

RESUMEN

ENRIQUECIMIENTO INJUSTO.
INEXISTENCIA

No se produce un enriquecimiento injusto cuando el desplazamiento patrimonial sin causa se produce con plena voluntad del que lo hace y sin aceptación, ni siquiera conocimiento, del que se beneficia. Para que se produzca el enriquecimiento sin causa deben darse siempre tres requisitos: el enriquecimiento de una persona, como incremento o sin disminución patrimonial; el correlativo empobrecimiento de la otra parte, como pérdida o perjuicio patrimonial; y sobre todo la inexistencia de causa que justifique la atribución patrimonial del enriquecido, supuesto que no se da cuando media una relación jurídica que la fundamente de ahí el carácter subsidiario de la acción de enriquecimiento.

ABSTRACT

UNJUST ENRICHMENT
NON-EXISTENCE

There is no unjust enrichment when the groundless change in ownership occurs with the full desire of the person losing ownership and without the acceptance or even the knowledge of the recipient. In order for unjust enrichment to take place, three requirements must always be met: the enrichment of one person through an increase of or without any reduction of ownership; the correlative impoverishment of the other party through a loss of or damage to ownership; and above all the non-existence of any cause to justify the change of ownership to the enriched party. This latter is not the case when there is a legal relationship providing grounds for the change of ownership; thus, the action of enrichment is of a subsidiary nature.

1.2. Familia

EL DEFENSOR JUDICIAL: SUPUESTOS CONCRETOS DE ACTUACIÓN

por

ANA ISABEL BERROCAL LANZAROT
*Profesora Contratada Doctora
Derecho Civil UCM*

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.—II. CONCEPTO, CARACTERES, NOMBRAMIENTO Y CONTENIDO DEL CARGO DE DEFENSOR JUDICIAL.—III. SUPUESTOS CONCRETOS DE ACTUACIÓN: 1. CONFLICTOS DE INTERESES: CONCEPTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN. 2. NO DESEMPEÑO DE LAS FUNCIONES TUTELARES. 3. OTROS SUPUESTOS.—IV. BIBLIOGRAFÍA.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

Con la Ley 13/1983, de 24 de octubre, se modifica profundamente la redacción originaria del Código Civil en materia de tutela. Los principios sobre los

que se sustenta la reforma son: 1) Las causas de incapacitación no son objeto de enumeración taxativa, sino que, genéricamente se identifican con «las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impidan a la persona gobernarse por sí misma» (art. 200 del CC); 2) Se asume un sistema de pluralidad de guarda legal, que junto a la tutela y la figura del defensor judicial, se introduce un nuevo órgano tuitivo de la persona: la curatela; 3) Se abandona el modelo de tutela de familia (tutor, protutor y Consejo de Familia) y se instaura un sistema de tutela judicial o de autoridad que conlleva poner las instituciones tutelares bajo la salvaguarda de la autoridad judicial que, entre otras cosas, las constituye y controla; 4) Se permite incapacitar a los menores de edad, cuando se prevea razonablemente que la causa de incapacitación persistirá después de la mayoría de edad (art. 201 del CC). En tal caso, una vez llegada la mayoría de edad por el incapacitado, tiene lugar la patria potestad prorrogada, y cuando ella resulte imposible, la tutela (art. 171 del CC).

De forma que, en la nueva configuración de las instituciones de guarda legal el Código Civil regula con carácter independiente la tutela —Capítulo III—; la curatela —Capítulo IV—; el defensor judicial —Capítulo IV—; y también contempla la guarda de hecho en el Capítulo V. Mas con carácter previo, en el ámbito del Capítulo I del Título X y bajo epígrafe «Disposiciones generales», se agrupa un conjunto de preceptos que integran el régimen genérico de las instituciones tutelares —arts. 216 a 221—. En virtud de lo dispuesto en tales normas, el régimen jurídico de las instituciones tutelares está integrado por las siguientes reglas: 1) Las funciones tutelares constituyen un deber, que han de ser ejercitadas en beneficio del tutelado y están bajo la salvaguarda de la autoridad judicial —art. 216 del CC—; 2) Por su naturaleza de potestad familiar, sólo se admite la excusa de los cargos tutelares en los supuestos legalmente previstos —art. 217 del CC—; 3) La autoridad judicial debe remitir sin dilación al Encargado del Registro, las resoluciones judiciales sobre los cargos tutelares y de curatela que habrán de inscribirse en el Registro Civil (arts. 218 y 219 del CC); 4) Se reconoce el derecho a ser indemnizado con cargo a los bienes del tutelado, cuando la persona que en el ejercicio de la función tutelar sufra daños y perjuicios sin culpa por su parte (art. 220 del CC); 5) A quien desempeñe un cargo tutelar el artículo 221 del Código Civil se le prohíbe: *a)* Representar al tutelado en los actos en que intervenga en nombre propio o de un tercero y existiera conflicto de intereses; *b)* Recibir liberalidades del tutelado o de sus causahabientes hasta que no se apruebe definitivamente su gestión; y *c)* Adquirir por título oneroso bienes del tutelado o transmitirle por su parte bienes por igual título (1).

Con posterioridad a la reforma de 1983, y sin perjuicio de otras modificaciones derivadas principalmente de la regulación de la tutela administrativa y de la derogación expresa del apartado 3 del artículo 163 del Código Civil en sede de patria potestad —en relación con la figura del defensor judicial— por Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el régimen jurídico del Código Civil relativo a las instituciones tutelares resul-

(1) PUIG FERRIOL, L., «Comentario al artículo 299 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 759, considera estos primeros preceptos como disposiciones genéricas aplicables a los distintos órganos de guarda y protección de los menores e incapaces.

ta ampliado con la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de «protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la normativa tributaria con esta finalidad» al regular de forma novedosa la figura de la autotutela, esto es, «la posibilidad que tiene una persona capaz de obrar de adoptar las disposiciones que estime convenientes en previsión de su propia futura incapacitación; lo que puede ser especialmente importante en el caso de enfermedades degenerativas» (arts. 223.2 y 234.1.º del CC).

En este contexto, el presente estudio se va a centrar sólo en una de las instituciones de guarda como es el defensor judicial, y más en concreto, en los diversos supuestos de actuación del cargo, ante la existencia de un conflicto de intereses entre los menores e incapacitados y sus representantes legales o curador; o cuando por cualquier causa, el tutor o curador no desempeñare adecuadamente sus funciones, hasta que cese la causa determinante, o se designe otra persona para desempeñar el cargo, tal como se regula en el Código Civil —arts. 163 y 299 a 302—, sin perjuicio de hacer una puntual referencia a cómo se sustancia en otros ordenamientos autonómicos. Ahora bien, la escasa regulación del Código Civil 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 de 1983 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 sólo tenía lugar en el ámbito de las relaciones paterno-filiales a la que dedicaba un solo precepto (el antiguo art. 165) (2), 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 (art. 163); que, posteriormente, se amplía con la citada refor-

(2) El 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 éstos 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 éste, 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 JERÓNIMO GONZÁLEZ, «El defensor judicial», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año VI, núm. 63, marzo de 1930, pág. 196, que la razón por la que aparece la figura del defensor judicial en la redacción originaria del artículo 165 del 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 aquéllos un defensor judicial que los representase en juicio o fuera de él.

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

ma de 1983, también al ámbito de las relaciones tutelares (3), regulándose, de esta forma, por primera vez unitariamente el cargo, acabándose con las dudas que, existían anteriormente ante la ausencia de una normativa específica.

Si bien, aunque nos vamos a centrar únicamente en definir los supuestos de actuación del defensor judicial, nos parece oportuno dedicar un apartado a delimitar con carácter general los criterios que conforman y definen la figura del defensor judicial, y determinan su existencia.

II. CONCEPTO, CARACTERES, NOMBRAMIENTO Y CONTENIDO DEL CARGO DE 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» (4). 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» (5).

No faltan, por otra parte, quienes yendo más atrás, hacen 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*

(3) 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, núm. 108, Madrid, 1896, pág. 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.

(4) En este sentido, FLORENSA I TOMÀS, C. E., «El defensor judicial», en *Cuadernos Civitas*, Madrid, 1999, pág. 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».

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

litem (6). Como señala COUTO GÁLVEZ, el criterio que sigue el Proyecto de 1836 sobre esta materia, es idéntico al trabajo de CAMBRONERO (7).

No obstante, tales posiciones, de forma mayoritaria, la doctrina parece decantarse por considerar como antecedente remoto del actual defensor judicial, la regulación del curador *ad litem* contenida en los artículos 1057 y 1852 a 1860 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (8); y anteriormente en las Leyes de las Partidas (P. 6, 16, 13) (9), que lo tomaron, a su vez, del Derecho romano (10).

(6) MONTÉS PENADÉS, V. L., «Comentario al artículo 163 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de Derecho de Familia*, vol. II, AA.VV., Tecnos, Madrid, 1984, pág. 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».

(7) Precisa COUTO GÁLVEZ, R. M.^a, «Comentario al artículo 299 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, T. II, vol. 2.º, coordinador: Joaquín RAMS ALBESA y Rosa María MORENO FLÓREZ, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 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).

(8) La Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 respetó el esquema básico de las Leyes de las Partidas para el curador para pleitos en los artículos 1253 a 1260.

De interés resulta el artículo 1853 al establecer que: «*En el caso de que los padres del menor sujeto a patria potestad, o sus tutores o curadores no puedan representarlos en juicio con arreglo a las leyes, se procederá a nombrarles un curador para pleitos*»; y añade: «*lo mismo se hará si el menor o incapacitado no tuviera nombrado tutor o curador*».

(9) HERNÁNDEZ GIL, F., «Sobre la figura del defensor judicial de menores», en *Revista de Derecho Privado*, marzo de 1961, págs. 202-203, quien, después de afirmar que «carece esta institución de antecedentes directos en nuestro Derecho», señala que: «el curador *ad litem* o para pleitos es la figura que guarda más analogía con el defensor judicial de menores», para, a continuación, llevar a cabo un estudio de semejanzas y diferencias entre el defensor judicial del artículo 165 del Código Civil, y el curador para pleitos o *ad litem*, concluyendo que «las diferencias son puramente accesorias, no fundamentales»; MANRESA y NAVARRO, J. M.^a, «Comentario al artículo 165 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil español*, T. II, 7.ª ed., revisada por Francisco BONET RAMÓN, Reus, Madrid, 1957, págs. 74-75; CASTÁN TOBEÑAS, J. M.^a, «Comentario al artículo 163 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, RODRIGO BERCOVITZ, LUIS DIEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN y Pablo SALVADOR CORDECH, T. I, 2.ª ed., Centro de Publicaciones, Madrid, 1993, pág. 560; COUTO GÁLVEZ, R. M.^a, «Comentario al artículo 299 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 2061. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 17 de mayo de 2004 (La Ley 1393/2004), señala como precedente defensor judicial, el curador *ad hoc*; la Resolución de la DGRN, de 27 de junio de 1924, que declara que el defensor judicial es un representante especial de los hijos no emancipados y «se halla dotado de facultades en el orden judicial y extrajudicial que ya el aproximan al antiguo curador *ad litem* por su actuación procesal, ya parecen más propias de un tutor *ad hoc*, atendida la supresión del cargo de curador en nuestra legislación, ya se caracterizan como funciones administrativas independientes o de fiscalización, a modo de protutor...»; el Auto de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.ª, de 23 de noviembre de 2005 (*JUR* 2006/57804); y el Auto de la Audiencia Provincial de Jaén, Sección 3.ª, de 22 de abril de 2008 (La Ley 95137/2008); MORENO MARTÍNEZ, J. A., *El defensor judicial*, Montecorvo, Madrid, 1989, págs. 52-54.

Aunque se muestran algo reticentes a la hora de afirmar de forma taxativa que el curador para pleitos o *ad litem* sea el antecedente directo del defensor judicial contemplado en el artículo 165 del Código Civil; no dejan de resaltar, sin embargo, las analogías que pueden existir entre ambas figuras. Así, VALVERDE VALVERDE, C., *Tratado de Derecho Civil español*, T. IV, Valladolid, 1938, pág. 478.

(10) Dentro de las figuras de la curatela, en Roma existía el denominado curador *ad litem* o «curador que puede ser dado para cierta causa» (Ley 8, Título VI, Libro XLVI del Digesto).

Junto al curador *ad litem*, merece ser mencionada, en cuanto posible antecedente de alguno de los caracteres del defensor judicial, la figura del «padre de menores», a la que se refiere MORENO QUESADA en un conocido trabajo, sirviéndose de una valiosa investigación paleográfica realizada por la profesora MORENO TRUJILLO. Este antecedente lo extrae el autor del Protocolo notarial de Santa Fe, en la provincia granadina, correspondiente a la mitad del siglo XVI, en el que se encuentran algunas escrituras en las que se alude a un cargo con tal denominación, con competencia para todo el territorio de Santa Fe. Como precisa el autor, no consta quien les nombraba, pero sí algunas de sus funciones, para ello, expone el caso de una viuda que, al tiempo que pide se le cite para hacer una partición hereditaria en la que concurrían ella y sus hijos menores, solicita la intervención del padre de menores en defensa de sus hijos (11).

Finalmente, para JIMÉNEZ ASENJO: «lo más probable de las opiniones que se han emitido sobre los orígenes del defensor judicial es aquella que la cree como una institución *sui generis*, creada pura y simplemente por efecto de las circunstancias que los confeccionadores del Código tuvieron en cuenta al diseñar el nuevo cuadro de las instituciones tutelares que la articulaban» (12).

De todas formas, una parecida regulación del artículo 159 del Proyecto de 1851, se encontraba en el Proyecto de Ley del Libro Primero del Código Civil de 1869 en sus artículos 198 y 335. En cambio, en el Anteproyecto del Código Civil de los Libros I y II de 1882, se hablaba de defensor y no de procurador. El artículo 132 establecía, al respecto, que cuando en algún asunto el padre tenga un interés opuesto al de sus hijos no emancipados, se nombrara a éstos un defensor que los represente en juicio y fuera de él en ese asunto determinado. El nombramiento era judicial y recaía en el pariente a quien correspondía en su caso la tutela legítima.

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 301-306, 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 13/1983 (13).

(11) MORENO QUESADA, B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», en *Revista de Derecho Privado*, abril de 1985, págs. 322-323.

Por su parte, BLANCO GONZÁLEZ, A., *El defensor judicial*, Tórculo ediciones, Madrid, 2004, pág. 13, ve, igualmente, en el padre de menores un antecedente del antiguo artículo 165 del Código Civil, y de los actuales 163 y 299, pues tienen funciones semejantes.

(12) JIMÉNEZ ASENJO, E., Voz: «Defensor judicial», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. VI, Seix, Barcelona, 1954, pág. 343.

(13) 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 incapacidad, 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

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 suple temporal y provisionalmente a los padres, tutor o curador, para la representación y amparo, o asistencia del menor, incapacitado o pródigo» (14). 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 o incapacitados 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 —arts. 299 y 302 del Código Civil—» (15). En la misma línea, FLORENSA I TOMÁS entiende que el cargo de defensor judicial «es un oficio de Derecho Privado, supletorio, subsidiario y provisional, cuyo titular es nombrado por el Juez en los casos determinados por la Ley, para la representación y amparo de menores, incapacitados, declarados pródigos, o desaparecidos, mediante los poderes y facultades que le son atribuidas por aquellas autoridad judicial» (16).

(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». DIEZ-PICAZO, L.; BERCOVITZ, R.; ROGEL, C.; CABANILLAS, A., y CAFARENA, J., *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 de 1977, pág. 28.

(14) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 299 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. IV, 2.ª ed., Edersa, Madrid, 1985, pág. 469.

(15) PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á., «La tutela, la curatela y la guarda de los menores e incapacitados», en *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia*, coordinado por Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, 2.ª ed., Colex, Madrid, 2008, pág. 393.

(16) FLORENSA I TOMÁS, C., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 145.

Para COUTO GÁLVEZ, R. M.ª, «Comentario al artículo 299 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 2062, es «un cargo tutelar por el cual una persona ejerce unas funciones provisionales, supliendo a los padres, tutores o curadores, para la representación o asistencia del menor, incapacitado y pródigo»; para LACRUZ BERDEJO, J. L., y cols., «Elementos de Derecho Civil», T. IV, *Familia*, 3.ª ed. revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2008, pág. 444, el defensor judicial es «un órgano eventual e intermitente de representación y amparo de los menores, incapacitados o declarados pródigos»; asimismo, ALBALADEJO GARCÍA, M., «Curso de Derecho Civil», T. IV, *Derecho de Familia*, 10.ª ed., Edisofer, Madrid, 2006, señala que el defensor judicial, es *defensor* porque *defiende* al guardado, *judicial* porque lo nombra el Juez, y, además, es un cargo *transitorio* de amparo y representación de los menores e incapacitados en ciertos casos.

Por su parte, MONTÉS PENADÉS, V. L., «Comentario al artículo 163 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1092, centrando la definición del defensor en su actuación en sede de patria potestad, define el defensor judicial como «una institución de Derecho de Familia ordenada a la protección de los intereses del menor cuando en un asunto tenga un interés opuesto al de sus padres».

La sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 10 de marzo de 1994 (*RJ* 1994/1731), en el *Fundamento de Derecho* 4.º, manifiesta 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, debe obrar

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 incapacitado (17). Lo cierto es que, como destaca LETE DEL RÍO, el cargo de defensor judicial será *temporal*, porque su nombramiento obedece a la singularidad de circunstancias que se producen en un momento determinado, y al desaparecer éstas se extingue y desaparece la figura; tendrá carácter *subsidiario*, porque actúa en lugar de los padres, tutor o curador; y su designación será *judicial*, porque su nombramiento lo efectúa siempre la autoridad judicial (18). A estos caracteres de temporalidad, subsidiariedad y origen judicial,

dentro de las facultades precisas y concretas que le han atribuido, y cuando actúa judicialmente debe probar que lo hace así, no exhibir sólo el auto judicial de nombramiento»; la sentencia de este mismo Tribunal y Sala, de 4 de marzo de 2003 (*RJ* 2003/2538), en su *Fundamento de Derecho* 2.º señala que: «El defensor judicial es la persona que asume temporalmente la representación y defensa de los intereses de los menores de edad, o de los incapacitados cuando la persona que legalmente debe hacerlo, padres, tutores o curadores, no lo hacen: se trata de un cargo judicial porque es 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 [SSTS de 10 de marzo de 1994 (*RJ* 1994/1731), y de 7 de noviembre de 2002 (*RJ* 2002/9484)]. En el mismo sentido, las sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 7 de noviembre de 2002 (*RJ* 2002/9484); de 17 de enero de 2003 (*RJ* 2003/433), y de 4 de marzo de 2003 (La Ley 12132/2003).

(17) LASARTE ÁLVAREZ, C., «Principios de Derecho Civil», T. VI, *Derecho de Familia*, 7.ª ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008, pág. 383; SERRANO GIL, A., «El defensor judicial», en *Protección Jurídica del Menor*, coordinadoras: M.ª Paz PONS DE LA FLOR y Lourdes TEJEDOR MUÑOZ, 2.ª ed., Colex, Madrid, 2009, pág. 170.

(18) LETE DEL RÍO, J. M., «El defensor judicial», *op. cit.*, págs. 469-470. Vid., asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.ª, de 5 de junio de 2000 (*AC* 2000/1275), señala 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 —art. 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), señala 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*, ya JERÓNIMO GONZÁLEZ, «El defensor judicial», *op. cit.*, págs. 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». En la actualidad, FLORENSA I TOMÁS, C. E., «El defensor judicial», *op. cit.*, págs. 179-180, señala 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 art. 299.2 del CC*)». Por tanto, precisa el autor, que «la subsidiariedad hay

GETE-ALONSO y CALERA añaden la posible coexistencia del defensor judicial con la patria potestad, con la tutela y la curatela (19); y FLORENSA I TOMÀS la supletoriedad, porque exige la previa existencia de un sistema de protección de un cargo principal al que está sometido el protegido; y la transitoriedad, que se manifiesta en que el defensor, se nombra para resolver una cuestión puntual respecto de la que existen intereses contrapuestos (la expresión utilizada por la disposición legal es «algún asunto»); o se nombre 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 ha 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 habrá concluido (20). De forma que, atendiendo a tales caracteres, no es posible considerar que, el defensor judicial sea un representante originario y permanente

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 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 éstas 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., «El defensor judicial», *op. cit.*, págs. 185-186.

(19) GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C., «Comentario al artículo 299 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, T. I, dirigidos por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ, Luis Díez-PICAZO y PONCE DE LEON, y Pablo SALVADOR CODERCH, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 853.

Precisa FLORENSA I TOMÀS, C. E., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 179, que «tanto los artículos 163 y 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 éste sólo se suspende en el ámbito del asunto que ha originado el conflicto, quedando intacta su legitimación en todo lo demás».

(20) FLORENSA I TOMÀS, C. E., «El defensor judicial», *op. cit.*, págs. 178 y 185. En similares términos, ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al artículo 299 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2.^a ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 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 señala 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).

del menor o incapacitado, sino que su intervención va 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 carezca de autonomía, debido precisamente a su naturaleza supletoria y subsidiaria. El defensor judicial es un cargo autónomo no sólo porque así lo configura el artículo 215 del Código Civil, sino porque cuando en determinados supuestos sustituye en sus funciones a los representantes legales (patria potestad y tutela), o al que asiste al incapacitado o pródigo, actúa como tal (21). Se trata, por tanto, de un cargo autónomo, al que la propia autoridad judicial concreta su contenido, teniendo en cuenta siempre el cargo principal sustituido y el supuesto concreto de intervención (art. 302 del CC). En todo caso, el nombramiento del defensor judicial afecta al ejercicio del cargo tutelar o patria potestad, pero nunca por sí mismo al cargo protector, pues, coexistirá con los padres, tutor o curador, con independencia del supuesto que haya dado lugar al nombramiento de defensor (art. 299.1 y 2 del CC) (22). La titularidad del cargo sólo será suprimida mediante la privación o suspensión de la patria potestad, o la remoción en el cargo del tutor o curador.

Por otra parte, el cargo de defensor judicial, como todos los cargos tutelares, es obligatorio e irrenunciable sin justa causa. Ello deriva del artículo 216 del Código Civil y lo confirma el artículo 217 del Código Civil. Ya antes de la reforma de 1983, JERÓNIMO GONZÁLEZ decía que «estamos en presencia de un *munus publicum*, oficio irrenunciable sin justa causa (art. 202 del CC)» (23). En la actual regulación, el citado artículo 216 dispone que «*las funciones tutelares constituyen un deber, que se ejercerá en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial*»; y, el, asimismo, citado artículo 217, hace referencia a la irrenunciabilidad de este deber sin justa causa al disponer que «*sólo se admitirá la excusa de los cargos tutelares en los supuestos legalmente previstos*». Por esa obligatoriedad del cargo es justificable la aplicación de las causas de excusa que establece la ley para el tutor y curador, como así se deduce de la remisión expresa que efectúa el artículo 301 del Código Civil. Debe por ello desempeñar las funciones conforme el citado artículo 216, siempre que no se alegue causa de excusa legalmente prevista (24).

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; e *imparcialidad*, entendida como objetividad en las determinaciones o decisiones (25).

(21) FLORENSA I TOMÀS, C. E., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 181.

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

(23) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 259.

(24) COUTO GÁLVEZ, R. M.^a, «Comentario al artículo 299 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 2063.

(25) FLORENSA I TOMÀS, C. E., «El defensor judicial», *op. cit.*, págs. 174-175; HERNÁNDEZ GIL, F., «Sobre la figura del defensor judicial de menores», *op. cit.*, pág. 213; LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 299 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 468; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 259. Vid., asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 6.^a, de 30 de marzo de 2006 (La Ley 251460/2006).

En este contexto, ESPÍN CÁNOVAS destaca como dos funciones de la institución del defensor judicial: la función *sustitutiva* de los representantes legales del menor o incapacitado en caso de conflictos de intereses entre éstos y sus representantes o curador, y la función *supletiva* del tutor o curador cuando éstos no desempeñen sus funciones por cualquier causa (26). Sin embargo, MORENO QUESADA afirma que no le parece que con esos conceptos pueda reflejarse la diferencia que, trata de apreciarse entre los supuestos de los números 1.º y 2.º del artículo 299, porque, a su juicio, tan sustitutiva es la figura del defensor en un caso como en el otro; en ambos se sustituye, es decir, «se pone a una persona en lugar de otra»; lo que sucede, como precisa el citado autor, que la finalidad de la sustitución es diferente en cada uno de los supuestos que, de manera expresa, contempla el artículo 299; uno, de actuación compensatoria o equilibradora de las respectivas situaciones e intereses, que se da para los casos de conflicto de éstos, contemplado en el número 1.º; otro, de actuación subsidiaria o supletoria para cuando, por cualquier causa, el tutor o curador no desempeñaren sus funciones. Y, concluye, si se trata o no de dos funciones de las que se puede deducir una distinta naturaleza del cargo en uno y otro caso, será cosa que, en cada supuesto, decidirá el Juez al realizar las atribuciones concretas, según establece el artículo 302 del Código Civil (27).

En efecto, será el Juez el encargado de especificar las funciones que debe cumplir el defensor judicial, y, por tanto, delimitará el alcance de la sustitución (art. 302) (28), pero siempre teniendo presente, como apunta COUTO GÁLVEZ, que si se trata de conflicto de intereses lo será para unos efectos concretos y determinados (así, también, por ejemplo, en el art. 320.6 del CC italiano); o si se trata de una sustitución por falta de desempeño de las funciones, el defensor judicial cumplirá todas las funciones que, en un principio, correspondan al tutor o curador sustituidos. El contenido del cargo será más o menos amplio dependiendo del supuesto al que se ha de atender (29). 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— (arts. 163.1 y 299.1 del CC hablan de «algún asunto»); de forma que la sustitución de los padres o del tutor o curador 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 éstos no han sido suspendidos de sus funciones; mientras que en el supuesto de no desempeño de las funciones por parte de los padres, tutor, o curador contenido en el artículo 299.2 del Código Civil, el defen-

(26) ESPÍN CÁNOVAS, M., «Manual de Derecho Civil español», vol. IV, *Familia*, Madrid, 1984, pág. 609.

(27) MORENO QUESADA, B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», *op. cit.*, pág. 321.

(28) 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 el 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).

(29) COUTO GÁLVEZ, R. M.ª, «Comentario al artículo 299 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 2064.

sor sustituye en el cargo a tales representantes o legitimados para actuar en la toma de decisiones que, afectan al menor o incapacitado o, declarado pródigo, como si de titular de la patria potestad, tutela o curatela 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 a los representantes legales (padres o tutor) o al curador a los 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 (patria potestad, tutela o curatela), el acto realizado será nulo y tendrá la misma consideración que con arreglo al artículo 1259 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 ratificación (30).

Con todo y como cargo de guarda, le corresponderá como dispone el artículo 299.1: «representar y amparar» los intereses del menor, incapacitado o pródigo en los supuestos regulados y anteriormente mencionados (31) y en juicio o fuera de él (32). Como indica LETE DEL RÍO, tal expresión legal habrá de entenderse en un sentido general y amplio, no técnico (33). Si bien, conviene precisar que la referencia a la representación sólo puede aplicarse cuando el defensor judicial interviene supliendo al tutor o titulares de la patria potestad, más no cuando suple la función del curador. Por ello, sólo cuando sustituya a los padres o tutor, el defensor judicial representará al menor o incapacitado, teniendo en cuenta que también tendremos que excluir de este ámbito de actuación el supuesto de conflicto de intereses entre los padres y el menor emancipado, por la misma razón que asiste al curador, pues, en este caso asistirá complementando en su capacidad al pródigo o incapacitado sometido a curatela. En todo caso, la representación y amparo de la que habla el citado artículo 299 alcanza tanto a los intereses patrimoniales como a los personales y familiares o morales. Yendo más lejos en la concreción de los términos «representación y amparo», FLORENSA I TOMÁS pone de manifiesto la existencia de dos interpretaciones doctrinales. Una primera, en la que se señala que la representación hace referencia a los supuestos en que el defensor judicial sustituye —independientemente de la causa que haya dado lugar a su nombramiento— a los padres o al tutor, que son los únicos

(30) FLORENSA I TOMÁS, C. E., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 207; MONTÉS PENADÉS, V. L., «Comentario al artículo 163 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1100. El artículo 224-4 del Código Civil catalán considera anulables los actos realizados sin la intervención de defensor judicial, cuando resulta necesaria.

(31) Vid., 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 éste es perjudicial para los intereses del incapaz.

(32) 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); 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.

(33) LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 299 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 471; ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al artículo 299 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 474.

que ostentan la representación legal del menor o incapacitado; mientras que amparo, por exclusión, designaría la función tutela del defensor cuando éste sustituyera al curador o a los padres del menor emancipado, es decir, la de asistencia o complementación de capacidad de obrar. Esta es la opinión de PUIG FERRIOL (34); y, una segunda, a la que se adhiere el citado autor, representación indicaría que, la actuación tutelar del defensor versa sobre actos jurídicos, mientras que amparo, se utilizará para aquella misma actuación, aunque respecto a actos extrajurídicos o materiales, es decir, aquellos actos íntimamente vinculado con la idea de beneficio económico. Por consiguiente, tanto si el defensor judicial sustituye a cargos protectores que conllevan representación legal, como si no, su actuación puede contener actos de los dos tipos; pues, como termina precisando FLORENSA I TOMÁS, tanto los padres como el tutor y el curador pueden intervenir en actos jurídicos y extrajurídicos, aquéllos representando a la persona, y éste complementando la capacidad (35).

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 a los padres, tutor o curador, representando a los menores, incapacitados, o asistiendo a éstos o a los declarados pródigos; 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» (36). De forma que, el contenido funcional del cargo de defensor judicial es determinado normalmente *per remissionem* (37); y estará sometido no sólo a las prohibiciones establecidas en el artículo 221 del Código Civil, como cargo tutelar que es, sino también al mismo régimen de prohibiciones y limitaciones del cargo principal sustituido. Así, si éste necesita intervención o autorización judicial para un acto determinado, igual exigencia tendrá la actuación del defensor judicial en cuanto sustituye a los representantes legales 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 o incapacitados 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 e incapacitados, 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 no el artículo 271.4.º de este mismo cuerpo legal al tutor (38).

(34) PUIG FERRIOL, L., «Comentario al artículo 299 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Madrid, 1986, pág. 773.

(35) FLORENSA I TOMÁS, C. E., «El defensor judicial», *op. cit.*, págs. 212-215.

(36) PUIG FERRIOL, L., «Comentario al artículo 302 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 782.

(37) FLORENSA I TOMÁS, C. E., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 195.

(38) FLORENSA I TOMÁS, C. E., «El defensor judicial», *op. cit.*, págs. 200-201, argumenta en un doble sentido: «en primer lugar, porque la misma *ratio legis* del artículo 271

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 299.2.º, si el Juez no precisara nada en particular —pues, en estos supuestos no hay delimitación material de sus funciones, al no haber concretos asuntos conflictivos, aunque sí la hay temporal—; 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 titular/es de la patria potestad, tutor y curador, pues, la representación del defensor es una excepción a la representación legal de aquéllos o del curador, puesto que se trata de una figura distinta de éstas y necesariamente provisional (39); frente a esta tesis, la contraria es defendida, por otro sector de la doctrina, sosteniendo al respecto 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 de los padres, tutor o curador a los que sustituye provisionalmente (40).

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 artículo 271.4 del Código Civil; además, la misma antinomia obliga a una interpretación restrictiva del caso: el 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., «¿Requiere aprobación judicial la partición hereditaria en que interviene defensor judicial?, en *Revista de Derecho Notarial*, julio-diciembre de 1984, pág. 377; CASTÁN TOBEÑAS, J. M.ª, «Comentario al artículo 163 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 562; MONTES PENADES, V. L., «Comentario al artículo 163 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 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 RDGRN de 4 de abril de 1986 (*RJ* 1986/2127) y de 23 de julio de 1990 (*RJ* 1990/6666). En contra, SERRANO GIL, A., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 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 indica 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 RDGRN 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 141.2 de la Ley 13/2006, de 27 de diciembre, de Derecho de la persona de Aragón.

(39) MARTÍNEZ-PIÑEIRO CARAMES, E., «Representación paterna y oposición de intereses», *op. cit.*, pág. 238; GETE-ALONSO y CALERA, M.ª del C., «Comentario al artículo 303 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 860; LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 302 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 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 la RDGRN, de 23 de julio de 1990 (*RJ* 1990/6666), y de 8 de mayo de 1994 (*RJ* 1995/4093).

(40) MONTES PENADES, V. L., «Comentario al artículo 163 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1099; FLORENSA I TOMÁS, C. E., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 205; JIMÉNEZ ASEÑO, E., Voz: «Defensor judicial», *op. cit.*, pág. 348; MORENO MARTÍNEZ, J. A., «Comen-

Corresponde al Juez, en consecuencia, especificar necesariamente cuáles son las «atribuciones» (funciones) del mismo y su extensión y límites (41).

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 300 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. Además de la designación de oficio (42) o a instancia del Ministerio Fiscal —que resulta de la función que se le atribuye, en general, en la regulación de las instituciones de guarda (arts. 228 y 232.1 del CC)—, están legitimados para solicitar su nombramiento el propio menor (43) o cualquier persona capaz de comparecer en juicio (44). Aunque no se nombra a los padres, como lo hacía el derogado apartado 3 del artículo 163 del Código Civil, ni al tutor y curador, se entiende que todos ellos se incluyen también como legitimados en la propia mención genérica de personas capaces de comparecer en juicio que, se contiene en el citado artículo 300 (45). No obstante, el que uno de los padres esté excluido del ejercicio de la patria potestad, no le quita legitimación para solicitar el nombramiento de defensor judicial, pues, tal legitimación forma parte de la titularidad de la patria potestad —que ostenta—, y no de su ejercicio. Tampoco se hace referencia al incapacitado, quizá por carecer, en principio, de capacidad procesal (art. 7.1 de la LEC); no obstante, podrá también considerarse incluido en tal genérica expresión, siempre que lo posibilite la sentencia de incapacitación (art. 199 del CC y art. 761.2 de la LEC) (46). Asimismo, atendiendo

tario a la sentencia de 10 de marzo de 1994», en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 35, abril/agosto de 1994, pág. 733.

(41) Vid., el artículo 224.3 del Código Civil catalán, y el artículo 141.1 de la Ley 13/2006, de Derecho de la Persona de Aragón.

(42) Vid., la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 12.^a, de 17 de diciembre de 1999 (La Ley 186022/1999).

(43) La posible legitimación del menor para el nombramiento de defensor judicial planteaba ciertas dudas a la doctrina bajo la legislación anterior a las reformas, salvo para el menor emancipado que tenía capacidad procesal. Así, en sede de relaciones paterno-filiales, el artículo 163.3 del Código Civil otorgaba legitimación al menor y se optaba por aplicar analógicamente tal precepto, y por ende, tal legitimación en sede de tutela. La reforma de 1983, puso, sin embargo, en duda, tras la modificación de los artículos 299 a 302, la vigencia de tal precepto. De ahí que, por la mayoría de la doctrina no se admitiera legitimación al menor no emancipado para solicitar del órgano judicial el nombramiento del defensor judicial. Vid., por todos, MORENO MARTÍNEZ, J. A., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 323. Cuestión que queda fuera de lugar tras la Ley Orgánica 1/1996, al quedar derogado el apartado 3 del artículo 163 (Disposición Final 18.^a, apartado 2, párrafo 4.2.^o).

(44) Vid., el artículo 224.2.1 del Código Civil catalán que también alude expresamente al tutor y curador; y el artículo 140 de la Ley 13/2006 de Derecho de la Persona de Aragón.

(45) Para COUTO GÁLVEZ, R. M.^a, «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 2069, en cambio, «quedan excluidos del grupo de legitimados el tutor y el curador, a quienes por lo mismo no se podrán exigir responsabilidad cuando, dándose los supuestos previstos en el artículo 299 del Código Civil, se haya producido algún daño al menor, incapacitado o pródigo por no haberse instado el nombramiento de defensor judicial».

(46) SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 300 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, coordinador: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, T. II, 2.^a ed., Bosch, Barcelona, 2006, pág. 692. De opinión contraria, y sobre la base de la regulación contenida en el artículo 163.3 del Código Civil en su relación con el artículo 300 del citado

a tal expresión, podrán considerarse como legitimadas las personas jurídicas, pues, el artículo 2 de la LEC prevé que las corporaciones, sociedades y demás entidades jurídicas puedan comparecer en juicio; a lo que hay que añadir además que, nuestro Código Civil posibilita que la tutela sea ejercida por persona jurídica (art. 242 del CC). Ha de tratarse de personas jurídicas que no tengan finalidad lucrativa y estén dedicadas a la protección de menores e incapaces (47).

En todo caso, conviene manifestar que, 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 sólo 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 capacidad (48) —suesto que acoge, asimismo, a los patria potestad prorrogada o rehabilitada o curatela ejercidas también por ambos padres—. Siendo intrascendente que los padres del menor se encuentren o no casados, pues, en cualquier caso la patria potestad, la titularidad y el ejercicio es conjunto. No obstante, si la filiación esté 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 223 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 cargo (49).

cuerpo legal, FLORENSA I TOMÁS, C. E., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 149, al considerar no legitimado al menor ni al incapacitado. No obstante, señala que ambos podrán poner en conocimiento del Ministerio Fiscal las circunstancias que puedan dar origen al nombramiento de defensor judicial.

(47) En este sentido, GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C., «Comentario al artículo 300 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 858; MORENO MARTÍNEZ, J. A., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 222; ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al artículo 301 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 476; LASARTE ÁLVAREZ, C., «Principios de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 384.

(48) 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.

(49) FLORENSA I TOMÁS, C. E., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 157; PUIG FERRIOL, L., «Comentario al artículo 300 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 778, aboga, igualmente, «por la inoperancia de las mismas, por cuanto el artículo 300 del Código Civil claramente resulta que sólo 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 artículo 224»; GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C., «Comentario del artículo 300 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 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., «Comentario al artículo 300 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 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 BER-

Efectivamente, el Juez sólo 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 234 del Código Civil —tutela legítima— (50), dado el amplio margen de discrecionalidad que el artículo 300 confiere al Juez para que decida quien es la persona más adecuada para los intereses del menor o incapacitado (51); 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, incapacitado o pródigo (pudiéndose aplicar las reglas que el Código Civil establece respecto a los tutores: que esté en pleno ejercicio de sus derechos civiles y no esté incurso en ninguna causa de inhabilidad) (52). 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 del CC)— sin asistencia de ningún tipo (art. 157 del 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.º El menor emancipado puede ser mandatario (art. 1716 del 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, de manera que habrá que estar al supuesto que haya dado lugar a su nombramiento y a las funciones atribuidas por el Juez. 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 solo (53). Sin embar-

DEJO, J. L., y cols., «Elementos de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 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.

(50) 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 el artículo 140 de la Ley 13/2006, de Derecho de la Persona de Aragón.

(51) 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.

(52) FLORENSA I TOMÁS, C. E., «El defensor judicial», *op. cit.*, págs. 164-165.

(53) FLORENSA I TOMÁS, C. E., «El defensor judicial», *op. cit.*, págs. 169-170; GÓMEZ-OLIVEROS, J. M., «Comentarios a la Ley 13/1983, de 24 de octubre», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, mayo-junio, 1984, págs. 668-669; COUTO GÁLVEZ, R. M.ª, «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 2070; GETE-ALONSO y CALERA, M.ª del C., «Comentario al

go, en contra de esta posibilidad se muestra mayoritariamente la doctrina, manifestando al respecto que: 1.º El menor emancipado carece de autonomía patrimonial extrajudicial y de independencia en el orden judicial; 2.º Si el menor emancipado precisa el nombramiento de defensor judicial cuando exista conflicto de intereses con sus padres (art. 163.1 del CC) o con el curador (art. 299.1.º del CC), no puede aceptarse que dicho menor emancipado pueda ser nombrado defensor judicial de un menor o, incluso, de un menor emancipado como él; 3.º Como señala HERNÁNDEZ GIL atendiendo al tenor literal del artículo 317 del Código Civil (actual art. 323 del CC), la emancipación sólo habilita al menor para regir su persona y bienes como si fuera mayor, y no para regir la persona o bienes de otro (54).

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 de supuestos comprendidos en el artículo 299.2 del Código Civil, o cuando sean varios hermanos —sometidos a un mismo tutor o curador (y, por descontado en la patria potestad)— los que mantengan el mismo conflicto de intereses con su representante legal o curador (55).

En todo caso, el nombramiento del defensor judicial tendrá lugar mediante auto en procedimiento de jurisdicción voluntaria (arts. 1811 a 1824 de la LEC) (56), siendo competente los Juzgados de Primera Instancia (art. 85 de la LOPJ). Una vez que sea firme la resolución en la que se le designa, deberá aceptar el cargo y prestar juramento o promesa de desempeñarlo bien, fielmente y en beneficio exclusivo del menor, incapacitado o pródigo. Y tal cargo será eficaz, mientras el nombramiento no se anule o se deje sin efecto. La resolución judicial que decide sobre el defensor judicial (tanto si es estimatoria como desestimatoria), es apelable, y no es necesario que se inscriba en el Registro Civil.

Finalmente, le son aplicables al defensor judicial las causas de inhabilidad (arts. 243 a 246) —para determinar qué personas no pueden actuar como defensores judiciales—; de excusa (arts. 251 a 258), y remoción (arts. 247 a 250), de tutores y curadores (art. 301 del Código Civil) (57). Con todo, esta traspo-

artículo 301 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 859; SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 163 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, coordinador: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, T. II, Bosch, Barcelona, 2000, pág. 456.

(54) MORENO MARTÍNEZ, J. A., «El defensor judicial», *op. cit.*, págs. 221-222; MARTÍNEZ PIÑEIRO CARAMÉS, E., «Representación paterna y oposición de intereses», *op. cit.*, pág. 235; PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, T. IV, Bosch, Barcelona, 1985, pág. 265; HERNÁNDEZ-GIL, F., «Sobre la figura del defensor judicial de menores», *op. cit.*, pág. 217.

(55) GETE-ALONSO y CALERA, M.ª del C., «Comentario al artículo 300 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 858.

(56) La sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 3.ª, de 10 de mayo de 1999 (La Ley 75522/1999), señala que en el procedimiento de nombramiento de defensor judicial no es preceptiva la intervención de procurador, pero sí la de letrado. Por su parte, el Auto de la Audiencia Provincial de Guadalajara, Sección 1.ª, de 31 de enero de 2007 (*JUR* 2007/133217), dispone que la simple oposición de cualquier interesado no empece para que deba tramitarse por la vía de jurisdicción voluntaria; y el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, Sección 10.ª, de 16 de julio de 2009 (*JUR* 2010/72736), se opta por la nulidad del nombramiento del defensor judicial por no haber sido previamente oída la persona que va a ser declarada defensor judicial.

(57) Vid., el Auto de la Audiencia Provincial de Guipúzcoa, Sección 1.ª, de 2 de junio de 1998 (*AC* 1998/8005); el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 8.ª, de

sición en bloque de tales normas en sede de tutela exige una adaptación al cargo del defensor judicial, pues: 1. En cuanto a la causa de inhabilidad del artículo 243.2.º del Código Civil, debe entenderse que no sólo 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 243.4.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 244.2.º y 4.º determina que habrá que incluir, junto a los términos menores e incapacitados, al pródigo como posible sujeto protegido por el defensor judicial; 4.º La persona que se encuentre en situación de concurso de acreedores (art. 244.5.º), sólo puede ser nombrada para actuar en la esfera personal y no patrimonial, ni en sustitución del curador; y 5.º Al ser la designación del defensor siempre judicial, las previsiones de los artículos 245 y 246 resultan inaplicables, por lo que la remisión no opera sobre tales preceptos (58). Una vez concluida su gestión, deberá rendir cuentas de la misma al Juez (art. 302 del CC) (59). A esta rendición de cuentas le son aplicables, en principio, las reglas que se contienen en los artículos 279 a 285 del Código Civil respecto de la tutela, con excepción de aquellas que se refieren a los plazos, dado que estamos en un cargo excepcional y temporal, con un mandato específico para un asunto o acto concreto o determinado (60). 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, sin que quepa aplicar por analogía, las reglas de la tutela (61). Asimismo, si lo considera oportuno, podrá fijar una retribución para el defensor judicial (62). Todo ello, sin perjuicio del derecho que tiene al resarcimiento a cargo de los bienes del defen-

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 Valladolid, Sección 1.ª, de 24 de enero de 2005 (La Ley 18192/2005); el Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, Sección 6.ª, de 30 de marzo de 2006 (La Ley 251460/2006), y el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.ª, de 26 de mayo de 2009 (La Ley 180390/2009). Sin embargo, el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 5 de junio de 2007 (*JUR* 2007/312525) señala que no podrán darse en la persona del defensor las causas de inhabilidad contempladas para la tutela. Asimismo, vid., el artículo 224-5.1 del Código Civil catalán, añadiendo en el apartado 2 que: «si el defensor judicial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 224-1, ejercer funciones tutelares, se le aplican las normas de la tutela o de la curatela, según proceda».

(58) GETE-ALONSO y CALERA, M.ª del C., «Comentario al artículo 301 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 859, y COUTO GÁLVEZ, R. M.ª, «El defensor judicial», *op. cit.*, págs. 2070-2071.

(59) 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.

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

(61) MORENO MARTÍNEZ, J. A., «El defensor judicial», *op. cit.*, págs. 295-296; COUTO GÁLVEZ, R. M.ª, «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 2071. Para JIMÉNEZ ASEÑO, E., voz: «Defensor judicial», *op. cit.*, pág. 349, sí que debe prestar fianza.

(62) GETE-ALONSO y CALERA, M.ª del C., «Comentario al artículo 302 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 860, exige que la retribución del defensor la motive el Juez en el auto de nombramiento.

dido 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. 220 del CC) (63).

III. SUPUESTOS CONCRETOS DE ACTUACIÓN

El artículo 299 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 o incapacitados y sus representantes legales o el curador. El inciso primero del citado artículo 299 es casi absolutamente coincidente con la previsión normativa del artículo 163: nombramiento de defensor judicial para los supuestos de colisión de intereses entre los padres e hijos; 2) Cuando por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeña las funciones que le son propias, hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo; 3) En los demás casos previstos en el Código Civil (64).

Las situaciones descritas en este precepto contemplan tanto hipótesis de crisis intermitentes —las propiciadas por la aparición de un «conflicto de intereses» entre el sujeto protegido y los padres o el órgano tutelar— en las que el defensor judicial actuará de forma más puntual y concreta; y las hipótesis de crisis más o menos prolongadas —las originadas por un defectuoso cumplimiento de las funciones del encargado de guarda—, en las que el defensor judicial previsiblemente tendrá un papel más relevante y más duradero en el tiempo (65).

1. CONFLICTO DE INTERESES: CONCEPTO Y ÁMBITO DE APLICACIÓN

El Código Civil en el apartado 1 del artículo 299 ordena nombrar defensor judicial: «*cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador*» (66). 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 equi-

(63) ALBALADEJO GARCÍA, M., «Curso de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 328.

(64) En los mismos términos, el artículo 139 de la Ley 13/2006, de Derecho de la persona de Aragón; 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 desige otra persona para el ejercicio de los cargos, y e) En los demás casos determinado por la ley.*»

(65) ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al artículo 299 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 474.

(66) 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 la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, Sección 3.ª, de 16 de diciembre de 2008 (La Ley 282040/2008).

valentes con idéntico significado. Así lo ha puesto de relieve BADOSA COLL cuando precisa que «el Código Civil utiliza indistintamente “conflicto de intereses” (arts. 162.2.º, 163.2.º, 244.4 ó 299.1), “oposición de intereses” (arts. 237 bis o 236.2.º derogado), “interés opuesto” (art. 163.1), o “incompatibilidad de intereses” (art. 237 bis)» (67).

JERÓNIMO GONZÁLEZ señala que «existirán 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» (68). 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» (69). Para FLORENSA I TOMÀS, en fin, 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 éste; beneficio que no debe entenderse adecuado sólo a la esfera patrimonial, sino a todo lo que cabe dentro del término jurídico de «interés», incluyendo el personal o moral» (70). En todo caso, el conflicto debe ser calificado como tal

(67) BADOSA COLL, F., «Comentario al artículo 221 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de la nacionalidad y la tutela*, vol. I, Tecnos, Madrid, 1986, pág. 257. Vid., asimismo, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 17 de mayo de 2004 (La Ley 1393/2004).

(68) GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, J., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 257.

(69) HERNÁNDEZ GIL, F., «Sobre la figura del defensor judicial de menores», *op. cit.*, pág. 210.

(70) FLORENSA I TOMÀS, C. E., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 73. Para SERRANO ALONSO, E., «Comentario al artículo 299 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, coordinador: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, T. 2, Bosch, Barcelona, 2006, pág. 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 éste contrario al interés subjetivo o personal de aquéllos».

La sentencia del Tribunal Supremo, de 6 de noviembre de 1934, cuyo ponente fue José María CASTÁN TOBENAS, y, que tomó como base el concepto de Jerónimo GONZÁLEZ, transcribiéndolo literalmente (*Jurisprudencia Civil*, publicada por la dirección de la RGLJ, T. 215, núm. 120, pág. 492).

Por su parte, la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 7 de noviembre de 2002 (RJ 2002/9484), en su *Fundamento de Derecho 2.º*, señala que: «El conflicto de intereses existe cuando en la realización de los actos de guarda y protección la actuación de los representantes pone en peligro el beneficio del menor e incapaz al ser éste contrario al interés subjetivo o personal de aquéllos»; 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 aquél, 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

desde el punto de vista objetivo, esto es, con independencia del comportamiento observado por los padres o el tutor o curador en la relación que crea el perjuicio, y, aunque no exista ánimo de perjudicar. La Ley, por tanto, sólo 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 representación (71), siempre que ponga en peligro el interés del hijo al que representan, o del tutelado o curatelado (72). 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 1995, considera dificultosa (73). 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— (74), y extrapatrimoniales o familiar/personal (75).

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 jurídico (76). Los intereses deben ser incompa-

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».

(71) MONTES PENADÉS, V. L., «Comentario al artículo 163 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 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, de 4 de marzo de 2003 (La Ley 12132/2003). Por su parte, la Resolución de la DGRN, de 14 de mayo de 2010 (*BOE* de 27 de septiembre de 2010, págs. 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) 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)], y en relación con cada asunto concreto (art. 299.1.º), razón por la que hay que estar a las circunstancias concurrentes para afirmar o negar su existencia».

(74) Vid., la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 12 de junio de 1985 (*RJ* 1985/3109).

(75) MONTES PENADÉS, V. L., «Comentario al artículo 163 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1093; ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al artículo 299 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 474; FLORENSA I TOMÁS, C. E., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 95; CASTÁN TOBEÑAS, J. M.ª, «Comentario al artículo 163 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. III, vol. 2.º, Edersa, Madrid, 1982, pág. 192; del mismo autor: «Comentario al artículo 163 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 561; JIMÉNEZ ASENJO, E., Voz: «Defensor judicial», *op. cit.*, pág. 344. En contra, sólo para el ámbito patrimonial, HERNÁNDEZ GIL, F., «Sobre la figura del defensor judicial de menores», *op. cit.*, pág. 207; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 200.

(76) 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).

tibles por sí mismo, es decir, debe tener una causa objetiva, independiente del comportamiento observado por el progenitor o el tutor o curador. 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; 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 (art. 244 del 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 familiares (77).

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» (78); y de la «simple concurrencia o coincidencia de intereses», que tiene lugar cuando existe una identidad de aspiraciones entre los sujetos implicados (79). La simple coincidencia de intereses, como

(77) FLORENSA I TOMÁS, C. E., «El defensor judicial», *op. cit.*, págs. 74-78; ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario al artículo 299 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 474; MONTES PENADÉS, V. L., «Comentario al artículo 163 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1094, para quien no debe confundirse la actualidad del conflicto con la del perjuicio, pues esta última no se exige; SERRANO GIL, A., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 173; HERNÁNDEZ GIL, F., «Sobre la figura del defensor judicial de menores», *op. cit.*, pág. 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, que no se deben confundir la actualidad del perjuicio con la actualidad de la oposición de intereses».

(78) BADOSA COLL, F., «Comentario al artículo 221 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 257.

(79) 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 Tribunal, 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 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 despatchada 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 ineluc-

precisa HERNÁNDEZ GIL, «no autoriza para solicitar el nombramiento de defensor» (80); 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» (81). 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 JERÓNIMO GONZÁLEZ: «en múltiples supuestos la concurrencia de intereses más bien será una garantía de la gestión paterna, que un motivo de recusación» (82).

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 ha de determinar los sujetos entre los que puede existir intereses opuestos. Así, en las relaciones paterno-filiales, el artículo 163 del Código Civil exige que el conflicto se dé entre el menor de edad, emancipado o no, y los dos padres (83), pues, como ya expusimos, en el caso que el conflicto sólo exista con uno solo de los progenitores, corresponde por Ley al otro progenitor representar al menor o completar su capacidad, según los casos. No obstante, si uno sólo de los progenitores ostenta la titularidad de la patria potestad, bien, porque sólo se haya determinado respecto de él la filiación, o 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, no dándose el supuesto contenido en el artículo 163.2 y antes puesto de manifiesto. Ahora bien, el citado artículo 163, tras la reforma de 1983, y de acuerdo con el sentir doctrinal y jurisprudencial, extiende su ámbito de aplicación también al hijo menor emancipado, con respecto a la capacidad que del mismo haya de completarse; y, asimismo, al hijo de vida independiente del ar-

tablemente 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 la de sus hijos (SSTS 17-1 y 5-11-2003).

(80) HERNÁNDEZ GIL, F., «Sobre la figura del defensor judicial de menores», *op. cit.*, págs. 210-211; en igual sentido, MONTÉS PENADÉS, V. L., «Comentario al artículo 163 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1094; GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 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».

(81) FLORENSA I TOMÁS, C. E., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 63.

(82) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 199.

(83) 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 DGRN, de 14 de mayo de 2010 (RJ 2010/3631).

título 319 del Código Civil (84). 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 derogado (85), 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 nacido (86).

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, 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, 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 163 del Código Civil (87). CASTÁN TOBEÑAS propuso, cuando se estaba tramitando la reforma de 1983, incluir una norma como la contenida en el artículo 320 del *Codice Civile*, que sí prevé el caso y por ende, posibilita el nombramiento de un defensor (88). Lo cierto es que la propuesta no prosperó y el Código Civil sigue sin dar respuesta al caso. En contra, se argumenta, sin embargo que el supuesto legal contemplado por la norma (arts. 163 y 299 del CC) es el conflicto de intereses entre el representante y representado; y que no está incluido este supuesto, los casos de excepción de la representación legal contenida en el artículo 162 del Código Civil, fórmula legal, además, que no puede ser interpretada en sentido amplio; de forma que los padres no pueden dejar de actuar como representantes legales en este supuesto.

En cuanto a la tutela y curatela, el artículo 299.1.º del Código Civil se refiere a los conflictos de intereses que puedan existir «entre los menores o incapacitados y sus representantes legales y el curador» (89). Dentro de los representantes

(84) Si bien, conviene precisar que el conflicto de interés entre los padres y el menor emancipado será siempre de carácter patrimonial.

(85) HERNÁNDEZ GIL, F., «Sobre la figura del defensor judicial de menores», *op. cit.*, págs. 217-221; MORENO MARTÍNEZ, J. A., «El defensor judicial», *op. cit.*, págs. 157-158; CASTÁN TOBEÑAS, J. M.^a, «Comentario al artículo 163 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 561. En igual sentido, se pronunció la RDGRN, de 19 de septiembre de 1929 (*Jurisprudencia Civil*, en la RGLJ, T. 190, Madrid, 1931, núm. 96, pág. 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 pueden estar éstos representados por él.

(86) MONTÉS PENADÉS, V. L., «Comentario al artículo 163 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1097; FLORENSA I TOMÀS, C. E., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 89.

(87) MONTÉS PENADÉS, V. L., «Comentario al artículo 163 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 1096; FLORENSA I TOMÀS, C. E., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 93.

(88) CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.^a, «Comentario al artículo 163 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 195.

(89) 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).

legales, obviamente, se pueden incluir a los progenitores. Respecto a los menores ha de entenderse referido tanto a los menores de edad no emancipados sujetos a tutela (art. 222.1.º del CC), como a los menores emancipados sujetos a curatela (art. 286.1.º del CC), así como los que hubieran obtenido el beneficio de la mayor edad (art. 286.2.º del CC). Los incapacitados serán aquellas personas que han sido declaradas como tales en un proceso de incapacitación y resulten o bien sometidas a tutela o curatela (art. 199 del CC), teniendo en cuenta que el menor también puede ser incapacitado (arts. 201 y 205 del CC). Aunque no se hace referencia en el citado artículo 299.1 al pródigo, no se ve razón alguna para que no pueda incluirse en el mismo, en la medida en que también puede producirse el conflicto de intereses que origina la necesidad de nombramiento de defensor judicial (90). En todo caso, los «asuntos» que pueden ser motivo de conflicto en la tutela serán tanto personales o familiares, como patrimoniales. En el caso de menor emancipado y pródigo serán exclusivamente intereses patrimoniales; si bien, la curatela de incapacitados sí admite conflictos de intereses en el ámbito personal, además del patrimonial.

Ahora bien, puede darse el caso que exista una pluralidad de tutores nombrados, como prevé el artículo 236 del Código Civil. 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 judicial (91). En el caso de tutela conjunta (en el que los tutores ejerzan sus funciones mancomunadamente), el artículo 237 bis 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, como si fuera el único, dado el propio concepto de solidaridad, y su no inclusión, ni en el artículo 237 bis, ni en el artículo 299.1.º, segunda parte del Código Civil (92). Si, finalmente, la tutela es ejercitada conjuntamente por ambos padres (art. 236.2 del CC), corresponderá al otro por Ley, y sin especial nombramiento, representar y amparar al menor o incapacitado (art. 299.1 segundo párrafo del CC). Aunque el citado artículo 299 no se pronuncia sobre la curatela plural, cuando ésta se admite, habrá de resolverse aplicando análogicamente las reglas previstas para la tutela y la patria potestad (93).

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-

Por su parte, el artículo 222-29 del Código Civil catalán señala que: «*Si sólo 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*».

(90) PUIG FERRIOL, L., «Comentario al artículo 299 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 767; GETE-ALONSO y CALERA, M.ª del C., «Comentario al artículo 299 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 854. Vid., asimismo, el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 7.ª, de 23 de junio de 2004 (*JUR* 2004/258074).

(91) 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*».

(92) MORENO MARTÍNEZ, J. A., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 173.

(93) PUIG FERRIOL, L., «Comentario al artículo 299 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 766.

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) (94); 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) (95), o para la formación de inventario (Resolución de la DGRN, de 3 de abril de 1995) (96); 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) (97); 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 incapaz (98); o 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), 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 titulares de aquélla (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

(94) Sin embargo, más recientemente, la DGRN cambia de criterio en relación con esta cuestión, considerando que no hay contraposición de intereses en este supuesto. Así en la Resolución de la citada Dirección General de los Registros y del Notariado, de 6 de febrero de 1995 (*RJ* 1995/1329), en su *Fundamento de Derecho* 5.º, dispone que: «Los dos únicos inmuebles inventariados, ambos inmuebles de naturaleza ganancial, se atribuyen por mitad y *pro indiviso* a las dos únicas partes interesadas en la liquidación de la sociedad de gananciales, y determinada ya la masa hereditaria, se adjudica, conforme el testamento, una mitad indivisa en nuda propiedad, en *pro indiviso*, y por iguales partes, a los cuatro herederos, y el usufructo vitalicio al cónyuge superviviente. No implican estas operaciones contradicción de intereses al no haber posibilidad de desigualdad en las adjudicaciones practicadas, sin que pueda ser perjudicado el hijo menor de edad y el hipotético perjuicio ante eventuales deudas del causante y la consiguiente responsabilidad *ultra vires* de los herederos, como declara la Resolución de 27 de enero de 1987 (*RJ* 1987/368), es común a todos los interesados sin que pueda dar ocasión a una ventaja o beneficio de la madre sobre el hijo».

(95) *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).

(96) *RJ* 1995/3238. Vid., asimismo, las Resoluciones de la DGRN, de 25 de abril de 2001 (*RJ* 2002/2868), y de 15 de mayo de 2002 (*RJ* 2002/8572).

(97) *RJ* 1995/1329 y *RJ* 2003/6277.

(98) 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 la sentencia 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.

(99) *RJ* 1996/2175.

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 1996 (La Ley 15417/1996)]; 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 2001 (La Ley 120312/2001)]; en la venta de acciones de una sociedad de la que son titulares los hijos con posible ejercicio por aquéllos del derecho de adquisición preferente [auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22.ª, de 9 de junio de 2000 (*JUR* 2000/193241)]; y en supuesto de autocontratación (100). Finalmente, en materia familiar, habrá conflicto de intereses cuando se proceda a la liquidación de la sociedad de ganancias (101), y, en los procedimientos de filiación (reclamación e impugnación de la paternidad) (102), 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 renuncian 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) (103), 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 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 herencia (104); en la reclamación

(100) 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 y 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).

(101) Vid., la Resolución de la DGRN, de 14 de marzo de 1991 (*RJ* 1991/2540).

(102) 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); y de 30 de junio de 2004 (La Ley 13302/2004); 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 de 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).

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

(104) 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

de las indemnizaciones por accidente, pues, aunque el padre o la madre, como representantes legales, son las que han de recibirlas, éstas 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 beneficio (105); 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) (106); 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); o, en fin, liquidan una sociedad mercantil en que ambos son partes (sentencia del Tribunal Supremo de 9 de enero de 1912).

2. NO DESEMPEÑO DE LAS FUNCIONES TUTELARES

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 o curador en un determinado momento por cualquier causa (art. 299.2.º del 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 o curador, bien sea por causa de excusa (art. 258 del CC), por remoción del cargo al incurrir en alguna de las causas de inhabilidad establecidas en la Ley, o de cualquier otra que determine, igualmente, tal remoción (art. 247 del CC) (107), o bien por muerte, desaparición, declaración de ausencia o de incapacitación del tutor o curador o por abandono del cargo por parte de los mismos. En ambos casos, el nombramiento del defensor judicial —previsto expresamente en la tutela por los arts. 246 y 256 del CC— no exime al tutor ni al curador de su eventual responsabilidad por abandono, dejación o irregularidad en sus funciones (108).

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).

(105) 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).

(106) 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.

(107) 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).

(108) GETE-ALONSO y CALERA, M.ª del C., «Comentario al artículo 299 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 855.

Por otra parte, no existe una posición definida en la doctrina acerca de si se puede aplicar analógicamente el artículo 299.2 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 aquél o se someta a tutela (art. 222.1 del CC). No obstante, conviene señalar que si tal incumplimiento es grave y reiterado pueda dar lugar a la privación o suspensión, total o parcial de la patria potestad. 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 formas, 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 del CC —que puede «entre las disposiciones que considere oportunas» determinar el nombramiento de defensor judicial—); o, si fuera necesario, la asunción de la tutela automática por la Administración (art. 172 del CC) (109).

3. OTROS SUPUESTOS

Contiene una cláusula abierta, el apartado 3 del artículo 299 del Código Civil, en la que se remite a otros preceptos de este mismo cuerpo legal, en los que se prevé expresamente el nombramiento de un defensor judicial, si bien, no con idéntico sentido y significado: artículo 163 (ante la existencia de intereses contrapuestos en el desarrollo de la patria potestad, aplicable subsidiariamente a la patria potestad prorrogada o rehabilitada); artículo 181 (en los supuestos de declaración de ausencia de una persona) (110); artículo 249 (en el procedimiento de remoción del tutor); y los artículos 207 (durante el proceso de incapacitación) y 296 (en los procesos de prodigalidad), ahora contenidos en el artículo 758 de la LEC (111).

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

(110) A favor de su identidad con el defensor de los artículos 299 a 302 del Código Civil, vid., LETE DEL RÍO, J. M., «Comentario al artículo 299 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 475; FLORENSA I TOMÀS, C. E., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 251; YZQUIERDO TOLSADA, M., «La curatela, el defensor judicial y la guarda de hecho», en *Estudios sobre incapacitación e instituciones tutelares*, Tecnos, Madrid, 1984, pág. 150. En contra, GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C., «Comentario al artículo 299 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 855.

(111) Se considera que es distinta de la figura del defensor judicial de los artículos 299 a 302 del Código Civil, MORENO MARTÍNEZ, J. A., «El defensor judicial», *op. cit.*, pág. 82, nota 108; GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C., «Comentario al artículo 299 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 855. A favor, ALBALADEJO GARCÍA, M., «Curso de Derecho Civil», *op. cit.*, pág. 327; SERRANO ALONSO, E., «Comentario del artículo 299 del Código Civil», *op. cit.*, pág. 690; y la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid, Sección 1.^a, de 22 de octubre de 1998 (AC 1998/2263).

Finalmente, es posible que se nombre el defensor como medida cautelar (arts. 158 y 172 del CC y 758 de la LEC) (112), y que el que ha sido defensor sea nombrado tutor (113).

IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, M., «Curso de Derecho Civil», vol. IV, *Derecho de Familia*, 10.^a ed., Edisofer, Madrid, 2006.
- ÁLVAREZ LATA, N., «Comentario a los artículos 299 a 302 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, coordinador: Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 2.^a ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.
- BLANCO GONZÁLEZ, A., *El defensor judicial*, Tórculo Edicions, Barcelona, 2003.
- CASTÁN VÁZQUEZ, J. M.^a, «Comentario al artículo 163 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. III, vol. 2.^o, Edersa, Madrid, 1982.
- «Comentario del artículo 163 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigidos por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ, Luis Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN y Pablo SALVADOR CORDECH, T. I, 2.^a ed., Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- COUTO GÁLVEZ, R. M.^a, «El defensor judicial», en *Comentarios al Código Civil*, coordinadores: Joaquín RAMS ALBESA y Rosa María MORENO FLÓREZ, T. II, vol. 2.^o, Bosch, Barcelona, 2000.
- FLORENSA I TOMÁS, C. E., *El defensor judicial*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1990.
- GETE-ALONSO y CALERA, M.^a del C., «Comentario a los artículos 299 a 302 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigidos por Cándido PAZ-ARES RODRÍGUEZ, Rodrigo BERCOVITZ, Luis Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Pablo SALVADOR CODERCH, T. I, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991.
- GONZÁLEZ, J., «El defensor judicial», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año VI, núm. 63, marzo de 1930, págs. 193 a 200, y 253 a 270.
- HERNÁNDEZ GIL, F., «Sobre la figura del defensor judicial de menores», en *Revista de Derecho Privado*, marzo de 1961, págs. 201 a 225.
- JIMÉNEZ ASEÑO, E., Voz: «Defensor judicial», en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, T. VI, Seix, Barcelona, 1954.
- LACRUZ BERDEJO, J. L., y cols., «Elementos de Derecho Civil», T. IV, *Familia*, 3.^a ed. revisada y puesta al día por Joaquín RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2008.
- LASARTE ÁLVAREZ, C., «Principios de Derecho Civil», T. VI, *Derecho de Familia*, 7.^a ed., Marcial Pons, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2008.

(112) Vid., el Auto del Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, de 5 de noviembre de 2002 (La Ley 222589/2002); el Auto de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 5.^a, de 5 de junio de 2000 (AC 2000/1275); el Auto de la Audiencia Provincial de Ourense, Sección 2.^a, de 21 de marzo de 2002 (La Ley 59516/2002); el Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 2.^a, de 10 de diciembre de 2008 (La Ley 274707/2008); el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 18.^a, de 30 de junio de 2009 (La Ley 180411/2009); y el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia, sección 10.^a, de 30 de marzo de 2010 (La Ley 84120/2010).

(113) La sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4.^a, de 15 de septiembre de 2010 (La Ley 159107/2010).

- LETE DEL RÍO, J. M., «Comentarios a los artículos 299 a 302 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, T. IV, Edersa, Madrid, 1985.
- MORENO MARTÍNEZ, J. A., *El defensor judicial*, Montecorvo, Madrid, 1989.
- MORENO QUESADA, B., «El curador, el defensor judicial y el guardador de hecho», en *Revista de Derecho Privado*, abril de 1985, págs. 307 a 330.
- MONTÉS PENADÉS, V. L., «Comentario al artículo 163 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de Derecho de Familia*, vol. II, Tecnos, Madrid 1984.
- PÉREZ ÁLVAREZ, M. Á., «La tutela, la curatela y la guarda de los menores e incapacitados», en *Curso de Derecho Civil*, vol. IV, Derecho de Familia, coordinador: Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDÁZ, 2.^a ed., Colex, Madrid, 2008.
- PUIG I FERRIOL, L., «Comentario a los artículos 299 a 302 del Código Civil», en *Comentarios a las reformas de nacionalidad y tutela*, Tecnos, Madrid, 1986.
- SERRANO ALONSO, E., «Comentario a los artículos 299 a 302 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, coordinador: Ignacio SIERRA GIL DE LA CUESTA, T. 2, Bosch, Barcelona, 2006.
- SERRANO GIL, A., «El defensor judicial», en *Protección Jurídica del Menor*, coordinadoras: M.^a Paz POUS DE LA FLOR y Lourdes TEJEDOR MUÑOZ, Colex, Madrid, 2009.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

STS de 1 de julio de 1981.
STS de 13 de julio de 1981.
STS de 5 de junio de 1997.
STS de 19 de mayo de 1995.
STS de 24 de mayo de 2002.
ATS de 5 de noviembre de 2002.
STS de 7 de noviembre de 2002.
STS de 4 de marzo de 2003.
STS de 30 de junio de 2004.
STS de 10 de mayo de 2005.
RDGRN de 27 de enero de 1987.
RDGRN de 6 de febrero de 1995.
RDGRN de 3 de abril de 1995.
RDGRN de 6 de noviembre de 1998.
RDGRN de 25 de abril de 2001.
RDGRN de 6 de noviembre de 2002.
RDGRN de 15 de septiembre de 2003.
RDGRN de 14 de mayo de 2010.
RDGRN de 2 de junio de 2010.
SAP de Burgos, de 18 de noviembre de 1996.
AAP de Guipúzcoa, de 2 de junio de 1998.
SAP de Valladolid, de 22 de octubre de 1998.
AAP de Asturias, de 29 de noviembre de 1999.
AAP de La Rioja, de 6 de abril de 2000.
AAP de Asturias, de 5 de junio de 2000.
AAP de Madrid, de 16 de julio de 2001.
AAP de Cádiz, de 16 de mayo de 2002.
SAP de Asturias, de 6 de junio de 2002.

AAP de Madrid, de 7 de junio de 2002.
AAP de Albacete, de 9 de junio de 2003.
AAP de Almería, de 29 de abril de 2004.
SAP de Badajoz, de 11 de mayo de 2004.
AAP de Valladolid, de 21 de junio de 2004.
AAP de Asturias, de 24 de junio de 2004.
AAP de Álava, de 23 de noviembre de 2005.
AAP de Badajoz, 25 de mayo de 2006.
AAP de Guadalajara, de 22 de junio de 2006.
AAP de Cáceres, de 20 de septiembre de 2006.
AAP de Las Palmas, de 15 de enero de 2007.
SAP de Pontevedra, de 26 de enero de 2007.
AAP de Zaragoza, de 13 de febrero de 2007.
SAP de A Coruña, de 30 de octubre de 2007.
AAP de Castellón, de 15 de abril de 2008.
AAP de Jaén, de 22 de abril de 2008.
SAP de Madrid, de 18 de noviembre de 2008.
SAP de Alicante, de 19 de enero de 2009.
AAP de Valencia, de 30 de marzo de 2010.

RESUMEN

DEFENSOR JUDICIAL CONFLICTO DE INTERESES

En el presente estudio nos hemos centrado en un análisis del defensor judicial como institución de guarda de menores e incapacitados, caracterizada por ser un cargo de nombramiento judicial, temporal, transitorio, subsidiario, y que coexiste en algunos supuestos con quienes ejercen la patria potestad o la tutela o curatela; haciendo especial hincapié en los concretos supuestos de actuación del mismo, tales como la existencia de intereses opuestos entre los menores e incapacitados y sus representantes legales, o cuando transitoriamente no existe persona que ejercite adecuadamente las funciones tutelares; o, en fin, otros supuestos contenidos en el Código Civil fuera de la regulación, que tal norma dedica expresamente al defensor judicial (arts. 299 a 302), con puntual referencia de la doctrina y jurisprudencia existente sobre la materia.

ABSTRACT

JUDICIAL DEFENDER CONFLICT OF INTEREST

This study focuses on an analysis of the judicial defender as an institution guarding the underage and the legally incompetent. The office of judicial defender is characterised by being a temporary, transitional, subsidiary judicial appointment, and the judicial defender coexists in some cases with the persons who exercise parental authority, guardianship or custodianship. Special emphasis is laid on specific cases where the judicial defender must act, such as where there are opposing interests between the underage or the legally incompetent and their legal representatives; or when, in a transitional situation, there is no-one to play the function of a guardian properly; or, in short, other events contained in the Civil Code outside the sections expressly devoted to the judicial defender (sections 299 to 302). One-off references are made to pertinent doctrine and case law.