancias que se producen en un momento determinado, y al desaparecer estas se extingue y cesa la figura —frente a la continuidad de la tutela—; a la par que tenía carácter *subsidiario*, porque actúa en lugar de los padres, tutor o curador; *provisional* para supuestos concretos y evitar que se quede sin protección el menor de edad no emancipado o la persona con discapacidad; y su designación o nombramiento era *judicial*, porque su nombramiento lo efectúa siempre la autoridad judicial³¹. A estos ca-

racteres de temporalidad, subsidiariedad y origen judicial, GETE-ALONSO y CALERA añadía la posible coexistencia del defensor judicial con la patria potestad, con la tutela y la curatela³²; y FLORENSA I TOMÁS la supletoriedad, porque exigía la previa existencia de un sistema de protección de un cargo principal al que está sometido el protegido; y la transitoriedad, que se manifestaba en que el defensor, se nombraba para resolver una cuestión puntual respecto de la que existen intereses contrapuestos (la expresión utilizada por la disposición legal es «algún asunto»); o, se nombraba a un nuevo tutor o curador. Una vez solventado el asunto conflictivo, y con ello desaparecida la contradicción de intereses, o cesada la causa que, había motivado el no desempeño adecuado de las funciones; o designada, en su caso, otra persona para ocupar el cargo de tutor o curador, la función del defensor judicial había concluido³³. De forma que, atendiendo a tales caracteres, no era posible considerar que, el defensor judicial fuese un representante originario y permanente del menor de edad no emancipado, sino que su intervención iba a exigir siempre la existencia de un previo representante o legitimado legal al que sustituir durante un tiempo determinado. Esto no quiere decir que, el cargo de defensor judicial careciese de autonomía, debido precisamente a su naturaleza supletoria y subsidiaria.

Con la actual reforma, el defensor judicial, además de una medida de apoyo formal con funciones asistenciales como regla general (excepcionalmente, representativa), es un cargo principal o autónomo ya que, en determinados supuestos sustituye en sus funciones al curador o guardador de hecho cuando la persona con discapacidad requiere el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente³⁴; también complementa la capacidad el caso de menores de edad emancipados —lo que antes llevaba a cabo el curador—. De forma que, partiendo que se puede designar ahora un defensor judicial tanto para el apoyo de las personas con discapacidad como para la protección de menores son caracteres: la *transitoriedad* —actuación concreta y delimitada en el tiempo—; la *subsidiariedad* y *supletoriedad* —cuando los padres, tutores o no desempeñaban por las razones que fueran sus funciones de guarda y asistencia; o respecto de la persona con discapacidad si existe con la medida de apoyo —curador o guardador de hecho— un conflicto de intereses o, resulta una imposibilidad operativa en el cumplimiento de sus funciones e, incluso, cuando se trata de un apoyo ocasional, aunque recurrente—; y, la *temporalidad* en el nombramiento judicial se mantiene en relación con los menores de edad no emancipados. Sin embargo, tales caracteres resultan matizables en su alcance en relación con las personas con discapacidad cuando se configura como una medida de apoyo formal; lo que, determina su carácter autónomo como tal cargo, aunque la necesidad de apoyo sea puntual y reiterada en el tiempo (art. 295.5 CC)³⁵. Ello supone que, una persona con discapacidad puede no necesitar apoyo de manera habitual y permanente, pero si una asistencia puntual, aunque recurrente en su operatividad. Lo que justifica su carácter estable, transitorio, temporal y no permanente —como lo es la curatela—. Si bien, tal planteamiento conviene precisar que, la subsidiariedad puede también tener lugar en la actuación del defensor judicial como medida de apoyo, cuando, precisamente, suple las funciones otorgadas a la medida de apoyo nombrada en los supuestos de conflicto de intereses, imposibilidad, excusa, remoción; como con respecto a su actuación como medida de apoyo respecto de las medidas de tal naturaleza que, tienen carácter voluntario —apoderamiento preventivo o autotutela— (art. 249 párrafo primero CC). Asimismo, actúa de forma compatible con las medidas de apoyo nombradas (curatela y guarda de hecho); si bien, su existencia como tal institución de apoyo puede no depender necesariamente de

aquellas. En fin, con relación a los menores de edad emancipados, el defensor judicial cumple con una función de complemento de la capacidad en defecto de sus progenitores o tutor en cuanto necesita el consentimiento de aquel para tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor (art. 247 CC). Por lo que, opera en sustitución de los progenitores y para aquellos actos claramente fijados legalmente (transitoriedad).

Ahora bien, como tal cargo autónomo o, en su caso, medida de apoyo será la propia autoridad judicial la que concretará su contenido, teniendo en cuenta siempre el cargo principal sustituido y el supuesto concreto de intervención (arts. 235 y 295 CC). En todo caso, el nombramiento del defensor judicial afecta al ejercicio del cargo tutelar o patria potestad, o a la concreta medida de apoyo, pero nunca por sí mismo al cargo protector, pues, coexistirá con los padres, tutor, con independencia del supuesto que haya dado lugar al nombramiento de defensor (art. 235 CC)³⁶ y su función de apoyo será ocasional, manteniéndose en su caso la medida judicial de curatela establecida. Partiendo de esta configuración, será también preferente al nombramiento de curador tal como establece el artículo 269 párrafo primero del Código Civil en cuanto esta medida de apoyo opera «*cuando no exista otra medida de apoyo suficiente para la persona con discapacidad*». De todas formas, la titularidad del cargo solo será suprimida mediante la privación o suspensión de la patria potestad, o la remoción en el cargo del tutor o del curador.

Por otra parte, el cargo de defensor judicial, como cargo tutelar en el supuesto de menores de edad no emancipados, es obligatorio e irrenunciable sin justa causa. Ello deriva del artículo 200.1 del Código Civil.

A estos caracteres, la doctrina añade la necesidad que el defensor reúna determinadas condiciones personales tales como: *independencia* que, significa ausencia de influencias posibles por parte de los titulares de la representación legal suspendida en todo o en parte; *honorabilidad*, como ausencia de reproche social en su comportamiento; *imparcialidad*, entendida como objetividad en las determinaciones o decisiones³⁷; y, habrá de responder a los principios de *proporcionalidad*, *necesidad* y *mínima intervención*, como atender a la voluntad, deseos y preferencia de la persona con discapacidad en su configuración como medida de apoyo formal y autónoma³⁸.

III. NOMBRAMIENTO Y CONTENIDO DEL CARGO DE DEFENSOR JUDICIAL DEL MENOR DE EDAD NO EMANCIPADO.

Con respecto a este cargo y su nombramiento el artículo 236 del Código Civil señala «el defensor judicial del menor ejercerá su cargo en interés del menor, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos», a diferencia del antiguo artículo 299 del citado cuerpo legal que aludía a que el defensor judicial representa y ampara los intereses de una persona, sin hacer referencia directamente al menor como en la regulación actual; ya que la anterior regulación, como hemos indicado, era unitaria —tanto se protegía a los menores como a las personas con discapacidad—. Lo que determina que, se tendrá en cuenta la voluntad, los deseos del menor atendiendo a su personalidad en el ejercicio de sus derechos, sin perder el principio fundamental que preside toda intervención en la que hay menores de edad no emancipados, como es la de tomar en consideración lo que es mejor para su interés (interés superior del menor).

En este contexto, corresponde al juez, el encargado de especificar las funciones que debe cumplir el defensor judicial, y, por tanto, delimitará el alcance de la sustitución (art. 235 CC)³⁹. De forma que, no puede extralimitarse en las funciones atribuidas por el juez, aunque sustituya en el cargo a los representantes legales.

En este supuesto, actúa como representante del menor; mientras, como veremos, en el caso de defensor judicial de la persona con discapacidad tiene como toda medida de apoyo una función asistencial, aunque excepcionalmente puede llegar a ser representativa⁴⁰.

El contenido del cargo será más o menos amplio dependiendo del supuesto al que se ha de atender⁴¹. Así, en caso de conflicto de intereses las atribuciones del defensor judicial se limitan al contenido del «asunto» —acto o contrato específico de que se trate— (art. 235.1 CC habla de «algún asunto»); de forma que, la sustitución de los padres o del tutor por el defensor judicial quedará limitada a ese asunto o asuntos concretos donde haya contraposición de intereses, siendo compatible con tales cargos en los restantes asuntos en los que estos no han sido suspendidos de sus funciones; mientras que en el supuesto de no desempeño de las funciones por parte del tutor contenido en el artículo 235.2 del Código Civil el defensor sustituye en el cargo a tal representante legal o legitimado para actuar en la toma de decisiones que, afectan al menor, como si de un tutor se tratara, sin que pueda extralimitarse en las funciones asignadas por el juez, y, sin que, asimismo, pueda tener un ámbito de actuación más amplio que el que corresponde precisamente, al representante legal (tutor) al que sustituye temporalmente, alcanzándole, igualmente, las limitaciones inherentes a tales cargos. En consecuencia, cuando el defensor se extralimite en sus funciones o no habiéndose concretado, su actuación excede de lo que representa el contenido atribuible a la legitimación legal suspendida (tutela), el acto realizado será nulo y tendrá la misma consideración que con arreglo al artículo 1259 del Código Civil merece el acto realizado en nombre de otro sin autorización, es decir, lo que se ha venido considerando como un supuesto de «ineficacia relativa» e «irrelevancia» del acto o negocio, con la consiguiente posibilidad de ratificación⁴².

Con todo y como cargo de guarda, le corresponderá en los términos del artículo 235.1 del Código Civil «representar y amparar» los intereses del menor en los supuestos regulados y anteriormente mencionados⁴³ y en juicio o fuera de él⁴⁴. En todo caso, la representación y amparo alcanza tanto a los intereses patrimoniales, como a los personales y familiares o morales.

Ahora bien, la naturaleza supletoria y subsidiaria del defensor judicial —pese a ser un cargo tutelar autónomo— le impide tener un contenido funcional propio, como sucede con los demás órganos de protección. Se puede decir que, su función tutelar goza de cierta versatilidad, pues, unas veces intervendrá, sustituyendo completamente al tutor; representando a los menores de edad o emancipados o asistiendo a los menores de edad no emancipados; y otras veces, esa representación o asistencia se concretará en un asunto con el que exista conflicto o contraposición de intereses. Por eso, como dice PUIG FERRIOL «el defensor judicial tendrá las mismas atribuciones que la ley confiere al tutor o curador, a los cuales sustituye provisionalmente, a menos que el juez acuerde otra cosa al hacer cada concreto nombramiento»⁴⁵. De forma que, el contenido funcional del cargo de defensor judicial es determinado normalmente *per remissionem*⁴⁶; y, estará sometido a las prohibiciones establecidas en el artículo 226 del Código Civil para el tutor. Asimismo, si este necesita intervención o autorización judicial para un acto determinado, igual exigencia tendrá la actuación del defensor

judicial en cuanto sustituye a tal representante legal en sus funciones. En esta línea, se ha planteado en la doctrina la cuestión de si la partición hereditaria en la que interviene un defensor judicial en representación de los menores de edad no emancipados ante un conflicto de intereses existente con los padres o tutor, necesita o no de la aprobación judicial, o está implícita ya esta en el propio contenido de su actuación determinado judicialmente. En este punto, se ha optado mayoritariamente por un tratamiento homogéneo con independencia del cargo protector al que sustituye el defensor judicial; de manera que, este no necesitará de la aprobación judicial de la partición en la que interviene representando a los menores, tanto si en tal acto sustituye a los padres o al tutor; siendo, en consecuencia, aplicable en ambos casos la norma contenida en el artículo 1060 del Código Civil, y ahora el artículo 289 del Código Civil en sede de curatela por la remisión del artículo 224 del Código Civil en la tutela⁴⁷.

Una vez concretado por el juez el ámbito de actuación del defensor, esto es, el contenido funcional que legitima su intervención, ante cualquier duda que, pueda surgir relativa a su alcance, sobre todo en los casos del artículo 235.2.º del Código Civil, si el juez no precisara nada en particular. La doctrina se muestra vacilante: así algunos autores optan por una de interpretación restrictiva, considerando que, no se puede actuar más allá del mandato que se le ha conferido, sin que, por tanto, pueda entenderse que, asume siempre las mismas funciones que, la ley asigna al tutor; pues, la representación del defensor es una excepción a la representación legal de este, al tratarse de una figura distinta a la tutela y necesariamente provisional⁴⁸; frente a quienes defienden que, el defensor judicial podrá intervenir también en aquellos asuntos, que aparezcan necesariamente enlazados con el que ha determinado su nombramiento, esto es, que la actuación del defensor se puede desplegar en todo el ámbito propio del tutor al que sustituye provisionalmente⁴⁹.

Corresponde al juez, en consecuencia, especificar necesariamente cuáles son las «atribuciones» (funciones) del mismo y su extensión y límites⁵⁰.

En cuanto al nombramiento del defensor judicial, tanto la designación de la persona como la delación de cargo es atribución exclusiva y excluyente del juez, así lo dispone el artículo 235 del Código Civil. Por tanto, la designación y delación del defensor es siempre dativa; de ahí, su consideración de cargo judicial y su denominación como defensor judicial. El expediente de jurisdicción voluntaria para nombramiento de defensor judicial se iniciará de oficio, a petición del Ministerio Fiscal, o por iniciativa del menor o cualquier otra persona que actúe en interés de este (art. 28 de la LJV)⁵¹.

En este contexto, el nombramiento de defensor judicial en sede de relaciones paterno-filiales resulta operativo cuando la oposición de intereses de los padres con sus hijos menores de edad no emancipados alcanza a ambos progenitores; pues, si tal conflicto u oposición es con uno solo corresponderá al otro, actuar como defensor judicial, en una suerte de atribución *ex lege* y automática de la representación, al no necesitar especial nombramiento para representar al hijo o completar su capacidad⁵² —supuesto que acoge, asimismo, a la patria potestad prorrogada o rehabilitada o curatela ejercidas también por ambos padres—. Siendo intrascendente que, los padres del menor se encuentran o no casados, pues, en cualquier caso la patria potestad, la titularidad y el ejercicio es conjunto. No obstante, si la filiación está determinada respecto de uno de los progenitores, o, estándolo respecto a ambos, uno de ellos ha fallecido, el conflicto de intereses que tengan lugar entre los hijos menores de edad y el único progenitor reconocido o supérstite, exige el nombramiento de defensor judicial

Por otra parte, aunque el artículo 201 del Código Civil posibilita que, los padres puedan ordenar en testamento o documento público cualquier disposición sobre la persona o bienes de sus hijos menores o incapacitados —incluso el establecimiento de órganos de fiscalización de la tutela—, entre las que se podría incluir la designación de defensor judicial, —si se dieran las circunstancias para su nombramiento—; lo cierto es que tal designación no vinculará al juez, que simplemente podrá tenerla en cuenta; y, en todo caso, podrá nombrarlo, si lo considera adecuado para el cargo⁵³.

Efectivamente, el juez solo nombrará como defensor a quien considera más idóneo para el cargo, ya sea un pariente o un extraño, sin que proceda aplicar la preferencia legal contenida en el artículo 213 del Código Civil —tutela legítima—⁵⁴, dado el amplio margen de discrecionalidad que el artículo 235 confiere al juez para que, decida quién es la persona más adecuada para los intereses del menor de edad⁵⁵; siendo la capacidad exigible para su desempeño, la misma que se exige a los titulares que vaya a sustituir, o la requerida para el acto o negocio sobre el que va a actuar representando o asistiendo al menor (pudiéndose aplicar las reglas que el Código Civil establece respecto a los tutores: condiciones de aptitud suficientes para el adecuado desempeño de su función y no esté incurso en ninguna causa de inhabilidad de los artículos 216 y 217 del Código Civil (art. 211 del citado cuerpo legal)⁵⁶.

En esta línea, cabe preguntarse, si puede el menor emancipado ser nombrado defensor judicial. A favor de la tesis afirmativa se argumenta que: 1.º. El menor emancipado puede ejercer la patria potestad sobre sus hijos —que incluye la facultad de representación y administración de bienes (art. 154.2.2.º CC)— sin asistencia de ningún tipo (art. 157 CC interpretado a *sensu contrario*); de forma que, no parece que pueda existir inconveniente en que sea defensor, sobre todo teniendo en cuenta que la actuación como tal puede estar limitada a un asunto concreto; 2. El menor emancipado puede ser mandatario (art. 1716 CC), por lo que tiene capacidad para actuar sobre un patrimonio ajeno (facultad de representar o poder para ello); 3. La actuación del menor emancipado como defensor puede ser modulada en atención a su capacidad, pues la emancipación habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor (art. 247); de manera que, habrá que estar al supuesto que haya dado lugar a su nombramiento, y a las concretas funciones atribuidas por el juez; 4. Además, puede por sí solo comparecer en juicio. De ahí que, se considere que podrá desempeñar las funciones del cargo de defensor en la medida que, sea designado para actos concretos que, pueda realizar por sí solo⁵⁷. Sin embargo, en contra de esta posibilidad se aduce que, la emancipación solo habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, y, no para regir la persona o bienes de otro⁵⁸.

Por otra parte, no parece que pueda existir inconveniente en que, el juez, si lo estima oportuno, pueda nombrar a una misma persona defensor judicial de varios hermanos, especialmente cuando se trate del supuesto comprendido en el artículo 235.2 del Código Civil, o cuando sean varios hermanos —sometidos a un mismo tutor— los que mantengan el mismo conflicto de intereses con su representante legal⁵⁹.

En todo caso, el nombramiento del defensor judicial se realiza siguiendo los trámites previstos en los artículos 27 a 31 de la LJV, mediante expediente de jurisdicción voluntaria, siendo competente para el conocimiento de este el letrado de la Administración de Justicia del juzgado de primera instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con discapacidad o, en su caso, aquel correspondiente al juzgado de primera instancia que esté

conociendo del asunto que exija el nombramiento de defensor judicial (art. 48.1 de la LJV). Este expediente se iniciará de oficio, a petición del Ministerio Fiscal, o por iniciativa del menor o cualquier otra persona que actúe en interés de este. En la tramitación del presente expediente no será preceptiva la intervención de abogado ni procurador.

Durante la tramitación del expediente, esto es, desde que se solicite la habilitación y hasta que acepte su cargo el defensor judicial o se archive el expediente por resolución firme, quedará suspendido el transcurso de los plazos de prescripción o de caducidad que afecten a la acción de cuyo ejercicio se trate.

En el caso que el menor haya de comparecer como demandado o haya quedado sin representación procesal durante el procedimiento, el Ministerio Fiscal asumirá su representación y defensa hasta que se produzca el nombramiento de defensor judicial.

Respecto a la comparecencia, el letrado de la Administración de Justicia convocará a tal comparecencia al solicitante, a los interesados que consten como tales en el expediente, a quienes estime pertinente su presencia, al menor o persona con discapacidad si tuvieran suficiente madurez y, en todo caso, al menor si tuviere más de 12 años y al Ministerio Fiscal.

En la resolución en que se acceda a lo solicitado se nombrará defensor judicial a quien el letrado de la Administración de Justicia estime más idóneo para el cargo, con determinación de las atribuciones que le confiera.

El testimonio de la resolución de nombramiento de defensor judicial en el caso previsto en la letra c) del apartado 1 del artículo 27, esto es, hallarse los progenitores, tutor o persona designada para ejercer el apoyo en una situación de imposibilidad de hecho para la representación o asistencia en juicio, se remitirá al Registro Civil competente para proceder a su inscripción (art. 30 de la LJV).

Por otra parte, el defensor judicial deberá comunicar al órgano judicial la desaparición de la causa que motivó su nombramiento y, le serán aplicables al defensor judicial las disposiciones establecidas para la formación de inventario, en su caso, la excusa y la remoción de los tutores y para su rendición de cuentas una vez concluida su gestión, que se tramitarán y decidirán por el letrado de la Administración de Justicia competente.

En todo caso, se podrá nombrar como defensor judicial a una persona física como jurídica —al igual que, sucede con el curador— y a quien el juez considere como la persona más idónea para el cargo, sea o no pariente del menor o de la persona con discapacidad⁶⁰.

Ahora bien, el defensor judicial del menor de edad no emancipado ejercerá su cargo en interés del menor, de acuerdo con sus personalidad y con respeto a sus derechos (art. 236 CC); mientras que el defensor judicial de la persona con discapacidad, como analizaremos, conforme al artículo 295 párrafo segundo del Código Civil habrá de respetar, comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de aquella. Frente al interés del menor de edad no emancipado están la voluntad, deseos y preferencias de la personas con discapacidad.

En fin, respecto a los supuestos de complemento de la capacidad procesal, el artículo 7.2 de la LEC establece que, las personas menores de edad no emancipadas deberán comparecer mediante la representación, asistencia o autorización exigidos por la ley⁶¹; y añade en caso de personas con medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica se estará al alcance y contenido de estas. En cuanto a la intervención del defensor judicial en la partición hereditaria el artículo 1060 del Código Civil dispone que: «*Cuando los menores estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la autorización*

judicial, pero el tutor necesitará aprobación judicial de la ya efectuada. El defensor judicial designado para representar a un menor en una partición, deberá obtener la aprobación de la autoridad judicial, si el letrado de la Administración de Justicia no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento.

Tampoco será necesaria autorización ni intervención judicial en la partición realizada por el curador con facultades de representación. La partición una vez practicada requerirá aprobación judicial.

La partición realizada por el defensor judicial designado para actuar en la partición en nombre de un menor o de una persona a cuyo favor se hayan establecido medidas de apoyo, necesitará la aprobación judicial, salvo que se hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento».

Por tanto, el defensor judicial designado para representar a un menor en una partición, deberá obtener la aprobación judicial para realizar esta, salvo que el letrado de la Administración de Justicia no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento.

En cuanto a la partición realizada por el defensor judicial del menor de edad no emancipado o de la persona con discapacidad con medidas de apoyo, necesitará también autorización judicial, salvo que otra cosa se hubiera dispuesto por el letrado de la Administración de Justicia cuando se hizo el nombramiento⁶².

IV. SUPUESTOS CONCRETOS DE ACTUACIÓN DEL DEFENSOR JUDICIAL DEL MENOR DE EDAD NO EMANCIPADO

El artículo 235 del Código Civil enumera tres supuestos distintos de actuación del defensor judicial, de los que nos vamos a ocupar a continuación: 1) Si en algún asunto existe un conflicto de intereses entre los menores y sus representantes legales, salvo en los casos en que la ley precisa otra forma de salvarlo. Coincide con la previsión normativa del artículo 163 del Código Civil: nombramiento de defensor judicial para los supuestos de que en algún asunto concreto el padre y la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados; 2) Cuando por cualquier causa, el tutor no desempeñare sus funciones, hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo; 3) Cuando el menor emancipado requiere el complemento de capacidad previsto en los artículos 247 y 248 del Código Civil y, a quienes corresponda prestarlo no pueden hacerlo o existe con ellos un conflicto de intereses⁶³.

1. Conflicto de intereses entre menores y sus representantes legales: concepto y ámbito de aplicación: el Código Civil en el apartado 1 del artículo 235 ordena nombrar defensor judicial «cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores y sus representantes legales»⁶⁴. Lo que, opera para quienes ejercen la patria potestad en línea con lo previsto en el artículo 163 del Código Civil⁶⁵; y con relación al tutor, así el artículo 226.2.º del citado cuerpo legal prohíbe al tutor representar al tutelado cuando en el mismo acto intervenga en nombre propio o de un tercero y exista un conflicto de intereses; y, asimismo, no podrá ser nombrado tutor a quien tenga conflicto de intereses con la persona sujeta a tutela, no de forma ocasional, sino prolongada en el tiempo (art. 217.5 CC).

No se define en tal precepto que se entiende por «conflicto de intereses», por lo que corresponde a la doctrina concretar el significado de tal concepto jurídico indeterminado.

No obstante, conviene precisar que, nuestro Código no siempre emplea la expresión «conflicto de intereses», sino que utiliza otras denominaciones equivalentes con idéntico significado. Así lo ha puesto de relieve BADOSA COLL cuando precisa que «el Código Civil utiliza indistintamente «conflicto de intereses» (art. 162.2.º, 163.2.º, 217.5, 295.2 CC); «oposición de intereses» (art. 220 CC); «interés opuesto» (arts. 163.1 CC); o «incompatibilidad de intereses» (art. 220 CC)»⁶⁶ —adaptado a la actual regulación—.

GONZÁLEZ MARTÍNEZ señala que «existirá intereses opuestos en un asunto, negocio o pleito cuando su decisión normal recaiga sobre valores patrimoniales que, si no fueran atribuidos directa o indirectamente al padre, corresponderían o aprovecharían al hijo»⁶⁷. Por su parte, HERNÁNDEZ GIL entiende por oposición de intereses «posturas antagónicas en las que no puede atenderse a las dos a la vez sin que una de ellas resulte perjudicada; actitud absolutamente inconciliable, antitética; el choque de los intereses personales del padre con los del hijo, de modo que necesariamente en su actuación surja el peligro de una decisión parcial; que lo que suponga provecho, ventaja para su patrimonio, constituya, al mismo tiempo, carga, perjuicio, gravamen, para el de los hijos»⁶⁸. Para FLORENSA I TOMÀS existirá, pues, «conflicto de intereses» determinante del nombramiento de defensor, «siempre que de la situación originada por intereses por sí mismo incompatibles —no por razón de negociación— haya de resultar el beneficio del titular del cargo protector en detrimento del sujeto protegido, agravando la posición o condición de este; beneficio que no debe entenderse adecuado solo a la esfera patrimonial, sino a todo lo que cabe dentro del término jurídico de «interés», incluyendo el personal o moral»⁶⁹. En fin, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de enero de 2003⁷⁰ «el conflicto existe cuando en la realización de actos de guarda y protección la actuación de los representantes pone en peligro el beneficio del menor o incapaz al ser contrario al interés subjetivo o personal de aquellos».

En todo caso, el conflicto debe ser calificado como tal desde el punto de vista objetivo, esto es, con independencia del comportamiento observado por los padres o el tutor en la relación que crea el perjuicio, y, aunque no exista ánimo de perjudicar. La Ley, por tanto, solo contempla el conflicto de intereses como una situación objetiva, sin tener en cuenta el comportamiento anterior, ni mucho menos, la predisposición de ánimo del que ostenta la representación⁷¹, siempre que ponga en peligro el interés del hijo al que representan, o del tutelado⁷². Asimismo, su alcance debe ser objeto de una interpretación restrictiva; e impone un examen particularizado por parte del juez de cada caso a fin de comprobar la índole y extensión de los actos o contratos, tarea que la resolución de la DGRN de 3 de abril de 1995⁷³ considera dificultosa⁷⁴. Los conflictos pueden afectar a intereses de naturaleza patrimonial —en este caso, se dará cuando el beneficio patrimonial de una de las partes es en perjuicio del patrimonio de la otra—⁷⁵, y extrapatrimoniales o familiar/personal⁷⁶.

Tales conflictos han reunir las siguientes características: a) El *conflicto ha de ser real y no aparente*, es decir, ha de tener una influencia clara y determinante en el acto o negocio jurídico⁷⁷. Los intereses deben ser incompatibles por sí mismos, es decir, debe tener una causa objetiva, independiente del comportamiento observado por el progenitor o el tutor. Se excluyen, por tanto, aquellas situaciones sin trascendencia sustancial para el acto o negocio jurídico; b) El conflicto *ha de ser actual y efectivo*, no meramente probable o eventual, esto es, existente en el momento de plantearse el asunto y no en base a conjeturas que puedan plantearse en un futuro. Se excluye, en consecuencia, la eventualidad, es decir,

la simple consideración de que pueda o no producirse; c) Los intereses *han de ser incompatibles*⁷⁸; d) El conflicto ha de ser de cierta importancia o magnitud, pero no de aquella que conlleve la privación o suspensión de la patria potestad, o que constituya causa de inhabilidad y remoción del tutor (antiguos artículos 216, 217 y 223 CC). Ni, por supuesto, se considerará conflicto de intereses, una mera discrepancia, tan intrascendente en intensidad, que forma parte de la realidad cotidiana de quienes asumen la patria potestad, o tutela; y, que puede ser resuelto en el propio seno de las relaciones familiares⁷⁹; ni el ejercicio de una acción de separación de los tutores⁸⁰; e) Afecte a un asunto concreto⁸¹; f) La Ley no prevea otra forma de salvarlo.

Ahora bien, hay que diferenciar conflicto de intereses, de reciprocidad de intereses que se implica que dos intereses pertenecientes a personas distintas pueden satisfacerse simultáneamente, es decir que «su satisfacción es compatible, aunque sea desequilibrada»⁸²; y de la «simple concurrencia o coincidencia de intereses», que tiene lugar cuando existe una identidad de aspiraciones entre los sujetos implicados⁸³. La simple coincidencia de intereses, como precisa HERNÁNDEZ GIL, «no autoriza para solicitar el nombramiento de defensor»⁸⁴; si bien, coincide con el conflicto de intereses, en palabras de FLORENSA I TOMÁS en que «ambas son situaciones que existen previamente a una determinada relación jurídica al contrario de la reciprocidad de intereses»⁸⁵. La concurrencia de intereses es, a su vez, una situación teórica o idealmente previa, y que, puede desembocar en la situación del conflicto de intereses, pero como manifiesta GONZÁLEZ MARTÍNEZ que «en múltiples supuestos la concurrencia de intereses más bien será una garantía de la gestión paterna, que un motivo de recusación»⁸⁶.

Además de la delimitación objetiva del conflicto de intereses en los términos expuestos, para completar la precisión de su alcance, se ha de proceder, asimismo, a concretar el ámbito subjetivo en el que se desarrolla, o lo que es lo mismo, se han de determinar los sujetos entre los que puede existir intereses opuestos. Así, en las relaciones paterno-filiales, el artículo 235.1 del Código Civil exige que el conflicto se dé entre el menor de edad no emancipado y los dos padres (representantes legales)⁸⁷, pues, en el caso que el conflicto solo exista con uno solo de los progenitores, corresponde por Ley al otro progenitor representar al menor o completar su capacidad, según los casos —como señala el citado precepto *in fine* «salvo en los casos en que la ley prevea otra forma de salvarlo»—. Así el artículo 163.2 del citado cuerpo legal «si el conflicto existiera solo con uno de los progenitores, corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad».

No obstante, si uno solo de los progenitores ostenta la titularidad de la patria potestad, bien, porque solo se haya determinado respecto de él la filiación, o bien porque el otro ha sido privado de ella, y resulta que con él es precisamente con quien el hijo tiene intereses contrapuestos, debe nombrarse defensor judicial dándose el supuesto contenido en el artículo 235.1 del Código Civil y antes puesto de manifiesto. Ahora bien, en caso de tutela —tutela plural y tutela unipersonal tanto personal como patrimonial—, el defensor judicial va a actuar respecto de la situación de conflicto. Por lo que, los representantes legales del menor —padre y tutor— seguirán operando en el resto de la esfera personal o patrimonial del menor de edad no emancipado. En principio, el defensor judicial será nombrado para amparar los intereses del menor de edad no emancipado en esa concreta situación de conflicto y para ese menor. De tener hermanos también menores de edad no emancipados que tengan el mismo conflicto de intereses con sus representantes legales, el juez podrá nombrar un defensor judicial que actúe

en defensa de los intereses de todos los menores de edad no emancipados, o si considera conveniente un defensor judicial para cada hijo menor no emancipado.

Sobre tales bases, se ha de tener en cuenta que, en este caso, el defensor no es representante legal del menor, sino que actúa, prestándole su asistencia en orden al complemento de su capacidad. Cabe plantearse su aplicación en relación con el *nasciturus* (hijo concebido y no nacido), al respecto se pronunció afirmativamente HERNÁNDEZ GIL con relación al régimen legal derogado⁸⁸, y, con tal parecer coinciden otros autores, argumentando al respecto que: 1) En base a los artículos 29 y 627 del Código Civil es posible sostener que el *nasciturus* puede ser representado; 2) El conflicto de intereses entre el representante legal y el concebido tiene las mismas posibilidades de producirse que, si el representado fuera nacido⁸⁹.

Por otra parte, el interés opuesto puede tener lugar entre dos hijos sometidos a la patria potestad de los mismos padres. Ante el silencio de la norma, como argumento a favor de la posibilidad de nombrar defensor en estos casos, se aduce que no pueden los padres representar a uno de los hijos sin entrar en colisión con el otro, pues, necesariamente, se beneficiará el interés de uno en perjuicio del otro; por lo que estaríamos ante la hipótesis de oposición de intereses prevista en el artículo 235.1 del Código Civil⁹⁰.

En todo caso, el citado artículo 235.1 del Código Civil se refiere a los conflictos de intereses que puedan existir «entre los menores y sus representantes legales»⁹¹. Dentro de los representantes legales, obviamente, se incluyen a los progenitores y tutores. Respecto, a los menores ha de entenderse que se incluye en tal concepto, por un lado, a los menores de edad no emancipados sujetos a patria potestad o tutela (art. 199.2 CC); y por otro a los menores de edad no emancipados «cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deben completar» (art. 163.1 *in fine* CC).

En cuanto a los «asuntos» que puede ser motivo de conflicto en la tutela y patria potestad, serán tanto personales o familiares, como patrimoniales.

Ahora bien, puede darse el caso que exista una pluralidad de tutores nombrados, como prevé el artículo 218 del Código Civil y darse la posibilidad prevista en el artículo 235.1 *in fine* del citado cuerpo legal que, la ley prevea otra forma de salvarlo. Si existen cargos distintos respecto de la persona y bienes del tutelado, cuando el conflicto de intereses surja con uno solo de ellos; el otro no podrá representar al tutelado, por lo que será necesario el nombramiento de defensor judicial⁹². En el caso de tutela conjunta (en el que los tutores ejerzan sus funciones mancomunadamente), el artículo 220 del Código Civil posibilita que sea realizado el acto por el otro tutor, o de ser varios, por lo demás en forma conjunta. Si no ejercen los tutores el cargo de forma mancomunada, sino solidaria, la solución es similar a la anterior, pues, lo ejercerá el otro tutor (art. 219.1 CC)⁹³. Asimismo, si la tutela se encomienda a varios tutores se ejercerá conjuntamente, pero valdrá lo que haga con el acuerdo del mayor número. No obstante, si no hay acuerdo, la autoridad judicial, después de oír a los tutores y al tutelado si tuviere suficiente madurez, resolverá sin ulterior recurso lo que estime conveniente. Para el caso de que los desacuerdos fueran reiterados y entorpeciesen gravemente el ejercicio de la tutela, podrá la autoridad judicial reorganizar su funcionamiento e incluso nombrar nuevo tutor (art. 219.2 CC).

En este contexto, habrá *conflicto de intereses* en materia sucesoria, cuando el padre es heredero y el hijo acreedor de la herencia (resolución de la DGRN de 12 de octubre de 1895; y sentencia del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 1968); si se trata de la división de la herencia en que padre e hijo sean cohere-

deros o la madre, faltando el padre, tiene derecho a la cuarta marital (resoluciones de la DGRN de 10 de noviembre de 1910; de 31 de enero de 1913; de 21 de junio de 1917; y de 25 de enero de 1928); si la madre representa al menor en herencia en que se le adjudican bienes en usufructo de los que sean nudos propietarios los hijos (resolución de la DGRN de 27 de noviembre de 1896); cuando los padres e hijos son respectivamente herederos y legatarios en una misma sucesión, siendo indiferente que el legado sea de cosa específica, genérica o de cantidad (resoluciones de la DGRN de 30 de enero de 1915; y de 6 de noviembre de 1934); en la partición de la herencia en la que el padre o la madre y el hijo concurren a la herencia como coherederos (resolución de la DGRN de 27 de enero de 1987)⁹⁴, o para la formación de inventario y la partición parcial de herencia y adjudicación de bien presuntivamente ganancial en proporción de una mitad indivisa a la madre-viuda y de la otra mitad de ella y a sus dos hijos en usufructo y en propiedad en la misma proporción que les corresponde en la herencia del causante. Se entiende que, puede haber una posible disminución de la cuota hereditaria de los hijos, si se llega a demostrar el carácter privativo del precio pagado por el causante en la adquisición del bien adjudicado (resolución de la DGRN de 3 de abril de 1995)⁹⁵; o cuando el hijo es heredero y el padre o la madre tienen derecho a la liquidación de la sociedad conyugal en cuyo caso, surge el conflicto no en la realización del inventario de los bienes gananciales, sino en el momento de las adjudicaciones, salvo si se adjudican en comunidad romana (resoluciones de la DGRN de 25 de mayo y 5 de octubre de 1906; de 6 de febrero de 1995; y, de 15 de septiembre de 2003)⁹⁶; en el caso de aceptación de herencia, entrega de legados y venta de bienes comunes con el resto de los herederos y, de bienes de los que es propietaria en pleno dominio la persona incapaz⁹⁷; igualmente, se considera que existe un conflicto de intereses entre los hijos y su madre que obliga al nombramiento de un defensor judicial para otorgar escritura de aceptación de la herencia⁹⁸; asimismo, en la división de la cosa común formando lotes entre los interesados (sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de marzo de 1996)⁹⁹; o, en la partición de la herencia en que el tutor es también heredero (resolución de la DGRN de 19 de abril de 2017)¹⁰⁰; también en la partición de la herencia para garantizar la imparcialidad en la defensa de los intereses del menor (sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 6.ª, de 26 de enero de 2007¹⁰¹); asimismo, en relación con alguno de los medios de conmutación del usufructo viudal (art. 839 CC) y hay hijos menores representados por el cónyuge viudo en esta elección, sin que sea posible atribuir para ello bienes en propiedad son el consentimiento expreso de todos los herederos, por lo que, procede el nombramiento defensor judicial en cuanto existe oposición de intereses entre la madre y sus hijos menores¹⁰²; o cuando se grava o condiciona la legítima con una cautela socini¹⁰³, entre otros supuestos. En un ámbito negocial, hay conflicto en la cancelación de una hipoteca entre la madre dueña de la finca hipotecada y los menores dueños de aquella (resolución de la DGRN de 19 de mayo de 1900); en la constitución de una hipoteca voluntaria (Resolución de la DGRN de 6 de julio de 1917); en el supuesto que, el hijo presta su consentimiento como avalista solidario en la póliza de crédito que sirve de título para la ejecución, y no tiene intereses directos en la operación (sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2.ª, de 18 de noviembre de 1996¹⁰⁴); cuando ambos progenitores pretenden utilizar el porcentaje de participaciones de las que el menor es titular para formar las mayorías legales y/o estatutarias exigidas para la adopción o rechazo de los acuerdos de la sociedad mercantil (sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 15 de junio de

2001¹⁰⁵); en la venta de acciones de una sociedad de la que son titulares los hijos con posible ejercicio por aquellos del derecho de adquisición preferente (auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 9 de junio de 2000)¹⁰⁶; para evitar poner en peligro el patrimonio del menor, si se permite al progenitor paterno administrarlo¹⁰⁷; y, en supuesto de autocontratación¹⁰⁸. Finalmente, en materia familiar (extrapatrimonial) habrá conflicto de intereses cuando se proceda a la liquidación de la sociedad de gananciales¹⁰⁹, y, en los procedimientos de filiación (reclamación e impugnación de la paternidad)¹¹⁰, entre otros.

Por otra parte, *no hay conflicto de intereses*, cuando se efectúa la partición por amigables componedores con autorización judicial (resoluciones de la DGRN de 10 de septiembre de 1902; y, de 22 de noviembre de 1911); cuando el padre o la madre renuncia a sus derechos sucesorios o sobre bienes gananciales (resoluciones de la DGRN de 9 de octubre de 1901; de 26 de noviembre de 1906; y de 23 de noviembre de 1910)¹¹¹, siempre que la renuncia sea anterior al acto en que se representa al hijo (resolución de la DGRN de 26 de febrero de 1906); en la manifestación de la herencia cuando la madre en nombre propio y como legítima representante de sus hijas menores en ejercicio de la patria potestad respecto de la herencia del esposo y padre respectivamente¹¹²; en la adjudicación *pro indiviso* de dos fincas hereditarias al ser una operación sin trascendencia económica, y desde el punto de vista jurídico, supone solamente que la comunidad sobre todo el patrimonio hereditario activo y pasivo se transforme en una comunidad romana o por cuotas indivisas sobre cada uno de los bienes de la herencia¹¹³; en la reclamación de las indemnizaciones por accidente, pues, aunque el padre o la madre, como representantes legales, son quienes han de recibirlas, estas al ser determinadas por los Tribunales en cantidad fija quedan los padres privados de todo arbitrio o facultad para perjudicar a sus hijos señalando otras sumas inferiores en su propio beneficio¹¹⁴; cuando los intereses sean paralelos, como si los padres e hijos son coherederos que reclamen derechos comunes (resoluciones de la DGRN de 31 de mayo de 1909; y, de 27 de enero de 1987)¹¹⁵; cuando piden un crédito común (sentencia del Tribunal Supremo, de 17 de junio de 1903); o hipotecan posiciones indivisas de una misma finca (resolución de la DGRN de 6 de julio de 1917); en convenio de resolución de compraventa celebrada por el padre como comprador antes de su fallecimiento. Actuación de la viuda en representación de sus hijos. El interés de estos y de la propia herencia fue el que determinó la resolución contractual para evitar que la misma quedara sujeta al pago de un precio elevado. Se entiende válido lo convenido¹¹⁶; en la escritura de aceptación de herencia otorgada ante notario por la madre de los demandantes¹¹⁷; o, en fin, liquidan una sociedad mercantil en que ambos son parte (sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 1912). En el ámbito extrapatrimonial, no se aprecia conflicto de intereses por el posterior nombramiento judicial como tutor al instituto que intervino como defensor judicial¹¹⁸; ni en la escritura de liquidación de gananciales y adjudicación de herencia en cuanto la atribución preferente por la viuda del causante de la vivienda habitual, no hay oposición o conflicto de intereses entre los herederos menores y su madre que los representa legalmente en la herencia de su abuelo, a la que acceden por derecho de transmisión, tras el fallecimiento de su padre, heredero y legatario del citado abuelo¹¹⁹; ni en el caso del curador que carece de interés en la herencia¹²⁰.

Ahora bien, la existencia de conflicto de intereses de los padres o, en su caso, del tutor no solo determina el nombramiento de un defensor judicial, sino también en el ámbito de la tutela la inhabilidad para ser tutor al disponer el ar-

título 217.5.º del Código Civil que la autoridad judicial no podrá nombrar tutor: 5. A quien tenga conflicto de intereses con la persona sujeta a tutela.

2. *No desempeño de las funciones tutelares por el tutor:* En este caso, no se nombra el defensor por incompatibilidad de intereses, sino por falta de ejercicio de la función de guarda por el tutor en un determinado momento por cualquier causa (art. 235.2.º CC). Se plantea en dos supuestos diferentes: 1) Los de imposibilidad de hecho, temporal, en los que se nombra defensor judicial hasta que la causa transitoria que ocasiona la desatención desaparezca (dice el Código Civil «hasta que cese la causa»); y, 2) Los casos de imposibilidad duradera o definitiva, en los que procede el nombramiento de defensor judicial hasta que otra persona ocupe el cargo, esto es, hasta el nombramiento de un nuevo tutor, bien sea por causa de excusa (arts. 223 y 279 CC), por remoción del cargo al incurrir en alguna de las causas de inhabilidad establecidas en la Ley (arts. 216 y 217), o de cualquier otra que determine, igualmente, tal remoción (arts. 223 y 278 CC)¹²¹, o bien por muerte, desaparición, declaración de ausencia, o se trate de un tutor que necesite apoyos representativos (curador), o por abandono del cargo por parte de los mismos. En ambos casos, el nombramiento del defensor judicial no exime al tutor de su eventual responsabilidad por abandono, dejación o irregularidad en sus funciones¹²².

Por otra parte, no existe una posición definida en la doctrina acerca de, si se puede aplicar analógicamente el artículo 235.2 del Código Civil ante el incumplimiento de los deberes por los titulares de la patria potestad, de forma que, se nombre un defensor judicial, que represente y ampare al menor no emancipado hasta que cese la causa determinante de aquel, o se someta a tutela (art. 199.2 CC). En todo caso, habrá de tener lugar dicho incumplimiento por parte de ambos padres, pues, si fuese imputable a uno de ellos, corresponde al otro la representación legal de los menores. De todas maneras, la posible falta de protección y representación ante el no ejercicio por parte de los titulares de la patria potestad de sus funciones determina la intervención de la autoridad judicial (art. 158.6 del Código Civil —que puede «entre las disposiciones que considere oportunas a fin de apartarle al menor de un peligro o de evitarle perjuicios en su entorno familiar o frente a terceras personas», estar el nombramiento de defensor judicial como medida cautelar—); o, si fuera necesario, la asunción de la tutela automática por la Administración (art. 172 CC)¹²³. Ciertamente, la falta del ejercicio de las funciones de guarda por los padres o tutores pueden ser temporales o duraderas o definitivas. De ser temporales procede el nombramiento de un defensor judicial; de ser duraderas se exige en caso de que sean los padres los que no cumplan con los deberes de guarda y protección inherente a su cargo, se nombre un tutor; y si es el tutor nombrado el que no actúa adecuadamente, lo procedente es su cese y el nombramiento de nuevo tutor —salvo en el supuesto de tutela plural—¹²⁴.

En todo caso, atendiendo a la remisión del artículo 236 del Código Civil a la normativa del defensor judicial de la persona con discapacidad y del artículo 297 del citado cuerpo legal a su vez, a las causas de inhabilidad, excusa y remoción de la curatela: por un lado, el artículo 278 del Código Civil prevé que durante la tramitación del expediente de remoción, la autoridad judicial podrá suspender al curador (tutor) en sus funciones y de considerarlo necesario, acordar el nombramiento de un defensor judicial; y por otro, el artículo 279 del Código Civil mientras la autoridad judicial resuelva acerca de la excusa, el nombrado estará obligado a ejercer su función. Si no lo hiciera y fuera necesaria una actuación de apoyo, se procederá a nombrar un defensor judicial que sustituya al curador,

quedando el sustituido responsable de los gastos ocasionados por la excusa, si esta fuera rechazada.

Ahora bien, tanto en este supuesto de imposibilidad del tutor para ejercer sus funciones como en el supuesto que los padres tengan un interés opuesto a su hijo menor de edad no emancipado, el defensor judicial que se nombre tendrá funciones representativas¹²⁵.

3. *Cuando el menor emancipado requiera el complemento de capacidad.* La emancipación tiene lugar: 1. Por la mayor edad; 2. Por concesión de los que ejercen la patria potestad; 3. Por concesión judicial (art. 239 CC); y habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor. Por lo que puede actuar en su esfera personal sin necesidad de asistencia (*vgr.*, para contraer matrimonio (art. 46.1 del Código Civil *a sensu contrario*; para solicitar la nulidad, separación o divorcio del matrimonio previamente contraído o para el reconocimiento de hijos, son necesidad de audiencia del Ministerio Fiscal y aprobación judicial (art. 121.1 del Código Civil; para ejercer la patria potestad sobre sus propios hijos (art. 157 del Código Civil; para otorgar capitulaciones matrimoniales (art. 1329 CC), para ejercitar acciones de filiación o realice actos conducentes a la adquisición o pérdida de la nacionalidad española y la vecindad civil). Asimismo, en la esfera patrimonial puede contratar por sí mismo [por ejemplo, ser depositario (art. 1716 CC)], realizar actos de administración ordinaria o de disposición, salvo que se trate de los actos previstos en el artículo 247 del Código Civil. Así no podrá tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor sin consentimiento de sus progenitores y, a falta de ambos, sin el de su defensor judicial. En caso de conflicto de intereses con uno de los progenitores, el artículo 163.2 del Código Civil establece al respecto que corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad.

En consecuencia, podrá el menor emancipado actuar como prestamista, y respecto a la enajenación se incluyen cualquier tipo de transmisión *inter vivos* —a título oneroso o gratuito—, pero no a las transmisiones *mortis causa*, ni a los actos de administración de los bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor.

En todo caso, el menor emancipado podrá por sí solo comparecer en juicio, esto es, tiene capacidad procesal y puede instar las acciones que competen a su defensa (art. 247.2 del Código Civil y artículo 7.1 de la LEC).

Ahora bien, como dispone el citado artículo 247 del Código Civil lo dispuesto en este artículo es aplicable también al menor que hubiere obtenido judicialmente el beneficio de la mayor edad.

En este contexto, el menor emancipado no puede ser adoptado, salvo la excepción prevista en el artículo 175.2 del Código Civil que será posible la adopción, cuando, inmediatamente antes de la emancipación, hubiere existido una situación de acogimiento con los futuros adoptantes o de convivencia estable con ellos de, al menos, un año. Tampoco podrá ser representante o defensor nato de su cónyuge desaparecido (art. 181.2 CC), ni designado representante de su cónyuge ausente (art. 184 CC).

Ahora bien, eliminada por la LJV la posibilidad de emancipación por razón del matrimonio, el menor casado deberá emanciparse previamente. No obstante, el artículo 248 del Código Civil establece una regla relativa a su capacidad. Si bien, exige la concurrencia de tres requisitos: 1. Que el emancipado haya contraído matrimonio; 2. Que vaya a enajenar o gravar bienes inmuebles, esta-

blecimientos mercantiles u objetos de extraordinario valor; 3. Que dichos bienes sean de titularidad común.

Para tales actuaciones el citado artículo 248 del Código Civil dispone que, si es mayor el otro cónyuge basta el consentimiento de los dos; pero si también es menor, necesitará además el de los progenitores o defensor judicial de uno y otro. Por lo que, si uno de los cónyuges es menor, para la disposición o gravamen de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles u objetos de extraordinario valor que sean comunes, se requiere el consentimiento de ambos cónyuges. De ser estos, menores de edad para la disposición o gravamen de los bienes comunes mencionados se requiere el consentimiento de cada uno de los cónyuges y del de sus respectivos progenitores o, a falta de estos, del defensor judicial. No resulta suficiente que concurren los progenitores de uno de los cónyuges, pues, han de consentir los de ambos.

A diferencia del artículo 247 del Código Civil no se incluyen en el mencionado artículo 248 del mismo cuerpo legal la referencia a los establecimientos industriales y tomar dinero a préstamo. La doctrina entiende que, la falta de la primera referencia es una omisión voluntaria del legislador; mientras que, la segunda responde a la intención de este de someter este contrato al régimen general del artículo 247 del Código Civil¹²⁶.

Sobre tales bases, el defensor judicial del menor emancipado no le representa —a diferencia del menor de edad no emancipado— sino que le asiste en el ejercicio de sus derechos, complementa su actuación, cuando esta actuación no la realizan sus padres; siendo los supuestos concretos de actuación los citados en este apartado que se contienen en el artículo 247 del Código Civil —tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles e industriales u objetos de extraordinario valor—¹²⁷.

Finalmente, como señalamos en líneas precedentes, el artículo 236 del Código Civil dispone que, el defensor judicial del menor deberá ejercer su cargo en interés del menor, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos; asimismo, es posible que se nombre tutor al que ha sido defensor judicial¹²⁸; y, aunque no se dice expresamente, que se nombre defensor judicial mientras se tramita el procedimiento de remoción del tutor, si el juez lo estima conveniente (art. 278 CC), o en los supuestos de excusa del cargo de tutor, pues, aunque el tutor debe seguir ejerciendo su función mientras se resuelve la excusa, si este no lo hace, se nombrará defensor judicial (art. 279 párrafo cuarto CC).

En todo caso, las resoluciones de la DGRN de 18 de octubre de 2017¹²⁹ y de 15 de octubre de 2019¹³⁰ señala procedente el nombramiento de un defensor judicial en relación con la herencia yacente, si bien limitado a los casos en que el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento, considerando el juez suficiente la legitimación pasiva de la herencia yacente.

V. CAUSAS DE INHABILIDAD, EXCUSA Y REMOCIÓN DEL DEFENSOR JUDICIAL DEL MENOR DE EDAD NO EMANCIPADO.

Por la remisión del artículo 236 del Código Civil le son aplicables al defensor judicial del menor, las normas del defensor judicial de las personas con discapacidad (arts. 295 a 298 CC). En concreto, le son aplicables las causas de inhabilidad, excusa y remoción del curador (art. 297 CC)¹³¹.

Con todo, esta transposición en bloque de tales normas en sede de curatela, exige una adaptación al cargo del defensor judicial, pues: 1. En cuanto a la causa de inhabilidad del artículo 275.2.3.º del Código Civil debe entenderse que no solo se refiere a haber sido removidos de una tutela anterior, sino también de una anterior curatela y de otro cargo de defensor judicial; 2.º. La causa de inhabilidad contemplada en el artículo 275.3.1.º (haber sido condenado por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la tutela), implica de por sí un impedimento para el desempeño de las funciones del cargo de defensor judicial; 3.º. El artículo 275.3.3.º y 4.º determina que, la persona que actúe como administrador concursal y haya sido sustituido en sus facultades durante el procedimiento concursal o le sea imputable la declaración como culpable de un concurso solo puede ser nombrada para actuar en la esfera personal y no patrimonial atendiendo a lo dispuesto en el artículo 235.2; y, 5.º. Al ser la designación del defensor siempre judicial, parece que la previsión del artículo 201 del Código Civil respecto al nombramiento de los padres en testamento o documento público notarial de tutor no vincularían al juez la designación de defensor judicial; a no ser que se haya previsto una sustitución de la persona del tutor en caso de conflicto de intereses o de no desempeño adecuado de su función de tutor que, el juez ha de tener en cuenta en interés del menor de edad no emancipado de acuerdo con sus personalidad y con respeto a sus derechos¹³².

Una vez concluida su gestión, deberá rendir cuentas de la misma al juez (art. 298 apartado segundo del CC por la remisión del citado artículo 236)¹³³. A esta rendición de cuentas le son aplicables, en principio, las reglas que se contienen en los artículos 292 a 293 del Código Civil respecto de la curatela, con excepción de aquellas que se refieren a los plazos, dado que estamos ante un cargo temporal, con un mandato específico para un asunto o acto concreto o determinado¹³⁴. Al no establecerse nada sobre la obligación o no, de hacer inventario y/o prestar fianza en el Código Civil, corresponderá, en todo caso, al juez determinar si el defensor judicial debe o no cumplir con tal obligación, aplicando por analogía las reglas de la curatela¹³⁵. Asimismo, si lo considera oportuno, podrá fijar una retribución para el defensor judicial¹³⁶. Todo ello, sin perjuicio, del derecho que tiene al resarcimiento a cargo de los bienes del defendido por los daños que sufra sin su culpa en el ejercicio de su cargo de los que no pueda obtener resarcimiento por otro medio (art. 230 CC en sede de tutela)¹³⁷.

VI. NOMBRAMIENTO Y ACTUACIÓN DEL DEFENSOR JUDICIAL DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD.

El artículo 1 párrafo 2 de la Convención de Nueva York identifica de forma amplia a las personas con discapacidad como aquellas que tengas deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras pueda impedir su participación plena y efectiva en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás. Sin embargo, nuestro Código Civil no define lo que se entiende por persona con discapacidad. No obstante, la disposición adicional cuarta de este cuerpo legal indica «toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica». Y el artículo 249 apartado 2 del mismo establece que «las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera. Igualmente procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma

de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentarán que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro». Por lo que, podrán intervenir eficazmente en el tráfico jurídico en el proceso de toma de decisiones. En consecuencia, como señala acertadamente MARTÍN AZCANO podemos inferir que persona con discapacidad «es aquella cuya discapacidad puede afectar a la habilidad o aptitud para adoptar decisiones autónomas y, por ende, para realizar actos jurídicos válidos»¹³⁸. Por su parte, PALACIOS GONZÁLEZ indica que «la Convención se dirige a todas las personas con discapacidad —física, psíquica o sensorial—, pero las mayores dificultades para establecer un sistema de apoyos necesarios para el ejercicio de la capacidad jurídica se presenta en relación con la discapacidad psíquica, a la que desde su punto de vista viene referido el grueso de la reforma»; a lo que precisa que «habrá situaciones de personas con una discapacidad intelectual —ej., déficit cognitivo, demencia, etc.— y las que tienen una discapacidad psicosocial con problemas de salud mental —ej., esquizofrenia, bipolaridad—»¹³⁹.

1. NOMBRAMIENTO DE DEFENSOR JUDICIAL DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD

El artículo 295 del Código Civil enumera los supuestos de nombramiento de un defensor judicial respondiendo algunos a: su carácter de medida de apoyo ocasional o coyuntural (conflicto de intereses o en tanto se promueven el procedimiento de provisión de apoyos y la autoridad judicial o considera pertinente, o se resuelva sobre la excusa o remoción del cargo de tutor); como medida transitoria más o menos prolongada en el tiempo (ante la imposibilidad o el defectuoso cumplimiento de las funciones por los titulares de medidas de apoyo —guardador de hecho, curador—), o en fin, como medida de apoyo autónoma que, entra en juego de forma ocasional —eventual—, y, aun siendo recurrente en su actuación (reiterativo, periódico y en su caso, cíclico). Por lo que, opera de forma independiente de las demás medidas de apoyo en cuanto ejerce funciones de asistencia, y excepcionalmente, representativas.

Ahora bien, el último apartado del citado artículo 295 del Código Civil dispone que, una vez oída la persona con discapacidad, la autoridad judicial nombrará defensor judicial a quien sea más idóneo para respetar, comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de aquella.

El procedimiento para el nombramiento del defensor judicial se regula en los artículos 27 a 30 de la LJV. Será competente para el conocimiento de este expediente el letrado de la Administración de Justicia del juzgado de primera instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con discapacidad o, en su caso, aquel correspondiente al juzgado de primera instancia que esté conociendo del asunto que exija el nombramiento de defensor judicial. Se iniciará el expediente de oficio, a petición del Ministerio Fiscal, o por iniciativa del menor o persona con capacidad modificada judicialmente o cualquier otra persona que actúe en interés de este. En su tramitación no será preceptiva la intervención de abogado ni procurador.

En todo caso, se instará la habilitación cuando el menor no emancipado o la persona con discapacidad, siendo demandado o siguiéndosele gran perjuicio de no promover la demanda, se encuentre en alguno de los casos siguientes: a) Hallarse los progenitores, tutor o persona designada para ejercer el apoyo ausentes ignorándose su paradero, sin que haya motivo racional bastante para creer próximo

su regreso; b) Negarse ambos progenitores, tutor o persona designada para ejercer el apoyo a representar o asistir en juicio al menor o persona con discapacidad; c) Hallarse los progenitores, tutor o persona designada para ejercer el apoyo en una situación de imposibilidad de hecho para la representación o asistencia en juicio. No obstante, se nombrará defensor judicial al menor o persona con discapacidad, sin necesidad de habilitación previa, para litigar contra sus progenitores, tutor o curador, o para instar expedientes de jurisdicción voluntaria, o cuando se hallare legitimado para ello cuando se inste por el Ministerio Fiscal un procedimiento para la adopción de medidas de apoyo respecto de la persona con discapacidad. No procederá la solicitud si el otro progenitor o tutor, si lo hubiere, no tuviera un interés opuesto al menor o persona con discapacidad (art. 47 de la LJV).

Ahora bien, desde que se solicite la habilitación y hasta que acepte su cargo el defensor judicial o se archive el expediente por resolución firme, quedará suspendido el transcurso de los plazos de prescripción o de caducidad que afecten a la acción de cuyo ejercicio se trate. En el supuesto que el menor o persona con discapacidad haya de comparecer como demandado o haya quedado sin representación procesal durante el procedimiento, el Ministerio Fiscal asumirá su representación y defensa hasta que se produzca el nombramiento de defensor judicial.

El letrado de la Administración de Justicia convocará a comparecencia al solicitante, a los interesados que consten como tales en el expediente, a quienes estime pertinente su presencia, al menor o persona con discapacidad si tuvieran suficiente madurez y, en todo caso, al menor si tuviere más de 12 años y al Ministerio Fiscal. En la resolución en que se acceda a lo solicitado se nombrará defensor judicial a quien el letrado de la Administración de Justicia estime más idóneo para el cargo, con determinación de las atribuciones que le confiera. El testimonio de la resolución de nombramiento de defensor judicial se remitirá al Registro Civil (art. 30 de la LJV)¹⁴⁰.

Sobre tales bases, procede señalar la importancia que, tiene que el juez oiga a la persona con discapacidad antes de proceder al nombramiento del defensor judicial con la finalidad de que sea la persona más idónea para respetar, comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad que representan el eje central sobre el que se sustenta la regulación y las diferentes modalidades de apoyo. De forma que, se nombrará a quien además de respetar e interpretar mejor su voluntad, deseos, y preferencias; tome la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir su intervención. Al tratarse de una medida de apoyo judicial corresponde a la autoridad judicial decidir quién es a persona idónea para ser nombrado defensor al concurrir en él las circunstancias descritas. Por lo que, respecto al nombramiento, el artículo 30 de la LJV interpretando de forma conjunta con el artículo 295 del Código Civil —conocimiento del expediente y nombramiento a quien estime más idóneo para el cargo, con determinación de las atribuciones que le confiera (letrado de la Administración de Justicia) y nombramiento (autoridad judicial)—, pues, se parte de una medida de apoyo formal. Desde tal planteamiento no casa bien la redacción de ambos preceptos, pues, mientras la LJV habla de nombramiento por el letrado de la Administración judicial, el artículo 295 del Código Civil es la autoridad judicial la que debe nombrar al defensor judicial que considere más idóneo para respetar, comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad. Se debería haber procedido a concordar ambos cuerpos normativos con el objeto de determinar a quién corresponde nombrar defensor judicial. Si atendemos a la LJV esa competencia corresponde al letrado

de la Administración de Justicia; para el Código Civil es al igual que la curatela una medida formal de apoyo de carácter judicial. Parece que la ley especial prevalece sobre la ley general; por lo que, el nombramiento sería por el letrado de la Administración de Justicia quien, determinará sus funciones y ante el que se ha de rendir cuentas una vez que el defensor judicial cese en sus funciones¹⁴¹.

En todo caso, no parece que pueda ser nombrado aquel que en el trámite de audiencia haya rechazado la persona con discapacidad, o, como sucede con el artículo 275.2 número 1 del Código Civil que, no podrán ser nombrados curadores a quienes hayan sido excluidos por la persona que precise apoyo en un documento de autotutela, o a través de acuerdos o instrucciones de apoyo previstas en el artículo 255 del citado cuerpo legal.

En este contexto, además no podrán ser nombrados defensores judiciales al no poder ejercer ninguna de las medidas de apoyo quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo (art. 250 *in fine* CC).

Asimismo, no procederá el nombramiento de defensor judicial en caso que las medidas de apoyo se hayan encomendado a más de una persona (medidas de apoyo plurales), salvo que, ninguna pueda actuar o la autoridad judicial motivadamente considere necesario el nombramiento (art. 296 CC).

Ello acontece cuando hay más de un curador y, por ejemplo, la imposibilidad de actuar o el conflicto de intereses existe respecto de uno de ellos.

Ahora bien, como bien sabemos, se podrá nombrar un curador solo para la persona y otro curador solo para el patrimonio; o una pluralidad de ellos en cada ámbito o para ambos, si la voluntad y necesidades de la persona que precisa apoyo lo justifica (art. 277 CC). Por su parte, el artículo 283 en su apartado primero del Código Civil dispone que, «cuando quien desempeñe la curatela esté impedido de modo transitorio para actuar en un caso concreto, o cuando exista un conflicto de intereses ocasional entre él y la persona a quien preste apoyo, el letrado de la Administración de Justicia nombrará un defensor judicial que lo sustituya. Para este nombramiento se oirá a la persona que precise el apoyo y se respetará su voluntad, deseos y preferencias»; a lo que añade que, «si fueran varios los curadores con funciones homogéneas, estas serán asumidas por quien de entre ellos no esté afectado por el impedimento o el conflicto de intereses». Por lo que, el nombramiento de defensor judicial no procede cuando además de una pluralidad de curadores, estos tienen atribuidas funciones homogéneas.

Si bien, como hemos indicado, se pueden separarse como cargos distintos los de curador de la persona y curador de los bienes (art. 277 CC) no existe en esencia una pluralidad de curadores; por lo que no resulta aplicable el artículo 296 del Código Civil, salvo que exista más de un curador personal y más de un curador patrimonial y, ninguno pueda actuar o, la autoridad judicial motivadamente considere necesario el nombramiento.

Por tanto, se procederá al nombramiento de defensor judicial cuando ninguna de las personas nombradas para prestar apoyo, puedan actuar en un determinado momento y hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona (art. 295.1 CC). O aun existiendo una medida de apoyo plural es posible que, se nombre un defensor judicial porque la autoridad judicial lo considere conveniente, debiendo motivar para ello el nombramiento (art. 296 *in fine* CC).

En esencia, en caso de pluralidad de personas nombradas en una concreta medida de apoyo, el nombramiento del defensor judicial opera de forma subsidiaria, esto es, cuando la propia autoridad judicial entiende que resulta procedente su nombramiento, pese a la existencia de apoyos plurales.

En todo caso, también procede el nombramiento de defensor judicial por el juez y no por el letrado de la Administración de Justicia: por un lado, durante la tramitación del expediente de remoción disponiendo al respecto el artículo 278 apartado 3 del Código Civil «la autoridad judicial podrá suspender al curador en sus funciones y, de considerarlo necesario, acordará el nombramiento de un defensor judicial»; y, por otro, respecto de las medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o administración de bienes del menor o de la persona con discapacidad «si el juez estimare procedente la adopción de medidas, resolverá lo que corresponda designando persona o institución que, en su caso, haya de encargarse de la custodia del menor o del apoyo a la persona con discapacidad, adoptará las medidas procedentes en el caso conforme a lo establecido en la legislación civil aplicable y podrá nombrar, si procediere, un defensor judicial» (art. 88 de la LJV)¹⁴².

Por otra parte, en su consideración de medida de apoyo autónoma, procede señalar que, en el expediente de provisión de apoyos, el artículo 42 bis b) 3 de la LJV referido al procedimiento establece que si, en la comparecencia se procediese a celebrar una entrevista entre la autoridad judicial y la persona con discapacidad, se la informará acerca de las alternativas existentes para obtener el apoyo que precisa, bien sea mediante su entorno social o comunitario, o bien a través del otorgamiento de medidas de apoyo de naturaleza voluntaria. Asimismo, se practicarán aquellas pruebas que hubieren sido propuestas y resulten admitidas y, en todo caso, se oír a las personas que hayan comparecido y manifiesten su voluntad de ser oídas. Si, tras la información ofrecida por la autoridad judicial, la persona con discapacidad opta por una medida alternativa de apoyo como puede ser el defensor judicial, se pondrá fin al expediente.

Respecto del expediente de medidas judiciales de apoyo a persona con discapacidad, el artículo 42 bis a) 1 de la LJV señala que «cuando sea pertinente la provisión de alguna medida judicial de apoyo de carácter estable a una persona con discapacidad, se seguirán los trámites previstos en el capítulo III Bis». En este caso, la persona con discapacidad podrá actuar con su propia defensa y representación. Si no fuera previsible que proceda a realizar por sí misma tal designación, con la solicitud se pedirá que se le nombre un defensor judicial, quien actuará por medio de abogado y procurador (apartado 4).

En todo caso, en cuanto a su nombramiento, el defensor judicial está sometido a las prohibiciones del artículo 251.1 y 3 del Código Civil por lo que, no podrá recibir liberalidades de la persona que precisa el apoyo o de sus causahabientes, mientras que no se haya aprobado definitivamente su gestión, salvo que se trate de regalos de costumbre o bienes de escaso valor, ni adquirir por título oneroso bienes de la persona que precisa el apoyo o transmitirle por su parte bienes por igual título.

Por otra parte, se puede nombrar como defensor judicial a quien considere más idóneo para asumir el cargo; después de oír a la persona con discapacidad y, asimismo, sobre la base de la previsión general contenida en el artículo 255 del Código Civil podrá prever o acordar en escritura pública como medida de apoyo un defensor judicial. Este podrá ser persona física —mayor de edad— y también persona jurídica sin ánimo de lucro de carácter público o privado —fundaciones, asociaciones—¹⁴³. También, como planteamos en relación con el defensor judicial de menores de edad no emancipados, la posibilidad de que sea nombrado como defensor judicial de la persona con discapacidad un menor emancipado, siempre que se trate de asuntos en los que no necesite completar su capacidad con la asistencia de sus progenitores o de su defensor judicial (art. 247 CC)¹⁴⁴.

Corresponde al letrado de la Administración de Justicia fijar la concreta actuación del defensor judicial, siendo estas diversas, atendiendo al caso concreto y la coexistencia con la medida de apoyo nombrada —intervención del defensor judicial sustitutiva—. No obstante, en ocasiones, entre otras facultades le corresponde la que tenga la medida de apoyo al que sustituye, reemplazando a la medida de apoyo suspendida en el ejercicio de sus funciones —*vgr.* las de la curador y las de la guardador de hecho—¹⁴⁵.

En fin, cuando una persona se encuentre en una situación que exija apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica de modo urgente y carezca de un guardador de hecho, el apoyo se prestará de modo provisional por la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada esta función (art. 253 CC). La entidad dará conocimiento de la situación al Ministerio Fiscal en el plazo de veinticuatro horas. En este caso, se parte de la existencia de falta de apoyos, pues, no hay ni curador ni guardador de hecho y la persona con discapacidad necesita de modo urgente una medida de apoyo. Por lo que, en lugar de proceder al nombramiento de un defensor judicial, se encomienda a la entidad pública que en el respectivo territorio tenga encomendada la protección de las personas con discapacidad asumir el apoyo provisionalmente.

2. ACTUACIÓN DEL DEFENSOR JUDICIAL DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD. ÁMBITO OBJETIVO

A) *Supuestos concretos de actuación*

El artículo 295 del Código Civil se refiere a los supuestos de actuación siguientes: 1. Cuando, por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona; 2. Cuando exista conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que haya de prestarle apoyo; 3. Cuando, durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, la autoridad judicial lo considere necesario; 4. Cuando se hubiere promovido la provisión de medidas judiciales de apoyo a la persona con discapacidad y la autoridad judicial considere necesario proveer a la administración de los bienes hasta que recaiga resolución judicial; 5. Cuando la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente.

1. *Cuando, por cualquier causa, quien haya de prestar apoyo no pueda hacerlo, hasta que cese la causa determinante o se designe a otra persona:* en este caso el defensor judicial reemplaza en el ejercicio de la función de apoyo al titular nombrado como curador o al guardador de hecho que, por cualquier causa no puede prestar el apoyo necesario. Coincide con la redacción del antiguo artículo 299.2 del Código Civil, si bien, referido este al tutor que no podría desempeñar sus funciones por cualquier causa hasta que cesase la causa determinante de ello, o se designase otra persona para ocupar el cargo¹⁴⁶.

Su actuación, por tanto, opera con un doble alcance: cuando existe una imposibilidad temporal y ocasional en el ejercicio de las funciones por parte del titular de la medida de apoyo actual y existente, en tanto se resuelve; o, cuando tal imposibilidad se convierte en duradera o definitiva, que impide el adecuado desarrollo y actuación de la medida de apoyo, operará el defensor judicial hasta que se nombre otra persona que ocupe el cargo, *vgr.*, del curador¹⁴⁷.

Precisamente, en sede de curatela y guarda de hecho, se hace referencia a este nombramiento de defensor judicial en este concreto campo de actuación. Así, el artículo 283.2 del Código Civil dispone que cuando el curador esté impedido de modo transitorio para actuar en un caso concreto, el letrado de la Administración de Justicia nombrará un defensor judicial que lo sustituya. Para este nombramiento se oirá a la persona que precise el apoyo y se respetará su voluntad, deseos y preferencias. En este caso, como dispone el citado precepto se nombrará defensor para un caso concreto. No obstante, cabe incluir también en este supuesto de imposibilidad transitoria, cuando esta tenga lugar respecto de toda la esfera de actuación del curador¹⁴⁸.

En este contexto, precisa, en su apartado 3 que, si la situación de impedimento o conflicto fuera prolongada o reiterada, la autoridad judicial de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal, de cualquier persona legitimada para instar el procedimiento de provisión de apoyos o de cualquier persona que esté desempeñando la curatela y previa audiencia a la persona con discapacidad y al Ministerio Fiscal, podrá reorganizar el funcionamiento de la curatela, e incluso proceder al nombramiento de un nuevo curador.

Por su parte, el artículo 264.4 del Código Civil para el guardador de hecho establece que, la autoridad judicial podrá acordar el nombramiento de un defensor judicial para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan. Recordemos que la guarda de hecho es una medida de apoyo informal y puede darse supuestos en que el guardador de hecho no pueda actuar, por no estar habilitado para ello. En estos casos, la autoridad judicial podrá designar un defensor judicial para que supla esa carencia funcional de actuación del guardador de hecho. De forma que, ambas medidas de apoyo se complementan y suplen, y con ello se evita, asimismo, el nombramiento de curador para realizar una concreta actuación necesaria para la persona con discapacidad. No obstante, en este contexto, también es posible el nombramiento de un defensor judicial cuando haya una imposibilidad transitoria en la actuación del guardador de hecho. Todo ello, sin perjuicio, de si la imposibilidad de actuación del guardador de hecho es definitiva, o no se cumple adecuadamente con las funciones inherentes a esta medida de apoyo informal, se proceda a activar el nombramiento de un curador; si las circunstancias del caso y la situación personal y patrimonial de la persona con discapacidad así lo exigen.

A tal supuesto concreto de actuación, podemos añadir que la persona que presta apoyos no ejerza adecuadamente sus funciones o exista un desacuerdo a la hora de operar en la esfera personal o patrimonial entre la persona con discapacidad y la persona que ejerce el apoyo.

Asimismo, el artículo 278 apartado 3 del Código Civil prevé el nombramiento de defensor judicial durante la tramitación del procedimiento de remoción del curador cuando la autoridad judicial decida suspenderle de sus funciones y de considerarlo necesario. El nombramiento del defensor judicial tendrá lugar durante la tramitación del citado procedimiento y hasta que se nombre un nuevo curador.

En todo caso, el nombramiento de un defensor judicial no exime al curador de responder de los daños que hubiese causado por su culpa o negligencia a la persona a la que preste apoyo (art. 294.1 CC).

Este número 1 del artículo 295 se refiere «a quien haya de prestar apoyo», por lo que, además del curador y el guardador de hecho referidos en líneas precedentes, se puede incluir a aquellos nombrados voluntariamente por la persona con discapacidad, esto es, de las medidas voluntarias de

apoyo —apoderamiento preventivo, autotutela, escritura de previsión de apoyos—¹⁴⁹.

2. Conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la que presta apoyo: Cuando analizamos los supuestos de actuación del defensor judicial de menores de edad, destacamos que, tales conflictos han reunir las siguientes características: a) El *conflicto ha de ser real y no aparente*, es decir, ha de tener una influencia clara y determinante en el acto o negocio jurídico¹⁵⁰. Los intereses deben ser incompatibles por sí mismos, es decir, debe tener una causa objetiva, independiente del comportamiento observado por el progenitor o el tutor. Se excluyen, por tanto, aquellas situaciones sin trascendencia sustancial para el acto o negocio jurídico; b) El conflicto *ha de ser actual y efectivo*, no meramente probable o eventual, esto es, existente en el momento de plantearse el asunto y no en base a conjeturas que puedan plantearse en un futuro. Se excluye, en consecuencia, la eventualidad, es decir, la simple consideración de que pueda o no producirse¹⁵¹; c) Los intereses *han de ser incompatibles (opuestos o contrapuestos)*¹⁵²; d) El conflicto ha de ser *de cierta importancia o magnitud*, pero no de aquella que conlleve la privación o suspensión de la patria potestad, o que constituya causa de inhabilidad y remoción del curador (art. 278 CC). Ni, por supuesto, se considerará conflicto de intereses, una mera discrepancia, tan intrascendente en intensidad, que forma parte de la realidad cotidiana de quienes asumen la patria potestad, o tutela; y, que puede ser resuelto en el propio seno de las relaciones familiares¹⁵³; ni el ejercicio de una acción de separación de los tutores¹⁵⁴; e) Para un supuesto concreto de actuación; f) La Ley no prevea otra forma de salvarlo. Además, puede afectar a intereses patrimoniales y extrapatrimoniales, remitiendo a lo manifestado en dicho análisis para evitar reiteraciones¹⁵⁵. En la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 18 de octubre de 2012¹⁵⁶ tiene lugar el fallecimiento de un matrimonio con cinco hijos, dándose la circunstancia que ambos cónyuges fallecen con apenas meses de diferencia, legando a su hijo, cuya capacidad ha sido modificada judicialmente, una finca. Se considera que el hijo con discapacidad es tan heredero legitimario como sus hermanos y participa en la herencia representado por el tutor, que al ser un hermano, no se descarta la existencia de un conflicto de intereses. En el auto del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de abril de 2022¹⁵⁷ se plantea un conflicto de intereses en materia de partición de la herencia. Y, en la resolución de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (en adelante, DGSJFP) de 19 de julio de 2022¹⁵⁸ en un supuesto de compraventa manifiesta que «De este modo, el objeto del recurso ha de ceñirse a las objeciones expresadas en dicha calificación registral, según la cual «(...) existe un evidente conflicto de intereses, conflicto prohibido expresamente en el caso especial en que nos encontramos por el artículo 251.2 del Código Civil y así el artículo 275.3 establece que la autoridad judicial no podrá nombrar curador, salvo circunstancias excepcionales debidamente motivadas, a quien tenga conflicto de intereses con la persona que precise apoyo, por lo que en el presente caso, el tutor necesitará la autorización judicial prevista en el artículo 287 del Código Civil (...)». Por lo que, concluye en dicha nota que «el acuerdo del Consejo de Administración de 21 de febrero de 2022, no viene a solucionar el problema existente de conflicto de intereses, al intervenir la entidad vendedora y transmitente representada por sus apoderados mancomunados D. I y D. J.L.C.D., en virtud de poder con facultades suficientes y además este último D. J.L.C.D., interviniendo también como tutor de la compradora D^a. M.L.C.D., conflicto prohibido expresamente en

el caso especial en que nos encontramos, por el artículo 251.1 del Código Civil, como se indicó en mi calificación de fecha de 16 de febrero de 2022, recogida con el apartado de hechos, en la que me reitero totalmente y por los mismos fundamentos de derecho que en ella se indican, sin que dicha nota pusiera en entredicho lo actuado por la sociedad vendedora, sino única y exclusivamente la actuación del tutor, necesitada de autorización judicial que sigue sin acreditarse». Centrado el conflicto de interés, se confirma la nota de calificación, pues debe guardarse especial cuidado con relación a los representantes legales de los discapacitados (como el caso de la curatela representativa que nos ocupa) y debe aplicarse plenamente lo dispuesto en el artículo 283 del Código Civil. Por su parte, el artículo 295.2 del Código Civil establece que «se nombrará un defensor judicial de las personas con discapacidad (...) 2.º. Cuando existe conflicto de interés entre la persona con discapacidad y la que haya de presentarle apoyos». En este contexto, la Dirección General precisa que «no se proscribe en la Ley la autocontratación, sino la mera existencia de conflicto de interés, aunque no haya autocontrato. Ciertamente, se produciría una situación de autocontrato en aquellos supuestos en los que una persona, con su sola voluntad, pueda vincular a dos o más patrimonios o centro de intereses diversos que se encuentran en una situación económica de confrontación o colisión; de tal manera que necesariamente el beneficio de uno se tenga que obtener a costa o en detrimento del otro. Pero en el caso concreto de este expediente la situación de autocontrato puede entenderse salvada por la intervención de otro apoderado mancomunado en la conformación de la voluntad de la sociedad vendedora y la ratificación expresa por parte del Consejo de Administración de la sociedad vendedora. Por el contrario, lo que no salva es la apreciación de la existencia de conflicto de intereses, que es una situación subjetiva, que existe siempre que en una determinada situación una misma persona tenga posiciones jurídicas contrapuestas, de tal manera que el provecho de una necesariamente tenga que obtenerse en detrimento de otra. Esto es lo que ocurre en el caso que nos ocupa, en el que una determinada persona —curador— no solo es apoderado mancomunado de la sociedad vendedora, sino al mismo tiempo representante legal (curatela representativa) del comprador con discapacidad, de manera que, económicamente lo que le favorece como vendedor (como es la fijación de un precio cuanto más alto mejor, le perjudica al comprador discapacitado por él representado. Debe destacarse que para salvar ese conflicto de interés, ni siquiera existe justificación alguna de la conveniencia de la compra de las plazas de garaje por parte de la persona con discapacidad. Necesariamente el beneficio como representante de la sociedad vendedora deriva del perjuicio o menoscabo de la posición de discapaz, por la propia estructura del contrato, como ocurre en todos los contratos onerosos con obligaciones recíprocas o sinalagmáticas». Por lo que concluye que «hay conflicto de interés en el curador, cuya voluntad como apoderado mancomunado de la sociedad vendedora es decisiva para la formalización del negocio jurídico que, sin ella no se hubiera producido y cuyo interés está —como representante de la sociedad vendedora— en contraposición a los del discapaz comprador por él representado. Y el hecho que el mismo tutor —ahora curador— forme parte del Consejo de Administración de la sociedad vendedora hace que la ratificación por el Consejo no salve la concurrencia de conflicto de intereses, sino que lo acentúe, a diferencia de lo dicho en materia de autocontratación. Todo ello, dentro de un contexto en que claramente se prohíbe al curador, conforme al artículo 251.2 prestar medidas de apoyo cuando en el mismo acto intervenga en favor de la protección del discapacitado, por lo que

debe entenderse que su comparecencia personal en la escritura nada obvia la existencia de autocontratación, ni el conflicto de intereses».

Por su parte, MARTÍN AZCANO entiende que «el conflicto en cuestión debe sobrevivir a la designación de quien presta el apoyo, puesto que, de lo contrario, el nombramiento no habría tenido lugar»¹⁵⁹. En esta línea, precisa el artículo 250 penúltimo párrafo del Código Civil precisa que «al determinar las medidas de apoyo se procurará evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida». Asimismo, en sede de curatela el artículo 275.3 dispone al respecto que «la autoridad judicial no podrá nombrar curador, salvo circunstancias excepcionales debidamente motivadas, a las personas siguientes: 2. A quien tenga conflicto de intereses con la persona que precise apoyo».

Ahora bien, si fueran varias personas los que prestan apoyo —de forma mancomunada o conjunta, o solidariamente— y el conflicto solo se plantea respecto de una de ellas, las demás podrá actuar en apoyo de la persona con discapacidad —asistencial o excepcionalmente, representativa— y no será necesario nombrar defensor judicial.

No obstante, si la situación de conflicto se reiterase o se prolongase en el tiempo, lo procedente es solicitar la remoción de la persona que presta apoyo —de ser un cargo unipersonal—.

En todo caso, el conflicto entre el curador y curatelado puede provenir de una discrepancia en cuanto a una concreta actuación que, como lo plantea este, puede depararle un perjuicio. De modo que, si el curador sigue las directrices marcadas por el propio curatelado —su voluntad, deseos, preferencias—; tal forma de operar puede no resultarle ni beneficioso, ni útil y en último término depararle un daño o perjuicio. En estos casos, más que un conflicto de intereses en el sentido expuesto, existe un derecho a no recibir apoyo, aunque sea necesario; por lo que, más que el nombramiento de un defensor judicial, exigiría una necesaria intervención judicial *ad hoc* ante un desacuerdo que, puede derivar en un perjuicio de la persona con discapacidad por un entendido derecho a equivocarse; correspondiendo a la autoridad judicial atender a esa voluntad, deseos y preferencias de la persona, como, asimismo, tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación; y, en última instancia su propio interés, atendiendo a las circunstancias del caso¹⁶⁰.

Ahora bien, la existencia de conflicto de intereses entre la persona de apoyo y la persona con discapacidad, en el caso del curador; además de determinar el nombramiento de defensor judicial, puede ser causa de inhabilidad del cargo tal como dispone el artículo 275.3.2.º: «la autoridad judicial no podrá nombrar curador, salvo circunstancias excepcionales debidamente motivadas, a las personas siguientes: 2. A quien tenga conflicto de intereses con la persona que precise apoyo»¹⁶¹.

3. *Cuando durante la tramitación de la excusa alegada por el curador, la autoridad judicial lo considere necesario*: esta posibilidad está establecida en el artículo 279.4 del Código Civil respecto del curador al que se obliga a ejercer su función en tanto se resuelve acerca de la excusa por la autoridad judicial. De no hacerlo y fuese necesario una actuación de apoyo, es cuando ha de procederse a nombrar un defensor judicial que sustituya, precisamente, al curador, quedando este responsable de los gastos ocasionados por la excusa, si esta fuera rechazada. Admitida la excusa, se procederá al nombramiento de nuevo curador.

El apartado primero del citado precepto establece que, será excusable el desempeño de la curatela, si resulta excesivamente gravoso o entraña grave dificultad para la persona nombrada para el ejercicio del cargo. También podrá excusarse el curador de continuar ejerciendo la curatela cuando durante su desempeño le sobrevengan los motivos de excusa.

Aunque la norma hace referencia solo a la tramitación de la excusa, se puede perfectamente aplicar al caso de remoción del curador; pues, como bien indica el artículo 278.3 del Código Civil durante la tramitación del expediente de remoción la autoridad judicial podrá suspender al curador en sus funciones y, de considerarlo necesario, acordará el nombramiento de un defensor judicial¹⁶².

4. *Cuando se hubiera promovido la provisión de medidas judiciales de apoyo a la persona con discapacidad y la autoridad judicial considere necesario proveer a la administración de los bienes hasta que recaiga resolución judicial:* a esta previsión se refería el antiguo artículo 299 bis del Código Civil cuando se tenía conocimiento que una persona debería ser sometida a tutela o curatela, en tanto no recayera autorización judicial que, pusiera fin al procedimiento, asumiera su representación y defensa el Ministerio Fiscal. Pero, si en tal caso, además del cuidado de la persona, hubiera de procederse al de los bienes, el letrado de la Administración de Justicia podría designar un defensor judicial que administrase los mismos, quien debería rendir cuentas de su gestión, una vez concluida.

Ahora, conforme la actual regulación, en tanto se concluye el procedimiento de provisión de medidas de apoyo, el juez podrá nombrar defensor judicial, si lo considera procedente (arts. 88 de la LJV y 762 de la LEC).

Efectivamente, si el juez estimare procedente la adopción de medidas, resolverá lo que corresponda designando persona o institución que, en su caso, haya de encargarse del apoyo a la persona con discapacidad, adoptando para ello las que entienda procedentes en el caso conforme a lo establecido en la legislación civil aplicable y nombrar, si procediere, un defensor judicial (art. 88 de la LJV).

O en los procesos de provisión de medidas judiciales de apoyo, como medidas cautelares se puede proceder al nombramiento de un defensor judicial. Así lo establece el artículo 762.1 de la LEC «*Cuando el Tribunal competente tenga conocimiento de la existencia de una persona en una situación de discapacidad que requiera medidas de apoyo, adoptará de oficio las que estime necesarias para la adecuada protección de aquella o de su patrimonio y pondrá el hecho en conocimiento del Ministerio Fiscal para que inicie, si lo estima procedente, un expediente de jurisdicción voluntaria*».

En este supuesto no existe medida de apoyo nombrada, pero se entiende que se ha de proceder a su designación, para lo cual se inicia un expediente de provisión de apoyos, y si el juez lo considera procedente nombrar un defensor judicial para proveer a la administración de bienes, con la coordinación en su actuación del Ministerio Fiscal (art. 3.4 del Estatuto del Ministerio Fiscal).

Lo cierto que, no hay mucha diferencia con respecto a la anterior regulación, sino una adaptación al sistema de provisión de apoyos.

5. *Cuando la persona con discapacidad requiera el establecimiento de medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente.* Estamos ante una medida de apoyo autónoma, formal; lo que, representa la verdadera novedad de la reforma, pues su nombramiento no descansa ya en actuar ante una situación conflictual, o ante la imposibilidad temporal de operar el titular de la medida de apoyo ya constituida, o su constitución ante la excusa o remoción del cargo de curador

o guardador de hecho. Señala ÁLVAREZ LATA que este defensor judicial está llamado «a sustituir a las curatelas de baja intensidad que se establecían en los supuestos de afecciones o enfermedades transitorias o de carácter cíclico, en la que se constataba una necesidad de apoyo esporádica»¹⁶³. O, incluso, recuerda a la figura de la asistencia contenida en el antiguo artículo 226.1 del Código Civil catalán que procedía a su nombramiento cuando «la persona mayor de edad que lo necesite para cuidar de ella misma o de sus bienes, debido a la disminución no incapacitante de sus facultades físicas o psíquicas, puede solicitar a la autoridad judicial el nombramiento de un asistente, de acuerdo con lo establecido por el presente capítulo, por el procedimiento de jurisdicción voluntaria». Por su parte, MARTÍN AZCANO considera que esta variante de la institución «podrá servir, además, para integrar la laguna existente en el régimen anterior respecto de quienes padecen alguna afección no persistente o puntual, como el trastorno límite de la personalidad (los casos concretos conocidos vulgarmente como *borderline*) o episodios depresivos puntuales, e, incluso los de carácter cíclico, cuyas manifestaciones aparecen y desaparecen con cierta regularidad, como la depresión recurrente, el trastorno bipolar o el ciclotímico, que, frecuentemente, quedaban desamparados por la normativa anterior»¹⁶⁴. Lo cierto es que, a lo expuesto se puede añadir que, el defensor judicial puede actuar ante los supuestos anteriores de incapacidad parcial —que se sometía a la antigua curatela— como de prodigalidad —al que igualmente, se le nombraba curador—¹⁶⁵.

Ciertamente, estamos ante la posibilidad de nombramiento del defensor judicial como una medida de apoyo formal, principal o autónoma, sin participar de los caracteres de supletoriedad o transitoriedad que hasta la actual eran atribuidos a tal institución jurídica, y con una actuación puntual (concreto o general), aunque recurrente.

En el preámbulo de la Ley 25/2010, de 29 de julio del libro segundo del Código Civil de Cataluña relativo a la persona y familia se destaca que con esta figura «se parte de una concepción de la protección de la persona que no se vincula, necesariamente, a los casos de falta de capacidad, sino que incluye instrumentos que, basándose en el libre desarrollo de la personalidad, sirven para proteger a las personas en situaciones como la vejez, la enfermedad psíquica o la discapacidad. Este instrumento puede ser muy útil, también, para determinados colectivos especialmente vulnerables, pero para los cuales la incapacitación y la aplicación de un régimen de tutela o curatela resultan desproporcionadas, como las personas afectadas por un retraso mental leve u otras para las que, por el tipo de disminución que sufren, los instrumentos tradicionales no son apropiados para atender a sus necesidades. En línea con las directrices de la Recomendación R (99) 4, del Comité de Ministros del Consejo de Europa, de 28 de febrero de 1999, y con los precedentes existentes en diferentes ordenamientos jurídicos del entorno de Cataluña, se considera más adecuado este modelo de protección, paralelo a la tutela o la curatela. Además, esta tendencia es la misma que inspira la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad». Por lo que su función principal es de ayuda, asistencia a las necesidades que pueda tener en la esfera persona o patrimonial o ambas la persona asistida, respetando su voluntad y opciones personales.

Si bien, con la reforma por Decreto Ley 19/2021, de 31 de agosto por el que se adapta el Código Civil de Cataluña a la reforma del procedimiento judicial de la capacidad¹⁶⁶, la redacción del artículo 226-1 del Código Civil catalán tiene el siguiente contenido: «1. La persona mayor de edad puede solicitar la designación de una o más personas que la asistan de acuerdo con lo que se establece en

este capítulo, si la necesita para ejercer su capacidad jurídica en condiciones de igualdad; 2. La constitución de la asistencia se puede llevar a cabo mediante el otorgamiento de una escritura pública notarial o de acuerdo con el procedimiento de jurisdicción voluntaria para la provisión de medidas judiciales de apoyo a las personas con discapacidad; 3. También pueden pedir la designación judicial de la asistencia las personas legitimadas por la Ley de la jurisdicción voluntaria para promover el expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo a personas con discapacidad, en caso de que no se haya constituido previamente de forma voluntaria, y siempre que no haya un poder preventivo en vigor que sea suficiente para proporcionar el apoyo que la persona requiere; 4. El ejercicio de las funciones de asistencia se debe corresponder con la dignidad de la persona y tiene que respetar sus derechos, voluntad y preferencias», dotándole de un concepto más amplio que, al final de esta materia, justificaremos este nuevo alcance»¹⁶⁷.

También, esta regulación novedosa del defensor judicial se puede mostrar cercana a la *curatelle d'accompagnement* del Código Civil suizo (arts. 393 a 396).

En todo caso, desde esta naturaleza de medida de apoyo autónoma del defensor judicial responde como otras a las exigencias de necesidad, proporcionalidad y mínima intervención, y en el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, adquiriendo un papel relevante para aquellas situaciones físicas o psíquicas, ocasionales, que, bien con un carácter cíclico o, con cierta reiteración en el tiempo exigen la necesidad de esta medida de apoyo (por ejemplo, en enfermos oncológicos, en una situación de discapacidad consecuencia de un accidente de tráfico o enfermedades neurodegenerativas en una fase muy primigenia). En estos supuestos, se trata de enfermedades o afecciones o situaciones físicas o psíquicas transitorias, cíclicas, que requieren actuaciones sucesivas recurrentes en cuanto suponen una cierta consecución en el tiempo, una cierta periodicidad en algunos casos, o frecuencia en su desarrollo, pero descansando no sobre una base de permanencia, sino de transitoriedad.

De todas formas, como toda medida de apoyo descansa en una base asistencial, sin perjuicio de la excepcionalidad de una actuación representativa que pudiera necesitar la persona con discapacidad, si se diera el caso y la propia situación personal y patrimonial y el proceso evolutivo de la misma. Lo que constituye la función que se atribuye a todas las medidas de apoyo (art. 249 apartado 3 CC). Por su parte, el artículo 250 apartado sexto del citado cuerpo legal en sede también de disposiciones generales se refiere al defensor judicial como medida de apoyo, lo que reitera de forma específica el artículo 295 causa 5.^a. No alude a los demás supuestos concretos de actuación contenidos en el citado artículo 295, pues, realmente el artículo 250 hace referencia a las diferentes medidas de apoyo; de ahí que, remita a la regulación más específica para concretar el ámbito de operatividad del defensor judicial, reiterando su consideración como medida de apoyo¹⁶⁸. Aun siendo reiterativos la actuación del defensor judicial en caso de imposibilidad para el ejercicio de sus funciones de la medida de apoyo nombrada (curador o guardador de hecho); de conflicto de intereses con la medida de apoyo; o en su caso, la excusa o remoción del curador o guardador de hecho, o cuando se trata de medida de apoyo puntual u ocasional, aunque recurrente en su actuación, tiene una base asistencial como regla general, sin perjuicio que sea excepcionalmente representativa. Lo que exigirá, atender, por una parte, a cómo operan las medidas de apoyo nombradas, pues así lo hará el defensor judicial; y, por otra, a cómo actúa este en cuanto medida de apoyo formal a la que se podrá, igualmente, dotar de un contenido asistencial o excepcionalmente, representativo.

En fin, procede señalar, por un lado que, aunque no se emplea la coletilla del antiguo artículo 299.3 del Código Civil de actuación del defensor judicial «en todos los demás casos previstos en este Código». PALACIOS GONZÁLEZ hace referencia a otro supuesto interesante de intervención del curador como es el caso de actuación patrimonial del guardado que pone en grave riesgo su patrimonio y «no se considera que el guardador o guardadores puedan impugnar los negocios realizados». Por lo que, sería conveniente solicitar el nombramiento de un defensor judicial «tanto para intervenir en la medida en que se establezca en los actos que determine la resolución judicial, como para poder dejar sin efecto los mismos si han sido realizados sin su intervención»¹⁶⁹. Y, por otro, como indica LORA-TAMAYO «la Ley Notarial ha sido también reformada en esta materia disponiendo en determinados expedientes sucesorios (declaración de herederos abintestato, protocolización testamentos cerrados, ológrafos o verbales) que «cuando cualesquiera de los interesados fuera menor y careciera de representante legal o persona con discapacidad sin apoyo suficiente, el notario comunicará esta circunstancia al Ministerio Fiscal para que inste la designación de defensor judicial»¹⁷⁰.

Efectivamente, el artículo 56 apartado 1 párrafo 3 de la Ley del Notariado, entre otros, establece que cuando cualquiera de los interesados para la iniciación del acta que deberá contener la designación y datos identificativos de las personas que el requirente considere llamadas a la herencia fuera menor y careciera de representante legal, o fuera persona con discapacidad sin apoyo suficiente, el notario comunicará esta circunstancia al Ministerio Fiscal para que inste la designación de un defensor judicial.

Asimismo, resulta necesario indicar que, conforme al artículo 1301.4 del Código Civil los contratos celebrados por la persona con discapacidad, prescindiendo de las medidas de apoyo cuando sean precisas serán anulables y la acción caducará a los cuatro años a contar desde la celebración del contrato.

B) Funciones del defensor judicial.

Con carácter general la función de todas las medidas de apoyo será, primordialmente, de naturaleza asistencial. No obstante, en los casos en los que sea preciso, y solo de manera excepcional, podrá atribuirse funciones representativas¹⁷¹. Por lo que, en principio la función del defensor judicial será asistencial, aunque puede de manera excepcional ser representativa para un acto concreto o, en todo lo que constituye la actuación de la medida de apoyo nombrada. En todo caso, será en el auto de nombramiento en el que se concrete la extensión de las atribuciones del defensor judicial y su carácter asistencial o representativo. De todas formas, recordemos que los artículos 249.3 y 250.2 del Código Civil disponen que, las personas que presten apoyo deberán actuar atendiendo a la voluntad, deseos y preferencias de quien lo requiera y su función es asistir a la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y excepcionalmente, incluir funciones representativas. Igualmente, procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, se fomentará que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro. Y añade su apartado 3 que, en casos excepcionales, cuando, pese a haberse hecho un esfuerzo considerable, no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la

persona, las medidas de apoyo podrán incluir funciones representativas. En este caso, en el ejercicio de esas funciones se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación. Por último, su apartado 4 establece que, la autoridad judicial podrá dictar las salvaguardas que considere oportunas a fin de asegurar que el ejercicio de las medidas de apoyo se ajuste a los criterios resultantes de este precepto y, en particular, atienda a la voluntad, deseos y preferencias de la persona que las requiera.

Sobre tales bases, como regla general la actuación del defensor judicial se determinará en el auto de su nombramiento. Así podrá operar para el supuesto concreto para el que ha sido nombrado en el caso de conflicto de intereses o de imposibilidad de actuación para un asunto o negocio concreto de la medida de apoyo nombrada (curador o guardador de hecho). Pero si se trata de una imposibilidad de actuación general, la función del defensor judicial alcanza hasta donde operen la medida principal de apoyo establecida y los límites de su actuación¹⁷². De manera que, si el defensor judicial sustituye a un curador asistencial, su función será también asistencial.

Ahora bien, aunque no se dispone nada en relación con ello en la regulación del defensor judicial de la persona con discapacidad, cabe la posibilidad de aplicar lo previsto en los artículos 264 y 288 del Código Civil respecto al guardador de hecho y el curador en cuanto se posibilita la obtención de una autorización judicial para una pluralidad de actos de una misma naturaleza o referidos a la misma actividad económica, especificando las circunstancias y características fundamentales de dichos actos¹⁷³.

C) Derechos y obligaciones del defensor judicial de la persona con discapacidad

El artículo 297 *in fine* del Código Civil indica como obligaciones del defensor conocer y respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona a la que se preste apoyo. Lo que supone una concreción para el defensor judicial, de lo previsto con carácter general en los artículos 249 y 250 del Código Civil para todas las medidas de apoyo. Por lo que, además de conocer, ha de respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona a la que preste apoyo. También sustituir al curador o guardador de hecho en caso de conflicto de intereses o imposibilidad más o menos transitoria o temporal en el ejercicio de la concreta medida de apoyo nombrada y, al tratarse de una medida de apoyo judicial habrá de someterse a lo establecido en la resolución judicial y a lo dispuesto en relación con el concreto supuesto para el que fue nombrado. En todo caso, como medida de apoyo procurará que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias. Asimismo, fomentará que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro y, por supuesto, habrá de evitar situaciones en las que se puedan producir conflictos de intereses o influencia indebida.

Por otra parte, el artículo 298 del Código Civil posibilita que, en el nombramiento se pueda dispensar al defensor judicial de la venta en pública subasta, fijando para ello un precio mínimo y con la posterior aprobación judicial de los actos. Lo que opera en paralelo a lo previsto en el artículo 287.2 del Código Civil para el curador con facultades representativas; y en el artículo 5.2 de la

Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad al disponer que, en ningún caso será necesaria la subasta pública para la enajenación de los bienes o derechos que integran el patrimonio protegido.

Se evita la subasta judicial tan criticada antaño y, a la que se refería el artículo 65.2 de la LJV. De forma que, el juez si lo considera conveniente, al nombrar defensor judicial pueda disponer que la enajenación de los bienes propiedad de la persona con discapacidad se haga en venta directa con la fijación de un precio mínimo y aprobación judicial *ex post*¹⁷⁴.

Por otra parte, no será necesaria aprobación judicial para la partición de herencia o la división de cosa común realizada por el curador representativo, aunque una vez practicadas, requerirán aprobación judicial. Ahora bien, si se hubiese sido nombrado un defensor judicial para la partición, deberá obtener también la aprobación judicial, salvo que se hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento (art. 289 CC). Por lo que, en el supuesto de actuación del defensor judicial en la partición de la herencia o división de la cosa común puede evitarse la autorización judicial, si así lo dispuso la autoridad judicial en el nombramiento.

En este contexto, podrá imponerse al defensor judicial la constitución de fianza (art. 284 CC) o la elaboración de inventario (art. 285 CC) como el curador (aplicando la normativa referente a esta medida de apoyo —artículos 285 a 292 del Código Civil—).

En todo caso, el defensor judicial deberá comunicar al órgano judicial la desaparición de la causa que motivó su nombramiento (art. 31.1 de la LJV), además de rendir cuentas (art. 298 apartado 2 del Código Civil).

De ahí que, en cuanto a la obligación de rendir cuentas el defensor judicial deberá proceder a cumplir con dicha obligación una vez realizada su gestión, aplicando para ello lo dispuesto en sede de curatela para el cumplimiento de esta obligación. Por lo que, conforme al artículo 292 del Código Civil deberá rendir ante la autoridad judicial la cuenta general justificada de su administración en el plazo de tres meses, prorrogables por el tiempo que fuere necesario si concurre justa causa. La acción para exigir la rendición de esta cuenta prescribe a los cinco años, contados desde la terminación del plazo establecido para efectuarla. En todo caso, antes de resolver sobre la aprobación de la cuenta, la autoridad judicial oírá también en su caso al nuevo curador, a la persona a la que se prestó apoyo, o a sus herederos. Asimismo, la aprobación judicial de las cuentas no impedirá el ejercicio de las acciones que recíprocamente puedan asistir al curador y a la persona con discapacidad que recibe el apoyo o a sus causahabientes por razón de la curatela.

Ahora bien, el citado artículo 292 del Código Civil en sede de curatela, dispone que la rendición de cuentas opera respecto de su administración. Por lo que, aunque parece limitar a la administración de bienes tal rendición de cuentas, se ha de entender que, se refiere a toda la actuación de carácter patrimonial del curador y, por ende, del defensor judicial. Pues, respecto de la esfera personal como dispone el artículo 51 de la LJV relativo a la rendición de cuentas establece en su apartado primero que «de acuerdo con la legislación civil aplicable o con la resolución judicial correspondiente, el tutor o curador presentará, en su caso, informes sobre la situación personal del menor o persona con discapacidad, o de rendiciones de cuentas». Lo que se puede trasladar al defensor judicial la exigencia de presentación de tal informe, además de la rendición de cuentas¹⁷⁵.

Por su parte, el artículo 32 de la LJV dispone que «serán aplicables al defensor judicial las disposiciones establecidas para la formación de inventario, en su caso, la excusa y la remoción de los tutores y para su rendición de cuentas

una vez concluida su gestión, que se tramitarán y decidirán por el letrado de la Administración de Justicia competente».

En este contexto, al igual que, el curador, tiene el defensor judicial derecho a una retribución, siempre que el patrimonio de la persona con discapacidad lo permita (art. 285 párrafo primero CC); así como al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización de los daños sufridos sin culpa por su parte en el ejercicio de su función, cantidades que serán satisfechas con cargo a dicho patrimonio. Como, asimismo, sucede con el guardador de hecho, que conforme al artículo 266 del Código Civil tiene derecho al reembolso de los gastos justificados y a la indemnización por los daños derivados de la guarda, a cargo de los bienes de la persona a la que presta apoyo.

D) Responsabilidad civil del defensor judicial

Respecto a la responsabilidad del defensor judicial por los daños y perjuicio causados a la persona con discapacidad en el ejercicio de sus funciones resulta aplicable el artículo 1101 del Código Civil cuando actúa de forma culposa o negligente atendiendo a la diligencia debida que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar (art. 1104 del citado cuerpo legal)¹⁷⁶.

En cuanto a la responsabilidad civil extracontractual, esto es, por los daños causados a un tercero responde por la vía del artículo 1902 del Código Civil. Se trata de una responsabilidad subjetiva o por culpa propia. En cuanto, los daños que ocasione a un tercero la persona con discapacidad, aunque el artículo 299 del citado cuerpo legal establece que la persona con discapacidad responderá por los daños causados a otros, de acuerdo con el capítulo II del título XVI del libro cuarto, sin perjuicio de lo establecido en materia de responsabilidad extracontractual respecto a otros posibles responsables; sin embargo, el artículo 1903 apartado 4 del Código Civil solo se refiere al curador con facultades de representación plena respecto de los perjuicios causados por la persona a quien presten apoyo, siempre que convivan con ella. Por lo que, no parece que el defensor judicial sea responsable por hecho ajeno, entre otras cosas por la exigencia de convivencia y de atribución de facultades de representación plena que no corresponden al defensor judicial¹⁷⁷.

VII. INHABILIDAD, EXCUSA Y REMOCIÓN DEL DEFENSOR JUDICIAL DE LA PERSONA CON DISCAPACIDAD

El artículo 297 del Código Civil declara aplicables al defensor judicial las causas de inhabilidad, excusa, y remoción del curador. De forma que, por aplicación del artículo 275.2 del citado cuerpo legal no podrán ser defensores judiciales: 1. Quienes hayan sido excluidos por la persona que precise apoyo; 2. Quienes por resolución judicial estuvieran privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad o, total o parcialmente, de los derechos de guarda y protección; 3. Quienes hubieren sido legalmente removidos de una tutela, curatela o guarda anterior. Y, conforme al número 3 del citado precepto, salvo que concurran circunstancias excepcionales debidamente motivadas, la autoridad judicial no podrá nombrar defensor judicial: 1. A quien haya sido condenado por cualquier delito que haga suponer fundadamente que no desempeñará bien la curatela; 2. A quien tenga

conflicto de intereses con la persona que precise apoyo; 3. Al administrador que hubiese sido sustituido en sus facultades de administración durante la tramitación del procedimiento concursal; 4. A quien le sea imputable la declaración como culpable de un concurso, salvo que la curatela lo sea solamente de la persona.

Asimismo, de acuerdo con lo establecido en el último párrafo del artículo 250 del Código Civil no podrán asumir el cargo de defensor judicial «quienes, en virtud de una relación contractual, presten servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa apoyo».

En cuanto a la remoción del defensor judicial, se puede aplicar el artículo 278 del Código Civil en sede de curatela disponiendo, al respecto, que serán removidos: los que, después del nombramiento, incurran en una causa legal de inhabilidad, o se conduzcan mal en su desempeño por incumplimiento de los deberes propios del cargo, por notoria ineptitud de su ejercicio o cuando, en su caso, surgieran problemas de convivencia graves y continuados con la persona a la que prestan apoyo. Dicha remoción se tramitará por expediente de jurisdicción voluntaria *ex* artículo 42 bis a) de la LJV de forma que, si se demuestra cualquiera de las circunstancias expresadas, podrá instarse su remoción.

Por lo que se refiere a la excusa, aplicando al defensor judicial el artículo 279 del Código Civil en sede de curatela, establece que, será excusable el desempeño del cargo de defensor judicial si resulta excesivamente gravoso o entraña grave dificultad para la persona nombrada para el ejercicio del cargo. También podrá excusarse el defensor judicial de continuar ejerciendo su función, cuando durante su desempeño le sobrevengan los motivos de excusa.

VIII. EXTINCIÓN Y CESE DEL DEFENSOR JUDICIAL NOMBRADO

El artículo 295 del Código Civil fija las concretas actuaciones del defensor judicial nombrado. Así, si ya no existe conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la persona que ha de prestarle apoyo; o se ha constituido la medida de apoyo (curatela); o se haya concluido el procedimiento de excusa o remoción del curador o guardador de hecho; o en fin, ya no requiera la persona el establecimiento de medidas de carácter puntual u ocasional, el cargo de defensor judicial se extingue y cesa en sus funciones al desaparecer la causa que determinó su nombramiento. Igualmente, cesa en sus funciones el defensor judicial que haya sido excusado o removido del cargo; o no cumpla con sus obligaciones, entre las que se encuentra, conocer y respetar la voluntad, deseos y preferencia de la persona a la que preste apoyo (art. 297 CC y art. 32 de la LJV). También determina la extinción del cargo de defensor, si se nombra un nuevo curador o en caso de muerte o declaración de fallecimiento de la persona con discapacidad o del defensor judicial; o en el supuesto de necesitar este apoyos de carácter representativo¹⁷⁸.

Ahora bien, conforme dispone el artículo 31 de la LJV el defensor judicial deberá comunicar al órgano judicial la desaparición de la causa que motivó su nombramiento. Igualmente deberá comunicar al órgano judicial cuando alguno de los progenitores o representantes o curador, en su caso, se presten a comparecer en juicio por el afectado, o cuando se termine el procedimiento que motivó la habilitación.

En fin, como hemos señalado en líneas precedentes, el defensor judicial, una vez realizada su gestión, debe rendir cuentas de ella (art. 298 apartado 2 CC y art. 32 LJV).

IX. REVISIÓN DE LAS MEDIDAS DE APOYO Y SITUACIÓN DEL DEFENSOR JUDICIAL NOMBRADOS A LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 8/2021

Todas las medidas de apoyo adoptadas judicialmente serán revisadas periódicamente en un plazo máximo de tres años o, en casos excepcionales, de hasta seis. En todo caso, pueden ser revisadas ante cualquier cambio en la situación de la persona que pueda requerir su modificación. Asimismo, recordemos que, se fomenta que la persona con discapacidad pueda ejercer su capacidad jurídica con menos apoyo en el futuro.

El artículo 42 bis c).1 de la LJV manifiesta, al respecto, que las medidas que se adopten en el auto que ponga fin al expediente serán objeto de revisión periódica en el plazo y la forma en que disponga el auto que las hubiera acordado, debiendo seguirse el trámite contemplado en este artículo.

Cualquiera de las personas mencionadas en el apartado 3 del artículo 42 bis a)¹⁷⁹, así como quien ejerza el apoyo, podrá solicitar la revisión de las medidas antes de que transcurra el plazo previsto en el auto.

El Juzgado que dictó las medidas será también competente para conocer de la citada revisión, siempre que la persona con discapacidad permanezca residiendo en la misma circunscripción. En caso contrario, el Juzgado de la nueva residencia habrá de pedir un testimonio completo del expediente al Juzgado que anteriormente conoció del mismo, que lo remitirá en los diez días siguientes a la solicitud.

En la revisión de las medidas, la autoridad judicial recabará un dictamen pericial cuando así lo considere necesario atendiendo a las circunstancias del caso, se entrevistará con la persona con discapacidad y ordenará aquellas otras actuaciones que considere necesarias¹⁸⁰.

A estos efectos, la autoridad judicial podrá recabar informe de las entidades a las que se refiere el apartado 2 del artículo 42 bis b)¹⁸¹.

Del resultado de dichas actuaciones se dará traslado a la persona con discapacidad, a quien ejerza las funciones de apoyo, al Ministerio Fiscal y a los interesados personados en el expediente previo, a fin de que puedan alegar lo que consideren pertinente en el plazo de diez días, así como aportar la prueba que estimen oportuna. Si alguno de los mencionados formulara oposición, se pondrá fin al expediente y se podrá instar la revisión de las medidas conforme a lo previsto en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Por otra parte, la revisión de las medidas ya acordadas antes de la entrada en vigor de la Ley podrán solicitarse a la autoridad judicial con la finalidad de adaptarlas a la misma, marcando para ello la disposición transitoria quinta de la Ley dos plazos máximos: 1. El de un año, cuando la solicitud la formulen las personas con capacidad modificada judicialmente, los declarados pródigos, los progenitores que ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada, los tutores, los curadores, los defensores judiciales y los apoderados preventivos; y, 2. El de tres años cuando la solicitud se formula por el Ministerio Fiscal o se inicia de oficio por el juez.

En fin, respecto a la situación de tutores, curadores, defensores judiciales y guardadores de hecho; situación de la patria potestad prorrogada o rehabilitada; y, situación de las declaraciones de prodigalidad nombrados conforme a la legislación anterior, la disposición transitoria segunda de la Ley dispone que: «*Los tutores, curadores, con excepción de los curadores de los declarados pródigos, y defensores judiciales nombrados bajo el régimen de la legislación anterior ejercerán*

su cargo conforme a las disposiciones de esta Ley a partir de su entrada en vigor. A los tutores de las personas con discapacidad se les aplicarán las normas establecidas para los curadores representativos, a los curadores de los emancipados cuyos progenitores hubieran fallecido o estuvieran impedidos para el ejercicio de la asistencia prevenida por la ley y de los menores que hubieran obtenido el beneficio de la mayor edad se les aplicarán las normas establecidas para el defensor judicial del menor.

Quienes vinieran actuando como guardadores de hecho sujetarán su actuación a las disposiciones de esta Ley.

Quienes ostenten la patria potestad prorrogada o rehabilitada continuarán ejerciéndola hasta que se produzca la revisión a la que se refiere la disposición transitoria quinta.

Las medidas derivadas de las declaraciones de prodigalidad adoptadas de acuerdo con la legislación anterior continuarán vigentes hasta que se produzca la revisión prevista en la disposición transitoria quinta. Hasta ese momento, los curadores de los declarados pródigos continuarán ejerciendo sus cargos de conformidad con la legislación anterior».

X. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, 12 de junio de 1985.
- STS, Sala de lo Civil, 10 de marzo de 1994.
- STS, Sala de lo Civil, 12 de marzo de 1994.
- STS, Sala de lo Civil, 5 de junio de 1997.
- STS, Sala de lo Civil, 16 de julio de 1999.
- STS, Sala de lo Civil, 24 de mayo de 2002.
- STS, Sala de lo Civil, 17 de enero de 2003.
- STS, Sala de lo Civil, 5 de noviembre de 2003.
- STS, Sala de lo Civil, 17 de mayo de 2004.
- STS, Sala de lo Civil, 29 de abril de 2009.
- STS, Sala de lo Civil, 8 de junio de 2011.
- STS, Sala de lo Civil, 5 de junio de 2012.
- STS, Sala de lo Civil, 8 de noviembre de 2017.
- STS, Sala de lo Civil, 6 de mayo de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, 30 de junio de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, 8 de septiembre de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, 2 de noviembre de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, 21 de diciembre de 2021.
- STS, Sala de lo Civil, 7 de noviembre de 2022.
- RDGRN de 4 de abril de 1986.
- RDGRN de 23 de julio de 1990.
- RDGRN de 3 de abril de 1995.
- RDGRN de 14 de julio de 2005.
- RDGRN de 11 de diciembre de 2012.
- RDGRN de 2 de marzo de 2015.
- RDGRN de 16 de marzo de 2016.
- RDGRN de 19 de abril de 2017.
- RDGRN de 18 de octubre de 2017.
- RDGRN de 12 de diciembre de 2018.
- RDGRN de 19 de septiembre de 2019.
- RDGRN de 15 de octubre de 2019.

- RDGRN de 4 de noviembre de 2019.
- RDGSJFP de 31 de mayo de 2022.
- RDGSJFP de 19 de julio de 2022.
- SAP de Asturias, secc. 5.^a, 5 de junio de 2000.
- SAP de Valencia, secc. 10.^a, 13 de mayo de 2003.
- SAP de Lugo, secc. 2.^a, 11 de enero de 2005.
- SAP de La Coruña, secc. 4.^a, 15 de septiembre de 2010.
- AAP de Cáceres, secc. 1.^a, 20 de septiembre de 2006.
- SAP de Ciudad Real, secc. 1.^a, 22 de noviembre de 2021.
- SAP de Pontevedra, secc. 3.^a, 13 de enero de 2022.
- SAP de Cáceres, secc. 1.^a, 28 de enero de 2022.
- SAP de Granada, secc. 5.^a, 2 de marzo de 2022.
- SAP de Vizcaya, secc. 4.^a, 29 de marzo de 2022.
- SAP de Granada, secc. 5.^a, 31 de marzo de 2022.
- SAP de Elche, secc. 9.^a, 8 de abril de 2022.
- SAP de Asturias, secc. 5.^a, 13 de abril de 2022.
- SAP de Valladolid, secc. 1.^a, 11 de abril de 2022.
- SAP de Badajoz, secc. 3.^a, 22 de abril de 2022.
- SAP de Orense, secc. 1.^a, de 9 de mayo de 2022.
- SAP de La Coruña, secc. 6.^a, 13 de mayo de 2022.
- SAP de Santa Cruz de Tenerife, secc. 1.^a, 25 de mayo de 2022.
- SAP de Cantabria, secc. 2.^a, 31 de mayo de 2022.
- SAP de Barcelona, secc. 18.^a, 1 de junio de 2022.
- SAP de Cádiz, secc. 5.^a, 3 de junio de 2022.
- SAP de Valencia, secc. 10.^a, 13 de junio de 2022.
- SAP de Cádiz, secc. 5.^a, 5 de septiembre de 2022.
- SAP de Madrid, secc. 19.^a, 11 de octubre de 2022.

XI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M. (2006). *Curso de Derecho Civil*, vol. IV Derecho de Familia, décima edición Edisofer, Madrid, 2006.
- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). Comentario a los artículos 235 y 236 del Código Civil. En: C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- ÁLVAREZ LATA, N. (2006). Comentario a los antiguos artículos 299 a 302 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 2.^a edición, Navarra: Thomson-Aranzadi.
- (2021). Comentario a los artículos 235 a 236 y 295 a 298 del Código Civil. En: C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.
- (2021). Comentario a los artículos 295 a 298 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5.^a ed., Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.
- ÁLVAREZ MORENO, M.^a T. (2021). Comentario al artículo 248 del Código Civil, En: C. Guilarte Martín Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Navarra: Aranzadi.

- BELLIDO GONZÁLEZ DEL CAMPO, C. (2022). La reforma del defensor judicial en la Ley 8/2021, *Diario La Ley*, número 10044, sección Tribuna, 6 de abril, 1-4.
- BLANCO GONZÁLEZ, A. (2003). *El defensor judicial*, Barcelona: Tórculo Edicions.
- BLANDINO GARRIDO, M.^a (2022). El defensor judicial de la persona con discapacidad. En: Y. De Lucchi López-Tapia y A.J. Quesada Sánchez (dirs.) y J.M. Ruiz-Rico Ruiz (coord.), *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de julio*, Barcelona: Atelier.
- CASTÁN VÁZQUEZ, J.M.^a (1982). Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil. En: M. Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. III*, vol. 2.º, Madrid: Edersa.
- (1993). Comentario del antiguo artículo 163 del Código Civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León y S. Cordech (dirs.), *Comentario del Código Civil, T. I*, 2.ª edición, Madrid: Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia.
- COUTO GÁLVEZ, R.M.^a (2000). El defensor judicial. En: J. Rams Albesa y R. María Moreno Flórez (coords.), *Comentarios al Código Civil, T. II*, vol. 2.º, Barcelona: Bosch.
- DE SALAS MURILLO, S. (2020). ¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 780, 2227-2268.
- FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, Madrid: Cuadernos Civitas.
- GARCÍA GOLDAR, M. (2022). Comentario a los artículos 295 a 298 del Código Civil. En: M.^a P. García Rubio y M.^a J. Moro Alcaraz (dirs.), I. Varela Castro (coord.), *Comentario al articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Navarra: Civitas Thomson Reuters.
- GETE-ALONSO Y CALERA, M.^a del C. (1991). Comentario a los antiguos artículos 299 a 302 del Código Civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León, P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código Civil, T. I*, Madrid: Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia.
- GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. (1930) El defensor judicial, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año VI, número 63, marzo, 193 a 200.
- HERNÁNDEZ GIL, F., Sobre la figura del defensor judicial de menores, *Revista de Derecho Privado*, marzo 1961, 201 a 225.
- JIMÉNEZ ASEÑO, E. (1954). voz Defensor judicial, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. VI, Barcelona: Seix.
- LACRUZ BERDEJO, J.L., et al. (2008). *Elementos de Derecho Civil*, T. IV Familia, tercera edición revisada y puesta al día por Joaquín Rams Albesa, Madrid: Dykinson.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2008). *Principios de Derecho Civil*, T. VI Derecho de Familia, 7.ª edición, Madrid: Marcial Pons.
- LETE DEL RÍO, J.M. (1985). Comentarios a los antiguos artículos 299 a 302 del Código Civil. En: M. Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, T. IV*, Madrid: Edersa.
- LINACERO DE LA FUENTE, M. (2021). La patria potestad. Responsabilidad parental. En: M. Linacero De La Fuente (dir.), *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*, 3.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch.
- LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. (2021). *Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Madrid: Francis Lefebvre (El Derecho).
- MARTÍN AZCANO, E.M.^a (2021). El defensor judicial de la persona con discapacidad. En: M. Pereña Vicente y M.^a Del M. Heras Hernández (dirs.); y M. Núñez Núñez (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Valencia: Tirant lo Blanch.

- MORENO MARTÍNEZ, J.A. (1989). *El defensor judicial*, Madrid: Montecorvo.
- (2018). Problemática actual del defensor judicial: hacia una nueva concepción de la institución, *Revista de Derecho Privado*, número 3, septiembre-octubre, 43-72.
- MORENO QUESADA, B. (1985). El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho, *Revista de Derecho Privado*, abril, 307 a 330.
- MONTÉS PENADÉS, V.L. (1984). Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil, *Comentarios a las reformas de Derecho de Familia*, vol. II, Madrid: Tecnos.
- ORDÁS ALONSO, M. (2021). Comentario a los artículos 235 y 236 del Código Civil. En: Rodrigo Bercovitz-Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5.ª ed., Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor.
- PALACIOS GONZÁLEZ, D. (2021). Guarda de hecho, curatela o defensor judicial: buscando el mejor apoyo para las personas con discapacidad psíquica. En: G. Cerdeira Bravo de Mansilla y M. García Gayo (dirs.) y C. Gil Membrado y J.J. Pretel Serrano (coords.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Madrid: Bosch.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2021). La tutela, la curatela, y la guarda de los menores e incapacitados. En: Carlos Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, vol. IV Derecho de Familia, 6.ª edición, Madrid: Edisofer.
- (2021). Las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, vol. IV Derecho de Familia, 6.ª edición, Madrid: Edisofer.
- PUIG i FERRIOL, L. (1986). Comentario a los antiguos artículos 299 a 302 del Código Civil, *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid: Tecnos.
- RIBOT IGUALADA, J. (2019). La nueva curatela: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento. En: S. De Salas Murillo y M.ªV. Mayor del Hoyo (dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de naciones Unidas en materia de discapacidad*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I. (2019). Supuestos en los que interviene el defensor judicial: mención especial a la situación de conflicto de intereses. En: S. De Salas Murillo y M.ª V. Mayor Del Hoyo (dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- SERRANO ALONSO, E. (2006). Comentario a los antiguos artículos 299 a 302 del Código Civil. En: I. Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código Civil*, coordinador, T. 2, Barcelona: Bosch.
- SERRANO GIL, A. (2009). El defensor judicial. En: M.ª Paz Pous de la Flor, y Lourdes Tejedor Muñoz (coords.), *Protección Jurídica del Menor*, Madrid: Colex.
- TORAL LARA, E. (2022). El defensor judicial de las personas con discapacidad. En: J.R. De Verda y Beamonte (dir.) y P. Chaparro Matamoros y Á. Bueno Biot (coords.), *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Valencia: Tirant lo Blanch.

NOTAS

¹ *RJ* 2009, 2901. Establece, al respecto, que «De este modo, solo esta interpretación hace adecuada la regulación actual con la Convención, por lo que el sistema de protección establecido en el Código Civil sigue vigente, aunque con la lectura que se propone: 1. Que se tenga siempre en cuenta que el incapaz sigue siendo titular de sus derechos fundamentales y que la incapacitación es solo una forma de protección. Esta es la única posible interpretación del artículo 200 del Código Civil y del artículo 760.1 de la LEC; 2. La incapacitación no es una medida discriminatoria porque la situación merecedora de la protección tiene características específicas y propias. Estamos hablando de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos como persona porque le impiden autogobernarse. Por tanto, no se trata de un sistema de protección de la familia, sino única y exclusivamente de la persona afectada».

² Como precisa la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 6.ª, de 24 de enero de 2022 (Roj. SAP PO 165/2022; ECLI:ES:APPO:2022:165) «se sustituye la declaración de incapacitación por la declaración de la procedencia de la fijación de medidas judiciales de apoyo».

³ En la sentencia 589/2021, de 8 de septiembre (*RJ* 2021, 4002) se ha proclamado que «la provisión judicial de apoyos debe ajustarse a los principios de necesidad y proporcionalidad, ha de respetar la máxima autonomía de la persona con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica y debe atenderse en todo caso, a la voluntad, deseos y preferencias». *Vid.*, asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.ª, de 28 de enero de 2022 (LA LEY 122617, 2022); de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.ª, de 16 de febrero de 2022 (Roj. SAP CC 156/2022; ECLI:ES:APCC:2022:156); de la Audiencia Provincial de Vizcaya, sección 4ª, de 29 de marzo de 2022 (LA LEY 179642, 2022); y, de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5ª, de 5 de septiembre de 2022 (Roj. SAP CA 2126/2022; ECLI:ES:APCA: 2022:2126).

⁴ Roj. STS 1574/2021; ECLI:ES:TS:2021:1574; y *RJ* 2021, 4002 esta última, al respecto, señala que «En realidad, el artículo 268 del Código Civil lo que prescribe es que en la provisión de apoyos judiciales hay que atender en todo caso a la voluntad, deseos y preferencias del afectado. El empleo del verbo «atender», seguido «en todo caso», subraya que el juzgado no puede dejar de recabar y tener en cuenta (siempre y en la medida que sea posible) la voluntad de la persona con discapacidad destinataria de los apoyos, así como sus deseos y preferencias manifestados por el afectado. El texto legal emplea un término polisémico que comprende, en lo que ahora interesa, un doble significado, el de «tener en cuenta o en consideración algo» y no solo el de «satisfacer un deseo, ruego o mandato». Si bien, ordinariamente, atender al querer y parecer del interesado supone dar cumplimiento a él, en algún caso, como ocurre en el que es objeto de recurso, puede que no sea así, si existe una causa que lo justifique. El tribunal es consciente de que no cabe precisar de antemano en qué casos estará justificado, pues, hay que atender a las singularidades de cada caso. Y el presente, objeto de recurso, es muy significativo, pues, la voluntad contraria del interesado, como ocurre con frecuencia en algunos trastornos psíquicos y mentales, es consecuencia del propio trastorno que lleva asociado la falta de conciencia de enfermedad. En casos como el presente, en que existe una clara necesidad asistencial cuya ausencia está provocando un grave deterioro personal, una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno, principalmente sus vecinos, está justificada la adopción de las medidas de asistencia (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación. El trastorno no solo provoca esa situación clara y objetivamente degradante, como persona, sino que además le impide advertir su carácter patológico y la necesidad de ayuda». Lo que concluye que «no intervenir en estos casos, bajo la excusa del respeto a la voluntad manifestada en contra de la persona afectada, sería una crueldad social, abandonar a su desgracia personal que sufre. En el fondo, la provisión del apoyo por este trastorno patológico, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal». Al principio de interés superior del discapaci-

tado también se refiere la sentencia de la Audiencia Provincial de Elche, sección 9.ª, de 8 de abril de 2022 (Roj. SAP A 885/2022; ECLI: ES:APA:2022:885) cuando manifiesta que «el principio de interés superior del discapacitado se configura como un principio axiológico básico en la interpretación y aplicación de las normas de las medidas de apoyo que recaigan sobre las personas afectadas. Se configura como un concepto jurídico indeterminado o cláusula general de concreción, sometido a ponderación judicial según las concretas circunstancias de cada caso. La finalidad de tal principio radica en velar preferentemente por el bienestar de la persona afectada, adoptándose las medidas que sean más acordes a sus intereses, que son los que han de prevalecer en colisión con otros concurrentes de terceros. En la misma línea, las sentencias de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 1.ª, de 22 de noviembre de 2021 (Roj. SAP CR 1326/2021; ECLI:ES:APCR:2021:1326); de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 2.ª, de 14 de marzo de 2022 (Roj. SAP TO 560/2022; ECLI:ES:APTO:2022:560); de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5.ª, de 31 de marzo de 2022 (LA LEY 161206, 2022); de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6.ª, de 19 de mayo de 2022 (LA LEY 176052, 2022); y, de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 2.ª, de 31 de mayo de 2022 (LA LEY 113593, 2022).

Igualmente, *vid.*, PALACIOS GONZÁLEZ, D. (2021). Guarda de hecho, curatela o defensor judicial: buscando el mejor apoyo para las personas con discapacidad psíquica. En: G. Cerdeira Bravo de Mansilla y M. García Gayo (dirs.), C. Gil Membrano y J.J. Preter Serrano (coords.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Barcelona: Bosch, 420; TORAL LARA, E. (2022). El defensor judicial de la persona con discapacidad. En: J.R. De Verda y Beamonte (dir.), P. Chaparro Matamoros y Á. Bueno Biot (coords.), *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Valencia: Tirant lo Blanch, 325.

Recordemos que el artículo 249.3 del Código Civil dispone que «(...) cuando no sea posible determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona (...). En este caso (...) se deberá tener en cuenta la trayectoria vital de la persona con discapacidad, sus creencias y valores, así como los factores que ella hubiera tomado en consideración, con el fin de tomar la decisión que habría adoptado la persona en caso de no requerir representación».

⁵ En la sentencia 269/2021, de 6 de mayo (Roj. STS 1574/2021; ECLI:ES:TS:2021:1574) se hace referencia a que uno de los principios que deriva del Convenio de Nueva York, en su interpretación jurisprudencial, era el de la consideración de los propios deseos y sentimientos de la persona con discapacidad, y, asimismo, se razonaba que «(...) no deja de ser una manifestación del derecho de autodeterminación que, en la medida de lo posible, ha de ser respetada, lo que exige para su operatividad la consulta de la persona afectada». Asimismo, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Santander, sección 2.ª, de 14 de febrero de 2022 (Roj. SAP S 179/2022; ECLI:ES:APS:2022:179) señala que, si el apoyo encuentra su campo de actuación fundamental —porque huye de perpetuar un régimen de tutela de autoridad— en la información y formación de la persona con discapacidad que emita correctamente su voluntad; y, en la sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo, sección 2.ª, de 14 de marzo de 2022 (Roj. SAP TO 560/2022; ECLI:ES:APTO:2022:560) manifiesta que «el principio de consideración de los propios deseos y sentimientos de la persona con discapacidad: no deja de ser una manifestación del derecho de autodeterminación que, en la medida de lo posible ha de ser respetado; lo que exige para su operatividad la consulta de la persona afectada. En cualquier caso, es necesario determinar que la voluntad manifestada no esté mediatizada por el propio curso de la enfermedad que padece, fuente de la necesidad de apoyos». Igualmente, *vid.*, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia de Castellón de la Plana, sección 9.ª, de 13 de febrero de 2022 (Roj. SJPI 299/2022; ECLI:ES:JPI:2022:299).

⁶ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 15 de septiembre de 2021 (Roj. SAP B 9511/2021; ECLI:ES:APB:2021:9511).

⁷ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 3.ª, de 13 de enero de 2022 (LA LEY 14973, 2022).

⁸ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.ª de 16 de febrero de 2022 (LA LEY 60331, 2022); de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5.ª, de 11 de marzo de 2022 (Roj. SAP CA 403/2022; ECLI:ES:APCA:2022:403); y, de la Audiencia Provincial de León, sección 1.ª, de 11 de marzo de 2022 (LA LEY 91809, 2022). Asimismo, *vid.*, el auto

del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Tafalla, sección 2.^a, de 15 de febrero de 2022 (Roj. APJII 9/2022; ECLI:ES:JPII:2022:9A).

⁹ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5.^a, de 13 de abril de 2022 (LA LEY 119567, 2022); de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 3.^a, de 22 de abril de 2022 (LA LEY 135698, 2022); y, de la Audiencia Provincial de León, sección 1.^a, de 4 de mayo de 2022 (LA LEY 135296, 2022).

¹⁰ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 2 de noviembre de 2021 (RJ 2021, 4958). Por su parte, en la sentencia 706/2021, de 19 de octubre (RJ 2021, 4847) se estima el recurso extraordinario por infracción procesal por falta de motivación, por haber prescindido de la voluntad de la persona con discapacidad en un supuesto o de autocuratela. No se dan las circunstancias para prescindir del criterio preferente de la voluntad de la demandada al no concurrir circunstancias graves desconocidas por la misma o variación de las contempladas al fijar la persona que le prestará apoyos; y, asimismo, en la sentencia de 21 de diciembre de 2021 (Roj. STS 4879/2021; ECLI:ES:TS:2021:4879) se indica que para prescindir de la voluntad exteriorizada por el demandado, dada la trascendencia que se le otorga en la nueva ley (actualmente, artículos 249 párrafo segundo y 268 párrafo primero CC) requiere una motivación especial que brilla por su ausencia, con lo que, en la nueva sentencia que se dicte, se deberá manifestar expresamente al respecto, explicitando las concretas razones por las que, en su caso, se prescinde de la voluntad y preferencia en tal aspecto exteriorizada por el demandado. Asimismo, las sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 9.^a, de 30 de marzo de 2022 (JUR 2022, 185745); y, de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5.^a, de 13 de abril de 2022 (JUR 2022, 217258).

¹¹ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6.^a, de 21 de febrero de 2022 (JUR 2022, 141584).

¹² La sentencia del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción de Tafalla, sección 2.^a, de 3 de febrero de 2022 (Roj. SJPII 40/2022; ECLI:ES:JPIITA:2022:40) dispone que, la guarda de hecho se ve reforzada, transformándose esta figura en una propia institución jurídica de apoyo y dejando de ser una situación provisional.

¹³ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.^a, de 28 de enero de 2022 (LA LEY 122617, 2022) y de 10 de marzo de 2022 (LA LEY 90107, 2022); de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5.^a, de 13 de abril de 2022 (LA LEY 119567, 2022); de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 3.^a, de 22 de abril de 2022 (LA LEY 135698, 2022); de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2.^a, de 5 de mayo de 2022 (LA LEY 149380, 2022); y, de la Audiencia Provincial de Santander, sección 2.^a, de 31 de mayo de 2022 (Roj. SAP S 623/2022; ECLI:ES:APS:2022:623). Asimismo, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia, número 6 de Albacete, de 28 de junio de 2022 (LA LEY 153929, 2022).

¹⁴ En esta línea ÁLVAREZ LATA, N. (2021) Comentario al artículo 295 del Código Civil, En: C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 831-832; de la misma autora (2021). Comentario al artículo 295 del Código Civil, En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 5.^a ed., Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 535. Asimismo, *vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, sección 2.^a, de 31 de mayo de 2022 (Roj. SAP S 623/2022; ECLI:ES:APS: 2022:623).

¹⁵ FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, Madrid: Cuadernos Civitas, 181.

¹⁶ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). Comentario al artículos 235 del Código Civil. En: C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 443.

¹⁷ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 1.^a, de 25 de mayo de 2022 (LA LEY 180219, 2022).

¹⁸ El antiguo artículo 165 del Código Civil fue uno de los preceptos reformados por la segunda edición del Código Civil, en el que se establecía: «Siempre que en algún asunto el padre o la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrará a estos un defensor que los represente en juicio y fuera de él.

El Juez a petición del padre o de la madre, del mismo menor, del Ministerio Fiscal o de cualquiera persona capaz de comparecer en juicio, conferirá el nombramiento de defensor al

pariente del menor a quien en su caso correspondería la tutela legítima, y a falta de este, a otro pariente o a un extraño». Con esta segunda redacción se introduce en el primer párrafo a la madre, omitida en la redacción original; y, se amplía la legitimación para solicitar el nombramiento de defensor judicial al propio menor y al Ministerio Fiscal.

Por su parte, señalaba GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. (1930). El defensor judicial, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año VI, número 63, marzo, 196 que la razón por la que aparece la figura del defensor judicial en la redacción originaria del artículo 165 Código Civil, era porque la Ley confería expresamente la patria potestad al padre, y en su defecto, a la madre, y para evitar que la determinación del representante, en un punto concreto, pudiera ser influida por el interés propio, el citado precepto ordenaba que en tales supuestos, se nombrara a aquellos un defensor judicial que, los representase en juicio o fuera de él.

DE CASTRO, F., El autocontrato en el Derecho privado español, *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. 151, 1927, 417, manifestaba, asimismo, que «el peligro de lucro ha sido sin duda el que originó la creación del defensor judicial. Evitar que abusara el padre de su situación privilegiada cuando sus intereses se encontrasen en oposición con los del hijo».

¹⁹ Si bien, ya antes la jurisprudencia había ampliado el ámbito de la figura a la tutela poco tiempo después de publicarse el Código Civil. *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 1895 (*Jurisprudencia Civil*, publicada en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. 78, número 108, Madrid 1896, 493), en la que se disponía que, el defensor judicial debía nombrarse ante un conflicto de intereses entre el protutor y el pupilo menor de edad, o cuando fuere removido todo el organismo tutelar.

²⁰ En este sentido, FLORENSA I TOMÁS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, op. cit., 43 que ve como antecedente directo del defensor judicial ex antiguo artículo 165 del Código Civil al «procurador» por las siguientes razones: «a) La organización de la guarda legal, en el Proyecto de 1851, se identificaba con el sistema de tutela de familia, de clara inspiración francesa, al igual que en el Código Civil de 1889; b) El término para identificarlo —«procurador»— no es argumento digno de ser tenido en cuenta, a pesar de evocar, según el léxico actual, un ámbito procesal, máxime cuando sus funciones eran idénticas a las del defensor del antiguo artículo 165 del Código Civil; c) Su existencia y función quedaban enmarcadas en el ámbito de la patria potestad; d) El presupuesto de su actuación —interés opuesto entre padres e hijos— es el mismo que el del defensor judicial del antiguo artículo 165 del Código Civil; e) El procurador representaba al hijo menor tanto en juicio como fuera de él».

²¹ GARCÍA GOYENA, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, T. I, Madrid, 98.

²² MONTÉS PENADÉS, V.L. (1984). Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil. *Comentarios a las reformas de Derecho de Familia*, vol. II, AAVV, Madrid: Tecnos, 1090, y añade el autor, en la nota 3 que «preferimos hablar de curador especial o *ad hoc* más que de curador *ad litem* porque el defensor se crea para todos los casos de conflicto de intereses, mientras que el curador *ad litem*, como su propio nombre indica, tenía un fin esencialmente judicial o procesal».

²³ Precisa COUTO GÁLVEZ, R.M.^a (2000). Comentario al antiguo artículo 299 del Código Civil. En: Joaquín Rams Albesa y Rosa María Moreno Flórez (coords.), *Comentarios al Código Civil*, T. II, vol. 2.º, Barcelona: Bosch, 2060 que en los trabajos de CAMBRONERO se regula una curaduría especial, para uno o varios negocios determinados, y si se trata de pleitos, la persona encargada se llamará curador *ad litem* (art. 108).

²⁴ Los autores de este trabajo manifiestan sobre el defensor judicial: «El capítulo quinto Del defensor judicial introduce otra vez una nueva figura dentro de las instituciones tutelares, que no en nuestro ordenamiento, donde viene contemplada con perfiles semejantes, en sede de patria potestad y ausencia. No se trata de los defensores a que hacen referencia los artículos 215, 219 y 223 del Código vigente..., sino de personas que, nombradas por el Juez, en los supuestos de incapacitación, excusa o remoción de tutor o curador, hasta que no se instaure una nueva persona para desempeñar el cargo; por el tiempo que medie entre el momento en que haya tenido dicha Autoridad Judicial (conocimiento) de la existencia de una persona que deba ser sometida a tutela y el de la

resolución judicial que ponga fin al procedimiento; cuando haya conflicto de intereses entre tutor o curador y pupilo, o entre padre o madre, e hijos no emancipados, amparen a la persona incapacitada o en vías de incapacitación, y cuiden de la administración de sus bienes o se limiten a defender los intereses del pupilo contrarios a los de las personas que, en cada caso, sean titulares del poder tuitivo sobre el mismo». DÍEZ-PICAZO, L., BERCOVITZ, R., ROGEL, C., CABANILLAS, A., y CAFARENA, J. (1977). *Estudio para la reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela*, bajo del patrocinio del Servicio de recuperación y rehabilitación de minusválidos (SEREM), de la Dirección General de Asistencia y Servicios Sociales, y del Patronato para Ayuda a subnormales de la Fundación General Mediterránea, octubre, 28.

²⁵ LETE DEL RÍO, J.M. (1985). Comentario al antiguo artículo 299 del Código Civil. En: Manuel Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. IV, 2.ª edición, Madrid: Edersa, 469.

²⁶ PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2008). La tutela, la curatela y la guarda de los menores e incapacitados. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, vol. IV *Derecho de Familia*, 2.ª edición, Madrid: Colex, 393.

²⁷ PÉREZ ÁLVAREZ, M.Á. (2021). Las medidas de apoyo a las personas con discapacidad. En: C. Martínez de Aguirre Aldaz (coord.), *Curso de Derecho Civil*, vol. IV *Derecho de Familia*, 6.ª ed., Madrid: Edisofer, 450.

²⁸ ORDÁS ALONSO, M. (2021). Comentario al artículo 235 del Código Civil, En: Rodrigo Bercovitz-Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, coordinador, 5.ª ed., Navarra: Thomson Reuters Arazadi, Cizur Menor, 448.

²⁹ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). Comentario al artículo 235 del Código Civil, *op. cit.*, 443. Asimismo, LINACERO DE LA FUENTE, M. (2021). La patria potestad. Responsabilidad parental. En: M. Linacero De La Fuente (dir.), *Tratado de Derecho de Familia. Aspectos sustantivos*, 3.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 617-618 entiende que el defensor judicial «es un órgano provisional de representación de menores (sujetos a patria potestad o tutela) y de apoyo ocasional a personas con discapacidad, especialmente previsto para determinadas situaciones como aquellas en las que existía conflicto de intereses, necesario de apoyo ocasional o imposibilidad transitoria de que la figura de apoyo habitual lo ejerza».

Por su parte, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de marzo de 1994 (RJ 1994, 1731) señala que «el defensor judicial es un cargo de nombramiento judicial para un determinado asunto, con las atribuciones que le haya conferido el juez al designarlo, no es un representante legal del menor para la defensa y administración de su patrimonio, y por ello, cuando actúa judicialmente, debe probar que lo hace así, no exhibir solo el auto judicial de nombramiento; y, de 4 de marzo de 2003 (Roj. STS 1472/2003; ECLI: ES:TS:2003:1472) declara que el defensor judicial «es la persona que asume temporalmente la representación y defensa de los intereses de los menores de edad o incapacitados cuando la persona que legalmente deba hacerlo, padres, tutores o curadores, no lo hacen; se trata de un cargo judicial porque es necesaria 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».

³⁰ LASARTE ÁLVAREZ, C. (2008). *Principios de Derecho Civil*, T. VI Derecho de Familia, 7.ª edición, Madrid: Marcial Pons, 383; del mismo autor (2021). *Principios de Derecho Civil, VI Derecho de Familia*, décimo novena edición revisada y actualizada con la colaboración de B. Sáinz-Cantero Caparrós, P. López Peláez, M.ª Del M. Heras Hernández, Madrid: Marcial Pons, 340-341; SERRANO GIL, A. (2009). El defensor judicial. En: M.ª Paz Pous de la Flor y Lourdes Tejedor Muñoz (coords.), *Protección Jurídica del Menor*, 2.ª edición, Madrid: Colex, 170.

³¹ LETE DEL RÍO, J.M. (1985). El defensor judicial, *op. cit.*, 469-470; ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). Comentario al artículo 235 del Código Civil, *op. cit.*, 444; MARTÍN AZCANO, E.M.ª (2021). El defensor judicial de la persona con discapacidad. En: M. Pereña Vicente y M.ª Del M. Heras Hernández (dirs.); y M. Núñez Núñez (coord.), *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Valencia: Tirant lo Blanch, 284; GARCÍA GOLDAR, M. (2022). Comentario al artículo 295 del Código Civil. En: M.ªP. García Rubio y M.ªJ. Moro Almaraz (dirs.), e I. Valera Castro (coord.), *Comentario*

articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad, Navarra: Civitas Thomson Reuters, 466 señala también que es un cargo puntual. *Vid.*, asimismo, conforme a la antigua regulación el auto de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 5.ª, de 5 de junio de 2000 (AC 2000, 1275) manifiesta que: «el defensor judicial es una de las instituciones de protección de menores e incapacitados, cuya vigencia es fundamentalmente temporal siendo un órgano supletorio y subsidiario nombrado por la autoridad judicial con el fin de proteger excepcionalmente a menores, incapacitados o pródigos representándoles y asistiéndoles, ya sea con carácter específico, ya con carácter más general, cuando en algún asunto concreto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador; cuando por cualquier causa, el tutor, curador no desempeñasen sus funciones; y, en todos los demás, supuestos previstos en el Código Civil —artículo 299— (*Fundamento de Derecho 2.º*). Por su parte, el auto de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.ª, de 20 de septiembre de 2006 (*JUR* 2006, 239550) también conforme a la antigua regulación dispone como características del defensor judicial su temporalidad, subsidiariedad y coexistencia con la patria potestad; y, asimismo, el auto de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 7.ª, de 24 de junio de 2004 (LA LEY 149710, 2004) manifiesta que, el defensor judicial es una de las instituciones de protección de menores e incapacitado, con vigencia fundamentalmente temporal, siendo un órgano supletorio y subsidiario nombrado por la autoridad judicial.

Respecto a la *subsidiariedad*, conforme la anterior regulación, ya GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. (1930). El defensor judicial, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año VI, número 63, marzo, 199 y 200 refiriéndose al defensor judicial en sede de patria potestad, había advertido que «los supuestos de privación o suspensión de la patria potestad se aplicarán de preferencia, aunque presenten cierto aspecto patrimonial». FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial, op. cit.*, 179-180 por su parte, señalaba que «hay que tener en cuenta que precisamente en estas circunstancias el defensor judicial también está llamado a intervenir y cumplir su función en defecto de la de los padres o tutores o curadores (*ex* artículo 299.2 CC)». Por tanto, precisaba el autor, que «la subsidiariedad hay que entenderla en el sentido de excepcionalidad, como viene contemplado por el actual artículo 162 del Código Civil, al disponer que la representación solamente se suspenderá excepcionalmente en los casos previstos, uno de los cuales —contraposición de intereses— dará lugar al nombramiento de defensor». De forma que, junto con la supletoriedad, «ambas características coinciden en el fundamento mismo de la función del defensor judicial, es decir, representar y amparar excepcionalmente al menor o incapacitado en defecto del régimen de guarda y protección al que está sometido, ya sea por existir contraposición de intereses entre el representante legal originario y el menor o incapacitado, ya sea porque el representante legal no cumple con el desempeño del cargo».

Con relación a la *temporalidad*, se manifiesta claramente en el antiguo artículo 299.2 del Código Civil, al decir que «se nombrará un defensor judicial...hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo». De forma que, la temporalidad puede ser traducida en provisionalidad del cargo, pues, su nombramiento obedece a la singularidad de circunstancias que se producen en un momento determinado, y al desaparecer estas se extingue y desaparece la figura del defensor judicial. El defensor judicial es, por tanto, un cargo que suple temporal y provisionalmente a los padres, tutor y curador, para la representación y amparo o asistencia del menor, incapacitado o pródigo. *Vid.*, FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial, op. cit.*, 185-186.

³² GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª DEL C. (1991). Comentario al antiguo artículo 299 del Código Civil. En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de Leon, y P. Salvador Coderch (dirs.), *Comentario del Código Civil, T. I*, Madrid: Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 853.

Precisa FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial, op. cit.*, 179 que «tanto (el antiguo) artículo 163 del Código Civil como (el antiguo) artículo 299 del Código Civil refieren su intervención para suplir las funciones propias del originariamente legitimado. Dicha suplencia, además, no tiene por qué implicar sustitución alguna del cargo principal. En el caso paradigmático del conflicto de intereses, la simultaneidad y compatibilidad en el ejercicio de la función, tanto del defensor como del cargo principal, es la regla ya que la legitimación legal de este solo se suspende en el ámbito del asunto que ha originado el conflicto, quedando intacta su legitimación en todo lo demás».

³³ FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, op. cit., 178 y 185. En similares términos, ÁLVAREZ LATA, N. (2006) Comentario al antiguo artículo 299 del Código Civil. En: R. Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), *Comentarios al Código Civil*, 2.ª edición, Navarra: Thomson-Aranzadi, 473-474 señala que no se configura «*strictu sensu*» como la cuarta institución de guarda de nuestro ordenamiento jurídico, sino como una figura presidida por la transitoriedad y la subsidiariedad. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de junio de 1985 (RJ 1985/3109) en la que se indica que, se trata de una figura presidida por la idea de la transitoriedad y de concreta designación para un específico caso en que surge el conflicto de intereses justificativo de la suspensión del poder paterno en el asunto determinado de que se trata (*Considerando Jurídico 3.º*).

³⁴ FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, op. cit., 181.

³⁵ En esta línea, TORAL LARA, E. (2022). El defensor judicial de las personas con discapacidad. En: J.R. De Verda y Beamonte (dir.), P. Chaparro Matamoros y Á. Bueno Biot (coords.), *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Valencia: Tirant lo Blanch, 300; BLANDINO GARRIDO, M.ªA. (2022). El defensor judicial de la persona con discapacidad. En: Y. De Lucchi López-Tapia y A.J. Quesada Sánchez (dirs.) y J.M. Ruiz-Rico Ruiz (coord.), *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad. Estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de julio*, Barcelona: Atelier, 402-406. *Vid.*, asimismo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6.ª, de 19 de mayo de 2022 (Roj. SAP A 1016/2022; ECLI:ES:APA:2022:1016).

³⁶ MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMES, E. (1984). Representación paterna y oposición de intereses, *Revista Jurídica de Derecho Notarial*, T. CXXIV, 226; FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, op. cit., 183.

³⁷ FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, op. cit., 174-175; HERNÁNDEZ GIL, F., Sobre la figura del defensor judicial de menores, *Revista de Derecho Privado*, marzo 1961, 213; LETE DEL RÍO, J.M. (1985) Comentario al antiguo artículo 299 del Código Civil. En: M. Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. IV, Madrid: Edersa, 468; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. (1930). El defensor judicial, op. cit., 259. *Vid.*, asimismo, el auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 6.ª, de 30 de marzo de 2006 (LA LEY 251460, 2006).

³⁸ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Pamplona, sección 3.ª, de 28 de junio de 2022 (Roj. SAP NA 535/2022; ECLI:ES:APNA:2022:535) señala que las medidas de apoyo deben ser proporcionales a las necesidades y respetar la máxima autonomía en el ejercicio de la capacidad jurídica.

³⁹ *Vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.ª, de 13 de mayo de 2003 (LA LEY 85888, 2003), entre las atribuciones que les puede conferir el juez al defensor judicial, se encuentra la de administrar los bienes; la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 7.ª, de 11 de diciembre de 2006 (LA LEY 284708, 2006), el defensor tiene como facultad atribuida la administración de la comunidad de bienes; el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 14 de diciembre de 2006 (LA LEY 249132, 2006), se designa al defensor judicial con facultades de administrador patrimonial de los bienes de la incapacitada; y, el auto de la Audiencia Provincial de Castellón, sección 2.ª, de 15 de abril de 2008 (*JUR* 2008, 225781).

⁴⁰ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 1.ª, de 20 de mayo de 2022 (LA LEY 180235, 2022).

⁴¹ COUTO GÁLVEZ, R.M.ª (2000). Comentario al antiguo artículo 299 del Código Civil. En: En: J. Rams Albesa y R. María Moreno Flórez (coords.), *Comentarios al Código Civil*, T. II, vol. 2.º, Bosch: Barcelona, 2064.

⁴² FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, op. cit., 207; MONTÉS PENADES, V.L. (1984). Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil, *Comentarios a las reformas de Derecho de Familia*, vol. II, Madrid: Tecnos, 1100.

El artículo 224-4 del Código Civil catalán considera anulables los actos realizados sin la intervención de defensor judicial, cuando resulta necesaria.

⁴³ *Vid.*, conforme a la anterior regulación la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6.ª, de 29 de noviembre de 1999 (AC 1999, 2460). Por su parte, el auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 2.ª, de 12 de enero de 2000 (LA LEY

13548, 2000) pone de manifiesto que, el defensor judicial dispone de legitimación activa para oponerse al nombramiento de tutor, cuando estime que este es perjudicial para los intereses del incapaz.

⁴⁴ *Vid.*, conforme a la anterior regulación las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de junio de 1997 (*RJ* 1997, 4605); de 7 de noviembre de 2002 (*RJ* 2002, 9484); y de 9 de julio de 2004 (*RJ* 2004, 5246); y, el auto de la Audiencia Provincial de Lugo, sección 2.ª, de 11 de enero de 2005 (LA LEY 4449, 2005) en que se nombra defensor del presunto incapaz para que le asista y defienda en el procedimiento de incapacitación.

⁴⁵ PUIG FERRIOL, L., Comentario al antiguo artículo 302 del Código Civil, *Comentario a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid: Tecnos, 782.

⁴⁶ FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.*, 195.

⁴⁷ FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.*, 200-201 argumenta en un doble sentido: «en primer lugar, porque la misma *ratio legis* del antiguo artículo 271 del Código Civil así lo indica: puesto que la Ley, en origen, atribuye al tutor unas facultades amplísimas, análogas a las otorgadas a los padres, resulta lógico que algunas, cuando deban ser ejercidas y por su trascendencia, estén sometidas a la intervención y aprobación del juez, y a esto responde la norma del antiguo artículo 271.4 del Código Civil; además, la misma antinomia obliga a una interpretación restrictiva del caso: el antiguo artículo 271.4.º del Código Civil habrá que entenderlo como norma específica aplicable únicamente al tutor frente a la norma general del artículo 1060 del Código Civil, aplicable a los demás cargos protectores que conlleven representación legal y, concretamente, al defensor judicial»; CASASÚS HOMET, E. (1984). ¿Requiere aprobación judicial la partición hereditaria en que interviene defensor judicial?, *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre, 377; CASTÁN TOBEÑAS, J.M.ª (1982). Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil. En: M. Albaladejo García (dir.), *Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. III, vol. 2.º, Madrid: Edersa, 562; MONTÉS PENADÉS, V.L. (1984). Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil, *Comentario a la reforma de Derecho de Familia*, Madrid: Tecnos, 1100. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 12 de marzo de 1996 (*RJ* 1996, 2175); el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 17 de octubre de 2003 (*JUR* 2003, 271424); el auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 8.ª, de 17 de noviembre de 2003 (*JUR* 2004, 8385); y, las resoluciones de la DGRN de 4 de abril de 1986 (*RJ* 1986/2127); y de 23 de julio de 1990 (*RJ* 1990, 6666). En contra, SERRANO GIL, A. (2009). El defensor judicial. En: M.ª Paz Pous de la Flor y L. Tejedor Muñoz (coords.), *Protección Jurídica del Menor*, Madrid: Colex, 181; y, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 15 de octubre de 2008 (LA LEY 148013, 2008) en la que se indicaba que, una vez realizada la partición, es cuando ha de recaer la aprobación judicial solicitada por el defensor judicial del incapaz, si el Juez no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento (*Fundamento de Derecho 1.º*); y la resolución de la DGRN de 14 de julio de 2005 (*RJ* 2005, 7016).

El artículo 224.3 del Código Civil catalán la entiende implícita en el nombramiento. Al igual que, el artículo 155.2 del Código Foral aragonés.

⁴⁸ MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMES, E. (1984). Representación paterna y oposición de intereses, *Revista Jurídica de Derecho Notarial*, T. CXXIV, 238; GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª del C. (1991). Comentario al antiguo artículo 303 del Código Civil, *op. cit.*, 860; LETE DEL RÍO, J.M. (1985). Comentario al antiguo artículo 302 del Código Civil. En: M. Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, T. IV, Madrid: Edersa, 483. *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, de 12 de junio de 1985 (*RJ* 1985, 3109); y de 10 de marzo de 1994 (*RJ* 1994, 1731); y, las resoluciones de la DGRN de 23 de julio de 1990 (*RJ* 1990, 6666); y de 8 de mayo de 1994 (*RJ* 1995, 4093).

⁴⁹ MONTÉS PENADES, V. L. (1984). Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil, *op. cit.*, 1099; FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.*, 205; JIMÉNEZ ASENJO, E. (1954). voz «Defensor judicial», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. VI, Barcelona: Seix, 348; MORENO MARTÍNEZ, J.A. (1994). Comentario a la sentencia de 10 de marzo de 1994, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 35, abril/agosto, 33.

⁵⁰ *Vid.*, el artículo 224-3 del Código Civil catalán; y, el artículo 155.1 del Código Foral aragonés.

⁵¹ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de marzo de 1994 (Roj. STS 14900/1994; ECLI:ES:TS:1994:14900); y de 17 de enero de 2003 (Roj. STS 127/2003; ECLI:ES:TS:2003:127).

⁵² *Vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, sección 1.ª, de 13 de julio de 2004 (LA LEY 166326, 2004). Asimismo, *vid.*, en este mismo sentido, el artículo 236-20 del Código Civil catalán.

⁵³ FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.*, 157; PUIG FERRIOL, L. (1986). Comentario al antiguo artículo 300 del Código Civil, *op. cit.*, 778 aboga, igualmente, «por la inoperancia de las mismas, por cuanto el (antiguo) artículo 300 del Código Civil claramente resulta que solo el Juez está legitimado para nombrar defensor judicial o, —en último término— que el juez puede hacer caso omiso de este nombramiento mediante decisión motivada, a tenor de lo prevenido en el (antiguo) artículo 224»; GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª DEL C. (1991). Comentario del antiguo artículo 300 del Código Civil, *op. cit.*, 858, señala que, no hace falta motivar la designación, si el juez opta por no nombrar a quienes los padres han designado; LETE DEL RÍO, J.M. (1985). Comentario al antiguo artículo 300 del Código Civil, *op. cit.*, 479, por su parte, precisa que, nada se opone a que el juez elija y nombre a dicha persona, si bien no vendrá obligado a motivar su preterición». No obstante, LACRUZ BERDEJO, J.L., *et al.* (2008). *Elementos de Derecho Civil, T. IV Familia*, 3.ª ed., revisada y puesta al día por J. Rams Albesa, Madrid: Dykinson, 445 manifiesta que, no ve razón diferenciadora en los casos de tutor testamentario, que si lo hubiere, fuese distinta persona, y no tuviere interés opuesto. Posiblemente, sobre tales bases, se confía en que, en tan improbable hipótesis, lo nombrara el juez.

⁵⁴ *Vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de La Rioja, de 6 de abril de 2000 (LA LEY 76639, 2000); el auto de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.ª, de 20 de septiembre de 2006 (*JUR* 2006, 239550); el auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 5 de junio de 2007 (*JUR* 2007, 312525); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 4.ª, de 26 de enero de 2009 (LA LEY 7343, 2009). Por su parte, en el auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 4.ª, de 26 de abril de 2004 (LA LEY 96447, 2004), señala que, en situaciones de normalidad, siempre será preferible que sea un pariente o persona allegada al incapaz quien asuma las funciones tuitivas respecto del mismo. Asimismo, *vid.*, en este mismo sentido, el artículo 224-2.2 del Código Civil catalán; y artículos 102.1 a) y 110 del Código Foral aragonés.

⁵⁵ Señala el auto del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil de 13 de enero de 2009 (LA LEY 727, 2009) la designación del defensor judicial no lo será tanto para integrar la capacidad del menor, como para paliar las posibles decisiones de la madre que ostenta la patria potestad. Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 1.ª, de 22 de octubre de 1998 (AC 1998, 2263) manifiesta que, el defensor judicial nombrado tiene una específica función, defender al presunto incapaz.

⁵⁶ FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.*, 164-165.

⁵⁷ FLORENSA I TOMÀS C.E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.*, 169-170; GÓMEZ-OLIVEROS, J.M. (1984). Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio, 668-669; COUTO GÁLVEZ, R. M.ª (2000). El defensor judicial, *op. cit.*, 2070; GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª del C. (1991). Comentario al antiguo artículo 301 del Código Civil, *op. cit.*, 859; SERRANO ALONSO, E. (2000). Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil. En: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código Civil, T. II*, Barcelona: Bosch, Barcelona, 456.

⁵⁸ MORENO MARTÍNEZ, J.A. (1989). *El defensor judicial*, *op. cit.*, 221-222; MARTÍNEZ PIÑEIRO CARAMÉS, E. (1984). Representación paterna y oposición de intereses, *Revista de Derecho Notarial*, número 124, 235; PUIG BRUTAU, J. (1985). *Fundamentos de Derecho Civil, T. IV*, Barcelona: Bosch, 265; HERNÁNDEZ-GIL, F. (1961). Sobre la figura del defensor judicial de menores, *Revista de Derecho privado*, marzo, 217.

⁵⁹ GETE-ALONSO y CALERA, M.ª DEL C. (1991). Comentario al antiguo artículo 300 del Código Civil, *op. cit.*, 858.

⁶⁰ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). Comentario al artículo 235 del Código Civil, *op. cit.*, 450.

⁶¹ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 1.ª, de 11 de abril de 2022 (Roj. SAP VA 455/2022; ECLI:ES:APVA:2022:455) actuación en juicio por parte del defensor judicial.

⁶² *Vid.*, la resolución de la DGRN de 19 de abril de 2017 (RJ 2017, 1880).

⁶³ En los mismos términos, el artículo 153 a) del Código Foral aragonés habla de oposición de intereses; y, más desarrollado en su contenido, pero en similares términos, el artículo 224-1 del Código Civil catalán. Así dispone este precepto que: «*La autoridad judicial debe nombrar un defensor judicial en los siguientes casos: a) Si existe conflicto de intereses entre el tutor y el tutelado, o entre el curador y la persona puesta en curatela; b) Si lo exigen las circunstancias de la persona que debe ser tutelada, mientras la tutela no se constituya; c) Mientras no se constituya la curatela de pródigos o de personas en situación de incapacidad relativa; d) En los supuestos en que por cualquier causa los tutores o curadores no ejerzan sus funciones, mientras no finalice la causa o no se designe otra persona para el ejercicio de los cargos; e) En los demás casos determinador por la ley.*».

⁶⁴ Ha de tratarse de un asunto concreto, *vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de Jaén, sección 3.ª, de 22 de abril de 2008 (LA LEY 95137, 2008); y las sentencias de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 3.ª, de 16 de diciembre de 2008 (LA LEY 282040, 2008), de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 6ª, de 13 de mayo de 2022 (JUR 2022, 234915); de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 5ª, de 3 de junio de 2022 (Roj. SAP CA 1662/2022; ECLI: ES:APCA: 2022:1662); y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 19ª, de 11 de octubre de 2022 (ROJ SAP M 14753/2022; ECLI:ES:APM:2022:14753).

⁶⁵ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 17 de enero de 2003 (Roj. STS 127/2003; ECLI: ES:TS:2003:127).

⁶⁶ BADOSA COLL, F. (1986). Comentario al antiguo artículo 221 del Código Civil, *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y la tutela*, vol. I, Madrid: Tecnos, 257. *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 17 de mayo de 2004 (LA LEY 1393, 2004).

⁶⁷ GÓNZÁLEZ MARTÍNEZ, J. (1930). El defensor judicial, *op. cit.*, 257.

⁶⁸ HERNÁNDEZ GIL, F., Sobre la figura del defensor judicial de menores, *op. cit.*, 210.

⁶⁹ FLORENSA I TOMÀS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.*, 73. Para SERRANO ALONSO, E. (2006). Comentario al antiguo artículo 299 del Código Civil. En: Ignacio Sierra Gil de la Cuesta (coord.), *Comentario del Código Civil*, T. 2, Barcelona: Bosch, Barcelona, 689 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 o incapaz al ser este, contrario al interés subjetivo o personal de aquellos».

Por su parte, en el mismo sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 9484) que en su *Fundamento de Derecho* 2.º señala: «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 este, contrario al interés subjetivo o personal de aquellos».

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de junio de 2012 (RJ 2012, 6700), asimismo, indica que, habrá conflicto de intereses «cuando los intereses de uno (...) y otro (...) son contrarios u opuestos en un asunto determinado, de modo que el beneficio de uno puede comportar el perjuicio para otro»; y, el auto de la Audiencia Provincial de Cáceres, sección 1.ª, de 20 de septiembre de 2006 (JUR 2006, 239550) define conflicto de intereses en su *Fundamento de Derecho* 2.º como «la situación en la que el representante legal se ve obligado a tomar una decisión sobre un asunto patrimonial que, en circunstancias normales, si no fuera atribuida directa o indirectamente a aquel, le correspondería, definición que hoy se entiende que, necesariamente debe ampliarse a intereses y asuntos familiares y personales tales como el ejercicio de acciones de reclamación e impugnación de paternidad o filiación en las que se produzca una situación idéntica, debiendo tenerse presente siempre que, cuando el conflicto se produzca con los titulares de la patria potestad debe aplicarse el artículo 163.2 del Código Civil, conforme al que sin necesidad de especial nombramiento corresponde al otro progenitor la representación del menor, sin que deba nombrarse defensor judicial».

⁷⁰ Roj. STS 127/2003; ECLI: ES:TS:2003:127.

⁷¹ MONTÉS PENADÉS, V.L. (1984). Comentario al artículo 163 del Código Civil, *op. cit.*, 1095. *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil de 10 de mayo de 2005 (LA LEY 103770, 2005); y, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sala de lo Civil y Penal, de 12 de noviembre de 1998 (*RJ* 1999, 1339).

Por su parte, señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra, sección 6.^a, de 26 de enero de 2007 (*JUR* 2007, 314332) que «la oposición de intereses vendrá de la posibilidad de una ventaja, beneficio o ganancia que el progenitor pueda obtener y, que correlativamente comporte perjuicio para el hijo».

⁷² *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, 4 de marzo de 2003 (LA LEY 12132, 2003). Por su parte, la resolución de la DGRN de 14 de mayo de 2010 (BOE, 27 de septiembre de 2010, 81.904 a 81.909), señala que «para determinar que existe conflicto de intereses debe concluirse que es razonable entender que la satisfacción por los padres de sus propios intereses irá en detrimento de los de los hijos».

⁷³ *RJ* 1995, 3238.

⁷⁴ *Vid.*, asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 17 de mayo de 2004 (LA LEY 1393, 2004) donde, se señala que «el conflicto de intereses lo toma en consideración el legislador en defensa del menor [sentencia de 17 de enero (LA LEY 825, 2003) y 4 de marzo de 2003 (LA LEY 12132, 2003) 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».

⁷⁵ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, 12 de junio de 1985 (*RJ* 1985, 3109); y, de 18 de octubre de 2012 (Roj. STS 6952/2012; ECLI:ES:TS:2012:6952) conflictos entre hermanos herederos en la partición, siendo uno representante del otro.

⁷⁶ MONTÉS PENADÉS, V.L. (1984). Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil, *op. cit.*, 1093; ÁLVAREZ LATA, N. (2006). Comentario al antiguo artículo 299 del Código Civil, *op. cit.*, 474; FLORENSA I TOMÁS, C. E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.*, 95; CASTÁN TOBEÑAS, J.M.^a (1982). Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil. En: Manuel Albaladejo García (dir.), *Comentarios al Código Civil*, T. III, vol. 2.^o, Madrid: Edersa, 192; del mismo autor (1993). Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil. En: En: C. Paz-Ares Rodríguez, R. Bercovitz, L. Díez-Picazo Ponce de León y S. Cordech (dirs.), *Comentario del Código Civil*, T. I, 2.^a edición, Madrid: Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, 561; JIMÉNEZ ASENJO, E. (1954). *voz* «Defensor judicial», *op. cit.*, 344. En contra, solo para el ámbito patrimonial, HERNÁNDEZ GIL F., Sobre la figura del defensor judicial de menores, *op. cit.*, 207; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., El defensor judicial, *op. cit.*, 200.

⁷⁷ *Vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 3.^a, de 25 de mayo de 2006 (LA LEY 70796, 2006); y el auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sección 1.^a, de 22 de junio de 2006 (*JUR* 2006, 225845).

⁷⁸ En esta línea, ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). Comentario al artículo 235 del Código Civil, *op. cit.*, 446. Asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de junio de 2012 (*RJ* 2012, 6700).

⁷⁹ FLORENSA I TOMÁS, C. E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.*, 74-78; ÁLVAREZ LATA, N. (2006). Comentario al antiguo artículo 299 del Código Civil, *op. cit.*, 474; MONTÉS PENADÉS, V.L. (1984). Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil, *op. cit.*, 1094 para quien no debe confundirse la actualidad del conflicto con la del perjuicio, pues, esta última no se exige; SERRANO GIL, A. (2009). El defensor judicial, *op. cit.*, 173; HERNÁNDEZ GIL, F. (1961). Sobre la figura del defensor judicial de menores, *op. cit.*, 211 quien, asimismo, precisa que «debe excluirse el conflicto futuro, aunque sea previsible, más no es también necesario que sean actuales las consecuencias efectivamente dañosas derivadas de la relación jurídica en oposición; en definitiva, no se deben confundir la actualidad del perjuicio con la actualidad de la oposición de intereses».

⁸⁰ *Vid.*, sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 2004 (Roj. STS 4650/2004; ECLI:ES:TS:2004:4650); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, de 26 de diciembre de 2004 (AC 2005, 255).

⁸¹ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de noviembre de 2017 (*RJ* 2017, 4760). Asimismo, *vid.*, SÁNCHEZ-VENTURA MORER, I. (2019). Supuestos en los

que interviene el defensor judicial: mención especial a la situación de conflicto de intereses. En: S. De Salas Murillo y M.^a V. Mayor Del Hoyo (dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 282.

⁸² BADOSA COLL, F. (1986). Comentario al antiguo artículo 221 del Código Civil, *Comentario a las reforma de la nacionalidad y la tutela*, vol. I, Madrid: Tecnos, 257.

⁸³ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de mayo de 2002 (RJ 2002, 6426) en el que se señala que, «no se da en el caso contraposición de intereses entre la hija menor y sus padres, sino al contrario sustancial coincidencia en que se declare la validez y eficacia de las donaciones realizadas por el padre a favor de su hija menor»; la sentencia de este mismo Alto Tribunal y Sala, de 17 de mayo de 2004 (LA LEY 1393, 2004), donde manifiesta que «la situación de conflicto se ha de identificar 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 (sentencia de 17 de enero (LA LEY 825, 2003); y de 5 de noviembre de 2003 (LA LEY 254, 2004) 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». En el presente caso añade la sentencia «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»; el auto de la Audiencia Provincial de Sevilla, sección 2.^a, de 26 de febrero de 2007 (LA LEY 116830, 2007); y la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 10.^a, de 6 de noviembre de 2007 (LA LEY 252677, 2007) en la que se precisa que «obvio es que el mero hecho de que los intereses de los padres e hijos menores sean distintos no implica que ineluctablemente sean antagónicos, opuestos o contradictorios, sino que habrá que estarse a las circunstancias concurrentes para afirmar o negar su concurrencia, habiendo precisado el Tribunal Supremo que, la situación de conflicto se identifica con supuestos en los que sea razonable entender que la defensa de los padres de sus propios intereses irá en detrimento de los de sus hijos (SSTS 17-1 y 5-11-2003)».

⁸⁴ HERNÁNDEZ GIL, F. (1961). Sobre la figura del defensor judicial de menores, *op. cit.*, 210-211; en igual sentido, MONTÉS PENADÉS, V.L. (1984). Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil, *op. cit.*, 1094; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. (1930). El defensor judicial, *op. cit.*, 199 quien añade que «de otro modo, la inmensa mayoría de las veces, el padre se vería imposibilitado para ejercer las acciones correspondientes al hijo».

⁸⁵ FLORENSA I TOMÁS, C. E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.*, 63.

⁸⁶ GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. (1930). El defensor judicial, *op. cit.*, 199.

⁸⁷ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada de 13 de octubre de 1993 (AC 1993, 2149); el auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 7 de junio de 2002 (JUR 2002, 259373); la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 7.^a, de 16 de julio de 2002 (LA LEY 133815, 2002); y, el auto de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.^a, de 9 de julio de 2008 (LA LEY 331180/2008).

Por su parte, precisa, la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6.^a, de 15 de abril de 2002 (LA LEY 73256, 2002); y, el auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, sección 4.^a, de 13 de febrero de 2007 (JUR 2007, 254619) que se nombra defensor judicial respecto del conflicto de intereses de los padres con los hijos menores de edad emancipados o no, y los incapacitados, no cuando se plantea con hijos mayores de edad. En este sentido, *vid.*, asimismo, la Resolución de la DGNN de 14 de mayo de 2010 (RJ 2010, 3631).

⁸⁸ HERNÁNDEZ GIL, F. (1961). Sobre la figura del defensor judicial de menores, *op. cit.*, 217-221; MORENO MARTÍNEZ, J.A. (1989). *El defensor judicial*, *op. cit.*, 157-158; CASTÁN TOBEÑAS, J.M.^a (1982). Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil, *op. cit.*, 561. En igual sentido, se pronunció la RDGRN de 19 de septiembre de 1929 (*Jurisprudencia Civil*, en la *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, T. 190, Madrid 1931, número 96, 529) al declarar que, siendo el padre heredero fiduciario de la mitad de la finca adjudicada con prohibición de enajenar, y fideicomisarios los hijos que él pueda tener, no puede estar estos representados por él.

⁸⁹ MONTÉS PENADÉS, V.L. (1984). Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil, *op. cit.*, 1097; FLORENSA I TOMÁS, C. E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.*, 89.

⁹⁰ MONTÉS PENADÉS, V.L. (1984). Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil, *op. cit.*, 1096; FLORENSA I TOMÁS, C. E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.*, 93.

⁹¹ *Vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 8 de mayo de 2000 (LA LEY 94186, 2000); el auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 12.ª, de 16 de julio de 2001 (LA LEY 143957, 2001); el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 4.ª, de 3 de junio de 2002 (LA LEY 105006, 2002); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, sección 2.ª, de 8 de mayo de 2009 (LA LEY 93015, 2009).

Por su parte, el artículo 222-29 del Código Civil catalán señala que: «*Si solo existe un tutor o si el conflicto de intereses también existe con relación a la persona que debería sustituirlo, la autoridad judicial debe nombrar a un defensor judicial*».

⁹² Sin embargo, el artículo 222-29 del Código Civil catalán dispone que: «*En caso de conflicto de intereses con el tutelado, si existen dos tutores o un tutor y un administrador patrimonial, la persona afectada es sustituida por la otra*».

⁹³ MORENO MARTÍNEZ, J.A. (1989). *El defensor judicial*, *op. cit.*, 173.

⁹⁴ *RJ* 1987, 368. *Vid.*, asimismo, en relación con la partición, el auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 5 de marzo de 1998 (AC 1998, 5153); y el auto de la Audiencia Provincial de Albacete, sección 1.ª, de 9 de junio de 2003 (LA LEY 102192, 2003).

⁹⁵ *RJ* 1995, 3238. *Vid.*, asimismo, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de junio de 2011 (*RJ* 2011, 4400); y, de 18 de octubre de 2012 (*RJ* 2012, 9722); y, las resoluciones de la DGRN de 25 de abril de 2001 (*RJ* 2002, 2868); y de 15 de mayo de 2002 (*RJ* 2002, 8572).

⁹⁶ *RJ* 1995, 1329 y *RJ* 2003, 6277.

⁹⁷ *Vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, sección 4.ª, de 19 de julio de 2004 (LA LEY 170522, 2004); y, las sentencias de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, sección 4.ª, de 18 de septiembre de 2008 (*JUR* 2008, 70273), también en un supuesto de aceptación y adjudicación de la herencia causada; y de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 6ª, de 13 de mayo de 2022 (LA LEY 137399, 2022) se ha denegado la pretensión de la demanda de declaración de nulidad de la escritura de aceptación de la herencia otorgada ante notario por la madre de los demandantes. No se ha probado la existencia de un conflicto de intereses entre los litigantes en el momento de la aceptación de la herencia que justificase el nombramiento de un defensor judicial. De todas formas, la autorización judicial es necesaria para repudiar la herencia, no para aceptarla. Además, no se aprecia que, la aceptación haya perjudicado a los menores, actuales demandantes, o que se hayan visto desprotegidos por la decisión de su madre. La aceptación se produjo hace diez años. En fin, el pleito descansa sobre las alegaciones de ellos hijos demandantes y la pasividad procesal que la madre que, no se ha opuesto a la demanda, sin corroboración alguna de la situación económica descrita en la demanda o del perjuicio económico supuestamente generado, ni del conflicto de intereses que no sólo no se ha probado, sino que ni siquiera se ha explicado.

⁹⁸ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 5.ª, de 13 de mayo de 2022 (Roj. SAP C 1270/2022; ECLI:ES:APC:2022:1270).

⁹⁹ *RJ* 1996, 2175.

¹⁰⁰ *RJ* 2017, 1880.

¹⁰¹ *JUR* 2007, 314332.

¹⁰² *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de junio de 2011 (*RJ* 2011, 4400).

¹⁰³ *Vid.*, las resoluciones de la DGRN de 11 de diciembre de 2012 (*RJ* 2013, 716) manifiesta al respecto que «la opción derivada de la Cautela Socini implica conflicto de intereses entre la madre representante y la hija incapacitada a la que representa, ya que no es lo mismo que dicha hija incapacitada reciba unos bienes inmuebles libres de todo gravamen como exige la Ley respecto a la atribución de la legítima, que los reciba en nuda propiedad, aunque se señale una mayor cuantía de los bienes adjudicados a la misma, pues el resultado de la opción ejercitada en representación de la incapacitada es que esta recibe su participación en el inmueble gravada por el usufructo universal a favor de la madre representante,

cuando aplicando las normas de libertad de porción legítima, se hubiera podido plantear también la opción alternativa de recibir los bienes que les correspondieran por legítima en pleno dominio y por tanto, excluidos del usufructo a favor de la representante. Por lo que, producida esta situación de conflictos de intereses, no corresponde a la representante decidir acerca de tal opción, ni cabe entrar, a efectos de inscripción, en el valor dado a los bienes ni en la clase y cuantía de los que se han adjudicado a la legítima, pues, la decisión en estos casos de conflictos de intereses corresponde al defensor judicial, que es el que se encuentra en posición objetiva de imparcialidad con los requisitos del artículo 1060 del Código Civil; y, de 5 de febrero de 2015 (*RJ* 2015, 2313) que dispone que «en el presente caso, la opción compensatoria de legítima establecida en el artículo 820.3 del Código Civil, o Cautela Socini, según es configurada doctrinal y jurisprudencialmente y fue ordenada por la testadora en su testamento, implica la adopción de una decisión por el viudo, que aunque pueda entenderse adecuada para los intervinientes, lo cierto es que supone una elección por parte de la legítima en relación a la posición del viudo respecto de los bienes gravados por la legítima del incapaz. Así considerando, la valoración de inexistencia de conflicto no puede hacerla por sí mismo el representante de la incapaz junto a la hermana, capaz, que no renunció a la herencia, sino que exige, conforme a lo establecido en el artículo 163 del Código Civil, del nombramiento de un defensor, con posterior sometimiento a lo que establezca el juez en su decisión, sobre la necesidad o no de posterior aprobación judicial.

¹⁰⁴ LA LEY 15417, 1996.

¹⁰⁵ LA LEY 120312, 2001.

¹⁰⁶ *JUR* 2000, 193241.

¹⁰⁷ *Vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 6.ª, de 29 de noviembre de 1999 (*AC* 1999, 2460).

¹⁰⁸ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de marzo de 1909; y, las resoluciones de la DGRN de 29 de diciembre de 1922; de 15 de mayo de 2002 (*RJ* 2002, 8572) en las que al ser la madre usufructuaria y los hijos menores nudos propietarios se requiere el nombramiento de un defensor que represente a los menores en el acto particional; y, de 2 de junio de 2010 (*RJ* 2010, 2634).

¹⁰⁹ *Vid.*, las resoluciones de la DGRN, de 14 de marzo de 1991 (*RJ* 1991, 2540); y, de 3 de abril de 1995 (*RJ* 1995, 3238) partición parcial de herencia y adjudicación de bien presuntivamente ganancial en la proporción de una mitad indivisa a la madre-viuda y de la otra mitad a ella y a sus dos hijos en usufructo y propiedad en la misma proporción que les corresponde en la herencia del causante. Existencia de conflicto de intereses por posible disminución de la cuota hereditaria de los hijos, si se llegara a demostrar el carácter privativo del precio pagado por el causante en la adquisición del bien adjudicado. Limitación de la futura partición de los restantes bienes relictos por la adquisición parcial realizada.

¹¹⁰ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de junio de 1997 (*RJ* 1997, 4605); de 7 de noviembre de 2002 (*RJ* 2002, 9484); de 17 de enero de 2003 (*RJ* 2003, 433); de 4 de marzo de 2003 (LA LEY 12132, 2003); de 30 de junio de 2004 (LA LEY 13302, 2004); y, de 9 de julio de 2004 (*RJ* 2004, 5246). Asimismo, el auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.ª, de 29 de enero de 2004 (LA LEY 25299, 2004); la sentencia de la Audiencia Provincial Badajoz, sección 2.ª, de 11 de mayo de 2004 (LA LEY 111153, 2004); el auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 12.ª, de 9 de junio de 2004 (LA LEY 136258, 2004); el auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 3.ª, de 21 de junio de 2004 (LA LEY 146422, 2004); la sentencia de la Audiencia Provincial de Islas Baleares, sección 4.ª, de 7 de noviembre de 2006 (*JUR* 2007, 84812); la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 18 de noviembre de 2008 (LA LEY 252137, 2008); la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 3.ª, de 16 de diciembre de 2008 (LA LEY 282040, 2008); la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante, sección 6.ª, de 19 de enero de 2009 (LA LEY 23899, 2009); la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 28 de abril de 2009 (LA LEY 252954, 2009); el auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.ª, de 2 de octubre de 2009 (LA LEY 259013, 2009); la sentencia de la Audiencia Provincial de Ourense, sección 1.ª, de 9 de mayo de 2022 (LA LEY 158071, 2022); y, la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.ª, de 13 de junio de 2022 (LA LEY 177266, 2022).

¹¹¹ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 13 de julio de 1981 (RJ 1981, 3076).

¹¹² *Vid.*, la resolución de la DGRN de 27 de enero de 1987 (RJ 1987, 368).

¹¹³ *Vid.*, las resoluciones de la DGRN de 27 de enero de 1987 (RJ 1987, 368); de 10 de enero de 1994 (RJ 1994, 234) se adjudican íntegramente todos los bienes que la forman al menor representado por su madre; de 6 de febrero de 1995 (RJ 1995, 1329); de 6 de noviembre de 1998 (RJ 1998, 8490), de 6 de noviembre de 2002 (RJ 2003, 444); y, de 15 de septiembre de 2003 (RJ 2003, 6277).

¹¹⁴ *Vid.*, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 1 de julio de 1981 (RJ 1981, 3037); de 16 de julio de 1999 (RJ 1999, 6353); y, de 23 de octubre de 2003 (RJ 2003, 7407).

¹¹⁵ La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 24 de mayo de 2002 (RJ 2002, 6426) coincidencia es que, se declare la validez y eficacia de las donaciones realizadas por el padre a favor de su hija menor.

¹¹⁶ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de junio de 2012 (RJ 2012, 6700).

¹¹⁷ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 6.ª, de 13 de mayo de 2022 (LA LEY 137399, 2022).

¹¹⁸ *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 8 de noviembre de 2017 (RJ 2017, 4760).

¹¹⁹ *Vid.*, la resolución de la DGRN de 2 de marzo de 2015 (RJ 2015, 6507).

¹²⁰ *Vid.*, la resolución de la DGRN de 16 de marzo de 2016 (RJ 2016, 1350).

¹²¹ *Vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, sección 8.ª, de 16 de mayo de 2002 (JUR 2002, 189058); el auto de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 3.ª, de 8 de julio de 2002 (JUR 2002, 243697); el auto de la Audiencia Provincial de las Islas Baleares, sección 5.ª, de 11 de julio de 2002 (JUR 2002, 244572); el auto de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.ª, de 13 de febrero de 2003 (LA LEY 31194, 2003); el auto de la Audiencia Provincial de Almería, sección 3.ª, de 29 de abril de 2004 (LA LEY 101187, 2004); y, el auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas, sección 4.ª, de 15 de enero de 2007 (JUR 2007, 159424).

¹²² GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª del C. (1991). Comentario al antiguo artículo 299 del Código Civil, *op. cit.*, 855.

¹²³ A favor se muestra, LETE DEL RÍO, J.M. (1985). Comentario al antiguo artículo 299 del Código Civil, *op. cit.*, 475; FLORENSA I TOMÁS, C.E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.*, 125. En contra, CANO TELLO, C. (1984). *La nueva regulación de la tutela e instituciones afines (Un ensayo sobre la Ley 24 de octubre de 1983)*, Madrid: Tecnos, 130; GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª del C. (1991). Comentario al antiguo artículo 299 del Código Civil, *op. cit.*, 855.

¹²⁴ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H. (2021). Comentario al artículo 235 del Código Civil, *op. cit.*, 448.

¹²⁵ En esta línea, BLANDINO GARRIDO, M.ª A. (2022). El defensor judicial de la persona con discapacidad, *op. cit.*, 407.

¹²⁶ ÁLVAREZ MORENO, M.ª T. (2021). Comentario al artículo 248 del Código Civil, En: C. Guilarte Martín Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por el que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Navarra: Aranzadi, 468.

¹²⁷ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5.ª, de 2 de marzo de 2022 (JUR 2022, 262132).

¹²⁸ La sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña, sección 4.ª, de 15 de septiembre de 2010 (LA LEY 159107, 2010).

¹²⁹ RJ 2017, 5860.

¹³⁰ RJ 2019, 4740.

¹³¹ *Vid.*, conforme la anterior regulación, el auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, sección 1.ª, de 2 de junio de 1998 (AC 1998, 8005) obligación del juzgador de dar trámite a la excusa al tener lugar manifestaciones efectuadas de naturaleza similar a las de las excusas del antiguo artículo 251.1 del Código Civil —en sede de tutela—.

¹³² GETE-ALONSO Y CALERA, M.ª DEL C. (1991). Comentario al artículo 301 del Código Civil, *op. cit.*, 859; COUTO GÁLVEZ, R.M.ª (2000). El defensor judicial, *op. cit.*, 2070-2071.

¹³³ En el mismo sentido, *vid.*, el artículo 224-5.1 del Código Civil catalán; y artículo 141.1 de la Ley 13/2006, de Derecho de la persona de Aragón.

¹³⁴ Señala LETE DEL RÍO, J.M. (1985). Comentario al antiguo artículo 302 del Código Civil, *op. cit.*, 483, que, no obstante, la autoridad judicial puede señalar un plazo prudencial, atendidas las circunstancias del caso.

¹³⁵ MORENO MARTÍNEZ, J.A. (1989). *El defensor judicial*, *op. cit.*, 295-296; COUTO GÁLVEZ, R. M.^a (2000). El defensor judicial, *op. cit.*, 2071. Para JIMÉNEZ ASENJO, E. (1954). *voz* «Defensor judicial», *op. cit.*, 349, sí que debe prestar fianza.

¹³⁶ GETE-ALONSO Y CALERA, M^a DEL C. (1991). Comentario al antiguo artículo 302 del Código Civil, *op. cit.*, 860, exige que la retribución del defensor la motive el juez en el auto de nombramiento.

¹³⁷ ALBALADEJO GARCÍA, M. (2006). *Curso de Derecho Civil*, *op. cit.*, 328.

¹³⁸ MARTÍN AZCANO, E.M.^a (2021). El defensor judicial de la persona con discapacidad, *op. cit.*, 282.

¹³⁹ PALACIOS GONZÁLEZ, D. (2021). Guarda de hecho, curatela o defensor judicial: buscando el mejor apoyo para las personas con discapacidad psíquica, *op. cit.*, 418-419.

¹⁴⁰ El artículo 74 de la LRC relativa a la inscripción de determinadas representaciones legales dispone al respecto que: «1. Tienen acceso al registro individual la representación del ausente y la designación de defensor judicial en el caso previsto en el artículo 299 bis del Código Civil». Aunque este precepto de la LRC de 2011 reformado por la Ley 15/2015 sigue aludiendo al artículo 299 bis del Código Civil; con la reforma a la Ley 8/2021 este último precepto ha sido derogado en la disposición derogatoria única de esta Ley.

¹⁴¹ En esta línea, BLANDINO GARRIDO, M.^a A. (2022). El defensor judicial de la persona con discapacidad, *op. cit.*, 422. Si bien, va más lejos y califica la referencia a «la autoridad judicial» de los artículos 295 y 278 del Código Civil como incompatibles con el tener de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

¹⁴² MORENO MARTÍNEZ, J.A. (2018). Problemática actual del defensor judicial: hacia una nueva concepción de la institución, *Revista de Derecho Privado*, número 5, septiembre-octubre, 68, considera acertada la intervención del juez, pues, es él quien mejor conoce las circunstancias concretas del caso y, lo que es mejor para el menor o la persona con discapacidad.

¹⁴³ En esta línea, MORENO MARTÍNEZ, J.A. (2018). Problemática actual del defensor judicial: hacia una nueva concepción de la institución, *op. cit.*, 55, nota 21 con cita de la sentencia, Sala de lo Civil, de 8 de noviembre de 2017 —RJ 2017, 4760— entiende como razonable el nombramiento de defensor judicial «en caso de ausencia de personas próximas a las que acudir (...), siendo lo razonable acudir a una institución dedicada a promover la protección y defensa de personas con discapacidad».

Asimismo, *vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Bilbao), sección 4.^a, de 18 de febrero de 2022 (Roj. SAP BI 391/2022; ECLI:ES:APBI:2022:391) se nombra defensor judicial a la Diputación Foral; y, de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 24.^a, de 15 de marzo de 2022 (LA LEY 131268, 2022) se nombra defensor judicial a la Fundación Matinal.

¹⁴⁴ En este sentido, BLANDINO GARRIDO, M.^a A. (2022). El defensor judicial de la persona con discapacidad, *op. cit.*, 420.

¹⁴⁵ En esta línea, MARTÍN AZCANO, E.M.^a (2021). El defensor judicial de la persona con discapacidad, *op. cit.*, 303.

¹⁴⁶ Se muestra crítica con la redacción del artículo 295 del Código Civil, MARTÍN AZCANO, E.M.^a (2021). El defensor judicial de la persona con discapacidad, *op. cit.*, 288-289 pues, considera que tenía mejor redacción el antiguo artículo 299.2 del Código Civil al incluir los supuestos de abandono voluntario del cargo o negligencia, mientras que el precepto actual se refiere exclusivamente a los casos de imposibilidad.

Por su parte, GARCÍA GOLDAR, M. (2022). Comentario al artículo 295 del Código Civil, *op. cit.*, 468 indica que la expresión «cualquier causa» hace referencia a dos supuestos: «primero, que la persona que presta los apoyos no puede momentáneamente ejercerlos por alguna imposibilidad temporal, en cuyo caso se nombrará un defensor que le sustituya en el acto concreto que se trate hasta que la causa determinante haya desaparecido; y, segundo, que la persona que presta los apoyos no pueda desempeñar sus funciones por una causa

que se prevea como duradera o definitiva en cuyo caso procederá el nombramiento de defensor judicial hasta que se nombre a otra persona».

¹⁴⁷ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1.ª, de 17 de marzo de 2022 (LA LEY 171406, 2022).

¹⁴⁸ En esta línea, TORAL LARA, E. (2022) El defensor judicial de las personas con discapacidad, *op. cit.*, 310.

¹⁴⁹ En esta línea, BLANDINO GARRIDO, M.ª A. (2022). El defensor judicial de la persona con discapacidad, *op. cit.*, 410.

¹⁵⁰ *Vid.*, el auto de la Audiencia Provincial de Badajoz, sección 3.ª, de 25 de mayo de 2006 (LA LEY 70796, 2006); y el auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara, sección 1.ª, de 22 de junio de 2006 (*JUR* 2006, 225845).

¹⁵¹ *Vid.*, la resolución de la DGRN de 2 de marzo de 2015 (*RJ* 2015, 6507).

¹⁵² *Vid.*, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 5 de junio de 2012 (Roj. STS 3800/2012; ECLI:ES:TS:2012:3800).

¹⁵³ FLORENSA I TOMÀS, C. E. (1990). *El defensor judicial*, *op. cit.*, 74-78; ÁLVAREZ LATA, N. (2006). Comentario al antiguo artículo 299 del Código Civil, *op. cit.*, 474; MONTÉS PENADÉS, V.L. (1984). Comentario al antiguo artículo 163 del Código Civil, *op. cit.*, 1094 para quien no debe confundirse la actualidad del conflicto con la del perjuicio, pues, esta última no se exige; SERRANO GIL, A. (2009). El defensor judicial, *op. cit.*, 173; HERNÁNDEZ GIL, F. (1961). Sobre la figura del defensor judicial de menores, *Revista de Derecho Privado*, marzo, 211 quien, asimismo, precisa que «debe excluirse el conflicto futuro, aunque sea previsible, más no es también necesario que sean actuales las consecuencias efectivamente dañosas derivadas de la relación jurídica en oposición; en definitiva, no se deben confundir la actualidad del perjuicio con la actualidad de la oposición de intereses».

¹⁵⁴ *Vid.*, sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, 20 de diciembre de 2004 (Roj. SAP VI 853/2004; ECLI:ES:APVI:2004:853).

¹⁵⁵ Puede alcanzar al ámbito sucesorio: en relación con la partición de la herencia (resoluciones de la DGRN de 6 de noviembre de 2002 (*RJ* 2003, 444); y, de 19 de abril de 2017 (*RJ* 2017, 1880); en los casos de herencia yacente, cuando el llamamiento a los herederos desconocidos sea puramente genérico y no haya ningún interesado en la herencia que se haya personado en el procedimiento. En todo caso, se admite el emplazamiento de la herencia yacente a través de un posible interesado, aunque no se haya acreditado si condición de heredero ni por supuesto su aceptación (resoluciones de la DGRN núm. 13000/2017, de 18 de octubre (*RJ* 2017, 5860); núm. 88/2019, de 12 de diciembre de 2018 (*RJ* 2018, 5622); de 15 de octubre de 2019 (*RJ* 2019, 4740); de 4 de noviembre de 2019 (*RJ* 2019, 4765); y Resoluciones de la DGSJFP de 31 de mayo de 2022 (*JUR* 2022, 219116); y, de 19 de julio de 2022 (*JUR* 2022, 267926).

Por su parte, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5.ª, de 11 de octubre de 2019 (*AC* 2020, 55) dispone que, la sola concurrencia de ambas personas (tutora de la hermana y la hermana (tutelada) no determina por sí sola la existencia de un conflicto de intereses.

Y, en fin, en la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, 472/2021, de 30 de junio (*RJ* 2021, 3065) estima el recurso extraordinario por infracción procesal al no haberse suspendido el proceso en el que una de las personas demandadas, en concreto, D.ª Azuzena estaba incurso en un proceso de modificación de su capacidad y posteriormente, se dictó sentencia en la que se limitó su capacidad, y se nombró curadora a su madre D.ª Esther, con la que presentaba un conflicto de intereses en el litigio, sin que se comunicara al Ministerio Fiscal, ni le fuera nombrado defensor judicial; lo que era incluso necesario una vez que se dictó la sentencia en la que se modificó la capacidad de dicha codemandada, por existir conflicto de intereses entre D.ª Azuzena y su curadora. Ambas eran codeemandadas (D.ª Azuzena como heredera del administrador que lo fue en un determinado periodo de tiempo y D.ª Esther como administradora que lo fue en un periodo posterior). Con ello se vulneró el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del artículo 24 de la Constitución, causando indefensión a la codemandada D.ª Azuzena puesto que no compareció en el proceso y no pudo realizar alegaciones y proponer prueba en defensa de sus derechos e intereses.

¹⁵⁶ *RJ* 2012, 9722.

¹⁵⁷ ROJ STS 555/2022; ECLI:ES:TS:2022:555.

¹⁵⁸ *JUR* 2022, 267919.

¹⁵⁹ MARTÍN AZCANO, E.M.^a, El defensor judicial de la persona con discapacidad, *op. cit.*, 290. En esta línea, GARCÍA GOLDAR, M. (2022). Comentario al artículo 295 del Código Civil, *op. cit.*, 467 que, asimismo, señala que «el conflicto de intereses ha de surgir necesariamente de manera posterior al nombramiento».

¹⁶⁰ DE SALAS MURILLO, S. (2020). ¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 780, 2227-2229; ÁLVAREZ LATA, N. (2021). Comentario al artículo 295 del Código Civil. En: C. Guilarte Martín-Calero (dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 837.

¹⁶¹ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5.^a, de 2 de marzo de 2022 (*JUR* 2022, 262132).

¹⁶² *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, sección 22.^a, de 25 de marzo de 2022 (LA LEY 91705, 2022).

¹⁶³ ÁLVAREZ LATA, N. (2021). Comentario al artículo 295 del Código Civil, *op. cit.*, 537.

¹⁶⁴ MARTÍN AZCANO, E.M.^a (2021). El defensor judicial de la persona con discapacidad, *op. cit.*, 295.

¹⁶⁵ Para RIBOT IGUALADA, J. (2019). La nueva curatela: diferencias con el sistema anterior y perspectivas de funcionamiento. En: S. De Salas Murillo y M.^a V. Mayor del Hoyo (dirs.), *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Valencia: Tirant lo Blanch, 230, cuando la necesidad de apoyo sea continúa o permanente, se procederá al nombramiento de la curatela, mientras que cuando se lleven a cabo actos puntuales, aunque, tal necesidad sea regular, bastará el nombramiento de defensor judicial. A lo que añade que será suficiente «con una necesidad de apoyo continuo, de cualquier género o intensidad, que no permita limitar la provisión de apoyos a un acto o tipo de actos que se prevea ocasional, para dar pie al nombramiento de un curador».

¹⁶⁶ La exposición de motivos de este Decreto Ley 19/2021 dispone que: «(...) mientras el proceso de adaptación del Código Civil de Cataluña a la Convención de Nueva York no culmine con la aprobación, por parte del Parlamento de Cataluña, de los textos legales que implanten un nuevo régimen y la caracterización de las instituciones de apoyo a las personas con discapacidad, urge establecer un régimen transitorio que dé respuesta a las necesidades surgidas una vez abolida la modificación judicial de la capacidad y estructurada la respuesta procedimental al derecho de las personas al apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica. De lo contrario, los titulares de los derechos que resultan de la Convención de Nueva York deberían esperar hasta la conclusión del proceso de reforma, aunque la legislación estatal ya ha removido el principal obstáculo que se oponía a la implantación efectiva de la convención. Además, en la práctica, se podría plantear la duda de qué medida solicitar para la persona que necesita apoyo en los nuevos procedimientos de provisión de medidas de apoyo que se emprendan en Cataluña, una vez que se ha hecho inviable seguir aplicando la tutela, la curatela o la potestad prorrogada o rehabilitada.

Así pues, a partir de la entrada en vigor de la reforma de la legislación procesal operada por la Ley 8/2021, de 2 de junio, hay que establecer urgentemente un régimen legal adaptado a las premisas de la Convención de Nueva York y que sirva para dar respuesta a los nuevos procedimientos de provisión de apoyos que se emprendan a partir de ahora en Cataluña. El mismo régimen servirá también de referencia para revisar las medidas aplicadas a las personas que en la actualidad se encuentran sujetas a alguna de las instituciones tutelares reguladas por la legislación civil catalana.

Si no se aprueba de manera inmediata una modificación legislativa, la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, generaría un vacío legal en Cataluña, porque suprime el procedimiento judicial de modificación de la capacidad. Cataluña dispone de una regulación civil propia en la materia, constitucionalmente protegida y actualmente vigente. Esta Ley estatal, con respecto a su contenido no procesal, de derecho civil sustantivo, no es de aplicación directa, ni tampoco de aplicación supletoria en Cataluña, de acuerdo con los

artículos 111.2 y 111.5 del Código Civil de Cataluña. La regulación civil catalana se vería fuertemente afectada por la entrada en vigor de la Ley 8/2021, de 2 de junio, si no se regulan los apoyos que se acomodan a la nueva concepción de la capacidad, vista la gran relevancia de las modificaciones de carácter procesal que esta norma contiene. En este sentido, la laguna legal podría comportar indefensión para las personas en situación de discapacidad mayores de edad que necesiten apoyos para ejercer la capacidad jurídica, a la vez que podría dar pie a varias interpretaciones jurídicas por parte de los distintos operadores jurídicos, lo que produciría situaciones excesivamente diferentes e incluso contradictorias y, en definitiva, incertidumbre y falta de seguridad jurídica. Por ello, la Generalidad de Cataluña, competente en derecho civil, tiene que llenar este vacío legal, hasta que no esté concluida la regulación definitiva.

Los diversos instrumentos legislativos de urgencia o de tramitación rápida, como las tramitaciones urgentes o la tramitación por lectura única, no permiten que la modificación legal pueda estar aprobada y entrar en vigor antes del día 3 de septiembre. El único instrumento normativo que permite la celeridad requerida para cubrir el vacío normativo que podría producirse es el decreto ley, que es el que se adopta para establecer el régimen de los apoyos a la capacidad de las personas.

El nuevo régimen que establece este decreto ley se fundamenta en la modificación de la actual institución de la asistencia, que a partir de ahora reemplazará en Cataluña las tutelas y curatelas, las potestades parentales prorrogadas y rehabilitadas y otros regímenes tutelares. La regulación vigente de la asistencia tenía que ser modificada ya que, a pesar de que parte de premisas coherentes con la Convención de Nueva York, su contenido es incompleto y no permite ofrecer a la ciudadanía un instrumento de apoyo flexible y que abarque la diversidad de situaciones en las que una persona con discapacidad puede requerir un apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica. La reforma introducida por este decreto-ley permite aplicarla con todo el abanico de facultades que la persona concernida pueda necesitar e incorpora como novedad que se puede designar a la persona que tiene que prestar la asistencia tanto por la vía judicial, como hasta ahora, como mediante el otorgamiento de una escritura pública notarial. Esta segunda vía permite avanzar hacia la efectiva desjudicialización de la vida de las personas con discapacidad y de sus familias, y descongestionar la actividad de los juzgados, sin perjuicio de las funciones de control y supervisión que en todo caso corresponden a la fiscalía y a la autoridad judicial.

A partir de la entrada en vigor de este Decreto Ley, por lo tanto, la tutela, la curatela y la potestad parental prorrogada o rehabilitada ya no se pueden constituir en relación a las personas mayores de edad. Se les aplicará, si procede, el régimen de la asistencia. Además, mientras no se produzca la futura reforma del conjunto de instituciones de protección de la persona, la tutela y la curatela se aplicarán solo a las personas menores de edad, sin perjuicio de que el régimen legal del cargo de la tutela resulte aplicable supletoriamente a la asistencia en todo aquello que no se oponga al régimen propio de esta.

Por coherencia con los cambios regulados en este Decreto Ley, el Registro de nombramientos tutelares no testamentarios y de poderes otorgados en previsión de incapacidad pasa a denominarse Registro de nombramientos no testamentarios de apoyos a la capacidad jurídica».

¹⁶⁷ *Vid.*, las sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, sección 18.ª, de 10 de febrero; de 4 de mayo y de 1 de junio de 2022 (Roj. SAP B 1067/2022; ECLI: ES:APB:2022:1067; y, LA LEY 129075, 2022; *JUR* 2022, 258183).

¹⁶⁸ Para BLANDINO GARRIDO, M.ª A. (2022). El defensor judicial de la persona con discapacidad, *op. cit.*, 409 entiende que hay problemas de concordancia entre el artículo 250 párrafo sexto y el artículo 295, pues, aquel solo remite a una sola causa, la de apoyo para nombrar defensor judicial, por lo que resulta incompleto.

¹⁶⁹ PALACIOS GONZÁLEZ, D. (2021). Guarda de hecho, curatela o defensor judicial: buscando el mejor apoyo para las personas con discapacidad psíquica, *op. cit.*, 430.

¹⁷⁰ LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ, I. (2021). *Reforma civil y procesal para el apoyo a personas con discapacidad*, Madrid: Francis Lefebvre (El Derecho), 104.

¹⁷¹ *Vid.*, la sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 5.ª, de 31 de marzo de 2022 (Roj. SAP GR 602/2022; ECLI:ES:APGR:2022:602).

¹⁷² No obstante, para TORAL LARA, E. (2022). El defensor judicial de las personas con discapacidad, *op. cit.*, 329 «el carácter provisional de la figurar en este concreto supuesto de actuación puede hacer recomendable la limitación de sus facultades a lo estrictamente necesario, mientras se tramita el procedimiento de designación de la nueva figura de apoyo o se reincorpora la medida de apoyo principal original».

¹⁷³ Al respecto, la resolución de la DGRN de 13 de junio de 2016 (RJ 2016, 4988) permite el nombramiento de un defensor judicial para representar al tutelado en todas las juntas que celebre una sociedad tanto ordinarias como extraordinarias, sin que sea necesario el nombramiento específico del defensor judicial para cada una de ellas (acto concreto y aislado sino para una situación concreta de conflicto).

¹⁷⁴ Para GARCÍA GOLDAR, M. (2022). Comentario al artículo 298 del Código Civil, *Op. cit.*, 475 corresponde a la autoridad judicial fijar el precio mínimo previo recibimiento a prueba del correspondiente informe pericial.

¹⁷⁵ En esta línea, TORAL LARA, E. (2022). El defensor judicial de las personas con discapacidad, *op. cit.*, 332.

¹⁷⁶ En esta línea, GARCÍA RUBIO, M.ª P. (2021). La responsabilidad civil de las personas con discapacidad y de quienes les presten el apoyo en el anteproyecto de la ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo de las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. En: J. Átz López y J.A. Cobacho Gómez (dirs.), *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en Homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi, 998-999.

¹⁷⁷ Sin embargo, para TORAL LARA, E. (2022). El defensor judicial de las personas con discapacidad, *op. cit.*, 335 «el defensor judicial responderá por los daños que la persona con discapacidad cause a terceros con base en lo establecido en el artículo 1902 del Código Civil, responsabilidad que será solidaria con la de la propia persona con discapacidad por lo establecido en el artículo 299 del Código Civil».

¹⁷⁸ En esta línea, BLANDINO GARRIDO, M.ª A. (2022). El defensor judicial de la persona con discapacidad, *op. cit.*, 428-429.

¹⁷⁹ El artículo 42 bis a) apartado 3 de la LJV señala que: «Podrá promover este expediente el Ministerio Fiscal, la propia persona con discapacidad, su cónyuge no separado de hecho o legalmente o quien se encuentre en una situación de hecho asimilable y sus descendientes, ascendientes o hermanos. Cualquier persona está facultada para poner en conocimiento del Ministerio Fiscal los hechos que puedan ser determinantes de una situación que requiera la adopción judicial de medidas de apoyo. Las autoridades y funcionarios públicos que, por razón de sus cargos, conocieran la existencia de dichos hechos respecto de cualquier persona, deberán ponerlo en conocimiento del Ministerio Fiscal. En ambos casos, este iniciará el presente expediente».

¹⁸⁰ Establecen los Autos de la Audiencia Provincial de Valladolid, sección 1.ª, de 20 y 31 de enero de 2022 (Roj. AAP VA 108/2022; ECLI:ES:APVA:2022:108A; y, Roj. AAP VA 50/2022; ECLI:ES:APVA:2022:50A) manifiestan que: «en el artículo 42bis c) de la LJV no prevé que a la solicitud debe acompañar documento alguno, por más que después el juez, incoado el expediente pueda recabar dictamen pericial cuando así lo considere necesario, dictamen que por razones obvias, será en la mayor parte de los casos de carácter sanitario y/o social».

¹⁸¹ El artículo 42 bis b) apartado 2 establece que: «La autoridad judicial antes de la comparecencia podrá recabar informe de la entidad pública que, en el respectivo territorio, tenga encomendada la función de promoción de la autonomía y asistencia a las personas con discapacidad, o de una entidad del tercer sector de acción social debidamente habilitada como colaboradora de la Administración de Justicia. La entidad informará sobre las eventuales alternativas de apoyo y sobre las posibilidades de prestarlo sin requerir la adopción de medida alguna por la autoridad judicial».