



Universidad de Oviedo
Universidá d'Uviéu
University of Oviedo

MÁSTER UNIVERSITARIO EN ABOGACÍA

TRABAJO FIN DE MÁSTER

**LAS MODIFICACIONES EFECTUADAS EN EL
DEFENSOR JUDICIAL POR LA LEY 8/2021**

CAMBIO DE PARADIGMA Y NUEVO ORDEN NORMATIVO

Autor: Carlos María Antuña Suárez

Director: Julio Francisco Carbajo González

Convocatoria: Enero de 2023

RESUMEN

En el marco de los análisis que abordan las reformas de las instituciones de guarda por la Ley 8/2021, en este texto se detalla la evaluación de las modificaciones civiles y procesales más destacables en la figura del defensor judicial y su comparación con su anterior régimen legal que mantiene su ámbito subjetivo de actuación si bien con otra terminología distinta a la luz de las nuevas exigencias normativas que marca la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. En la nueva redacción del Código Civil se incorporan nuevos supuestos de nombramiento con una solución a los conflictos existentes en caso de pluralidad de sujetos que prestan la misma medida de apoyo y su nueva especialización por nombramiento judicial basada en una independencia funcional, aún periódica y sin vocación de permanencia, que marca una solemne ruptura frente a una tradición jurídica anterior en la que cobraba especial protagonismo su naturaleza subsidiaria, respecto de otros cargos tutelares y su designación tanto en la aparición de conflictos de intereses como en otros supuestos de carácter sobrevenido.

ABSTRACT

Within the framework of the analyses that address the reforms of the guardianship institutions by Law 8/2021, this text details the evaluation of the most notable civil and procedural modifications in the figure of the judicial defender and its comparison with its previous legal regime, which maintains its subjective scope of action although with a different terminology in the light of the new regulatory requirements set by the Convention on the Rights of Persons with Disabilities. The new wording of the Civil Code incorporates new cases of appointment with a solution to the existing conflicts in the event of a plurality of subjects providing the same measure of support and its new specialisation by judicial appointment based on a functional independence, still periodic and not intended to be permanent, which marks a solemn break with a previous legal tradition in which its subsidiary nature, with respect to other guardianship positions and its appointment in the appearance of conflicts of interest as well as in other cases of a supervening nature, took on special prominence.

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

AA.VV.....	Varios autores.
Art.....	Artículo.
Arts.	Artículos.
BOE.....	Boletín Oficial del Estado.
CC.....	Código civil.
CDPD.....	Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad
D.....	Digesto justiniano.
FJ.....	Fundamento jurídico.
LEC.....	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LJV.....	Ley 15/2015, de 2 de junio, de Jurisdicción voluntaria.
LO.....	Ley Orgánica.
LPAD.....	Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.
LPPPD.....	Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad
Núm.	Número.
ONU.....	Organización de las Naciones Unidas
Pág.....	Página
Págs.....	Páginas.
RDGRN.....	Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado.
ss.....	Siguientes
STC.....	Sentencia del Tribunal Constitucional.
STS.....	Sentencia del Tribunal Supremo.
TRLGDPD.....	Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	5
CAPÍTULO I. CONSIDERACIONES PREVIAS.....	7
1.1. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD	7
1.1.1. La nueva configuración de la capacidad jurídica	7
1.1.2. La ratificación judicial de la Convención e incompatibilidad del sistema de provisión de apoyos	9
1.1.3. La reinterpretación del artículo 12 de la Convención: voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.....	11
1.2. LA INCAPACIDAD Y DISCAPACIDAD EN MATERIA CIVIL	13
1.3. OBJETO Y CONTENIDO DE LAS MEDIDAS DE APOYO JUDICIALES	19
CAPÍTULO II. EL DEFENSOR JUDICIAL: MARCO PRELIMINAR Y DESARROLLO LEGISLATIVO	21
2.1. LEY 11/1981. NUEVA DELIMITACIÓN Y SUPUESTOS CAUSALES	21
2.2. LEY 13/1983. DE LA REPRESENTACIÓN DEL MENOR A LA INTRODUCCIÓN EN EL SISTEMA TUTELAR.....	23
2.3. LEY ORGÁNICA 1/1996: EL ENCAJE DE LA LEGITIMACIÓN DE LOS PADRES.....	25
2.4. LEY 15/2015 DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y LA CREACIÓN DE UN NUEVO PROCEDIMIENTO GENERAL DE NOMBRAMIENTO	27
CAPÍTULO III. DINÁMICA DEL NOMBRAMIENTO	30
3.1. SUPUESTOS LEGALES DE ACTUACIÓN	30
3.1.1. Imposibilidad o inacción en la prestación de medidas de apoyo	30
3.1.2. El Conflicto de intereses respecto de quien presta el apoyo.....	33
3.1.3. En la tramitación de excusa o remoción del cargo de curador.....	36

3.1.4. En caso de que se inste un procedimiento de provisión de medidas de apoyo judiciales para la administración de bienes.....	37
3.1.5. Cuando se precisen medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente	38
3.2. LEGITIMACIÓN	39
3.3. PROCEDIMIENTO.....	41
3.3.1. Solicitud	42
3.3.2. Comparecencia	44
3.3.3. Resolución	45
3.4. CUESTIONES RELATIVAS AL CESE Y EXTINCIÓN	46
3.4.1. La rendición de cuentas	47
CAPÍTULO IV. EJERCICIO Y FUNCIONES DEL CARGO	49
4.1. OBLIGACIONES GENERALES Y PROHIBICIONES DEL CARGO	49
4.2. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS NEGOCIOS O ACTOS CELEBRADOS	51
4.2.1. La dispensa de venta en la subasta pública	51
4.2.2. La falta de asistencia del defensor judicial	52
4.3. ASPECTOS CONCERNIENTES AL DEFENSOR JUDICIAL DEL MENOR...	53
CONCLUSIONES.....	55
REFERENCIAS	57
⊗ NORMATIVAS	57
⊗ RESOLUCIONES CITADAS.....	58
⊗ BIBLIOGRÁFICAS.....	60

INTRODUCCIÓN.

El objeto del presente estudio es efectuar un análisis minucioso de una de las principales medidas de apoyo judicial reintroducida en nuestro Derecho civil, abordando los aspectos más relevantes de su contenido para cuyo estudio crítico y detallado se ha utilizado legislación mayoritariamente civil como distintas fuentes tanto en soporte físico como electrónico (monografías, obras colectivas, artículos de revista, manuales universitarios, etc.) y jurisprudenciales, así como las comunicaciones y publicaciones efectuadas en congresos y ponencias que se han desarrollado a lo largo de estos últimos meses.

Tanto la predilección personal como la importancia de este estudio no radican solo en la priorización de nuevos principios como la autonomía e igualdad de la persona en el ejercicio de su capacidad jurídica y la mínima intervención judicial en sus necesidades que inciden de manera considerable en el nuevo sistema de apoyos sino también, a efectos de recordar el valor de viejas instituciones tutelares cuya refundición ante el nuevo paradigma en materia de discapacidad rompen radicalmente con su constitución legal anterior y ello requiere que se aclaren cuestiones sobre las que aún no se guarda suficiente conocimiento. Hay que tener en cuenta que esta reforma ha reforzado una ya presente diferencia entre la actuación correspondiente a menores como a personas con discapacidad (anteriores incapacitados o personas con capacidad modificada judicialmente), al introducir supuestos de nombramiento que de manera independiente, caben para el defensor judicial presente en el artículo 163 del código referente a los conflictos de intereses entre menores y progenitores que anteriormente compartía con la regulación general del defensor judicial (anteriores arts. 299 y ss. CC).

El trabajo se estructura en cuatro capítulos temáticos. El primero aborda los antecedentes y orígenes del contenido que configura la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que han asentado e incidido en la nueva configuración normativa del defensor judicial. El segundo capítulo se corresponde con las diversas modificaciones efectuadas en esta institución a lo largo de su evolución normativa desde su instauración en el código hasta su redimensión final por esta reforma. En el tercer capítulo se encuentra el eje central de este estudio, el análisis de las cuestiones relativas a sus supuestos de actuación y su procedimiento de nombramiento, junto con determinados aspectos concernientes a la extinción de la medida de apoyo. El cuarto bloque se corresponde con un análisis de sus funciones y obligaciones más significativas, junto con una serie de conclusiones finales en las que se destacarán los cambios más significativos efectuados por la reforma en esta medida de apoyo de origen judicial.

CAPÍTULO I.- CONSIDERACIONES PREVIAS.

La transposición de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad¹ ha necesitado de una serie de adaptaciones a través de la ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (ley 8/2021, en adelante), consolidando un nuevo sistema de apoyos acorde a los principios, objetivos y exigencias de este tratado internacional.

Este ingente periodo de modificaciones requiere de una valoración inicial que especifique tanto orígenes, controversias así como aspectos más complejos y con falta de consenso que se han producido a lo largo de toda su configuración legislativa.

1.1. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.

Mediante un periodo de hasta ocho sesiones comprendidas entre los años 2002 y 2006 y con la creación de un Comité Especial encargado, tanto de recabar y examinar propuestas e iniciativas de los Estados miembros y organizaciones no gubernamentales² como de constituir el Grupo de Trabajo encargado de redactar el borrador previo a las negociaciones, permitiendo su asistencia pública mediante la formulación de declaraciones y su participación en la redacción de este tratado internacional³, el 13 de diciembre de 2006 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo con el propósito, según su primer artículo, de promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todas las personas con discapacidad en los referente a todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

1.1.1. La nueva configuración de la capacidad jurídica.

En este sentido, el eje de todas las disputas se centró en la capacidad jurídica, ya que si bien uno de los postulados principales de la Convención era la autonomía e independencia

¹ Mediante ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, aunque su ratificación se produjo el 21 de abril de 2008 y su entrada en vigor, el 3 de mayo de 2008 pasando a forma parte del ordenamiento interno, el séptimo párrafo de su preámbulo ya avisaba de la necesaria adaptación y modificación en aras de hacer efectivos sus derechos.

² Véase para ello, la Resolución 56/168, de 19 de diciembre de 2001. Disponible a 30 de noviembre de 2022 en: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/disA56168e1.htm>

³ Así lo acordó el Comité Especial mediante el punto 10 del informe sobre la primera sesión 57/357, a propuesta de su presidente. Disponible a 30 de noviembre de 2022 en: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/adhoca57357s.htm>

individual incluyéndose la libertad para tomar decisiones⁴, el informe de la quinta sesión respecto al contenido del proyecto sobre el artículo 9 manifestó un desacuerdo general sobre su significado exigiendo su traducción a los idiomas nativos e interpretarlo en consecuencia mientras que el Comité decidiría, antes del sexto período de sesiones, si se mantenía “*la capacidad para actuar*”, sentido que no habrían adquirido en otras convenciones anteriores⁵. Así pues, no fue hasta el séptimo periodo de sesiones donde su contenido se trasladó al artículo 12 manteniéndose una nota a pie de página por la que en chino, ruso o árabe se identificaba la capacidad jurídica como la ostentación de derechos y no la capacidad de obrar⁶. Esta situación se extendió hasta el octavo y último periodo de sesiones dada la complejidad del debate por la que el Comité añadió dos reuniones más en diciembre. En este periodo, el Comité recibió una carta del Presidente del Grupo de Estados Árabes y Representante Permanente de Irak por la que declinaba su apoyo a mantener la inclusión de la nota⁷ y dado ya el profundo consenso alcanzado por los Estados⁸, se aprobó finalmente la Convención sin la nota a pie, lo que supuso la fagocitación de la capacidad de obrar dentro del concepto de capacidad jurídica amplio comprendiendo tanto la titularidad de derechos como en el ejercicio de los mismos. El texto final recogió el reconocimiento universal de la personalidad jurídica de las personas con discapacidad, la igualdad de la capacidad jurídica en todos los aspectos de su vida con el correspondiente acceso, proporcionado por los Estados partes, al sistema de apoyos que pudieran necesitar para su ejercicio y mecanismos de protección para impedir abusos y la igualdad en el ejercicio de sus derechos patrimoniales.

Para que su vigencia fuera decisiva en consagrar este nuevo orden legal, se buscó la máxima aplicabilidad de su contenido mediante la Observación General Primera del Comité

⁴ Véase el apartado n) del preámbulo de la Convención, entre otros.

⁵ Tal y como dispone el punto 18 del informe sobre la quinta sesión 265/2005/2, de 23 de febrero de 2005. Disponible a 30 de noviembre en: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc5reports.htm#textfnb>

⁶ “*In Chinese, Russian, and Arabic, legal capacity means “legal capacity for rights”, rather than “legal capacity to act”*” como nota a pie de página ya insertada desde en el artículo 9 como recoge el informe sobre la quinta sesión sobre el artículo 12 (A/AC.265/2005/2).

⁷ BARBA, V: “Capítulo 1 el art. 12 de la convención sobre. los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006” CHAPARRO MATAMOROS, P, BUENO BIOT, A (coordinadores) DE VERDA Y BEAMONTE, J (director), AAVV: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pág. 29.

⁸ A partir del séptimo periodo de sesiones, la posición de los Estados era preferentemente favorable a la inclusión de este nuevo modelo tutelar basado en apoyos existiendo países como Japón donde si bien eran totalmente desconocidos, la mayoría de los Estados reclamaba su vigencia en casos de carácter excepcional. TORRES COSTAS, E. “Capítulo 1. La Convención de Nueva York y los principios que la inspiran” LLAMAS POMBO, E., TORAL LARA, E., MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., *El nuevo derecho de las discapacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento* Wolters Kluwer, Madrid, 2021, págs. 31

sobre Derechos de las Personas con Discapacidad⁹ publicada en 2014 que más allá de la apreciación de unos supuestos nuevos mandatos *ultra vires*¹⁰, se decantó directamente por la supresión de regímenes y mecanismos basados en la adopción de decisiones sustitutiva en aras de reemplazarse por otros basados en apoyos a la adopción de decisiones, sin posibilidad de que ambos coexistan paralelamente para cumplir las obligaciones de los Estados partes respecto del artículo 12 de la Convención¹¹. Aquí se halla pues, la clave de bóveda que sustenta toda la reforma efectuada sobre el sistema de incapacitación y tutela basado en este modelo de sustitución de decisiones por representación con especial atención al controvertido internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico (art. 763 LEC)¹², ante la imposibilidad de comprender supuestos fuera de la autonomía y libre consentimiento de la persona con discapacidad.

1.1.2. La ratificación judicial de la Convención e incompatibilidad del sistema de provisión de apoyos.

La ralentización del legislador en la adaptación del derecho interno a las exigencias de la Convención trasladó el timón de tal iniciativa al poder judicial, con bastante anterioridad a esta reforma. Desde su transposición el 21 de abril de 2008, el Tribunal Supremo añadió nuevas interpretaciones a los artículos 200 CC y 760.1 LEC dado que su contenido podría resultar contradictorio para alcanzar una compatibilidad con el sistema tutelar de asistencia y determinar la plena titularidad de los derechos fundamentales que ostenta la persona declarada incapacitada. El procedimiento de incapacitación se identificó como un sistema de protección respecto de una persona cuyas facultades intelectivas y volitivas no le permiten ejercer sus derechos por falta de autogobierno (STS 282/2009, 29 de abril, FJ 7), descartando la patria potestad prorrogada frente a la curatela como medida de apoyo y asistencia del superior

⁹ Pues como recoge su punto 3 en base a los informes presentados por los Estados parte, el Comité considera que no se ha entendido que alcanzar un modelo de la discapacidad basado en los derechos humanos pasa por la transición hacia un sistema de adopción de decisiones a través de apoyos, lo que a su vez requiere analizar las obligaciones generales que se derivan de este artículo.

¹⁰ Respecto de las disposiciones contenidas FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. “La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma de la discapacidad” *Diario La Ley*, nº 9961, 2021, pág. 4, y GARCÍA RUBIO, M^a P. “Capítulo 2. La reforma operada por la Ley 8/2021 en materia de apoyo a las personas con discapacidad: planteamiento general de sus aspectos civiles” LLAMAS POMBO, E., TORAL LARA, E., MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (directoras) *El nuevo derecho de las discapacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pág. 53.

¹¹ Véase para ello los puntos 28 y 50.a) de la Observación General nº 1 del Comité sobre el artículo 12 de la Convención.

¹² Además de declararse inconstitucionales los apartados primero por STC Pleno 132/2010, en cumplimiento de la misma, este artículo se declaró orgánico por la reforma de la disposición adicional primera del artículo 2.3 de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, lo que hizo que no pudiera modificarse por la ley 8/2022 sin perjuicio de considerar totalmente necesaria su reforma.

interés de la persona con discapacidad (STSS 544/2014, 20 de octubre, FJ 3, 617/2012, 11 de octubre, FJ 2) y priorizándola frente a la tutela en aquellos supuestos de incapacitación parcial. En todo caso, se consagró la incapacitación judicial como “*un traje a medida*”, algo flexible que debe adaptarse a la concreta necesidad de protección de la persona y para ello, es necesario que el tribunal que deba decidir adquiriera una convicción clara de cuáles son sus intereses personales y patrimoniales, y en qué medida precisa una protección y ayuda (STS 341/2014, 1 de julio, FJ 6)

Junto con tres instrucciones de la Fiscalía General del Estado que trataban de interpretar el carácter tuitivo de la Convención¹³, el Comité rechazó la intención de compatibilizar la vigencia de ambos sistemas tutelares, pues en cumplimiento del artículo 12 era necesario reemplazar los regímenes de sustitución en la adopción de decisiones por una asistencia para la toma de decisiones que respete la autonomía, voluntad y preferencias de la persona con discapacidad¹⁴, fijando medidas o procesos para garantizar el consentimiento tanto de la propia institución de guarda como en la designación misma del tutor con el aporte de datos necesarios para concretar si las instituciones de internamiento de estas personas eran centros especializados¹⁵.

En definitiva, no deja de ser significativo el propósito de los tribunales en incorporar el sentido manifestado por la Convención en su devenir práctico, aún en vano y pese a una frontal y perpetua negativa en ese sentido¹⁶ ya que el modelo de incapacitación judicial

¹³ Así por ejemplo, la Instrucción 3/2010, de 29 de noviembre, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas dispone como tercera de sus conclusiones “*La curatela como institución más acorde con el sistema de apoyo y asistencia en la toma de decisiones*”. De otro lado, el impulso del establecimiento y organización de un sistema de atención especializada en la protección de las personas con discapacidad dentro de las Secciones de lo Civil de las distintas Fiscalías por la Instrucción 4/2009, de 29 de diciembre, sobre la organización de las secciones de lo civil y del régimen especializado en materia de protección de personas con discapacidad y tutelas o el establecimiento de una base de almacenamiento de datos sobre todas las diligencias preprocesales y procedimientos judiciales relativos a tutelas de las personas con discapacidad por la Instrucción 4/2008, 30 de julio de 2008, sobre el control y vigilancia por el ministerio fiscal de las tutelas de personas discapaces.

¹⁴ Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad CRPD/C/ESP/CO/1, 19 de octubre de 2011, págs. 5.y 6.

¹⁵ Como crítica manifestada por la presidenta del grupo de trabajo a la hora de valorar el informe y alegaciones transmitidas por la delegación española, cuestionándose la promisión por parte del Ministerio de Justicia de las medidas necesarias para reconocer su capacidad jurídica y mecanismos de garantía en su toma de decisiones, requiriendo un plazo para prohibir toda acción contraria al artículo 12 de la Convención como la declaración de discapacidad: Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención, CRPD/C/6/SR.3, 9 de noviembre de 2011, pág. 11 y 12.

¹⁶ Pues desde esa primera reunión del 20 de septiembre de 2011, era absoluta la oposición del Comité al sistema de incapacitación y tutela previstos en el Código Civil por considerarlos totalmente contrarios e incompatibles con la Convención. TORRES COSTAS, M^a E: *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención (...)*, pág. 126.

instaurado por la ley 13/1983 relegó el 95% de las demandas a sentencias de incapacitación plena “*para todo*” y “*para siempre*”¹⁷ con el insoslayable nombramiento del tutor, manteniéndose en este sentido, hasta la aprobación definitiva de esta reforma y su confirmación por la jurisprudencia que la interpreta¹⁸.

1.1.3. La reinterpretación del artículo 12 de la Convención: Voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad.

Los Estados, además de asegurar las medidas relativas al ejercicio de la capacidad jurídica, han de proporcionar salvaguardias para impedir abusos, asegurando que tales medidas respeten “*los derechos, la voluntad y las preferencias de la persona*” (art. 12.4 CDPD), que sustituye¹⁹ al interés superior del discapaz o del discapacitado²⁰ (STS 465/2019, 17 de septiembre, FJ2) como rector de la actuación de los poderes públicos y suma de distintos factores que tienen en común el esfuerzo por mantenerlo en su entorno social, económico y familiar en el que se desenvuelve y como corolario lógico, su protección como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de los derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión para lo que es determinante un doble compromiso: social e individual por parte de quien asume su cuidado²¹.

Sin embargo, el texto final que acoge la reforma señala varios preceptos del código que hacen referencia a la “*voluntad, deseos y preferencias de la persona*” (arts. 249, 250, 255, 288, 297 CC., entre otros), sustituyendo la referencia a sus derechos por la relativa a sus deseos, no en cambio en la esfera procesal; donde se sustituye este interés superior por “*la*

¹⁷ Comisión de Ética y Legislación, Asociación Española de Neuropsiquiatría (AEN), *Sobre la reforma de la legislación civil en materia de protección de personas con discapacidad*. 2016, pág. 6. Disponible a 6 de noviembre de 2022 en: <https://amsmblog.files.wordpress.com/2016/06/03-aen-reforma-legislaciocc81n.pdf>

¹⁸ Véase para ello la curiosa STS (Pleno) 589/2021, 8 de septiembre, al seguir escrupulosamente los dictados de la Convención sobre el Código Civil sin rectificar, matizar o hacer alusión alguna a las posiciones mantenidas anteriormente a la reforma.

¹⁹ En este caso, el legislador siguió el punto 21 de la Observación general nº 1 del Comité que estima más acorde al derecho a la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad con las demás, reemplazar el “interés superior” por el paradigma de “*la voluntad y las preferencias*”

²⁰ Como definición que aporta SANTOS URBANEJA, F. para lo que hubiese sido un texto articulado adaptado a los principios de la Convención, se trata de aquel que, en relación con sus circunstancias concretas, le reporte mayor calidad de vida y felicidad, apreciado ello conforme a lo manifestado por dicha persona de acuerdo con sus convicciones personales, dentro de los límites legalmente previstos “Sobre reforma de la legislación civil en materia de protección de personas con discapacidad” AAVV. *Comisión de Ética y Legislación de la Asociación Española de Neuropsiquiatría* (AEN), 2016, págs. 45 y 48. Disponible a 11 de diciembre de 2022 en: <http://fernandosantourbaneja.blogspot.com/2016/05/n-90-discapacidad-salud-mental-mayores.html> y que reitera de nuevo en “La guarda de hecho: institución clave en el nuevo sistema de protección jurídica de las personas con discapacidad” Editorial Fundación Aequitas. *Biblioteca Fundación ONCE*, 2017, pág. 11. Disponible a 10 de diciembre de 2022 en: <https://biblioteca.fundaciononce.es/publicaciones/otras-editoriales/la-guarda-de-hecho-institucion-clave-en-el-nuevo-sistema-de>

²¹ SSTs 458/2018, 18 de julio FJ3, 403/2018 27 de junio FJ2, 373/2016, 3 de junio FJ3, 635/2015, 19 de noviembre FJ2, entre otras.

voluntad, deseos, preferencias y derechos” de las personas con discapacidad que salvaguardará el Ministerio Fiscal durante el procedimiento de provisión de medidas de apoyo judiciales (art. 749.1 LEC) y respecto de los hijos con discapacidad, en la impugnación de las propuestas del convenio regulador ante separación o divorcio de mutuo acuerdo (art. 777.8 LEC).

En ambos casos se puede apreciar que la Convención actúa por sus propios principios; pues la autonomía individual en la que se incluye la libertad para tomar las propias decisiones, la independencia de las personas o la participación e inclusión plenas y efectivas en la sociedad (art. 3 CDPD) se asocian a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad, operando desde su propia perspectiva de protección sin injerencias o dependencias de terceros como sí ocurre con el interés superior de la persona afectada²² que no permite negarse a la provisión de apoyos judiciales ni instar la aplicación de aquellas medidas de carácter voluntario²³.

Por tanto, esta es la razón principal que inspira la supresión del interés superior de la persona con discapacidad²⁴ sin dejar cabo suelto en aquellos supuestos en los que no se pueda determinar su voluntad y preferencias. Si no pudieran expresarse por ningún medio o reconstruirse de ningún modo, en estos supuestos excepcionales operaría “*la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias*”²⁵, criterios que la permitiría actuar a través de un mecanismo de sustitución de la capacidad jurídica²⁶ y que cuya transposición en la reforma ha dotado a las medidas de apoyo de funciones representativas (art. 249.III CC).

²² Cuatro meses antes de la entrada en vigor de la ley 8/2021, el Tribunal Supremo dio un paso más allá definiéndolo como principio axiológico básico en la interpretación y aplicación de las normas reguladoras de las medidas de apoyo, que recaigan sobre las personas afectadas. Un auténtico concepto jurídico indeterminado o cláusula general de concreción, sometida a ponderación judicial según las concretas circunstancias de cada caso. La finalidad de tal principio radica en velar preferentemente por el bienestar de la persona afectada, adoptándose las medidas que sean más acordes a sus intereses, que son los que han de prevalecer en colisión con otros concurrentes de terceros (STS 269/2021, 6 de mayo, FJ2)

²³ Véase para ello, el punto 19 de la Observación general Nº 1 de la ONU

²⁴ En otras palabras, pasar de un modelo inspirado en el superior interés de la persona con discapacidad a un sistema inspirado en el interés preferido de la persona con discapacidad BARBA, V. “Capítulo 3 Principios generales de las medidas de apoyo en el marco de la convención de Nueva York” AAVV. *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, 1ª edición, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pág. 83.

²⁵ Así lo dispone el punto 21 de la Observación general Nº 1 de la ONU

²⁶ En este sentido, MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C, considera que este punto 21 de la Observación marca las pautas que deberían regir la actuación sustitutiva basadas en “la mejor interpretación posible de la voluntad y las preferencias” como criterio bastante para convalidar esta actuación, aparentemente rechazada con contundencia por la misma Observación, “Capítulo 4. La Observación General Primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?” BRAVO DE MASILLA CEDEIRA, G. GARCÍA MAYO, M. (directores) GIL MEMBRANO C., PRETEL SERRANO, J.J. (coordinadores) AAVV. *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, 1ª edición, Wolters Kluwer, Madrid, 2021., pág. 117.

Sin perjuicio de la existencia de otras medidas de apoyo de carácter judicial o informal, ya sea por autorización judicial *ad hoc* para el guardador de hecho o de manera más cotidiana, para la curatela a la que se atribuye excepcionalmente funciones representativas²⁷, en la práctica judicial se han acordado medidas de apoyo judiciales cuando “*existe una degradación que le impide el ejercicio de sus derechos y las necesarias relaciones con las personas de su entorno (...), está justificada la adopción de las medidas asistenciales (proporcionadas a las necesidades y respetando la máxima autonomía de la persona), aun en contra de la voluntad del interesado, porque se entiende que el trastorno que provoca la situación de necesidad impide que esa persona tenga una conciencia clara de su situación*” (STS 589/2021, 8 de septiembre, FJ 4)²⁸. Toda una situación de contrariedad a los principios de la Convención que no ha pasado desapercibida²⁹, si tenemos en cuenta el derecho de la persona con discapacidad a no recibir el apoyo que precise para el ejercicio de su capacidad jurídica.

1.2. LA INCAPACIDAD Y DISCAPACIDAD EN MATERIA CIVIL.

A lo largo de toda la trayectoria jurídica que ha tenido la incapacitación en la legislación civil española no ha sido posible hallar una definición legal de la misma³⁰ ni siquiera en base a las normas que regulan su régimen de manera miscelánea con reserva de un antiguo procedimiento general para la tutela de locos y sordomudos³¹ bajo declaración sumaria (anterior art. 218 CC), junto con causas, casos, requisitos y efectos que conlleva tanto en personas sujetas a tutela como en otras instituciones del derecho civil. En su primera redacción, el Código Civil parece recoger las causas de incapacitación dentro de su título IX

²⁷ Véanse los párrafos cuarto y quinto de la exposición de motivos III de la Ley 8/2021.

²⁸ En la primera sentencia del Tribunal Supremo que aplica la nueva regulación de la reforma tutelar. El Pleno adoptó una curatela consistente en servicios de limpieza y orden de la casa y atención médico asistencial en contra de la propia voluntad de una persona con síndrome de Diógenes y trastorno de la personalidad que actuaba como recurrente, sosteniendo que este trastorno le provocaba tanto no advertir de su carácter patológico como de la necesidad de ayuda, pues si no estuviera afectada por este trastorno, estaría de acuerdo en evitar o paliar esa degradación personal.

²⁹ Aludiendo también a la propia Observación CRPD/C/GC/1, TORAL LARA, E., considera que tal posibilidad incluye tanto rechazarlo, finalizarlo o cambiarlo en cualquier momento. “Capítulo 4. Las medidas de apoyo judiciales e informales en el nuevo sistema de provisión de apoyos del código civil” LLAMAS POMBO, E., TORAL LARA, E., MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (directoras). *El nuevo derecho de las discapacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, págs. 142 y 143.

³⁰ Así lo entiende GARCÍA GARNICA, M C: “Título IX.de la incapacitación” BERCOVIZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.) AAVV, *Comentarios al Código Civil Tomo II*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 2041.

³¹ El legislador del siglo XIX vio tan necesaria la declaración de incapacitación a los “*dementes y sordomudos*” que nuestro primer Código Civil acabó reflejando varios artículos relativos a su procedimiento de incapacitación entre los que se incluyen la legitimación para declararla o determinados aspectos procesales como la necesidad de que los Tribunales examinen al presunto incapaz o la posibilidad que tienen los interesados de interponer demanda de juicio ordinario contra el auto que resuelva sobre la declaración de incapacitación (anteriores arts. 214 - 219 CC.)

bajo la denominación “*De la tutela*” (anterior art. 200 CC)³² basadas en la locura o demencia, sordomudez siempre que concurriera con analfabetismo, prodigalidad y las pretéritas y ya abolidas penas de interdicción civil. La incapacidad se podía materializar en una serie de motivos de remoción de tutores y protutores (anterior art. 238 CC)³³ produciendo la inhabilidad de testigos ya fuere para otorgar testamento (anterior art. 683 CC) como por la denominada incapacidad natural en la prueba testifical en materia de obligaciones anterior a la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (anteriores arts. 683 CC, y el derogado 1.245 CC)³⁴.

Esta incapacidad basada en una situación física o psíquica que elimina el entendimiento y voluntad impidiendo entender y querer el acto que se realiza³⁵ concurrió junto con el modelo de incapacitación mediante rito procesal que figuraba en los artículos anteriormente vistos aunque no con la misma vigencia normativa con la que ambas tuvieron acogida.

Con la reforma del la Ley 13/1983, de 24 de octubre, en materia de tutela, se modifica íntegramente el título IX bajo la denominación “*De la incapacitación*” (anteriores arts. 199 y ss.) asentando las bases generales de la incapacitación civil e instaurando un procedimiento general tanto para menores como mayores de edad³⁶. Se reconocer la incapacitación como graduable³⁷ e inscribible en el Registro Civil (anterior art. 214 CC.) cuando la persona incapacitada cuente con sentencia judicial que así lo refleje. Esta reforma supuso la transición

³² Estas circunstancias que podían originar la incapacitación se encontraban legalmente tasadas en este artículo constituyendo un *numerus clausus* con la salvedad de su primer apartado, los menores de edad no emancipados legalmente, los cuales quedaban sometidos a este cargo tutelar en ausencia de patria potestad, LASARTE ÁLVAREZ, C: *Compendio de derecho de la persona y del patrimonio 7ª Edición*, Dykinson, S.L. Madrid, 2017, pág. 62.

³³ El anterior artículo 238 fijaba esta remoción siempre que se cumplieran los “*casos de incapacidad*” que fijaba su artículo precedente entre los que se encontraban los que ya estaban sujetos a tutela o hubieran sido removidos de otra o extranjeros sin residencia en España (anterior art. 237. 1.º, 4.º, 13.º CC.)

³⁴ En este segundo artículo, el Código Civil recoge por primera vez un apellido al régimen de incapacidad señalando bajo este modelo en el artículo siguiente, a los locos o dementes, los ciegos, sordos y menores de catorce años (anterior art. 1.246 CC.)

³⁵ Partimos de la definición de incapacidad natural atendida a la crónica jurisprudencial en distinción de la incapacitación que nos aporta PICATOSTE BOBILLO, J: “La incapacitación: el marco jurídico” *Revista gallega de psiquiatría y neurociencias*, número 8, 2006, pág. 36

³⁶ Esta reforma también introdujo otras cuestiones de vital relevancia como la inclusión del interés de orden público en la legitimación para su declaración judicial siendo el Ministerio Fiscal quien finalmente decide si se incoa el procedimiento (anterior art. 204 CC)³⁶, la posibilidad de que se inste judicialmente una nueva declaración de incapacidad que modifique o anule la anterior (anterior artículo 212 CC.), y otros aspectos procesales que quedarían derogados para trasladarse a la Ley 7/2000 de Enjuiciamiento Civil con cierta identidad normativa.

³⁷ Conforme al anterior artículo 210 “*La sentencia que declare la incapacitación determinará la extensión y los límites de ésta*”. Por tanto, no tiene por qué afectar a todos los actos civiles que rigen la plena capacidad de obrar haciendo que este sea el único estado civil que admite una graduación o relativización de su contenido fijado judicialmente ya que nadie ha nacido, está casado o adquiere una nacionalidad de manera parcial o limitada, sino que todos los datos que encierran el estado civil de una persona a lo largo de su vida tienen un carácter firme y absoluto.

de las causas tasadas de incapacitación hacia una enumeración más flexible dentro de las “enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico” (anteriores arts. 199 y 200 CC.).

Vistos los precedentes materiales que han configurado esta institución, junto con las condiciones exigibles a su procedimiento y consiguientes restricciones a la realización de actos o negocios jurídicos, podemos identificar la incapacitación como un estado civil³⁸ indisolublemente ligado a la tutela por el que se limita la capacidad de obrar de una persona a través de una resolución judicial firme³⁹ y conforme a unas causas establecidas en la ley.

Mediante 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 (LPPPD), se introduce por primera vez en el código el término “*persona con discapacidad*” para declarar la indignidad sucesoria de aquellos que no le hubieran prestado las atenciones debidas en materia de alimentos (art. 756.7.º CC) y para excluir, tanto del cómputo de la legítima, donaciones o legados de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual en su favor (anterior art. 822 CC) como de la sujeción a colacionar los gastos sobre sus necesidades especiales (anterior art. 1.041 CC).

A diferencia de lo que ocurría con la incapacidad, el legislador sí dotó de una definición expresa de discapacidad a la hora de incorporarla al ordenamiento civil⁴⁰, entendiendo por tales, aquellas afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por ciento o una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por ciento acreditada mediante certificado expedido reglamentariamente o resolución judicial firme (anteriores arts. 2.2 y 2.3). El mismo cariz normativo adoptarían leyes posteriores como la hoy derogada Ley 51/2003, de 2 de

³⁸ En nuestra opinión, al igual que ocurre con los divorcios o las filiaciones, la necesidad de inscribir las sentencias judiciales sobre incapacitación que determinaba el anterior artículo 214 ya dejaba entrever tal posibilidad aunque la jurisprudencia ha venido bien en acogerse a otros preceptos, “*La sentencia de incapacitación (...), es sentencia constitutiva que, cuando en el en el demandado concurre una de las causas que prevé el artículo 200 del Código Civil, le constituye en el estado civil de incapacitado y debe marcar el alcance de la incapacitación*” (STS 24/1998, 27 de enero de 1998, FJ 3º) o bien “*El aspecto civil es atinente al concepto de la incapacitación, como privación de la capacidad de obrar de la persona física, estado civil que tan sólo se constituye por sentencia, como dice el artículo 199 del Código civil*” (STS 533/2004, 11 de junio de 2004, FJ 1º)

³⁹ Si bien el Código Civil no especifica el carácter de la sentencia judicial, la jurisprudencia ha matizado que “*los efectos de la incapacitación se inician al devenir firme la sentencia que la declara, que es constitutiva, pues decide sobre el cambio del estado civil de la persona*” (STS 535/2018, 28 de septiembre de 2018, FJ 2º)

⁴⁰ Así pues, la incorporación de la disposición adicional cuarta del Código Civil por el artículo 13 LPPPD extendió la definición de persona con discapacidad que había dado esta última a los preceptos civiles reformados. Posteriormente, en la reforma efectuada por el artículo 2.67 de la Ley 8/2021, esta disposición adicional no solo se extendería a nuevos preceptos que se refirieran a personas con discapacidad sino también, bajo esta misma definición, a personas en situación de dependencia de grado II y III y la precisión de medidas de apoyo para su capacidad jurídica en tal caso.

diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad que, en congruencia con su vigente predecesora, mantuvo el carácter general de su definición al identificarlas como aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de minusvalía⁴¹ igual o superior al 33 por ciento (anterior art. 1.2). Así pues, la incapacitación judicial y la discapacidad convivieron en nuestra legislación civil como dos instituciones distintas⁴². Ambas partieron de unos supuestos comunes como son las enfermedades o deficiencias de carácter físico o psíquico⁴³ que podían requerir, de manera conjunta o separada, tanto la restricción de la capacidad de obrar como medidas de atención sanitaria o de protección social⁴⁴.

Sin embargo, el transcurso normativo que han tenido las personas con discapacidad basado en la promoción de la igualdad de oportunidades, vida independiente, autonomía personal, supresión de toda forma de discriminación o incluso, el ejercicio real y efectivo de sus derechos en igualdad con el resto de personas⁴⁵, se ha visto en más de una ocasión incompatible ante el predominio de la incapacitación judicial de estas personas para poder disponer de algunos de sus derechos civiles. Solo a través de la incapacitación se ha podido acceder a los cargos tuitivos generales como la tutela y la curatela, mientras que la provisionalidad del defensor judicial quedó reservada en ausencia de funciones tutelares hasta nueva designación y solo para conflictos de intereses entre incapaces y sus curadores (anterior

⁴¹ Sin entrar de fondo en las adaptaciones terminológicas efectuadas, la ratificación de la Convención el 21 de abril de 2008 supuso una sustitución paulatina y parcial del término *minusvalía* por el de *discapacidad*. Mientras que el contenido de la definición que recogía la Ley 51/2003 fue modificado por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación del Convenio, la del artículo 2 LPPPD no fue realizada por esta sino por el artículo 5.2 de la Ley 8/2021.

⁴² De ello se puede inferir por el propio punto II de la Exposición de Motivos en la LPPPD cuando sitúa como beneficiarios de este modelo patrimonial a *“las personas con discapacidad afectadas por unos determinados grados de minusvalía, y ello con independencia de que concurran o no en ellas las causas de incapacitación judicial (...) y de que, concurriendo, tales personas hayan sido o no judicialmente incapacitadas”*

⁴³ En sentido similar reza el artículo 1 de la Convención, entendiéndose por tales, *“aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”*, concepto traspuesto al ordenamiento español hasta la promulgación del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (TRLGDPD).

⁴⁴ Véase por ejemplo, la posibilidad de solicitar asistencia de cuidadores profesionales en el domicilio particular (art. 23 LPAD) o la obligación empresarial de garantizar la accesibilidad al centro y puesto de trabajo adoptando las medidas necesarias de inclusión (art. 40 TRLGDPD).

⁴⁵ Parte del contenido que tiene por objeto el artículo 1 del Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad.

art. 299 CC.). En cuanto al guardador de hecho, podríamos considerarla como la única figura tutelar cuya constitución podría efectuarse sin sentencia de incapacitación previa⁴⁶.

De otro lado, la ley 41/2003 ha sido uno de los principales motores legislativos que no se han visto exentos de incongruencias en su plasmación normativa. Esta novedosa incorporación al Código Civil, sin la compañía de una debida modificación sobre la incapacitación judicial, tuvo un alcance menor del esperado dado que la inalterabilidad de su contenido ha condicionado la sustitución fideicomisaria sobre el tercio de legítima estricta a que no bastase con que los fiduciarios sean personas con discapacidad siendo una novedad exclusiva en materia de sucesiones que el legislador ha fijado en favor de “*hijos o descendientes incapacitados judicialmente*”⁴⁷.

En el caso de la prodigalidad⁴⁸, se trata de una figura de difícil encaje entre las esferas de la discapacidad e incapacitación⁴⁹. Mientras que esta última se fundaba en las causas del anterior artículo 200 del Código Civil, imposibilitando la realización de actos o negocios con plena capacidad y efectos *ex nunc*, esto es, que no se pueden retrotraer al comienzo de la enfermedad ni al momento en que se interpuso la demanda⁵⁰, la sentencia que declara a una persona pródiga no se basa en una enfermedad física o mental sino en el malgasto tanto por la cuantía de los dispendios como por el destino específico u objeto a que los destina, poniendo

⁴⁶ Resulta determinante el tenor del artículo 52 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria antes de la reforma de la Ley 8/2021 por el que el juez puede requerir al guardador de hecho “*que informe de la situación de la persona y bienes (...), de la persona con capacidad modificada judicialmente o de la que hubiera de estarlo, y de su actuación en relación con los mismos*”

⁴⁷ Estos son los nuevos fiduciarios que añade la reforma de los artículos 782, 808 y 813 del Código Civil por el artículo 10 de la LPPPD.

⁴⁸ Al igual que la incapacitación judicial, parte de su régimen normativo en el Código Civil se trasladó a la Ley de Enjuiciamiento Civil quedando derogada la curatela en casos de prodigalidad (Título IX, capítulo tercero, sección segunda) por la disposición derogatoria única de esta ley, subsistiendo la validez de los actos que haya efectuado el pródigo antes de la interposición de la demanda (anterior art. 297 CC.).

⁴⁹ De entre las propuestas de enmiendas efectuadas al Senado respecto del Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria, destaca la tercera formulada por el Consejo General de la Abogacía Española que ha señalado la imposibilidad de incluir a pródigos y concursados bajo el término “*personas con capacidad modificada judicialmente*” referente a personas con discapacidad. “*Propuestas de enmienda que formula el consejo general de la abogacía al proyecto de ley de jurisdicción voluntaria senado*” pág. 8. Disponible a 22 de agosto de 2022 en: https://www.abogacia.es/wp-content/uploads/2012/06/Observaciones-LJV_Senado_270515.pdf

⁵⁰ VALCARCE RUIZ, V: “Los procesos de incapacitación y de la reintegración de la capacidad declarada en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los juicios declarativos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”, *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, pág. 27. Disponible a 14 de agosto de 2022 en: <http://www.valcarceabogados.com/IncapareintegrLEC.pdf>

en peligro su patrimonio y los alimentos de sus deudos⁵¹ y permitiendo la impugnación de los actos efectuados posteriormente a la presentación de la demanda⁵².

Mientras que el fundamento de la incapacitación reside en la protección de las personas en materia de orden público presidido por el interés general, la prodigalidad encuentra su justificación en la exclusiva protección de los alimentistas lo que hace indistinto el despilfarro excesivo del posible pródigo⁵³. A este supuesto, se ha considerado la necesidad de impulsar un sistema de guarda de mínimos⁵⁴ que respete la autonomía personal en su máxima expresión, lo que la haría acorde a las premisas que configuran la normativa de inclusión de las personas con discapacidad

Finalmente, una aproximación a este sistema se alcanza con la ley 8/2021, instaurando lo que podemos considerar como un nuevo derecho de las personas con discapacidad basado en un sistema de mandatos y medidas de apoyo. La incorporación de la Convención de 2006 al ordenamiento jurídico español y en concreto, el exceso de celo en la transposición de su terminología empleada⁵⁵, han supuesto la supresión del binomio existente entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, la modificación del título IX relativo a la regulación de la incapacitación desapareciendo tanto cualquier tipo de referencia a esta y a la persona con capacidad judicialmente modificada en la Ley de Enjuiciamiento Civil y la derogación fulminante de la prodigalidad a cuya naturaleza jurídica esta reforma pretende encajar dentro

⁵¹ Tribunal Supremo. Sentencia 1366/1991, 8 de marzo de 1991, FJ 1. ECLI:ES:TS:1991:1366

⁵² Así lo entiende la doctrina mayoritaria interpretando *a sensu* contrario el artículo 297 CC., PARRA LUCÁN, M.A: “Comentario al artículo 297 CC” BERCOVIZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (director) AAVV. *Comentarios al Código Civil Tomo II*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 2495.

⁵³ Una diferenciación de ambas instituciones que hace CALAZA LOPEZ, S: “El proceso de prodigalidad: una nueva concepción de la justicia civil ante la sociedad globalizada” *Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada. Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)* A Coruña, 2 y 3 de junio de 2011, Agustín Jesús Pérez-Cruz Martín (dir.), Xulio Ferreiro Baamonde (dir). Universidade A Coruña: 2012, pág. 321.

⁵⁴ Basándose en el modelo que recoge el derecho alemán, COLMENAR MALLÉN, M^a C: “Ciertos aspectos de la incapacidad en Derecho romano, Derecho actual en España y su regulación en algunos países de nuestro entorno”, Oviedo, 2019, como obra incluida dentro de GARCÍA SÁNCHEZ, J (dir.): *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo, vol. 2 Derecho de personas* CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S: (coord.) Boletín Oficial del Estado coeditada con AIDROM Asociación Iberoamericana de Derecho Romano, Madrid, 2021 pág. 462.

⁵⁵ Cuando el artículo 12 de la Convención se refiere al “*ejercicio de la capacidad jurídica*” no hace sino que introducir una confusión e imprecisión que no aportada nada mejor que la clara distinción que existía entre capacidad jurídica y capacidad de obrar. Si bien esta es la forma más aproximada que utiliza la Convención para referirse a esta segunda, la taxativa literalidad de la adaptación de este texto puede contribuir a enmarañar mecanismos y terminología perfectamente asentada en nuestro ordenamiento jurídico. Así lo considera HIDALGO CERESO, A: “Discapacidad y ejercicio de los derechos patrimoniales” FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.B. (dir.) AAVV. *Sistema de apoyos para personas con discapacidad. Medidas jurídico-civiles y sociales*. Dykinson, S.L. Madrid, 2021, págs. 61 a 63.

de las medidas de apoyo aprobadas⁵⁶, dejando de considerarla como una limitación de la capacidad de obrar por resolución judicial.

1.3. OBJETO Y CONTENIDO DE LAS MEDIDAS DE APOYO JUDICIALES.

Acorde al sentido del artículo 12.4 de la Convención, el Código Civil reconoce la protección legal de las personas con discapacidad a través de los tribunales como última ratio, tanto en caso de que no hubieran fijado medidas (art. 249 CC), como en defecto de guarda de hecho o medidas de apoyo voluntarias, aún cuando sean insuficientes (art. 255.V CC). Se trata pues, del mantenimiento profundamente subsidiario de medidas que, en algunos asuntos, siguen basándose en la sustitución en la adopción de decisiones⁵⁷ que antes ocupaban todo el marco tutelar del ordenamiento civil a través de la previa incapacitación y cuya designación corresponde a la autoridad judicial ya sea por un expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo previsto en la Ley 15/2015 o en el caso de que hubiera oposición de la persona con discapacidad o este expediente no se haya podido resolver (art. 42 bis b).5 LJV), seguirá los trámites previstos por el procedimiento contradictorio del artículo 756.1 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Esta subsidiariedad también se refleja en su clasificación terminológica, pues el Código Civil señala como medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica, además de las de naturaleza voluntaria⁵⁸, la guarda de hecho, la curatela y el defensor judicial (art. 250.I CC). Mientras que la guarda de hecho se define como medida informal de apoyo en ausencia de medidas voluntarias o judiciales (art. 250.IV CC), la curatela como medida formal de apoyo continuado (art. 250.V CC) y el defensor judicial como ocasional (art. 250.VI CC). Por tanto, aunque el Código no recoja tales medidas como judiciales, de hecho no dedica ni una sola disposición a recoger aspectos generales de su naturaleza a diferencia de las medidas voluntarias de apoyo, y ante la exclusión como medida judicial que hace de la guarda de hecho (art. 250.IV CC.), ambas dos deben quedar dentro de tal clasificación⁵⁹.

⁵⁶ Véase el penúltimo párrafo del apartado IV de la exposición de motivos de esta ley.

⁵⁷ No debe perderse de vista que la mera subsistencia aún excepcional de este tipo de medidas y su aplicación es contraria a la propia Convención si tenemos en cuenta que los apartados número 7 y 9 de la Observación general Nº 1 (2014) reiteran en su abolición al ser contrarias al artículo 12 de la Convención para que la persona con discapacidad recobre su plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás.

⁵⁸ Cuya definición no debe limitarse a las recogidas en el Capítulo II en lo referente a los poderes y mandatos preventivos o ante la naturaleza notarial de la autocratela, pues son *“las establecidas por la persona con discapacidad, en las que designa quién debe prestarle apoyo y con qué alcance”* (art. 250.III CC)

⁵⁹ A tenor del artículo 250, son las dos figuras judiciales de apoyo al tener carta de naturaleza cuando su nombramiento se realiza por la autoridad judicial ALVENTOSA DEL RÍO, J: *La curatela tras la ley 8/2021*, Tirant lo Blanch, 2022, pág. 173

Tanto las medidas de apoyo voluntarias como judiciales para personas con discapacidad persiguen unos mismos fines: el desarrollo pleno de su personalidad y su desenvolvimiento jurídico en condiciones de igualdad (art. 249 CC) en consiguiente exclusión de todo tipo de fines o medidas tuitivas que caracterizaban el sistema tutelar anterior⁶⁰. La prevalencia de todas aquellas medidas ajenas a la designación judicial pone en cuestión esta finalidad ya que no parece lógico fijar una prelación de medidas equiparables a unas mismas finalidades entre ellas. Mientras que el anterior sistema tradicionalmente paternalista⁶¹ buscaba un beneficio para la persona que se pretendía incapacitar que podía ser desde alcanzar mejores condiciones de vida (prestaciones sociales, sanitarias, etc.) hasta mitigar situaciones de desamparo o riesgo personal o patrimonial⁶², la subsidiariedad de todas aquellas medidas que requieran intervención judicial responde a la prevalencia de las medidas voluntarias de apoyo ante la imposibilidad de privar a las personas con discapacidad de su derecho a decidir, tanto en el ámbito personal como en el patrimonial, como fórmulas que les permitan ser protagonistas de sus propias decisiones⁶³.

En todas las medidas de apoyo, a excepción de las voluntarias, se hallan funciones representativas de la voluntad de la persona con discapacidad⁶⁴ que siguen pudiendo contraerse bajo los criterios rectores de la proporcionalidad a las necesidades de la persona que las precise, su máxima autonomía en el ejercicio de su capacidad jurídica y la atención en todo caso a su voluntad, deseos y preferencias (art. 268.I CC). Sin embargo, el Pleno del Tribunal ha considerado que esta provisión judicial de apoyos “*no determina que haya que seguir siempre el dictado de la voluntad, deseos y preferencias manifestado por el afectado*” (STS 589/2021, 8 de septiembre, FJ 4), situación acorde a la determinación de funciones representativas previstas en aquellos casos en los que no se pueda determinar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad (art. 249.III).

⁶⁰ Situación referente al defensor judicial, en este sentido ÁLVAREZ LATA, N, destaca la desaparición de objetivos tales como velar o proteger a la persona, pues tales funciones no se encuentran dentro del régimen de las medidas de apoyo: “Capítulo V Del defensor judicial de la persona con discapacidad” GUILARTE MARTÍN-CALERO, C.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2021, pág. 851.

⁶¹ TORAL LARA, E. “Capítulo 4 Las medidas de apoyo judiciales e informales en el nuevo sistema de provisión de apoyos del código civil”, pág. 138

⁶² Así lo entiende la Comisión de Ética y Legislación de la Asociación Española de Neuropsiquiatría en cuanto a los instrumentos judiciales de protección de las personas con discapacidad (2016) “Sobre reforma de la legislación civil en materia de protección de personas con discapacidad”, pág. 43. Disponible a 11 de diciembre de 2022 en: <http://fernandosantourbaneja.blogspot.com/2016/05/n-90-discapacidad-salud-mental-mayores.html>

⁶³ TORAL LARA, E. “Capítulo 4 Las medidas de apoyo judiciales e informales en el nuevo sistema de provisión de apoyos del código civil”, pág. 136

⁶⁴ Siguiendo a GARCÍA RUBIO, M^a P, se trata de medidas preferentemente asistenciales en la que solo excepcionalmente esta representación será de carácter sustitutivo: “Capítulo 2 la reforma operada por la Ley 8/2021 (...)”, pág. 68.

CAPÍTULO II EL DEFENSOR JUDICIAL: MARCO PRELIMINAR Y DESARROLLO LEGISLATIVO.

Parece contemplarse una primera aproximación a la figura del defensor judicial⁶⁵ en la redacción primigenia del artículo 165 del Código Civil⁶⁶ por el que se establece su nombramiento en caso de intereses contrapuestos entre padres e hijos no emancipados, el cual los representa “*en juicio y fuera de él*”⁶⁷. Esta consideración no dista mucho del contenido normativo que le dio el Código Civil al protutor como cargo familiar obligado “*a sustentar los derechos del menor, en juicio y fuera de él, siempre que estén en oposición con los intereses del tutor*” (anterior art. 236.2º CC), dentro de un modelo tutelar que no vería necesaria la función del defensor judicial en este ámbito conflictivo⁶⁸.

Sin embargo, no hay que olvidar la labor supresora de lagunas normativas con la que siempre ha contado la jurisprudencia pues en 1895, el Tribunal Supremo ya entendió que en el contexto de un procedimiento de remoción del cargo tutelar, el nombramiento del defensor de menor en el juicio implica un reconocimiento de personalidad respecto de los incidentes que se produzcan en el mismo sin prejuzgar la legalidad del nombramiento que ha de ser resuelta en el pleito principal conforme lo dispuesto en el Código Civil y en beneficio del menor⁶⁹.

2.1. LEY 11/1981. NUEVA DELIMITACIÓN Y SUPUESTOS CAUSALES.

La diversidad de modificaciones efectuadas por esta ley se centró principalmente en la filiación⁷⁰ y en la patria potestad que en caso de persistir las causas fácticas que delimitaban la incapacidad judicial, se produciría su prórroga una vez alcanzada la mayoría de edad

⁶⁵ Además de lo que podríamos considerar su precedente romanista (D: 27.9.5.11), para un estudio más detallado de sus precedentes, véase MORENO TRUJILLO, E. M.^a: “El defensor judicial y sus antecedentes históricos” *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Nº 8, 1985, págs. 179-233.

⁶⁶ En este sentido, destaca FLORENSA I TOMÀS, C.E la omisión a la madre en la redacción original siendo incluida en una segunda edición que además de ser la que figura en el BOE como primera redacción, se amplió la legitimación para solicitar su nombramiento al propio menor como al Ministerio Fiscal: *El Defensor Judicial*. Civitas S.A. Madrid, pág. 26

⁶⁷ En su tenor literal; “*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 para 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*”

⁶⁸ De nuevo, PARRA LUCÁN, M.A: “Comentario al artículo 299 CC”, BERCOVIZ RODRÍGUEZ-CANO, R. AAVV. *Comentarios al Código Civil Tomo II*, pág. 2497.

⁶⁹ Compartimos la adición de FLORENSA I TOMÀS, C.E, siguiendo a *Jurisprudencia Civil, publicada por la dirección de la Revista General de la Legislación y Jurisprudencia, tomo 78*, Madrid, 1896, núm. 108, pág. 493, a la sentencia de 5 de diciembre de 1895 (Ponente: Diego Montero de Espinosa) al considerar la perfecta compatibilidad del cargo de defensor judicial con las funciones encomendadas a los tutores, protutores y consejo de familia: *El Defensor Judicial*, pág. 27.

⁷⁰ Cuyo hecho más relevante fue la supresión de la distinción entre legítima e ilegítima configurando el inicio de la regulación actual (arts. 108 y ss. CC),

(anterior art. 171 CC.). Pero la pieza fundamental que preside el marco de estas modificaciones y que instaura esta ley es la titularidad conjunta y equitativa de la patria potestad entre padre y madre (anterior art. 154 CC.) y no la de la madre por necesario defecto del padre (anterior art. 154 anterior a esta reforma). Aunque no se adoptó un plano decisivo en el régimen del defensor, sí se pueden destacar algunas variaciones significativas respecto de la normativa anterior.

Por un lado, se produce una mutación de carácter subjetivo. Para que opere el conflicto de intereses como motor principal de su nombramiento⁷¹, más para prestar asistencia y completar su capacidad que representar al menor⁷², debe oponer conjuntamente a los dos padres respecto de su hijo, se halle o no emancipado (anterior art. 163.II). La normativa anterior mantiene la posibilidad de que el conflicto exista entre uno de los padres pero en tal caso, el otro actuará como representante legal del hijo⁷³. De otro lado, el nombramiento del defensor judicial en interés de menores emancipados, novedad no contemplada la regulación anterior⁷⁴, respondía a todos aquellos supuestos patrimoniales excluidos de la plena capacidad de obrar que otorgaba la emancipación, algunos de ellos también incorporados por el tenor de esta reforma⁷⁵ y que por tanto, requerían del consentimiento de sus padres o en su ausencia, del tutor.

Por último, hay que destacar las dos pequeñas modificaciones efectuadas por en el tercer apartado del artículo 163 CC (anterior art. 165 a la reforma), sobre el refuerzo judicial para su nombramiento por el que hasta entonces “*conferirá el nombramiento de defensor*”⁷⁶ y su capacidad para excluir a parientes del menor que se hallen fuera de la tutela legítima ante la

⁷¹ Conforme a la nueva redacción del artículo 162 del Código Civil tras esta reforma; “*Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan: (...) 2.º Aquellos en que exista conflicto de intereses entre los padres y el hijo*”

⁷² En este sentido, MORENO MARTÍNEZ J.A: *El defensor judicial*, Montecorvo S.A, Madrid, 1989 pág. 81.

⁷³ Así lo recoge el párrafo segundo del artículo 163 del Código Civil por el cual; “*Si el conflicto de intereses existiera sólo con uno de los progenitores, corresponde al otro por Ley y sin necesidad de especial nombramiento representar al menor o completar su capacidad*”.

⁷⁴ Del texto literal del anterior artículo 165 no parece desprenderse tal consideración, más bien la impedía, FLORENSA I TOMÀS, C.E: *El Defensor Judicial*, pág. 47, solo precisando la representación de tutor, a falta de padre y madre, para actos de disposición patrimonial excluidos de la emancipación (anterior art. 317 CC.).

⁷⁵ La modificación del artículo 323 aumentó la lista de negocios jurídicos que hasta el momento recogía el anterior artículo 317, consistentes en “*tomar dinero a préstamo, gravar o enajenar bienes inmuebles y establecimientos mercantiles o industriales u objetos de extraordinario valor*”

⁷⁶ Esta tímida precisión semántica ha permitido entender que el juez no actúa como un mero refrendario de las proposiciones a defensor, pues es quién decide la persona adecuada para ostentar dicho cargo disipando un periodo de dudas presente en determinadas disputas sobre si los padres podían determinar *mortis causa* la representación del menor en particiones hereditarias como “*verdadero paradigma de la intervención del defensor judicial*” FLORENSA I TOMÀS, C.E: *El Defensor Judicial*, pág. 47

posibilidad de tener intereses contrapuestos respecto del mismo⁷⁷. Así pues, no solo la ausencia o fallecimiento de los tutores legitimarios previstos en la ley podría obstaculizar el sucesivo orden de llamamientos a defensor judicial (anterior art. 211 CC.) pues el legislador previó la existencia de posibles intereses contrapuestos entre estos y el menor que, de contrario, no supondrían avance alguno para la resolución del conflicto y cuyos nombramientos afectarían a la propia naturaleza jurídica de esta institución.

2.2. LEY 13/1983. DE LA REPRESENTACIÓN DEL MENOR A LA INTRODUCCIÓN EN EL SISTEMA TUTELAR.

Vistos los precedentes legales incardinados en la patria potestad, la ley 13/1983, de 24 de octubre, de Reforma del Código Civil en materia de tutela no solo había consagrado el génesis de la incapacitación judicial en el ordenamiento civil, también supuso una nueva reordenación del defensor judicial ante su traslación al sistema de guarda legal de incapacitados con nuevos supuestos de nombramiento y bajo una regulación que reconocería su nombre⁷⁸.

Esta reforma abandona la tutela familiar con la desaparición del protutor y el consejo de familia que hasta entonces habían dirigido la supervisión del ejercicio tutelar interviniendo cuando hubiera conflictos de intereses entre el tutor y el menor (anterior art. 236.2 ° CC.). Los tribunales adquirirían un mayor protagonismo con la intención de ofrecer mayores garantías en un sistema que consagra la pluralidad de la guarda tutelar al incorporar también la curatela para *“la guarda y protección de la persona y bienes o solamente de la persona o de los bienes de los menores o incapacitados”* (anterior art. 215 CC).

Así pues, esta nueva regulación exclusiva para el defensor judicial asentaría el contenido y régimen jurídico del que se nutrió hasta su reforma por la ley 8/2021 marcando un nuevo horizonte causal, pues si bien en materia tutelar se mantuvo su nombramiento ante conflictos de intereses entre quienes ejercían la patria potestad o tutela sobre un menor o incapacitado, se añade una función sustitutoria y provisional por inacción del tutor o curador *“hasta que cesa la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo”* (anterior art. 299.2.º CC). Esta situación implicaría razones involuntarias como incapacidad

⁷⁷ En su redacción inicial, el artículo 165 del código remitía al 211 para fijar la solicitud del nombramiento del defensor a quienes ostentasen la tutela legítima. Hasta su eliminación total por la ley 13/1983, de 24 de octubre, este último artículo fue objeto de otras dos reformas de las que en todas ellas se partió de reconocer como tutores legitimarios a ascendentes y colaterales de segundo grado del menor no emancipado.

⁷⁸ Así pues, el artículo 1 de esta ley añadió el capítulo IV *“Del Defensor Judicial”* del Título X *“De la tutela, de la curatela y de la guarda de los menores o incapacitados”*

sobrevenida⁷⁹, enfermedades, fallecimiento o remoción del cargo que supliría de manera provisional el nombramiento del defensor hasta la designación de nuevo tutor o curador para desempeñar el cargo⁸⁰. A *sensu contrario* y en concordancia con el artículo siguiente, no se puede nombrar defensor judicial cuando una persona está incurso en un procedimiento de incapacitación sin que recaiga resolución judicial pues será el Ministerio Fiscal quien ostentará su representación y defensa pudiéndose nombrar un administrador de sus bienes si fuere necesario (anterior art. 299 bis.CC).

Podría identificarse una falta de sincronización entre los primeros apartados de los artículos 162 y 163 por un lado, y 299 relativos al conflicto de intereses como causa de invocación del defensor judicial por otro, dándose una doble regulación del mismo supuesto. Si bien en materia de patria potestad, el primero configura su nombramiento ante intereses opuestos entre padres e hijos no emancipados, este segundo artículo en materia tutelar sostiene el nombramiento en conflictos de intereses entre “*los menores o incapacitados y sus representantes legales o el curador*”⁸¹, en tanto que son representantes legales los padres (art. 162 CC.) y los tutores (anterior art. 267 CC). Sin embargo, este supuesto quedaría solventado por la identificación que ha de hacerse del menor en cada una de estas disposiciones entrelazadas. Si bien padres y tutores ejercen sus funciones sobre menores de edad y no emancipados, estos primeros pueden verse desplazados por el segundo en caso de que pierdan la patria potestad, incluso prorrogada (anterior art. 222 CC.), supuesto que no contempla el artículo 162 CC., referente a los menores no emancipados, sin representación legal pero sujetos a patria potestad. Por tanto, los conflictos de intereses referidos a menores sometidos a patria potestad se regirían por el artículo 163, mientras que los menores sometidos a tutela se regirían por la regulación general que ha hecho esta pasada reforma (art. 299 y ss. CC)⁸².

En cuanto a la cláusula abierta del párrafo tercero del artículo 299 relativo al nombramiento del defensor judicial “*en todos los demás casos previstos por el código*” no

⁷⁹ Véanse algunas de las causas de incapacidad para ser tutor, introducidas por esta reforma en los antiguos artículos 243 y siguientes del código.

⁸⁰ Citamos algunos ejemplos que activarían esta segunda causa de nombramiento, PARRA LUCÁN, M.A: “Comentario al artículo 299 CC” BERCOVIZ RODRÍGUEZ-CANO, R. AAVV. *Comentarios al Código Civil Tomo II*, pág. 2510.

⁸¹ A juicio de FLORENSA I TOMÀS, C.E: lo que hace el artículo 299 es refundir diferentes supuestos que deben dar origen al nombramiento del defensor judicial, acogiendo el que estaba vigente en el artículo 163 extendiéndolo a otros supuestos de legitimación legal *El Defensor Judicial*, pág. 55

⁸² Se distingue de manera más clara a efectos de legitimación para el nombramiento del defensor. SERRANO GIL, A: “Capítulo VII El defensor judicial” POUS DE LA FLOR, M.P, TEJEDOR MUÑOZ, L. (coordinadoras) AAVV, *Protección jurídica del menor, 1ª edición*. Tirant lo Blanch, Valencia 2017, pág. 222. A la misma conclusión llega MORENO TRUJILLO, E.M^a: “El defensor judicial y sus antecedentes históricos”, pág. 184.

supone novedad significativa alguna. El código prevé el nombramiento del defensor judicial para otra serie de supuestos como el ya conocido conflicto de intereses entre padres e hijos (art. 163 CC) o la remoción del cargo tutelar tras suspender al tutor (anterior art. 249 CC) aunque ambos casos son subsumibles en los apartados primero y segundo del 299 del código, respectivamente. Ni el defensor del desaparecido, ni el del presunto incapaz tienen acogida en este apartado al no tratarse de menores e incapaces, lo que parece indicar que su inclusión obedece al deseo de futuras reformas que puedan ampliar el ámbito de actuación del defensor judicial⁸³.

Por último, esta reforma presidida por la tutela de autoridad sigue la línea marcada por su precedente en el artículo 163 al establecer, en los procedimientos de jurisdicción voluntaria, que el nombramiento del defensor judicial se haga por el juez “*a quien estime más idóneo para el cargo*” (anterior art. 300 CC).

2.3. LEY ORGÁNICA 1/1996: EL ENCAJE DE LA LEGITIMACIÓN DE LOS PADRES.

A raíz de los problemas que afectaban a los menores en régimen de tutela y guarda por entidades públicas, la presentación de situaciones de riesgo y desamparo por un lado y el constante proceso de renovación del ordenamiento jurídico al que había que añadir la reciente ratificación por España de la Convención de Derechos del Niño en 1990 por otro, la 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, se propuso, entre otros fines, la integración del menor en la familia del tutor con posibilidad de darle audiencia cuando por causa de remoción tutelar, existan graves y reiterados problemas de convivencia.⁸⁴ También, se suprimieron las divergencias de contenido dadas entre las reformas efectuadas por las leyes 13/1983, de 24 de octubre y 21/1987, de 11 de noviembre, en materia tutelar que ya

⁸³ En una primera lectura, parece comprensible la remisión de este apartado al defensor del presunto incapaz (anterior art. 207 CC) al tratarse de un nombramiento sin asignación tutelar previa en el marco de un procedimiento de incapacitación impulsado por el Ministerio Fiscal que introduce esta reforma en sustitución del anterior artículo 215. Sin embargo, tal posibilidad debe desecharse pues en el preámbulo del Anteproyecto del Servicio Social de Recuperación y rehabilitación de Minusválidos (SEREM) de 1977, se señala que el defensor judicial que se pretende introducir con la reforma “*no hace referencia a los arts. 215, 219 y 223 (...), abogados nombrados por el juez para intervenir en el proceso de incapacitación y que tampoco ha ignorado el presente Anteproyecto*” En este sentido, MORENO MARTÍNEZ J.A, siguiendo a SEREM y Fundación General Mediterránea *Estudio para la Reforma de los preceptos del Código Civil relativos a la tutela: El defensor judicial*, pág. 82.

⁸⁴ Véase el apartado segundo de la exposición de motivos de la LO 1/1996, de 15 de enero.

resultaban incoherentes o de compleja aplicación práctica, todo ello presidido bajo “*las necesidades de los menores como eje de sus derechos y de su protección*”⁸⁵.

En lo concerniente al defensor judicial, se suprime el apartado tercero del artículo 163 referente a la legitimación para solicitar su nombramiento por los padres, el Ministerio Fiscal, el propio menor o cualquier persona capaz de comparecer en juicio y de otro lado, se añade en el artículo 300 en materia tutelar, la posibilidad de que el menor pueda solicitar el nombramiento del defensor judicial, manteniéndose ambas disposiciones coordinadas en lo que respecta a la legitimación para solicitar su nombramiento. Esta modificación podría suponer la falta de legitimación de los padres al no encontrarse tampoco recogidos en el artículo 300, pero tal posibilidad no puede prosperar pues pueden incluirse como “*cualquier persona capaz de comparecer en juicio*”⁸⁶ ya que su condición de representantes legales, pueden prever cualquier conflicto posterior al acto realizado mediando conflicto de intereses⁸⁷. Con carácter previo a esta reforma, ya se consideraba la derogación práctica de este apartado tercero por su regulación general⁸⁸ algo que favoreció el incumplimiento de la disposición final de la reforma por la ley 13/1983, en materia tutelar⁸⁹.

Así pues, parece evidente la intención de cohesionar las disposiciones presentes en los artículos 158 y 167 del código en materia de patria potestad con la regulación que marca el artículo 300 sobre el régimen tutelar⁹⁰ sin perjuicio de que los padres, aún siendo personas capaces de comparecer en juicio, quedarían suspensos temporalmente en la representación del menor ante la contrariedad de sus posiciones. La razón de esta prohibición responde a la importancia de que los conflictos de intereses no vicien el ejercicio de la patria potestad (art. 154 CC.) y ante tales situaciones, el defensor judicial se erige como un cargo tutelar apto para la defensa de los intereses de los menores en aquellos asuntos ante los cuales, los padres tengan que representar y defender.

⁸⁵ Véase el apartado cuarto de la exposición de motivos de la misma ley.

⁸⁶ MORENO MARTÍNEZ J.A: *El defensor judicial*, pág. 323.

⁸⁷ En este sentido, PARRA LUCÁN, M.A: “Comentario al artículo 300 CC” BERCOVIZ RODRÍGUEZ-CANO, R. AAVV. *Comentarios al Código Civil Tomo II*, pág. 2522.

⁸⁸ A juicio de FLORENSA I TOMÀS, C.E, todo parece indicar que el hecho de que hayan perdurado ambas disposiciones relativas a la legitimación de los padres durante casi doce años, responde a un olvido del legislador en la modificación de este párrafo tercero y no a una omisión voluntaria, al igual que otras muchas disposiciones que siguieron haciendo referencia a instituciones suprimidas con la reforma tutelar como el Consejo de Familia o el protutor: *El Defensor Judicial*, pág. 162.

⁸⁹ “*El Gobierno, en el plazo de seis meses, remitirá al Congreso de los Diputados un proyecto de ley de reforma de las normas que en el propio Código Civil o en otros cuerpos legales deban modificarse para tener la necesaria concordancia con las contenidas en el nuevo texto de los títulos IX y X del Código Civil*”

⁹⁰ En este sentido, DÍEZ GARCÍA, H: “Artículo 163” BERCOVIZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.) AAVV. *Comentarios al Código Civil Tomo II*. pág. 1680.

En definitiva, no se trata de una modificación sino más bien de una traslación y refundición de disposiciones legales. Si bien la reforma anterior incorporó a la regulación del defensor judicial las notas causales del artículo 162, aquí se ha traspuesto directamente la legitimación de su nombramiento procedente de la patria potestad al sistema tutelar, una medida que quizá hubiera sido más acorde a la dinámica de regulación general de la institución que el legislador adoptó en 1983.

2.4. LEY 15/2015 DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA Y LA CREACIÓN DE UN NUEVO PROCEDIMIENTO GENERAL DE NOMBRAMIENTO.

La reforma por la Ley Orgánica 1/1996, acabó con la falta de referencias al procedimiento para el nombramiento del defensor judicial que siguió sin contar con normas procesales que desarrollaran su contenido ya que ni siquiera la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 había fijado disposiciones al respecto y la del año 2000 excluyó toda regulación en materia de jurisdicción voluntaria⁹¹. El artículo 300 del Código Civil, objeto de esta reforma, fijó que el nombramiento del defensor judicial se haría en “*procedimiento de jurisdicción voluntaria*” y que a tenor de su disposición final 1.53, se modificó por “*expediente de jurisdicción voluntaria*”⁹², sin alterar su legitimación para el nombramiento.

La aprobación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, también afectó a los artículos 299 bis y 302 del código. El juez que protagonizaba todo el procedimiento de nombramiento y control de sus funciones tutelares asignadas ya no colmaría la totalidad de los expedientes de jurisdicción voluntaria que requirieran la intervención del defensor y ante el impulso que cobró con esta reforma el letrado de la administración de justicia (antiguo secretario judicial)⁹³, se le asignó también la posibilidad de nombrar un defensor judicial para la administración de los bienes del presunto incapaz cuando fuere necesario, función que también realizaba anteriormente el juez sobre el administrador de bienes (anterior art. 299 bis.

⁹¹ Así lo establece el párrafo primero del apartado cuarto de la exposición de motivos. A pesar de ello, existió una declaración de intenciones para promulgar una ley de jurisdicción voluntaria al establecer la remisión a las Cortes Generales de un proyecto de ley sobre la misma en el plazo de un año desde la entrada en vigor (disposición final decimoctava de la LEC).

⁹² En cuanto a su naturaleza jurídica, fusiona el anterior procedimiento de habilitación para comparecer en juicio de la LEC de 1881 (art. 1.994 a 2.001) y el procedimiento para el nombramiento del defensor judicial del menor del artículo 300 CC. LACALLE SERER, E. SANMARTÍN ESCRICHE, F: *Comentarios a la ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pág. 62.

⁹³ Hay que recordar que por disposición adicional primera de la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, se estableció que todas las referencias normativas hechas a secretarios judiciales deberán entenderse hechas, respectivamente, a Letrados de la Administración de Justicia entre otros términos.

CC)⁹⁴. La supresión del juez en su regulación en el código al impersonalizarse los nombramientos de este cargo tutelar, se corresponde con la existencia de situaciones por las que el juez, aunque en un segundo plano respecto del letrado, va a seguir nombrando al defensor o al administrador en materia de adopción de medidas de protección relativas al ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con capacidad modificada judicialmente (anterior art. 88 LJV).

No parece haber una necesaria correspondencia entre las modificaciones efectuadas en los artículos 299 bis y 302 del código, relativos a la fiscalización de sus funciones de representación y tutela, al fijar el primero una rendición de cuentas ante el letrado de la administración de justicia mientras que el segundo no relaciona su gestión frente a este. Conforme al anterior artículo 32 de la ley 15/2015 dispone, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 301 del código no sujeto a reforma⁹⁵, que serán aplicables al defensor judicial las disposiciones relativas a la formación de inventario, excusa, remoción de los tutores y para su rendición de cuentas tras su gestión, “*que se decidirá y tramitará por el secretario judicial competente*”⁹⁶ pues su sentido obedece a una fiel reproducción de los artículos 301 y 302 del código⁹⁷.

En definitiva, el sentido que ha querido darle el legislador del 2015 al defensor judicial es que su dinámica de nombramiento y responsabilidad queda fagocitada en su totalidad bajo la dirección del letrado de la administración de justicia, no solo por la existencia de una regulación específica sobre su nombramiento en una nueva ley que prima sobre la regulación general del código sino que además, existe una total coincidencia entre estas dos disposiciones sobre la rendición de cuentas que debe hacer el defensor ante este letrado, que

⁹⁴ En este sentido, si bien el cambio de denominación de “*administrador*” por “*defensor judicial*” no implica la modificación de sus funciones de gestión y administración patrimonial, es evidente la intención del legislador en subsumir esta figura al nuevo marco legal de esta ley (art. 27 y ss. LJV). PARRA LUCÁN, M.A: “Comentario del artículo 299 bis CC” Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación «Análisis de las fronteras de la autonomía privada en el Derecho civil» (DER2014-52252-P, Ministerio de Economía y Competitividad) y Grupo de investigación consolidado «Autonomía de la voluntad en el Derecho privado» (AUDEPRIV S110, Gobierno de Aragón y Unión Europea-Fondo Social Europeo) publicado en BERCOVIZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (director) AAVV. *Las Modificaciones al Código Civil del año 2015*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pág. 764.

⁹⁵ “*Serán aplicables al defensor judicial las causa de inhabilidad, excusas y remoción de los tutores y curadores*”

⁹⁶ Por remisión al anterior artículo 51 de la misma ley referente a la rendición de cuentas en materia de tutela y curatela, aunque el letrado de la administración de justicia cita a comparecer ante el juez al titular del cargo, a la persona sujeta al mismo, a los interesados y al Ministerio Fiscal, es el juez quien resuelve finalmente sobre la rendición de cuentas, sin perjuicio de las acciones que puedan plantear el tutor, curador, tutelado o sujeto a curatela o a sus causahabientes por razón de tutela o curatela.

⁹⁷ Así lo dispone la Fiscalía General del Estado en la *Circular 9/2015, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria*, referencia FIS-C-2015-00009, pág. 77.

hace necesario mencionarlo expresamente en el artículo 302, frente a la anterior regulación que sí contemplaba expresamente al juez.

CAPÍTULO III. DINÁMICA DEL NOMBRAMIENTO.

La reforma de la ley 8/2021 no supuso cambio significativo alguno sobre el procedimiento para la designación del defensor judicial, que se siguió iniciando de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, a iniciativa del menor, persona con discapacidad o “*cualquier otra persona que actúe en interés de este*” (art. 28.2 LJV)⁹⁸, frente a la supresión del otro redundante marco legitimatorio previsto en la norma civil “*de cualquier persona con capacidad para comparecer en juicio*” (anterior art. 300 CC) como cláusula de la norma que encerraba un interés de orden público⁹⁹ por el que se unían las antiguas referencias al padre o la madre en materia de patria potestad (anterior art. 163.3 CC) y a tutores y curadores que fijó la primera regulación de esta institución¹⁰⁰. En definitiva, cualquier persona con capacidad procesal concedora de la situación en la que se encuentre o pueda encontrarse su interesado e incurriera en alguna de las circunstancias que dan lugar a la actuación del defensor por el artículo 27 LJV¹⁰¹.

3.1. SUPUESTOS LEGALES DE ACTUACIÓN.

Tanto el anterior artículo 299 del Código Civil como posteriormente el artículo 27.1 de la Ley 15/2015, regulaban los supuestos de hecho por los que se podía invocar el llamamiento del defensor judicial. Situaciones de carácter mayoritariamente subjetivo que han de ponerse en conocimiento de juzgados y tribunales por parte de las personas con legitimación reconocida en las leyes (padres, tutores, menores, incapacitados, etc.) para instar el correspondiente procedimiento que garantice la representación de los intereses de menores, incapacitados o presuntos incapaces, se hallen o no incurso en procedimientos judiciales.

3.1.1. Imposibilidad o inacción en la prestación de medidas de apoyo.

Se trata de la suspensión de las funciones de apoyo hasta el cese de la causa que la motiva, o bien, se designe a otra persona para prestar el apoyo “*por cualquier causa*” (art.

⁹⁸ Sin que quepa duda de su plena consonancia con “*cualquier persona con capacidad para comparecer en juicio*” del anterior artículo 300 del Código Civil modificado también por la ley 15/2015, ARIZA COMENAREJO, M.J. “Capítulo II. De la habilitación para comparecer en juicio y del nombramiento de defensor judicial” FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (director) SERRANO DE NICOLÁS, Á. (coordinador) *Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria. 1ª edición*, Cizur Menor y Thompson Reuters, Madrid, 2016, pág. 269.

⁹⁹ Como es la misma defensa de los menores, FLORENSA I TOMÀS, C.E: *El Defensor Judicial*, pág. 147

¹⁰⁰ Novedosa solución que dio la reforma por la LO 1/1996 de fijar en un solo precepto del sistema de guarda legal el centro de toda legitimación para solicitar su nombramiento, pues hasta este momento existieron dos disposiciones que solo permitían el nombramiento de oficio en materia tutelar y su solicitud por el menor en sede de patria potestad.

¹⁰¹ LACALLE SERER, E: SANMARTÍN ESCRICHE, F. *Comentarios a la ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria*, págs. 71-72.

295.1.º CC.). En relación con otras disposiciones del código¹⁰² y manteniendo el sentido reflejado en el anterior 299.2, la función del defensor judicial será provisional en suplencia de la inactividad en el ejercicio de la medida de apoyo en todo caso, ya sea porque el curador no pueda desempeñar sus funciones temporalmente por causa de enfermedad o por fallecimiento, frente al cual, su mantenimiento se prolongará hasta la designación de otra persona para prestar la medida de apoyo establecida¹⁰³.

La función del defensor en aquellos casos en los que estaba constituido el cargo inactivo difería de cuando estaba en curso un procedimiento de incapacitación sin resolución judicial firme, pues en este caso, el defensor judicial solo sule la función del antiguo administrador de bienes de la persona incurso en tal procedimiento, mientras que su representación y defensa correspondería al Ministerio Fiscal (anterior art. 299.bis CC).

La problemática fundamental que traía esta cuestión es que no se contemplaba expresamente que el defensor judicial pudiera suplir la ausencia de los deberes y facultades de la patria potestad, pese al ajuste que había de mantenerse de las disposiciones del defensor del menor (art. 163 CC) respecto a la anterior regulación general del defensor judicial (anterior art. 299 y ss. CC)¹⁰⁴. Así pues, se pretendió una aplicación análoga del artículo 299 pues si la función del defensor judicial está pensada tanto para relaciones paternofiliares como en materia tutelar, no habría inconveniente de extender su ámbito de actuación a casos de incumplimiento de obligaciones propias de la patria potestad¹⁰⁵. Sin embargo, desde una posición más cercana al derecho positivo, en el marco de la jurisdicción voluntaria se ha previsto y mantenido el nombramiento judicial de este defensor ante supuestos de ejercicio inadecuado de potestad de guarda y administración de bienes de menores (art. 88 LJV), donde será el juez quien decidirá las funciones que deberían corresponderle¹⁰⁶. Por tanto, el

¹⁰² Así pues, el código recoge otros supuestos de transitoriedad en el nombramiento del defensor judicial; como por parte de la autoridad judicial “*durante la tramitación del expediente de remoción*” (art. 278.III CC) o ante quien haya propuesto la excusa en el desempeño de la curatela y no haga tal función “*mientras la autoridad judicial resuelva acerca de la excusa*” (art. 279.IV CC.)

¹⁰³ En sentido similar al anterior artículo 299 del Código Civil, PARRA LUCÁN, M.A: “Comentario al artículo 299 CC”, BERCOVIZ RODRÍGUEZ-CANO, R. AAVV. *Comentarios al Código Civil Tomo II*, pág. 2510.

¹⁰⁴ Sin que consten diferencias entre ambos modelos de defensor FLORENSA I TOMÀS, C.E: *El Defensor Judicial*, pág. 133, tras la reforma de 1983, se parte de una normativa específica para este cargo RAMS ALBESA, J. FLORÉZ MORENO, R.M: *Comentarios al Código civil II, v.2º. Libro Primero (Títulos V a XII)*, pág. 2062, como ya se prevé con el conflicto de intereses subsumido en la previsión más genérica del artículo 299.1 CC. MORENO MARTÍNEZ J.A: “Problemática actual del defensor judicial: hacia una nueva concepción de la institución”, *Revista de derecho privado*, Nº 5, Reus, 2018, pág. 68. Disponible a 26 de septiembre de 2022 en: <http://hdl.handle.net/10045/90651>

¹⁰⁵ En este sentido, FLORENSA I TOMÀS, C.E: *El Defensor Judicial*, pág. 125 y 126.

¹⁰⁶ MORENO MARTÍNEZ J.A: “Problemática actual del defensor judicial (...)”, pág. 68.

nombramiento del defensor por la autoridad judicial marca la congruencia de la reforma del artículo 27 LJV que impersonalizó su nombramiento al no atribuir la expresa tarea al letrado de la administración de justicia, lo que también permitió una aplicación extensiva del anterior artículo 299.2.º (hoy, arts. 235.2º y 295.1º CC.) ante la ausencia o incumplimiento de los deberes y facultades de la patria potestad.

A tenor de la nueva regulación, el legislador no ha querido variar significativamente el contenido previsto anteriormente para la inactividad tutelar que ahora extiende también a las medidas de apoyo tanto judiciales como informales, sin perjuicio de otras que se hubieren acordado¹⁰⁷. Así pues, se prevé su nombramiento ante la imposibilidad transitoria por parte del curador para un caso concreto (art. 283.I CC.) lo que no es óbice para que el titular de la medida de apoyo desempeñe las funciones restantes o aún todas, cuando la imposibilidad temporal persista¹⁰⁸. En el caso del guardador de hecho, el nombramiento del defensor judicial se dará en aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan (art. 264.IV CC.) y donde cabría entender la falta o imposibilidad de prestar este apoyo, aún sobrevenida y por la causa que sea¹⁰⁹, incluyéndose el desempeño de funciones representativas¹¹⁰ en aquellos supuestos previstos para la curatela representativa (art. 287 CC.) que no podrá prestar el guardador si carece de autorización judicial “*en todo caso*” (art. 264.II CC).

En definitiva, la nueva regulación de la inactividad o abandono en la prestación del apoyo conserva el sentido que anteriormente se atribuía a los cargos tutelares dando lugar a duplicidades dispositivas, es decir, distintos artículos que regulan el mismo contenido, sin ser este el único apartado que contempla tal posibilidad. En todo caso, el defensor judicial tendrá un ámbito de actuación comprendido desde la aparición de la causa que imposibilita el desempeño del apoyo por parte del titular de la medida hasta que se produzca su cese o bien, se designe a otra persona para su ejercicio.

¹⁰⁷ A juicio de BLANDINO GARRIDO, M^a A, la referencia a “*quién haya de prestar el apoyo*” permite incluir no solo a aquellas personas que operan bajo el arbitrio judicial sino también a los que hayan sido designados por la persona con discapacidad de manera voluntaria, “Bloque 8 El defensor judicial de la persona con discapacidad” DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y, QUESADA SÁNCHEZ, A.J. RUIZ-RICO RUIZ, J.M. *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Atelier, Barcelona, 2022, pág. 410.

¹⁰⁸ TORAL LARA, E: “El defensor judicial de las personas con discapacidad” AA.VV: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pág. 310

¹⁰⁹ En este sentido ÁLVAREZ LATA, N: “Capítulo V Del defensor judicial de la persona con discapacidad”, pág. 835.

¹¹⁰ MARTÍN AZCANO, E.M. “El defensor judicial de la persona con discapacidad” MONTSERRAT PEREÑA, V. NUÑEZ NUÑEZ, M. HERAS HERNÁNDEZ, M^a M: *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pág. 289

3.1.2. El Conflicto de intereses respecto de quien presta el apoyo.

Si bien el conflicto de intereses supone el punto de partida general que motiva el nombramiento del defensor judicial, no se han producido modificaciones significativas tras la reforma por la ley 8/2021 pues el legislador ha optado por continuar la indeterminación de su contenido aunque como ya manifestaba su Anteproyecto¹¹¹, su referencia a su nombramiento respecto a las personas que provean los apoyos consigue un idéntico tratamiento para los casos de patria potestad y tutela plural previstas para menores (art. 296 CC).

Sin una definición concreta y reconocida¹¹², el Código Civil emplea varias expresiones para identificar el conflicto de intereses: la incompatibilidad u oposición de intereses (anterior art. 237 bis CC) o el interés opuesto (art. 163 CC.), todas ellas presentes en la regulación de la patria potestad, tutela y medidas de apoyo. Como requisitos legales, el conflicto de intereses tenía que versar “*en algún asunto*” (art. 163 y anterior art. 299 CC.) excluyendo la representación legal de menores o incapaces respecto de sus progenitores o tutores (art. 162.2.º y anterior art. 221.2.º CC.) salvo que el conflicto exista respecto a uno solo de ellos, pues en tal caso corresponderá a otro su representación (art. 163 y anterior art. 299.1.º CC.)¹¹³, o complemento de su capacidad, como sería el caso de los conflictos existentes con menores emancipados (art. 163 CC). A *sensu contrario* y dada la compatibilidad del defensor judicial con la patria potestad y otras figuras de guarda legal, podrá coexistir la representación legal de los progenitores y cargos tutelares en todos aquellos asuntos, deberes y facultades en los que no exista conflicto de intereses pero si tal oposición los concerniera a todos, no procedería el nombramiento del defensor judicial sino del tutor ante la suspensión o privación de la patria potestad¹¹⁴.

De distinta posición ha partido la jurisprudencia, mucho más prolífica en darle un contenido más certero a su indeterminación normativa. Así pues, se ha declarado la existencia

¹¹¹ Disponía el artículo 294 “*No se nombrará defensor judicial si el apoyo se ha encomendado a más de una persona, salvo que ninguna pueda actuar*”

¹¹² Ya sea por ser un término amplio que recoge diferentes significados DEL COUTO GÁLVEZ, R.M: “Capítulo IV. Del defensor judicial” RAMS ALBESA, J, FLOREZ MORENO, R.M. *Comentarios al Código civil II, v.2º. Libro Primero (Títulos V a XII)*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2000, pág. 2064, FLORENSA I TOMÁS, C.E: *El Defensor Judicial*, pág. 61.

¹¹³ No se contempla en el texto del artículo 299.1.º el supuesto de que el conflicto de intereses afecte a ambos padres o a todos aquellos que ejercieren la tutela conjunta en los demás casos admitidos por del anterior artículo 236 y frente a tales situaciones, se opta por el criterio del artículo 163 y 299.1.º para los padres completado por el criterio de actuación conjunta entre todos los tutores que no se hallen afectados por la incompatibilidad del propio conflicto. PARRA LUCÁN, M.A: “Comentario al artículo 299 CC”, BERCOVIZ RODRÍGUEZ-CANO, R. AAVV. *Comentarios al Código Civil Tomo II*, pág. 2499 - 2500.

¹¹⁴ SERRANO ALONSO, E: “Comentario al artículo 163” GIL DE LA CUESTA SIERRA, I. AAVV: *Comentario del Código Civil, volumen 2, 1º edición* Bosch, S.A. Barcelona, 200, pág. 455.

de un conflicto de intereses en materia de patria potestad en “*supuestos en los que sea razonable entender que la defensa por los padres de sus propios intereses irá en detrimento de los hijos*” (STS 363/2004, 17 de mayo, FJ 2), o de manera más precisa “*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*” (STS 1046/2002, 7 de noviembre, FJ 2). Una vez confirmado por la autoridad judicial, se produce la concreta suspensión de aquellas funciones que versen sobre el asunto o negocio jurídico en conflicto frente a quien presta el apoyo, a la vez que se designa al defensor judicial para actuar en ese concreto supuesto y con ello, la correspondiente prestación del apoyo.

Así pues, en materia de partición hereditaria, se ha excluido la necesidad de que el defensor de una incapaz contara con autorización judicial para allanarse en una demanda de división de cosa común¹¹⁵ pues no tienen por qué surgir conflictos de intereses entre herederos incapacitados aun representados por otros en la misma herencia, tanto si el reparto del caudal relicto se realiza siguiendo las disposiciones testamentarias y el principio de igualdad de lotes (art. 1.060 CC) como en el caso de que se niegue la inscripción del cuaderno particional mediante escritura pública, pues si se efectúa dentro de las facultades del contador partidor ni siquiera tiene que confirmarse ni ratificarse por ningún heredero interesado incluyendo en tal concurrencia a una persona incapacitada judicialmente¹¹⁶.

Sí se aprecian intereses contrapuestos cuando el testador dispone a sus legitimarios de una porción hereditaria sometida a condición o gravamen que excede de la legítima estricta, de tal manera que si estos deciden no cumplirla, verán reducida su herencia a lo que por legítima les corresponda, lo que se conoce como Cautela Socini¹¹⁷. Por ejemplo, se ha valorado el nombramiento del defensor judicial respecto de un causante que legó a su cónyuge y a la vez representante legal de sus hijas, el usufructo vitalicio de todos los bienes

¹¹⁵ Se trata de un supuesto de división de tres fincas rústicas en la que, sí bien requería de autorización para intervenir en la partición hereditaria con adjudicación de lotes entre los condominios, no es el caso del “El allanamiento pues, ni perjudica en principio sus derechos, ni impide que se dicte resolución distinta a la aceptada” STS 177/1996, 12 de marzo, FJ3.

¹¹⁶ Como en el caso de que haya errores en el inventario que perjudiquen a todos los herederos por igual, se hallen incapacitados o no. RDGRN de 10 de enero de 2012 (RJ 2012\1424), BOE, disponible a 28 de diciembre de 2022 en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2012-1424

¹¹⁷ Así la define MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, A.: “Pasado y presente de la Cautela Socini” DUPLÁ MARÍN M^a T. PANERO ORIA, P., AAVV: *Fundamentos del derecho sucesorio actual*, Marcial Pons, Colegi Notarial de Catalunya 2018, pág. 434.

relictos, instituyendo como herederas universales a sus hijas¹¹⁸ e incluso para una posterior adjudicación de la partición hereditaria tras identificar el conflicto de intereses, respecto de un causante que legó a su cónyuge y a la vez representante del incapaz de uno de sus hijos, el usufructo universal y vitalicio de su herencia que en caso de que estos no lo respetasen, recibirían solo su legítima estricta y el cónyuge, el usufructo del tercio de mejora y un legado por el tercio de libre disposición¹¹⁹.

En cuanto a los procesos sobre filiación y paternidad, se ha cuestionado la idoneidad de la madre para defender los intereses del hijo ante demandas de reclamación de filiación o bien su impugnación debido a su negativa a someter al menor a una prueba biológica pues se considera que el interés superior del hijo está en juego a la hora de dificultarle su posible filiación registral ya que tanto las acciones de filiación como el estado civil son cuestiones de orden público (STS , 4 de marzo de 2003, FJ2)¹²⁰, por lo que en tales casos, se produce el nombramiento de un defensor judicial del menor que defenderá sus derechos e intereses. Así lo consagra una línea jurisprudencia que propugna la “*investigación de la paternidad*” (STS 481/1997, 5 de junio de 1997, FJ 3)¹²¹ constatando una realidad poco conocida acerca de la patria potestad en un contexto de intereses contrapuestos entre progenitores e hijos menores de edad y es que su ejercicio por parte de estos primeros no tiene por qué atender, con carácter preferente o exclusivo, a los intereses de estos sino más bien a los suyos propios.

Independientemente del perfecto encaje y aplicabilidad del artículo 163 para el nombramiento del defensor judicial ya sea porque el conflicto de intereses afecte a uno solo de los progenitores con filiación exclusivamente determinada o bien porque afecta a los dos tanto por el que impugna la paternidad como por el que se opone al conocimiento de la verdadera filiación biológica del menor, la finalidad que persigue la patria potestad implica un

¹¹⁸ Aquí, la RDGRN de 15 de mayo de 2002 (RJ 2002/13540) consideró imprescindible la intervención del defensor judicial ante la “cautela socini” ya que decidan o no los legitimarios si aceptar la condición fijada sobre la legítima o fuera la representante legal legataria del usufructo universal y vitalicio de toda herencia, implicaría igualmente una contraposición de intereses pues se vería igualmente afectada por el resultado de la opción. BOE, disponible a 28 de diciembre de 2022 en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2002-13540

¹¹⁹ RDGRN de 16 de octubre de 2019 (RJ 2019/16830). BOE, disponible a 28 de diciembre de 2022 en: https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2019-16830

¹²⁰ El Alto Tribunal declaró la nulidad de las actuaciones ordenando al tribunal de instancia que nombrase a un defensor judicial, al constatar un conflicto de intereses entre la madre como representante y la menor “*tanto desde el punto de vista de su persona como del orden público del estado civil*”.

¹²¹ Como justificación el Tribunal Supremo para el nombramiento del defensor judicial para estos casos; “*el conflicto de intereses de ambos contendientes con respecto al hijo deviene elemental, porque el actor, por su condición procesal litiga precisamente contra "su" hijo, al que demanda, por lo que sería un despropósito afirmar que también "le defiende", y la propia madre codemandada, al aspirar en su oposición a que se mantenga la filiación matrimonial, tampoco, en puridad, defiende los prístinos intereses del menor, que son, se repite, los acordes con la verdad biológica de su progenie, amén de que en la actuación procesal de esa madre no pueda eludirse su propia defensa*”

ejercicio “*siempre en interés de los hijos (...), y con respeto a sus derechos*” (anteriormente “*en beneficio*” art. 154 CC), descripción de la que resultaría difícil desprender una defensa objetiva del menor que comprenda el derecho a conocer su origen, a disponer de sus apellidos, a ser alimentado o a recibir afecto y cariño¹²².

En definitiva, aunque se ha partido de identificar exclusivamente los conflictos de intereses desde la esfera patrimonial¹²³, la praxis judicial se ha manifestado al contrario y es que bajo la expresión literal “*en algún asunto*” pueden englobarse intereses en conflicto de cualquier otra índole, tanto referentes a la patria potestad, tutela como curatela¹²⁴. El conflicto ha de ser real y no puede fundarse en perjuicios futuros e hipotéticos, ni en sospechas de falta de control¹²⁵ sin que exista pues, una regla general para apreciar en un asunto determinado la existencia de un conflicto de intereses ya sea por la complejidad que reviste su naturaleza o bien, porque los intereses han de ser opuestos pero no distintos¹²⁶, existiendo un riesgo de mal utilización del poder o funciones de representación conferidas con perjuicio para el representado¹²⁷, lo que requiere apreciar caso por caso la existencia del mismo.

3.1.3. En la tramitación de excusa o remoción del cargo de curador.

En concordancia de los principios de la Convención, la ley 8/2021 sustituye y a la vez concentra el nombramiento del defensor judicial en los supuestos del curador que anteriormente se preveían para el tutor, ya fuera durante un expediente de remoción (anterior art. 249 CC) como en caso de incumplimiento de la función tutelar mientras no se resolvía la excusa (anterior art. 256 CC.), lo cual no descartaba un abandono o desamparo del tutelado por incumplimiento de sus funciones¹²⁸.

¹²² En este sentido se manifiesta CARBAJO GONZÁLEZ, J.F. respecto al anterior redacción del artículo 154 modificado por LO 8/2021, 4 de junio, pero que cuyo contenido en este aspecto no ha variado “El conflicto de intereses entre los progenitores y el hijo en los procesos sobre filiación” *XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia, Sevilla, Huelva, 18 a 22 de octubre de 2004. Perspectivas del Derecho de Familia en el Siglo XXI*, pág. 12. Referencia disponible a 30 de diciembre de 2022 en:

<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3134090>

¹²³ Siguiendo con SERRANO ALONSO, E: “Comentario al artículo 163”, pág. 455.

¹²⁴ Tanto MORENO TRUJILLO, E.Mª: “El defensor judicial y sus antecedentes históricos” pág. 183 como DEL COUTO GÁLVEZ, R.M: “Capítulo IV. Del defensor judicial” pág. 2065.

¹²⁵ MORENO MARTÍNEZ J.A: “Problemática actual del defensor judicial (...)”, pág. 58 y en el mismo sentido, RDRN de 21 de marzo de 2015 (RJ 2015\3012). BOE, disponible a 28 de diciembre de 2022 en:

https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-3012

¹²⁶ En este último caso, la Fiscalía General del Estado considera que no serían incompatibles entre sí porque cabría su defensa conjunta. *Circular 9/2015, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria, referencia FIS-C-2015-00009*, pág. 71. En el mismo sentido, STS 339/2012, 5 de julio, FJ 5, STS 823/2006, 1 de septiembre, FJ 3 y de todas, STS 363/2004, 17 de mayo, FJ 2.

¹²⁷ MORENO MARTÍNEZ J.A: *El defensor judicial*, pág. 106.

¹²⁸ AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, C: “Artículo 256” BERCOVIZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (director) AAVV. *Comentarios al Código Civil Tomo II*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 2341.

Lo que podría ser un descuido del legislador en determinar otra doble regulación en la designación del defensor durante el procedimiento de excusa, podría acentuarse aún más al no haber razones para entender que no se incluyera la remoción dentro de este tercer apartado, independientemente de que la finalidad de ambas norma sea la misma¹²⁹. En este sentido, se contemplan los mismos supuestos con idéntica redacción a la de los anteriores artículos 249 y 256 en la nueva regulación tanto en la tramitación de su expediente de remoción (art. 278.III CC.) como para el procedimiento de excusa del curador (art. 279.IV CC.), respectivamente.

En definitiva, la finalidad de este apartado es evitar que la persona con discapacidad quede desprovista de curatela tanto asistencial como representativa mientras se tramita la excusa o remoción solicitada, situación que independientemente de que conlleve la suspensión de funciones, impida el ejercicio de su capacidad jurídica.

3.1.4. En caso de que se inste un procedimiento de provisión de medidas de apoyo judiciales para la administración de bienes.

Desde la ley 15/2015, se atribuyen al defensor judicial las funciones provisionales de administración patrimonial de quien deba o se encuentre incurso en un procedimiento tutelar hasta que haya resolución finalizadora del mismo (anteriores arts. 299 bis CC y 27.1.c) LJV)¹³⁰ alcanzando así, la acertada uniformidad de su actuación¹³¹. Una sustitución subjetiva tanto en el cargo como en quien lo designa que no trae consigo modificación alguna de sus funciones patrimoniales. Pese a las notas de especialización y subsidiariedad que se desprendían de la anterior regulación¹³², el defensor judicial sigue manteniendo una actuación acorde a las pautas fijadas por la autoridad judicial mediante la resolución que lo nombra con la posterior y correspondiente rendición de cuentas en el ejercicio de su cargo.

En este caso, las exigencias de la Convención han sustituido estos procedimientos por los expedientes de provisión de medidas de apoyo judiciales, lo que pone de manifiesto una

¹²⁹ ÁLVAREZ LATA, N: “Capítulo V Del defensor judicial de la persona con discapacidad”, pág. 838.

¹³⁰ Previamente a esta reforma y ante el mismo supuesto, correspondía tal función a un administrador de bienes mientras que la representación procesal la desempeñaba el Ministerio Fiscal sin que hubiera lugar a identificar ambas figuras con la del defensor judicial, FLORENSA I TOMÀS, C.E: *El Defensor Judicial*, pág. 141. La uniformidad respecto de su actuación se alcanza por el artículo 27.c) digno

¹³¹ En este sentido, MORENO MARTÍNEZ J.A, sostiene que la dualidad presente entre el defensor judicial y el administrador de bienes daba lugar a equívocos que supera la primera redacción del artículo 27.1.c) LJV al subsumir la administración de bienes dentro del régimen del defensor judicial “Problemática actual del defensor judicial (...)”, pág. 69. En idéntica posición también PARRA LUCÁN, M.A: “Comentario del artículo 299 bis CC” BERCOVIZ RODRÍGUEZ-CANO, R. AAVV. *Las Modificaciones al Código Civil del año 2015*, pág. 764.

¹³² Pues su designación obedecía a aquellas situaciones en las que la complejidad y composición del patrimonio del menor o incapaz lo aconsejaba frente a otras cuestiones patrimoniales que si requiriesen de representación y no se le hubiera nombrado, bastase el Ministerio Fiscal para actuar en su defensa. PARRA LUCÁN, M.A: “Comentario al artículo 299 bis CC”, BERCOVIZ RODRÍGUEZ-CANO, R. AAVV. *Comentarios al Código Civil Tomo II*, pág. 2520.

necesidad de adaptación sin modificar el fondo de su contenido ya que este supuesto recogido en el apartado cuarto del artículo 295 mantiene el carácter transitorio de la antigua regulación pero no en cambio, la preexistencia de otra institución tutelar que ahora puede coincidir o no con una medida de apoyo para las personas con discapacidad¹³³ pues no puede contemplarse tal posibilidad de la anterior redacción del artículo 299.bis del código, ante la imposibilidad de identificar la designación de un tutor o curador previamente nombrados.

3.1.5. Cuando se precisen medidas de apoyo de carácter ocasional, aunque sea recurrente.

Coincidente con la noción general del defensor judicial presente en el párrafo sexto del artículo 250 del código en cuanto a medida forma de apoyo de carácter ocasional aunque sea recurrente, el defensor judicial pasa a ser una institución que puede nombrarse de manera autónoma y no necesariamente supletoria de otras medidas¹³⁴ desde la elaboración del anteproyecto de ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad del 26 de septiembre de 2018 y que tanto el Consejo de Estado¹³⁵ como por el Consejo General del Poder Judicial¹³⁶ apreciaron una desnaturalización de la propia institución al constatar una falta de coordinación de este artículo con sus concretos supuestos de nombramiento presentes en el artículo 295 CC (previamente, 293 del anteproyecto)¹³⁷.

A contrario, la verdadera razón de la instauración de este concreto defensor¹³⁸ no es otra que la respuesta a la diversidad y heterogeneidad de discapacidades que precisan medidas de apoyo¹³⁹ y aunque se trata de la novedad más significativa de su nuevo marco de actuación, sigue dando cobertura a necesidades concretas que sin permanencia en el tiempo son

¹³³ Un supuesto que también se comparte de manera más clara en el apartado quinto del artículo 295 del código, ÁLVAREZ LATA, N: “Capítulo V Del defensor judicial de la persona con discapacidad”, pág. 838.

¹³⁴ De cara a perseguir los fines de las medidas de apoyo que marca el artículo 249 CC, MARTÍN AZCANO, E.M. “El defensor judicial de la persona con discapacidad”, pág. 293. También TORAL LARA, E., “Capítulo 4. Las medidas de apoyo judiciales e informales en el nuevo sistema de provisión de apoyos del código civil”, pág. 163.

¹³⁵ Dictamen 34/2019, BOE de fecha 10 de junio de 2021. Disponible a 17 de diciembre de 2022 en: <https://transparencia.consejo-estado.es/view.php?id=1400>

¹³⁶ Véase el punto 179.c) del *Informe sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*. Ponentes: Juan Manuel Fernández Martínez y Pilar Sepúlveda García de la Torre, a 29 de noviembre de 2018. Pág. 71.

¹³⁷ En el caso del Consejo de Estado fue más allá y señaló en su consideración sexta que su nueva naturaleza ocasional aunque sea recurrente en el nuevo texto del anteproyecto, “*se altera injustificadamente y de manera poco operativa*” aconsejando atribuir este carácter a la curatela. Referencia 34/2019.

¹³⁸ Pues es el propio informe del Consejo de Estado quien considera renombrar el capítulo V del libro I bajo la denominación “Del defensor judicial” por “Del defensor judicial de la persona con discapacidad” al crearse también un “defensor judicial del menor” coexistente con el defensor judicial del artículo 163 CC.

¹³⁹ Así pues, podría a obedecer a supuestos de personas con discapacidad derivada de la edad o enfermedades degenerativas, siempre y cuando hablemos de los supuestos de la disposición adicional cuarta del código, ÁLVAREZ LATA, N: “Capítulo V Del defensor judicial de la persona con discapacidad”, pág. 840.

reiterativas en el mismo. Esta es su principal diferencia respecto de la curatela como medida formal para quienes el legislador determinó el apoyo de modo continuado (art. 250.V CC.) y sin ningún tipo de prelación sobre cualquier otra medida suficiente, ya sea voluntaria o judicial (art. 269.I CC.).

Tampoco pueden descartarse la atribución de funciones representativas para el defensor judicial¹⁴⁰ que si bien no se hayan previstas para el cargo, sí se contemplan de manera estrictamente excepcional para aquellas situaciones en las que no sea posible identificar la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad (art. 249.III CC), En todo caso, la designación del defensor judicial puede estar amparada tanto en necesidades momentáneas de manera supletoria respecto de otras instituciones en caso de conflicto de intereses, inactividad en la ejecución de la medida o durante la tramitación de la provisión judicial de apoyos como de manera independiente y no transitoria (arts. 264.IV y 295.5.º CC), pese a la profunda indeterminación en cuanto a los supuestos en los que es posible designar un defensor judicial de carácter principal¹⁴¹.

3.2. LEGITIMACIÓN.

No cabe duda de que tanto progenitores como cargos tutelares, así como recientemente menores y personas con discapacidad, están legitimados para solicitar el nombramiento del defensor judicial. Sin embargo, en el código persiste la duda de si tal legitimación corresponde a la titularidad o bien al ejercicio tanto de la patria potestad como de la tutela. Por un lado, esta legitimación no depende de la patria potestad al recogerse el nombramiento cuando hubiera un interés opuesto al del hijo menor emancipado (art. 163 CC) a diferencia de la representación legal que formando parte de los deberes y facultades de la patria potestad (art. 154.º CC) se excluye cuando exista un conflicto de intereses entre los padres y el hijo (art. 162.2.º CC). Desde otras disposiciones del código, podemos atribuir la legitimación a la titularidad de la patria potestad o la institución tutelar ante la obligación que tienen los padres

¹⁴⁰ De nuevo, ÁLVAREZ LATA, N, considera que será la resolución judicial que lo nombre quien fije los actos concretos en los que quepa tal representación sin perjuicio de que la persona con discapacidad pueda no solo seleccionar o decidir quién le va a prestar el apoyo sino también su preferencia sobre el mismo: “Capítulo V Del defensor judicial de la persona con discapacidad”, pág. 842. También PALACIOS GONZÁLEZ, D.: “Guarda de hecho, curatela o defensor judicial: buscando el mejor apoyo para las personas con discapacidad psíquica” BRAVO DE MASILLA CEDEIRA, G. GARCÍA MAYO, M. (dirs) AAVV. *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad, 1ª edición*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, pág. 427.

¹⁴¹ Siguiendo a TORAL LARA, E., cabría plantearse la incorporación de este nombramiento en expedientes en materia de sucesiones de la Ley del Notario ya que si alguno de los interesados fuere personas con discapacidad sin apoyo suficiente, se podría trasladar la causa al Ministerio Fiscal para que inste su designación “El defensor judicial de las personas con discapacidad”, pág. 323

de velar por los hijos menores y prestarles alimentos (arts. 110, 111 y 154.1 CC)¹⁴². Por tanto, ante el hecho de que progenitores y tutores estén comprendidos dentro de los legitimados para solicitar este nombramiento, no solo cabe concluir que tal legitimación no requiere del ejercicio de la patria potestad o tutela sino que tampoco puede encuadrarse dentro de la representación legal que puedan ostentar tanto progenitores como cargos tutelares.

Así pues, el procedimiento puede iniciarse de oficio por el letrado de la Administración de Justicia cuando conozcan de algún asunto que incurra en sus respectivos supuestos de nombramiento, además de instar la habilitación para comparecer en juicio y posterior nombramiento o el nombramiento directo (art. 27.3 LJV), tal y como ocurre cuando transcurrido el plazo para contestar a la demanda sin que la persona interesada en la adopción de medidas judiciales de apoyo haya comparecido ante el juzgado y siempre que su defensa no corresponda al Ministerio Fiscal o el defensor estuviere nombrado previamente (art. 758.2 LEC). En sentido similar opera la petición del Ministerio Fiscal, cuya intervención sigue obedeciendo al interés público imperante en todos aquellos procedimientos en los que intervienen menores o personas con discapacidad (art. 4 LJV)¹⁴³ manteniéndose la posibilidad de instar el procedimiento de adopción de medidas judiciales de apoyo en ausencia de cónyuge o pareja de hecho, ascendente, descendente o hermano del propio interesado (art. 757.2 LEC).

La necesidad de incluir a los menores como legitimados se pone de manifiesto ante su falta de capacidad para comparecer en juicio, siendo irrelevante que estén o no emancipados¹⁴⁴ ya que hasta la mayoría de edad subsisten las relaciones con sus representantes legales en la constitución de determinados derechos reales u obligacionales (art. 247 CC). Aunque esta exclusión obedecía a razones de congruencia con el propio cuerpo jurídico procesal, aquí se impone la verdadera naturaleza de las reformas que operan por ley

¹⁴² Solución que aporta FLORENSA I TOMÀS, C.E: que comprendería tanto excluidos de la patria potestad (art. 111 CC.) como privados de ella (arts. 93.2 y 170.1 CC.) y siguiendo a MARTINEZ-PIÑEIRO CARAMES, E: *Representación paterna y oposición de intereses*, Revista de Derecho Notarial, 1984, consideraba que puede solicitar el nombramiento cualquiera de los dos padres, incluso el no conviviente con el menor (anterior art. 157 CC) o el privado del ejercicio de la patria potestad (como quizá puede inferirse del art. 161 CC) *El Defensor Judicial*, pág. 150 y 151.

¹⁴³ El mismo sentido pero con terminología aún no actualizada al sentido de esta reforma y anteriores se conserva en el artículo 3.7 de la ley 50/1981, de 30 de diciembre, por la que se regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, cuya intervención en aquellos procesos civiles dependerá de que afecten a “*personas menores, incapaces o desvalidas*”.

¹⁴⁴ Hasta la reforma de la LO 1/1996, la legitimación para el nombramiento del defensor judicial correspondía, entre otros, a “*cualquier persona con capacidad para comparecer en juicio*” excluyendo a los verdaderos protagonistas de todos aquellos supuestos de actuación que inspiran su nombramiento como son los menores de edad no emancipados e incapacitados.

orgánica al reconocer la capacidad natural que tienen los menores en aquellas situaciones que menoscaben sus intereses frente a la normativa anterior que los consideraba incapaces¹⁴⁵. Caso distinto es el de las personas jurídicas y su legitimación por medio de las personas físicas que legalmente las representen, pues no parece que exista razón alguna para excluirlas¹⁴⁶, manteniéndose inalterablemente su capacidad procesal desde la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 hasta la del 2000¹⁴⁷. A esto se ha de sumar también la posibilidad que tienen de ser nombradas tutoras (art. 212) con pequeñas especialidades en lo que a su remoción se refiere (art. 279.II)¹⁴⁸.

Por último, la legitimación de las personas con discapacidad introducida por la reforma de la ley 8/2021 sustituye a las personas incapacitadas o con capacidad modificada, condicionadas a que la sentencia judicial de incapacitación no extendiera su limitación a tal supuesto. Si bien los aún no declarados incapaces podían solicitar sus propios procedimientos de incapacitación (anterior art. 757.1 LEC), hasta la ley 15/2015 no se contemplaba que los incapacitados pudieran solicitar el nombramiento del defensor judicial sin perjuicio de que fuesen los propios tutores o curadores cuando se anticipasen a futuras y mutuas posiciones contrapuestas de cara a prever un resultado desfavorable para el interesado.

3.3. PROCEDIMIENTO.

Desde la reforma de 1983, el legislador predeterminó el nombramiento del defensor judicial por procedimiento de jurisdicción voluntaria (anterior art. 300 CC) para el que no existía una regulación concreta. Ante este vacío normativo, la disposición adicional¹⁴⁹ de la ley 13/1983 relegó la tramitación procesal de sus novedades más significativas en materia de incapacitación y tutela a los juicios declarativos de menor cuantía (anteriores arts. 680 y ss.

¹⁴⁵ PARRA LUCÁN, M.A: “Comentario al artículo 300 CC”, BERCOVIZ RODRÍGUEZ-CANO, R. AAVV. *Comentarios al Código Civil Tomo II*, pág. 2523.

¹⁴⁶ FLORENSA I TOMÀS, C.E: *El Defensor Judicial*, pág. 151.

¹⁴⁷ Desde el artículo 2 de la LEC de 1881 hasta el artículo 7.4 de la LEC del año 2000 con todas sus reformas, establecen que para el ejercicio de la capacidad procesal de las personas jurídicas “*comparecerán las personas que legalmente las representen*” o bien, “*comparecerán quienes legalmente las representen*”, en su literalidad respectiva.

¹⁴⁸ Aquí se contemplan uno de los varios supuestos en los que se prioriza la curatela como medida de apoyo judicial, pues la anterior escusa tutelar por falta de medios prevista para personas jurídicas se transforma en una escusa al desempeño de la curatela que contempla no solo por falta de solvencia sino también cuando sea contradictoria con sus estatutos, previsión subsidiaria que ha de atenderse a las causas y procedimientos de remoción y escusa no previstos en el régimen de tutela (art. 233 CC.).

¹⁴⁹ “*Entre tanto no se proceda a regular de otra manera en la Ley de Enjuiciamiento Civil serán aplicables al procedimiento de incapacitación y al de declaración de prodigalidad las normas del juicio declarativo de menor cuantía, no admitiéndose el allanamiento a la demanda ni la transacción. Los demás procedimientos derivados de los títulos IX y X del libro I del Código Civil se tramitarán por las disposiciones de la Ley de enjuiciamiento Civil sobre jurisdicción voluntaria*”

LEC 1881) y a las disposiciones de hasta entonces sobre jurisdicción voluntaria (anteriores arts. 1.811 y ss. LEC 1881). Mediante la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria, se aprovecha el cambio nominal y de funciones del secretario judicial para regular un procedimiento específico del nombramiento del defensor judicial (arts. 27 y ss. LJV), sobre el que solo han operado las pequeñas modificaciones efectuadas por la ley 8/2021.

3.3.1. Solicitud.

El inicio del expediente se produce de oficio o a instancia de parte. En este último caso, la falta de un orden de preferencia a la hora de solicitar la habilitación para comparecer en juicio y el nombramiento del defensor judicial marca la posibilidad tanto de que pueda solicitarse sin autorización previa como de manera conjunta¹⁵⁰. A falta de una regulación específica sobre la solicitud de este expediente, se acude a las normas generales de tramitación (art. 13 LJV). Aunque la estructura de la solicitud se compone de una exposición de hechos y fundamentos jurídicos que detallen la pretensión que se aduce, no es preceptiva la intervención de abogado ni de procurador (art. 28.3 LJV), por lo que la Oficina Judicial puede facilitar un impreso normalizado para formular la solicitud sin necesidad de concretar la fundamentación jurídica pudiendo presentarse por cualquier medio, incluso electrónico (art. 14.3 LJV)¹⁵¹.

En caso contrario, la solicitud por parte del interesado deberá cumplir los requisitos generales de presentación de solicitudes en materia de jurisdicción voluntaria. Así pues, debe reflejar los datos y circunstancias tanto del solicitante como de aquellos que puedan resultar interesados sobre su incoación, el domicilio o domicilios en que puedan ser citados o cualquier dato que permita su identificación (art. 14.2 LJV) junto con hechos y fundamentos jurídicos que justifiquen el nombramiento, tantas copias como interesados se señalen y todos aquellos documentos que se consideren de interés (art. 14.2 LJV)¹⁵². En su caso, se incluirá la

¹⁵⁰ FERNÁNDEZ FUSTER, M^a D. “Capítulo XXI. La habilitación para comparecer en juicio y del nombramiento de defensor judicial” CALAZA LÓPEZ, S, (aut) DE PRADA RODRÍGUEZ, M (coord): *Jurisdicción Voluntaria Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, pág. 455, e incluso, de manera simultánea aplicándose en este caso las reglas generales previstas en caso de litispendencia.

¹⁵¹ Este artículo se refiere a “*la normativa de acceso electrónico de los ciudadanos a la Administración de Justicia*” y en particular, a la Ley 18/2011, de 5 de julio, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la Administración de Justicia, en cuyo Capítulo I del Título II reconoce el derecho de los ciudadanos a elegir canal dentro de los disponibles con el que comunicarse de manera electrónica con la Administración de Justicia (art. 4.2.a).

¹⁵² En caso del nombramiento para menores, junto con el escrito inicial se deberá acompañar diversos certificados como el de nacimiento o el libro de familia, el de fallecimiento de alguno de sus padres cuando procediera, la lista de testigos que reflejen la idoneidad de los propuestos para el cargo de defensor y el hecho que motivó el conflicto de intereses SERRANO GIL, A. “*Capítulo VII El defensor judicial*” pág. 223.

proposición de prueba basada en testificales o dictámenes periciales anteriores a la presentación de la solicitud.

En cuanto a la petición formulada en interés de menores no emancipados o personas con discapacidad, se requiere de habilitación previa para comparecer en juicio¹⁵³ como supuesto más para el nombramiento del defensor judicial¹⁵⁴ tanto sean demandados por un tercero como si se hallaran en riesgo de gran perjuicio de no promover la demanda siempre en ausencia de la patria potestad de los dos progenitores, estos se nieguen o no se encuentren disponibles para representar al menor o incapaz (art. 27.2 LJV). No obstante, se mantiene este nombramiento sin habilitación previa cuando el menor o persona con discapacidad litigue contra sus progenitores, tutores o curadores, inste expedientes de jurisdicción voluntaria o en caso de que se trate de una persona con discapacidad, cuando el Ministerio Fiscal promueva las medidas de apoyo que correspondan (art. 27.3 LJV).

En esta solicitud debe justificar tal interés para obtener la autorización del proyecto de consentimiento y frente a lo que se aconseja aportar además de los documentos justificativos generales (art. 14 LJV), las certificaciones del Registro Civil entre los progenitores y el menor o persona con discapacidad¹⁵⁵. Hasta su nombramiento, el menor o persona con discapacidad que deba comparecer como demandado o haya quedado sin representación procesal en el procedimiento, será representado y defendido por el Ministerio Fiscal (art. 29.2 LJV).

Una vez presentada, el letrado de la administración de justicia examina de oficio la capacidad y legitimación del solicitante resolviendo sobre su contenido mediante decreto si la admitiere a trámite y en caso de que apreciara falta de jurisdicción, competencia o presentase defectos formales no subsanados, se dará traslado al tribunal para que resuelva lo que proceda mediante auto¹⁵⁶. Si la solicitud no fuere admisible, el letrado de la administración de justicia dicta decreto de archivo del expediente por falta de competencia objetiva o territorial, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del solicitante en ambos supuestos e indicando el órgano

¹⁵³ No se debe confundir con la antigua autorización judicial para actuar en el proceso por sí mismo (anterior art. 761.2 LEC) y reivindicar la reintegración de la capacidad de obrar o modificación de su alcance, frente a la cual no se requiere del nombramiento del defensor judicial, tal y como dispone la *Circular 9/2015, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria*, pág. 73.

¹⁵⁴ ARIZA COMENAREJO, M.J. “Capítulo II. De la habilitación para comparecer en juicio y del nombramiento de defensor judicial”, pág. 267.

¹⁵⁵ LACALLE SERER, E: SANMARTÍN ESCRICHE, F. *Comentarios a la ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria*, pág. 73.

¹⁵⁶ El artículo 8 de la ley 15/2015 establece la aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil en todo aquello no regulado en los expedientes de jurisdicción voluntaria y al no fijar el tipo de resolución que adoptará el letrado de la administración de justicia en caso de que admita el escrito a trámite, se debe acudir a las disposiciones generales referentes a la admisión de la demanda en los juicios declarativos (art. 404.1 y 438.1 LEC).

judicial competente para conocer del mismo (art. 16.2 LJV)¹⁵⁷. También puede apreciar defectos u omisiones en las solicitudes presentadas para las que dará un plazo de subsanación de cinco días que de no efectuarse, la solicitud se tendrá por no presentada con el correspondiente archivo del expediente (art. 16.4 LJV).

3.3.2. Comparecencia.

Tras el decreto de admisión a trámite de la solicitud del expediente, el letrado de la administración de justicia podrá citar a comparecer en un primer momento, al solicitante y posteriormente, a los interesados que figuren en la solicitud del expediente, a quienes estime pertinente su presencia y de otro lado a cualquier otra persona que considere necesario tanto por parte de quienes hayan ostentado la patria potestad como de aquellos con los que exista el propio conflicto de intereses¹⁵⁸. También se citará a la persona con discapacidad o al menor si tuviere suficiente madurez y en todo caso, si tuviere más de 12 años y al Ministerio Fiscal (art. 30.1 LJV). Salvo que se negasen a representar o asistir a los menores o incapaces, no es necesario citar a los progenitores, tutores o curadores como personas interesadas en la solicitud si se ignorase su paradero, existiera una situación de imposibilidad de hecho o no haya motivo racional para creer próximo su regreso¹⁵⁹. El desarrollo de la comparecencia se realizará por los trámites del juicio verbal y al ser un expediente que corresponde al letrado (art. 28.1 LJV), se celebrará ante él, dentro de los treinta días siguientes desde que se admita la solicitud¹⁶⁰ con una serie de consideraciones a tener en cuenta.

Si el solicitante no acude a la comparecencia, se produce su desistimiento y archivo mediante decreto. En caso de que asista alguna persona de las citadas, se celebrará el acto y continuará el expediente con las citaciones que prevea la ley (art. 18.2.1.^a LJV). Se oirá al solicitante y a los demás citados, pudiendo acordar de oficio o a instancia del solicitante o Ministerio Fiscal, la audiencia de aquellos cuyos derechos e intereses puedan verse afectados por la resolución del expediente (art. 18.2.2.^a LJV). Al ser un procedimiento que tiene como

¹⁵⁷ Al tratarse de las normas de tramitación de los expedientes de jurisdicción voluntaria, este artículo diferencia el posible el archivo de los expedientes por falta de competencia objetiva, territorial o posibles defectos u omisiones en las solicitudes entre jueces y letrados que corresponderá a uno u otro en función de que sean o no de su competencia.

¹⁵⁸ ARIZA COMENAREJO, M.J. “Capítulo II. De la habilitación para comparecer en juicio y del nombramiento de defensor judicial”, pág. 272.

¹⁵⁹ LACALLE SERER, E: SANMARTÍN ESCRICHE, F. *Comentarios a la ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria*, pág. 77.

¹⁶⁰ El Consejo General del Poder Judicial sugirió como medida prudente la reducción de este plazo a quince o veinte días sin que la misma haya trascendido al texto final de la ley a diferencia de otras correcciones, lo cual invita a pensar que finalmente el legislador tuvo en cuenta el exceso de trabajo por parte de los órganos jurisdiccionales. *Informe al Anteproyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria*, Ponentes: María del Mar Cabrejas Guijarro y Vicente Gularte Gutiérrez, a 27 de febrero de 2014. Pág. 83.

objetivo defender los intereses de menores o personas con discapacidad, la audiencia se practicará garantizando que puedan ser oídos en condiciones idóneas sin injerencias de otras personas e incluso recabando la precisión de especialistas si fuere necesario¹⁶¹.

Una vez concluida la exploración, el letrado de la administración de justicia emitirá un acta con las manifestaciones más significativas del menor de cara a afrontar la resolución del expediente sin menoscabar su intimidad¹⁶², pudiendo emitirse tanto antes como después de la comparecencia, en cuyo caso se trasladará a los interesados para que efectúen alegaciones en el plazo de cinco días (art. 18.2.4.ª LJV). Además de la admisión y práctica de los medios de prueba que se propongan, también será de oficio cuando exista un interés público, afecte a menores o incapaces o sea conveniente para clarificar algún aspecto relevante (art. 5 LJV) y una vez concluida, permitirá a los interesados formular oralmente sus conclusiones (art. 18.2.5.ª LJV).

3.3.3. Resolución.

Una vez concluido el procedimiento, el letrado de la administración de justicia emite un decreto en el plazo de cinco días desde la terminación de la comparecencia fundándose en cualquier hecho del que hubiere tenido conocimiento tanto por la prueba practicada, la celebración de la comparecencia o las alegaciones de los interesados, aunque no hubiesen sido invocados por el propio solicitante ni los interesados (art. 19.2 LJV).

En este decreto se nombra definitivamente como defensor judicial a la persona que se estime más idónea para el cargo (art. 30.2 LJV) y en el caso de una habilitación para comparecer en juicio, se señalará el procedimiento determinado de que se trata cuando el defensor judicial actúe como demandado o el procedimiento que se pretende imponer, pudiendo acordar a la vez la concesión o denegación de la habilitación y el nombramiento del

¹⁶¹ La voluntad del legislador de que menores o personas con discapacidad hagan acto de comparecencia se debe a la necesidad de recabar cualquier dato que permita conocer el sentido de sus intereses, lo que hace pensar que podrán comparecer acompañados de las personas que los tengan bajo su cargo. De nuevo, ARIZA COMENAREJO, M.J. “Capítulo II. De la habilitación para comparecer en juicio y del nombramiento de defensor judicial”, pág. 272.

¹⁶² Pues en este sentido obedece la supresión de que el acta sea grabada en soporte audiovisual “*siempre que sea posible*” (art. 18.2.4.ª LJV) por la disposición final 15 de la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, lo que no guarda mucho encaje con el párrafo sexto que fija el registro de la comparecencia mediante soporte apto para la grabación y reproducción de sonido e imagen (art. 18.2.6.ª LJV), lo que hace que todo apunte a que este acta tendrá carácter escrito de ahí que la audiencia del menor o persona con discapacidad se haga separadamente para evitar que su intervención quede registradas en la grabación de la comparecencia PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J. “Capítulo XV Celebración de la comparecencia” Trabajo realizado en el ámbito del Proyecto de Investigación “Proceso y prueba prohibida” (PID 2020114707GB-I00) CALAZA LÓPEZ, S, DE PRADA RODRÍGUEZ *Jurisdicción Voluntaria Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria*, pág. 367.

defensor judicial¹⁶³. Una vez firme el decreto por el que se declara resuelto el expediente, no podrá iniciarse otro de idéntico objeto en materia de jurisdicción voluntaria salvo que cambien las circunstancias que dieron lugar a aquél (art. 19.3 LJV) y sin perjuicio de instar la apertura de un proceso jurisdiccional posterior con el mismo objeto para que el órgano competente se pronuncie sobre la confirmación, modificación o revocación de lo acordado en jurisdicción voluntaria (art. 19.3 LJV).

Frente a los decretos de archivo del expediente, los que acuerden la habilitación para comparecer en juicio y el nombramiento del defensor judicial, al tratarse de resoluciones definitivas que ponen fin al procedimiento sin posibilidad de continuación, cabrá recurso de revisión ante el juez competente en los términos previstos en la Ley de Enjuiciamiento Civil (art. 20.2 LJV)¹⁶⁴. En este sentido, el recurso de revisión sin efectos suspensivos sobre lo ejecutado, se interpondrá mediante escrito en el plazo de cinco días y se admitirá mediante diligencia de ordenación, abriendo un plazo de impugnación de cinco días para las demás partes personadas y trascurrido el cual, el tribunal resolverá mediante auto lo que proceda (art. 454 bis.2 LEC) mediante el que cabe recurso de apelación.

3.4. CUESTIONES RELATIVAS AL CESE Y EXTINCIÓN

Ninguna de las distintas modificaciones llevadas a cabo sobre el régimen del defensor judicial ha desarrollado de manera independiente las causas de extinción o cese de la provisión de esta medida, sino que tanto el derogado art. 301 como el hoy vigente art. 297 de código, remiten sus causas de excusa y remoción a las previstas para el curador tramitándose mediante expediente de jurisdicción voluntaria (art. 32 LJV). Igualmente, esto ha dado lugar al planteamiento de dos supuestos que permiten superar este inconveniente; por un lado, acudir a los principios generales del Derecho que informan la figura¹⁶⁵ y de otra, su obtención mediante la interpretación a *sensu contrario* de sus respectivos supuestos de nombramiento.

De otro lado, se han desarrollado dos principales clasificaciones para agrupar su heterogeneidad de supuestos de extinción o cese; por un lado, la que atiende a causas objetivas por las cuales, se produce la extinción del defensor judicial tanto en el cargo como en la persona y la que se corresponde con causas subjetivas, de naturaleza personal por las

¹⁶³ LACALLE SERER, E: SANMARTÍN ESCRICHE, F. *Comentarios a la ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria*, págs. 79.

¹⁶⁴ En concreto, al Libro II, Título IV y Capítulo II “*De los recursos de reposición y revisión*” (art. 454 bis. LEC).

¹⁶⁵ MORENO MARTÍNEZ J.A: *El defensor judicial*, pág. 81.

cuales se produce una mutación o continuación de la provisión de apoyos por cese en favor de otra persona que lo va a desempeñar.

Por todo ello, dentro de este primer modelo se encontraría, de manera exclusiva para el defensor, la conclusión o desaparición de los asuntos que dieron lugar al conflicto de intereses o el fin de la causa que motiva su falta de desempeño o la nulidad de su propio nombramiento y para el segundo modelo, la muerte o declaración de fallecimiento¹⁶⁶, la caída del defensor en cualquier supuesto de inhabilidad para curadores (art. 275 CC), la finalización del expediente de provisión de medidas judiciales de apoyo o mediante auto judicial estimatorio de la remoción o excusa alegada pues en tales casos, se produce el nombramiento de un nuevo curador (art. 278.IV y 279.V CC).

3.4.1. La rendición de cuentas.

Una vez concluidas sus funciones, el art. 298 (anterior 303 CC) somete al defensor judicial a un proceso de auditoría sobre su gestión, tramitada y concluida ante el letrado de la administración de justicia (art. 32 LJV). Con carácter general, este procedimiento se insta desde el momento en el que el propio defensor comunica la desaparición de la causa que dio lugar a su nombramiento (art. 31 LJV) aunque en caso de muerte o declaración de fallecimiento, serán sus herederos los que pongan en conocimiento del órgano judicial el alcance de su gestión¹⁶⁷.

Tanto la anterior como la nueva regulación no han permitido despejar las dudas existentes acerca de las normas que configuran este procedimiento pues sigue aún sin contemplarse una remisión expresa al de otras instituciones de guarda o apoyo. Hasta la reforma, el control de su gestión seguía las previsiones de los anteriores artículos 279 a 285 sobre la rendición de cuentas del tutor¹⁶⁸ sin encontrar en ellas cierto grado de unanimidad ya que la remisión del derogado artículo 301 al régimen de la tutela excluye la rendición de cuentas¹⁶⁹. Tras la reforma, la exclusión de la tutela en todo lo relativo a la asistencia y, en su caso representación, ha relegado tal remisión tácita al nuevo régimen de la curatela¹⁷⁰ para un

¹⁶⁶ FLORENZA I TOMÀS, C.E: *El Defensor Judicial*, pág. 227.

¹⁶⁷ SERRANO ALONSO, E. “Comentarios al artículo 302”, pág. 690.

¹⁶⁸ En este sentido, DEL COUTO GÁLVEZ, R.M: “Capítulo IV. Del defensor judicial”, pág. 2072, SERRANO ALONSO, E. “Comentarios al artículo 302”, pág. 690,

¹⁶⁹ No así en cambio al de la curatela, pues MORENO MARTÍNEZ J.A, considera viable una remisión general al darse en los mismos presupuestos legales que en el defensor judicial.: *El defensor judicial*, pág. 289.

¹⁷⁰ Así pues TORAL LARA, E, considera que pese al tenor del art. 32 LJV sobre la remisión de la rendición de cuentas del defensor judicial a lo previsto para tutores que no confirma totalmente el art. 297 CC, parece más acorde su aplicación a las reglas relativas al curador “El defensor judicial de las personas con discapacidad”, pág. 331.

ejercicio y funciones continuadas en el tiempo entre los que se incluyen su nombramiento autónomo (art. 295.5° CC) y no en aquellos casos en los que el nombramiento del defensor se hace para un cometido concreto y puntual¹⁷¹.

El plazo para la rendición de cuentas es de tres meses a partir del cese del cargo, prorrogables por el tiempo necesario si concurriere justa causa y la acción para exigir esta rendición prescribe a los cinco años desde el plazo establecido para efectuar esta rendición, sin perjuicio del ejercicio de todas aquellas acciones subsistentes por razón de tutela o curatela en caso de aprobarse finalmente las cuentas.

Este procedimiento puede requerir la intervención del juez en aquellos casos en los que los documentos justificativos de las cuentas presentados por el defensor contengan operaciones complejas o determinen una justificación técnica pues en tales casos, el juez a costa del patrimonio del menor o persona provista de apoyos, puede ordenar una prueba pericial contable o de auditoría sin perjuicio de que nadie hubiese solicitado comparecencia. Aunque el contenido del art. 292 CC solo hace referencia a *“la cuenta general justificada de su administración”*, ha de complementarse con el nuevo art. 51 LJV que además de reafirmar la presentación de las rendiciones de cuentas, exige a los curadores *“informes sobre la situación personal del menor o persona con discapacidad”*. Por tanto, esta evaluación de las funciones llevadas a cabo por el defensor judicial durante el ejercicio de su cargo comprende no solo los aspectos patrimoniales sino también los personales aunque en menor medida.

¹⁷¹ ÁLVAREZ LATA, N: “Capítulo V Del defensor judicial de la persona con discapacidad”, pág. 853.

CAPÍTULO IV. EJERCICIO Y FUNCIONES DEL CARGO.

Históricamente, la naturaleza subsidiaria y supletoria de esta institución tutelar comprendía la ocupación del lugar de los progenitores, tutores o curadores para el ejercicio de sus funciones en igual condición, pues su nota característica era el ejercicio del cargo en beneficio del defendido¹⁷² frente a la que se valoraba solicitar una fianza cuando sustituyera por inactividad al tutor o curador (anterior art. 299 CC) de manera continuada durante un determinado periodo de tiempo¹⁷³ con la obligación de rendir cuentas una vez concluida su actuación.

4.1. OBLIGACIONES GENERALES Y PROHIBICIONES DEL CARGO.

El eje central de las disputas familiares nunca ha dejado de sustanciarse al margen de tensiones o cruces de intereses entre sus integrantes. Ya sea por la existencia por razón de edad o bien una incapacitación judicial ante la constatación de dolencias o enfermedades que impidan el desenvolvimiento vital de la persona, el sistema tutelar español ha consagrado desde sus orígenes un modelo de sustitución o representación tanto de menores como posteriormente de incapaces, por el que se exige *ipso iure* o en su caso judicialmente, la representación legal mediante patria potestad, tutela o bien, un complemento de su capacidad de obrar para la salvaguardia sus derechos e intereses¹⁷⁴.

La perspectiva con la que se ha afrontado la resolución los conflictos de intereses en sede familiar ha partido de la aparición sucesiva de distintas figuras de supervisión tutelar a las que les ha correspondido la defensa de los menores o incapacitados respecto de sus padres y en ausencia de patria potestad, de los tutores.

Dentro de la absoluta preferencia por la vertiente asistencial de cualquier medida de apoyo judicial frente a aquellas que impliquen funciones representativas, hay que destacar las funciones generales que puede desempeñar el defensor judicial, como es la asistencia de la persona con discapacidad “*en el ejercicio de su capacidad jurídica en los ámbitos en los que sea preciso*” (art. 250.II CC), función decisiva durante su procedimiento de nombramiento ya que la autoridad judicial examina su idoneidad, tras oír a la persona con discapacidad, “*para respetar, comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias*” (art. 295.5.º CC).

¹⁷² FLORENSA I TOMÀS, C.E: *El Defensor Judicial*, pág. 178.

¹⁷³ MORENO MARTÍNEZ J.A: *El defensor judicial*, pág. 106.

¹⁷⁴ VALCARCE RUIZ, V: “Los procesos de incapacitación y de la reintegración de la capacidad declarada (...)”, pág. 27.

La nueva redacción del código reconoce al defensor judicial la obligación de “*conocer y respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona a la que se presta el apoyo*”, tal y como se dispone para el curador (art. 297 CC), sin que requiera ello contacto personal alguno¹⁷⁵ lo cual nunca puede suponer una excusa u obstáculo para identificar y atender la verdadera voluntad de la persona frente a la que se prestan los apoyos. Como recogíamos en un apartado anterior¹⁷⁶, el respeto a la voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad en la nueva regulación inspirada en la Convención debe prevalecer sobre el mejor interés de esta salvo en aquellos casos, totalmente excepcionales, en los que no pueda determinarse lo que implicaría por otro lado, la aprobación de funciones representativas para el defensor judicial que tendrán en cuenta su trayectoria vital, creencias y valores, tomando la decisión como si ella misma la hubiese tomado en caso de no requerir representación (art. 249.III CC.)

De otro lado, el defensor judicial actuará conforme las determinadas funciones que le atribuya la autoridad judicial cuyo contenido y carácter sigue sin contemplar el nuevo texto dado por la reforma que si bien deroga el artículo 302 por el que se atribuía al defensor las funciones que la autoridad le haya concedido, de manera concreta, esta obligación puede derivarse del contenido que mantiene el 30.2 LJV no afecto. Esto parece indicar que el defensor judicial tendrá unas funciones concretas y tasadas fijadas en la resolución del nombramiento cuando su intervención sea puntual como en un negocio jurídico o acto particular¹⁷⁷, pero no en aquellos casos donde su actuación se base en la asistencia en el ejercicio de los actos o funciones que efectúe la persona con discapacidad. Por tanto, cuando sea nombrado para un asunto en concreto en el que exista conflicto de intereses, el defensor judicial representará los del menor o personas con discapacidad para el asunto particular de que se trate frente al titular de la medida de apoyo pero solo en ese concreto caso, pues en todas las demás funciones ajenas al conflicto persistirá la institución de guarda previamente establecida¹⁷⁸.

¹⁷⁵ Dispone ÁLVAREZ LATA, N que esta norma no está configurada en idénticos términos a su referente artículo 282.III, aunque sí en lo que respecta al conocimiento de la voluntad, deseos y preferencias de la persona para poder actuar debidamente: “Capítulo V Del defensor judicial de la persona con discapacidad”, pág. 848.

¹⁷⁶ Véase el apartado 1.1.3 *La reinterpretación del artículo 12 de la Convención: Voluntad, deseos y preferencias de la persona con discapacidad*.

¹⁷⁷ ÁLVAREZ LATA, N. señala algún que otro ejemplo como podría ser la representación legal para un asunto, la autorización para enajenar o la administración de un patrimonio: “Capítulo V Del defensor judicial de la persona con discapacidad”, pág. 848.

¹⁷⁸ Lo que establece MORENO MARTÍNEZ J.A, podría considerarse como la antesala de lo que sería la reforma de la ley 8/2021 ya que en aquellos casos en los que su actividad no está reglada en la resolución que acuerda su nombramiento, ha favorecido posiciones contrarias a entender al defensor judicial como un

Por último, destacar el pequeño margen de prohibiciones generales que configuran la labor del defensor; como la propia existencia de un conflicto de intereses con la persona para quien provee el apoyo quien ni él ni sus causahabientes podrá proporcionarle liberalidades hasta que no se apruebe definitivamente su gestión, salvo que sea costumbre o bienes de escaso valor. Tampoco podrán intercambien bienes a título oneroso, mutuamente (art. 251 CC) ni el defensor podrá mantener un contrato, prestación de servicios asistenciales, residenciales o de naturaleza análoga a la persona que precisa el apoyo (art. 250.IV CC).

4.2. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS NEGOCIOS O ACTOS CELEBRADOS

La indeterminación de las posibles atribuciones o actos que puede llevar a cabo el defensor judicial contrasta de manera absoluta con su determinación cualitativa, pues ni con anterioridad a la reforma ni posteriormente podemos conocer las funciones principales del defensor judicial y su alcance con reserva de aquellas disposiciones que marcan los límites a su actuación; ya sean por razón de sus prohibiciones o inhabilidades para el desempeño del cargo como por el carácter taxativo de aquellas acordadas en la resolución que lo nombra (art. 30.2 LJV)

En todo caso, las funciones o actos que va a desempeñar el defensor serán aquellos que se asocien con el asunto concreto sobre el que versa su nombramiento que no son otras que aquellas referentes al cargo que sustituye en todos aquellos supuestos en los que su actuación sea temporal y para un concreto asunto. Así pues, dada las dificultades para conciliar posiciones que conllevan las sucesiones hereditarias, aquí encontramos la única función por razón de materia que tiene asignada el defensor judicial que es la realización de la partición hereditaria que con carácter general necesitará aprobación judicial (art. 1060 CC.)

4.2.1. La dispensa de venta en la subasta pública

Dentro de la autorización o aprobación judicial para la realización de actos de disposición o gravamen sobre bienes y derechos de menores o personas con discapacidad, la regla general era la pública subasta con previo dictamen pericial que valorase los mismos (anterior art. 65.2 LJV). Pese a que en la práctica ya se venía priorizando la venta directa por parte de los tutores respecto de los bienes de menores o personas con capacidad modificada judicialmente¹⁷⁹, tras la reforma por la ley 8/2021, esta regla general se invierte en el sentido

mecanismo excepcional representativo o asistencia sino que está facultado para realizar todos los actos que serían los propios a realizar por los representantes legales o el propio curador en el normal desenvolvimiento del asunto.: *El defensor judicial*, pág. 242.

¹⁷⁹ Así lo acredita BLANDINO GARRIDO, M^a A.: “Bloque 8 El defensor judicial de la persona con discapacidad” pág. 427.

de considerar la venta directa como forma de realizar actos de gravamen si se autorizare su realización (art. 65.4 LJV).

La misma prevalencia se efectúa en los actos de disposición que ejerza el curador representativo salvo que el tribunal considerase lo contrario para mejor garantía de los derechos e intereses de la persona titular provista de apoyos (art. 287.2.º CC). En coherencia con el propio texto de la reforma, la autoridad judicial puede liberar al defensor judicial de todos aquellos actos de disposición mediante subasta pública, fijando un precio mínimo y aprobándose posteriormente por el propio tribunal que seguirá el mismo criterio que el mantenido para el curador representativo.

4.2.2. La falta de asistencia del defensor judicial

La adaptación de la legislación civil española a la Convención ha sido lo suficientemente difusa como para incluir los supuestos de nulidad y anulabilidad generados en los actos y contratos celebrados entre quienes proveen los apoyos y quienes los precisan.

Tras las modificaciones efectuadas, son anulables en el plazo de cuatro años los contratos celebrados por personas con discapacidad sin contar con la asistencia del defensor judicial desde el momento de su celebración (art. 1304.4.º CC) así como en caso de menores desde que salieran de la patria potestad o tutela (art. 1304.3.º CC). Independientemente de la posibilidad de confirmar el consentimiento del contrato (art. 1310), pueden solicitar su anulabilidad tanto la persona con discapacidad necesitada del apoyo, aun cuando prescinda de tales medidas para contratar, como sus herederos por el resto del tiempo que falte para completar el plazo desde que la personas con discapacidad haya fallecido. Misma posibilidad se contempla para la persona que presta el apoyo siempre que el otro contratante conociera de la existencia de las medidas de apoyo en el momento de su formalización o se hubiere aprovechado de la discapacidad obteniendo una ventaja injusta por ello (art. 1302.3 CC).

Sin embargo, si la persona con discapacidad prescindiera del defensor judicial representativo en el contexto de un conflicto de intereses, el acto o contrato sería nulo de pleno derecho¹⁸⁰ y por tanto, no susceptible de confirmación. Caso similar podría ocurrir si el defensor judicial contratase sin autorización de la persona con discapacidad extralimitándose

¹⁸⁰ En este sentido, el Tribunal Supremo constató la nulidad de actuaciones referente a la negativa de una madre a someterse a una prueba biológica que permita identificar la paternidad de su hijo, situación que le priva de conocer su estado civil con el consiguiente nombramiento del defensor al solo haber un progenitor reconocido STS 1046/2002, 7 de noviembre, FJ 2. Caso distinto fue el de una posible nulidad de actuaciones entre unos padres con intereses contrapuestos a los de sus hijos al oponerse ambos a la realización de pruebas biológicas interesadas por una acción de reclamación de paternidad si no fuera porque tales menores hubieran cumplido la mayoría de edad, STS 705/2004, 30 de junio, FJ 2. FLORENSA I TOMÀS, C.E: *El Defensor Judicial*, pág. 207.

en el ejercicio de sus funciones¹⁸¹, supuesto de nulidad que admite ratificación por su parte antes de que el defensor pueda revocarlo (art. 1259.II CC).

4.3. ASPECTOS CONCERNIENTES AL DEFENSOR JUDICIAL DEL MENOR.

Junto con el guardador de hecho, el defensor judicial mantiene una doble naturaleza a tenor de la reforma operada por la ley 8/2021 ya que desde su ámbito subjetivo de actuación, actuará como medida de apoyo para la asistencia y excepcional representación de las personas con discapacidad y como institución de guarda y protección de menores no emancipados aunque con una menor identidad de supuestos de nombramiento pues solo para casos de inactividad o imposibilidad temporal de funciones tutelares como por la tradicional existencia de un conflicto de intereses respecto de su representantes legales, ya sean progenitores o tutores (arts. 235 y ss. CC).

Existe también un tercer supuesto para su nombramiento que coincide parcialmente con el presente en el párrafo primero del art. 163 CC.¹⁸², al preverse el nombramiento del defensor judicial para complementar la capacidad del menor emancipado cuando *“a quien corresponda prestarlo no puedan hacerlo o exista entre ellos un conflicto de intereses”* (art. 235.3.º CC) pero a diferencia del precepto inalterado por la reforma, aquí el legislador ha previsto la extensión de la inactividad o imposibilidad temporal para el nombramiento del defensor para actos de menores emancipados que requieran este complemento de capacidad.

La nueva regulación del defensor judicial del menor conserva de manera intacta tanto la subsidiariedad en el ejercicio del cargo como la remisión normativa a un régimen general más preciso y detallado, concerniente al defensor de la persona con discapacidad (arts. 295 y ss. CC) que sustituye las anteriores previsiones que pretendían unificar ambas instituciones tutelares (anteriores arts. 299 y ss. CC). A diferencia del defensor judicial como medida de apoyo, no cabe duda del ejercicio de funciones representativas¹⁸³, pues salvo de su intervención para completar la capacidad del menor emancipado que tendrá carácter asistencial, *“ejercerá su cargo en interés del menor, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos”* (art. 236 CC)

¹⁸¹ BLANDINO GARRIDO, M^a A. “Bloque 8 El defensor judicial de la persona con discapacidad”, pág. 427

¹⁸² Así dispone: *“Siempre que en algún asunto el padre y 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. Se procederá también a este nombramiento cuando los padres tengan un interés opuesto al del hijo menor emancipado cuya capacidad deban completar”*

¹⁸³ En este sentido, BLANDINO GARRIDO, M^a A.: “Bloque 8 El defensor judicial de la persona con discapacidad”, pág. 407 y ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H: “Capítulo II Del Defensor judicial del menor” GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. AA.VV: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2021, pág. 448.

En definitiva, no hay cambios significativos en la vertiente tutelar del defensor judicial pues sus supuestos de actuación coinciden con los contemplados tanto previa como coetáneamente a la reforma, a excepción de la añadidura que se introduce respecto de su nombramiento para la asistencia en el complemento de la capacidad para menores emancipados en ausencia o inactividad de progenitores, tutores o representantes legales y salvo un ejercicio general del cargo acorde a su personalidad y respeto de sus derechos, pues tales previsiones, pese a ser la antítesis de la “*voluntad, deseos y preferencias de la persona a la que se preste el apoyo*” (art. 297 CC.) son criterios de actuación acordes a las disposiciones de la Convención¹⁸⁴.

¹⁸⁴ Así pues, la Convención establece la protección del interés superior del niño en “*todas las actividades relacionadas con los niños y niñas con discapacidad*” (art. 7.2), en lo concerniente a sus derechos y obligaciones en régimen de custodia, tutela, guarda o adopción en los que “*se velará al máximo por el interés superior del niño*” (art. 23.2) e incluso, en caso de que sea necesaria una separación de sus padres determinada por las autoridades judiciales tras examen judicial y acorde con la ley y los procedimientos aplicables (art. 23.4).

CONCLUSIONES

PRIMERO.- A la vista de las instituciones de apoyo que consagra la transposición legal de la Convención y más allá de las disputas terminológicas que suscita, España ha adoptado un modelo social de la discapacidad obviando unos precedentes jurisprudenciales que, bajo una total amnesia del legislador extendida hasta después de la reforma al juzgador, propugnaban la elasticidad de la incapacitación civil a través de los “*trajes a medida que hagan falta*”. A esto se une la adopción de una reforma profundamente escorada a las instrucciones dadas por la Observación General N° 1, texto sin fuerza legal alejado, en algunos aspectos, del nuevo sentido que realmente quería adoptar la Convención, pues las leyes no deberían introducir criterios uniformes que opten por determinar la presunción de dificultades o ausencia de derechos respecto de una categoría heterogénea de personas. El fin de las controversias suscitadas entre la discapacidad y la incapacitación con el consiguiente cese del predominio de esta última como punto de acceso al ejercicio de los derechos civiles por las personas con discapacidad se han erigido como los avances más significativos a considerar por la adopción de este nuevo modelo de instituciones de apoyo.

SEGUNDO.- La ley 8/2021 establece dos tipos generales de medidas de apoyo que sustituyen parcialmente al régimen de las instituciones de guarda y que cuyos objetivos son difíciles de desligar entre sí, pese a que su naturaleza y contenido son completamente distintos. Solo caben funciones representativas en las medidas de apoyo de origen judicial mientras que en las acordadas previamente ante Notario pierden tal carácter por su posibilidad de elección por la persona provista de apoyos, independientemente de la falta de constancia que pudiera llegar a tener en el momento de su ejecución.

TERCERO.- La redimensión del defensor judicial ha tenido modificaciones menores pero necesarias para mantener una debida congruencia normativa. Por un lado, está la reorientación de sus obligaciones hacia los principios fundamentales de la Convención para su instauración como medida de apoyo cuando fuera necesaria y de otra, la disociación de las causas para instar su nombramiento en jurisdicción voluntaria respecto de las que constan en el código, pues la reforma ha optado por establecer un tratamiento diferenciado entre las mismas frente a la anterior regulación que las agrupaba como causas generales de nombramiento. Se han contemplado avances relativamente trascendentales frente a su régimen anterior de manera completamente significativa ya que el legislador ha escuchado a la doctrina más especializada que cuestionaba desde hace tiempo la procedencia de nombrar al defensor si existe una pluralidad de sujetos que prestan la asistencia de guarda, ahora como

medida de apoyo. De otro lado, se ha comprobado que la respuesta a la agilización del abastecimiento de las complejas y diversas necesidades de las personas con discapacidad pasa por la supresión en la imperatividad de la subasta pública en sustitución por la venta directa de bienes como procedimiento más simple y de menor coste acorde también al cambio de mentalidad que inspira el texto la Convención.

CUARTO.- Sin duda alguna, lo que ha supuesto un verdadero cambio en la determinación de esta figura es su nombramiento de carácter independiente, aun periódico y de manera no contradictoria, frente a su tradición jurídica anterior que sigue contemplando, no solo su dinámica subsidiaria y supletoria que siempre la ha caracterizado y que cuya variedad de supuestos de actuación provisional se amplían, sino también todos aquellos inconvenientes presentes desde la reforma tutelar de 1983 respecto al defensor del menor, primer protagonista en representar y amparar en caso de conflictos de intereses familiares que sigue provisto de remisiones, ahora más expresas que tácitas, al anterior régimen tutelar del defensor judicial, pese a ser una institución presente desde la primera redacción del código. Esta autonomía aún ocasional y recurrente sustituye a la prevista para las pretéritas funciones del curador antes de esta reforma, pues la necesidad de suplir la incompatibilidad de la tutela como institución más invasiva en los actos y funciones generales de la guarda frente al nuevo modelo de apoyos, motivó la búsqueda de una nueva medida de apoyo neutral que sustituyera al curador que acompañaba a la asistencia puntual de actos concretos respecto de aquellos menores o incapaces que no pudieran realizar por sí mismos.

QUINTO.- Pese a que aún perduran y afloran inconvenientes presentes en algunos aspectos del defensor judicial, ya sea por la preservación de la atipicidad de sus funciones, las continuas remisiones a una tutela totalmente incompatible con el nuevo paradigma que configura el modelo de apoyos o bien, por la dificultad para determinar su responsabilidad junto con otros aspectos que sí se contemplan de manera independiente para el curador, no puede entenderse de manera alguna que su especialización como medida de apoyo autónoma y ajena a la existencia de otras medidas vaya a detenerse con esta reforma, pues su reciente y necesario impulso inspira una necesidad, ya levemente esbozada en el plano teórico, de un procedimiento especial para su nombramiento (art. 42.bis.b) LJV) así como para la introducción o ampliación de nuevas funciones u obligaciones, entre las que podrían incluirse las mediadoras o conciliadoras en la contraposición de intereses obedeciendo a la intención de desjudicializar la vida de las personas con discapacidad, sin que para este caso concreto deban estar presentes en la resolución que acuerde su nombramiento.

REFERENCIAS

NORMATIVAS

- España. Instrumento de Ratificación de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecho en Nueva York el 13 de diciembre de 2006. Boletín Oficial del Estado 21 de abril de 2008, núm. 96. Artículos: 3, 4, 5, 7, 12 y 23.
- España. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Boletín Oficial del Estado, 16 de agosto de 1889, núm. 206. Artículos 108, 110, 111, 154, 161, 162, 163, 235, 236, 249, 250, 251, 255, 264, 268, 278, 279, 287, 288, 295, 296, 297, 298, 756, 782, 808, 813 1060, 1301, 1302, 1304 y 1310.
- España. Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. Boletín Oficial del Estado, 8 de enero de 2001, núm. 7. Artículos: 404, 438, 454.bis, 749, 757, 758, 759, 761, 763 y 777.
- España. Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Boletín Oficial del Estado, 23 de julio de 2015, núm. 158. Artículos: 4, 8, 13, 14, 16, 18, 19, 20, 27, 28, 29, 30, 31, 32, 42 bis b), 51, 65 y 88.
- España. 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 de la Normativa Tributaria con esta finalidad. Boletín Oficial del Estado, 20 de noviembre de 2003, núm. 277. Artículos: 2, 10 y 13
- España. Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. Boletín Oficial del Estado, 3 de septiembre de 2021, núm. 132. Artículos: segundo, cuarto y séptimo.
- España. Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social. Boletín Oficial del Estado, 3 de diciembre de 2013, núm. 289. Artículos: 4 y 40.
- España. Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. Boletín Oficial del Estado, 15 de diciembre de 2006, núm. 299. Artículo 23.
- España. Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Boletín Oficial del Estado, 2 de agosto de 2011, núm. 184. Artículo 1.

RESOLUCIONES CITADAS

- Consejo de Estado, Pleno. Dictamen 34/2019, de 11 de abril sobre el anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica. BOE de fecha 10 de junio de 2021
- Consejo General del Poder Judicial. Informe al Anteproyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria, Ponentes: María del Mar Cabrejas Guijarro y Vicente Gularte Gutiérrez, a 27 de febrero de 2014
- Fiscalía General del Estado. Circular 9/2015, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria, referencia [Referencia: FIS-C-2015-00009]
- Fiscalía General del Estado. Instrucción 3/2010, de 29 de noviembre, sobre la necesaria fundamentación individualizada de las medidas de protección o apoyo en los procedimientos sobre determinación de la capacidad de las personas [Referencia: FIS-I-2010-00003].
- Fiscalía General del Estado. Instrucción 4/2009, de 29 de diciembre, sobre la organización de las secciones de lo civil y del régimen especializado en materia de protección de personas con discapacidad y tutelas. [Ref: FIS-I-2009-00004]
- Fiscalía General del Estado. Instrucción 4/2008, 30 de julio de 2008, sobre el control y vigilancia por el ministerio fiscal de las tutelas de personas discapaces. [Referencia: FIS-I-2008-00004]
- Naciones Unidas (2014) CRPD/C/GC/1. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad 11.º período de sesiones 31 de marzo a 11 de abril de 2014. Observación general N.º 1 (2014). Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley. Disponible a 27 de noviembre de 2022 en:
<http://www.convenciondiscapacidad.es/wp-content/uploads/2019/01/Observaci%C3%B3n-1-Art%C3%ADculo-12-Capacidad-jur%C3%ADdica.pdf>
- Naciones Unidas (2011) CRPD/C/ESP/CO/1. Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Sexto período de sesiones 19 a 23 de septiembre de 2011. Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 35 de la Convención. Observaciones finales del Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Disponible a 1 de diciembre de 2022 en:
https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/TreatyBodyExternal/Download.aspx?symbolno=CRPD%2FC%2FESP%2FCO%2F1&Lang=es
- Naciones Unidas (2011) CRPD/C/6/SR.3. *Committee on the Rights of Persons with Disabilities. Sixth session 20 September Summary record of the 3rd meeting.* Disponible a 1 de diciembre de 2022 en:
http://www.bayefsky.com/docs.php/area/summary/treaty/crpd/opt/0/state/161/node/4/filename/spain_crpd_c_6_sr3_2011
- Naciones Unidas (2005). A/AC.265/2005/2. Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad Nueva York, 24 de enero a 4 de febrero de 2005 (A/AC.265/2005/2). Disponible a 30 de noviembre de 2022 en:
<https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/ahc5reports.htm#textfnb>
- Naciones Unidas (2002). A/56/168. Resolución aprobada por la Asamblea General sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/56/583/Add.2). Disponible a 30 de noviembre de 2022 en: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/disA56168e1.htm>

- Naciones Unidas (2002). A/57/357. Informe del Comité Especial encargado de preparar una convención internacional amplia e integral para proteger y promover los derechos y la dignidad de las personas con discapacidad (A/57/357). Disponible a 30 de noviembre de 2022 en: <https://www.un.org/esa/socdev/enable/rights/adhoca57357s.htm>
- RDGRN de 16 de octubre de 2019 (RJ 2019/16830).
- RDGRN de 10 de enero de 2012 (RJ 2012\1424)
- RDGRN de 15 de mayo de 2002 (RJ 2002/13540)
- Tribunal Constitucional. Pleno. Sentencia N° 132/2010, de 2 de diciembre de 2010, FJ 3.
- Tribunal Supremo. Pleno. Sentencia N° 589/2021, 8 de septiembre de 2021, FJ 4.
- Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. Sentencia N° 269/2021, 6 de mayo de 2021, FJ 2.
- Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. Sentencia N° 465/2019, 17 de septiembre de 2019, FJ 2.
- Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. Sentencia n° 535/2018, 28 de septiembre de 2018, FJ 2.
- Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. Sentencia N° 458/2018, 18 de julio de 2018, FJ 3.
- Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. Sentencia N° 403/2018, 27 de junio de 2018, FJ 2.
- Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. Sentencia N° 373/2016, 3 de junio de 2016, FJ 3.
- Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. Sentencia N° 635/2015, 19 de noviembre de 2015, FJ 2.
- Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. Sentencia N° 544/2014, 20 de octubre de 2014, FJ 3.
- Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. Sentencia N° 341/2014, 1 de julio de 2014, FJ 6.
- Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. Sentencia N° 617/2012, 11 de octubre de 2012, FJ 2
- Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. Sentencia N° 339/2012, 5 de julio de 2012, FJ 5
- Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. Sentencia N° 282/2009, 29 de abril de 2009, FJ 7.
- Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. Sentencia N° 823/2006, 1 de septiembre de 2006, FJ 3.
- Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. Sentencia N° 705/2004, 30 de junio de 2004, FJ 2.
- Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. Sentencia N° 533/2004, 11 de junio de 2004, FJ 1.
- Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. Sentencia N° 363/2004, 17 de mayo de 2004, FJ 2.
- Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. Sentencia N° 212/2003, 4 de marzo de 2003, FJ 2.
- Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. Sentencia N° 1046/2002, 7 de noviembre de 2002, FJ 2.
- Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. Sentencia N° 24/1998, 27 de enero de 1998, FJ 3.
- Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. Sentencia N° 481/1997, 5 de junio de 1997, FJ 3.
- Tribunal Supremo, Sala de lo Civil. Sentencia N° 177/1996, 12 de marzo de 1996, FJ 3.
- Tribunal Supremo. Sala de lo Civil. Sentencia N° 1366/1991, 8 de marzo de 1991, FJ 1.

BIBLIOGRÁFICAS

- ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H: “Capítulo II Del Defensor judicial del menor” GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. AA.VV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2021, págs. 443 - 451.
- ÁLVAREZ LATA, N: “Capítulo V Del defensor judicial de la persona con discapacidad” GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. AAVV.: *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Aranzadi Thomson Reuters, Pamplona, 2021. págs. 831 - 854.
- ALVENTOSA DEL RÍO, J: *La curatela tras la ley 8/2021*, Tirant lo Blanch, 2022, pág. 173
- ARIZA COMENAREJO, M.J: “Capítulo II. De la habilitación para comparecer en juicio y del nombramiento de defensor judicial” FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A. (director) SERRANO DE NICOLÁS, Á. (coordinador) *Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria. 1ª edición*, Cizur Menor y Thompson Reuters, Madrid, 2016, págs. 266 - 276.
- BARBA, V: “Capítulo 1. El art. 12 de la convención sobre. los derechos de las personas con discapacidad de Nueva York, de 13 de diciembre de 2006” CHAPARRO MATAMOROS, P, BUENO BIOT, A (coordinadores) DE VERDA Y BEAMONTE, J (director), AAVV: *La discapacidad: una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 23 - 52.
- “Capítulo 5. Principios generales de las medidas de apoyo en el marco de la convención de Nueva York” BRAVO DE MASILLA CEDEIRA, G. GARCÍA MAYO, M. (directores) GIL MEMBRANO C., PRETEL SERRANO, J.J. (coordinadores) AAVV. *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, 1ª edición, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, págs. 79 - 99.
- BLANDINO GARRIDO, Mª A: “El defensor judicial de la persona con discapacidad” DE LUCCHI LÓPEZ-TAPIA, Y, QUESADA SÁNCHEZ, A.J. (directores), RUIZ-RICO RUIZ, J.M. (coordinador) *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad*. Atelier, Barcelona, 2022, págs. 401 - 432.
- CALAZA LÓPEZ, S, “El proceso de prodigalidad: una nueva concepción de la justicia civil ante la sociedad globalizada” Los retos del Poder Judicial ante la sociedad globalizada. *Actas del IV Congreso Gallego de Derecho Procesal (I Internacional)* A Coruña, 2 y 3

- de junio de 2011, Agustín Jesús Pérez-Cruz Martín, Xulio Ferreiro Baamonde (directores). Universidade A Coruña: 2012, págs. 319 - 336.
- CARBAJO GONZÁLEZ, J.F. “El conflicto de intereses entre los progenitores y el hijo en los procesos sobre filiación” *XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia, Sevilla, Huelva, 18 a 22 de octubre de 2004. Perspectivas del Derecho de Familia en el Siglo XXI*. Conferencias, ponencias e informes presentados. Director: Carlos Lasarte Álvarez. Coordinadoras: Araceli Donado Vara, M^a Fernanda Moretón Sanz y M^a Fátima Yáñez Vivero. IDADFE (Instituto de Desarrollo y Análisis del Derecho de Familia en España), 2004, págs. 1- 13.
- COLMENAR MALLÉN, M^a C: “Ciertos aspectos de la incapacidad en Derecho romano, Derecho actual en España y su regulación en algunos países de nuestro entorno ” GARCÍA SÁNCHEZ, J (director), CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, S: (coordinador): *Fundamentos romanísticos del derecho contemporáneo, vol. 2 Derecho de personas*, Boletín Oficial del Estado coeditada con AIDROM, Madrid, 2021, págs. 447 - 484.
- DE AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C: “Artículo 256” BERCOVIZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (director) AAVV. *Comentarios al Código Civil Tomo II*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 2338 - 2344.
- DEL COUTO GÁLVEZ, R.M: “Capítulo IV. Del defensor judicial” RAMS ALBESA, J, FLORÉZ MORENO, R.M. (coordinadores), *Comentarios al Código civil II, v.2º. Libro Primero (Títulos V a XII)*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 2000, págs. 2059 - 2073.
- DÍEZ GARCÍA, H: “Comentario al artículo 163 CC” BERCOVIZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (director.) AAVV. *Comentarios al Código Civil Tomo II*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 1680 - 1693.
- FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A: “La Ley 8/2021, para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica: un nuevo paradigma de la discapacidad” *Diario La Ley*, nº 9961, 2021.
- FERNÁNDEZ FUSTER, M^a D: “Capítulo XXI. La habilitación para comparecer en juicio y del nombramiento de defensor judicial” CALAZA LÓPEZ, S, (directora) DE PRADA RODRÍGUEZ, M (coordinadora): *Jurisdicción Voluntaria Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 445 - 472.
- FLORENSA I TOMÀS, C.E: *El Defensor Judicial*. Civitas S.A. Madrid, 1990.

- GARCÍA GARNICA, M^a C: “Título IX.de la incapacitación” BERCOVIZ RODRÍGUEZ-CANO, R. AAVV, *Comentarios al Código Civil Tomo II*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 2041 - 2055.
- GARCÍA RUBIO, M^a P: “Capítulo 2. La reforma operada por la Ley 8/2021 en materia de apoyo a las personas con discapacidad: planteamiento general de sus aspectos civiles” LLAMAS POMBO, E., TORAL LARA, E., MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (directoras) *El nuevo derecho de las discapacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, págs. 47 - 78
- HIDALGO CEREZO, A.: “Discapacidad y ejercicio de los derechos patrimoniales” FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, M.B. (directora) AAVV. *Sistema de apoyos para personas con discapacidad. Medidas jurídico-civiles y sociales*. Dykinson, S.L. Madrid, 2021, págs. 95 - 113.
- LACALLE SERER, E. SANMARTÍN ESCRICHE, F: *Comentarios a la ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017.
- LASARTE ÁLVAREZ, C: *Compendio de derecho de la persona y del patrimonio 7^a Edición*, Dykinson, S.L. Madrid, 2017.
- MARTÍN AZCANO, E.M: “El defensor judicial de la persona con discapacidad” MONTSERRAT PEREÑA, V. HERAS HERNÁNDEZ, M^a.M (directoras), NUÑEZ NUÑEZ, M (coordinadora), AA.VV: *El ejercicio de la capacidad jurídica por las personas con discapacidad tras la Ley 8/2021 de 2 de junio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, págs., 281-306.
- MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C: “Capítulo 4. La Observación General Primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?” BRAVO DE MASILLA CEDEIRA, G. GARCÍA MAYO, M. (directores) GIL MEMBRANO C., PRETEL SERRANO, J.J. (coordinadores) AAVV. *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, 1^a edición, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, págs. 101 - 124.
- MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, A: “Pasado y presente de la Cautela Socini” DUPLÁ MARÍN M^a T. PANERO ORIA, P. (coordinadoras) AAVV.: *Fundamentos del derecho sucesorio actual*, Marcial Pons, Colegi Notarial de Catalunya, 2018, págs. 433 - 443.

- MORENO MARTÍNEZ J.A: “Problemática actual del defensor judicial: hacia una nueva concepción de la institución”, *Revista de derecho privado*, Nº 5, Reus, 2018, págs. 43 - 72. Disponible a 26 de septiembre de 2022 en: <http://hdl.handle.net/10045/90651>
- *El defensor judicial*, Montecorvo S.A., Madrid, 1989.
- MORENO TRUJILLO, E: “El defensor judicial y sus antecedentes históricos” *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, Nº 8, 1985, págs. 179 - 233.
- PALACIOS GONZÁLEZ, D: “Capítulo 20. Guarda de hecho, curatela o defensor judicial: buscando el mejor apoyo para las personas con discapacidad psíquica” BRAVO DE MASILLA CEDEIRA, G. GARCÍA MAYO, M. (directores), GIL MEMBRANO C., PRETEL SERRANO, J.J. (coordinadores) AAVV. *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, 1ª edición, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, págs. 417 - 430.
- PARRA LUCÁN, M.A: “Comentario a los artículos 297, 299, 299.bis y 300 CC” BERCOVIZ RODRÍGUEZ-CANO, R. AAVV: *Comentarios al Código Civil Tomo II*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 2495 - 2530.
- “Comentario al artículo 299 bis CC” BERCOVIZ RODRÍGUEZ-CANO, R. AAVV. *Las Modificaciones al Código Civil del año 2015*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, págs. 763 - 767.
- PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A.J: “Capítulo XV Celebración de la comparecencia” Trabajo realizado en el ámbito del Proyecto de Investigación “Proceso y prueba prohibida” (PID 2020114707GB-I00) CALAZA LÓPEZ, S, (directora) DE PRADA RODRÍGUEZ, M (coordinadora): *Jurisdicción Voluntaria Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 359 - 370.
- PICATOSTE BOBILLO, J: “La incapacitación: el marco jurídico” *Revista gallega de psiquiatría y neurociencias*, Nº 8, 2006, pág. 34 - 76.
- SANTOS URBANEJA, F. AAVV. *Comisión de Ética y Legislación de la Asociación Española de Neuropsiquiatría (AEN)*, 2016, págs. 45 y 48. Disponible a 11 de diciembre de 2022 en: <http://fernandosantosurbaneja.blogspot.com/2016/05/n-90-discapacidad-salud-mental-mayores.html>
- “La guarda de hecho: institución clave en el nuevo sistema de protección jurídica de las personas con discapacidad” Editorial Fundación Aequitas. *Biblioteca Fundación ONCE*, 2017, págs. 1 - 43. Disponible a 10 de diciembre de 2022 en:

<https://biblioteca.fundaciononce.es/publicaciones/otras-editoriales/la-guarda-de-hecho-institucion-clave-en-el-nuevo-sistema-de>

SERRANO ALONSO, E: “Comentarios a los artículos 163 y 302 CC” GIL DE LA CUESTA SIERRA, I. (coordinador) AAVV: *Comentario del Código Civil, volumen 2, 1º edición* Bosch, S.A. Barcelona, 2000, págs. 455, 456 y 684 - 690.

SERRANO GIL, A: “Capítulo VII El defensor judicial” POUS DE LA FLOR, M.P, TEJEDOR MUÑOZ, L. (coordinadoras), AAVV, *Protección jurídica del menor*, Tirant lo Blanch, Valencia 2017, págs. 211 - 227.

TORRES COSTAS, Mª E: *La capacidad jurídica a la luz del artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*. Colección Derecho Privado, BOE, Madrid, 2020.

- “Capítulo 1. La Convención de Nueva York y los principios que la inspiran” LLAMAS POMBO, E., TORAL LARA, E., MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N., *El nuevo derecho de las discapacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento* Wolters Kluwer, Madrid, 2021, págs. 15 - 43

TORAL LARA, E: “El defensor judicial de las personas con discapacidad” RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE J (director), CHAPARRO MATAMOROS, P. BUENO BIOT, A (coordinadores): *La discapacidad, una visión integral y práctica de la Ley 8/2021, de 2 de junio*. 1ª edición. Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 299 - 332.

- “Capítulo 4. Las medidas de apoyo judiciales e informales en el nuevo sistema de provisión de apoyos del código civil” LLAMAS POMBO, E., TORAL LARA, E., MARTÍNEZ RODRÍGUEZ, N. (directoras) *El nuevo derecho de las discapacidades. De la incapacitación al pleno reconocimiento*, Wolters Kluwer, Madrid, 2021, págs. 133 - 173.

VALCARCE RUIZ, V: “Los procesos de incapacitación y de la reintegración de la capacidad declarada en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. Los juicios declarativos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil”, *Real Academia de Jurisprudencia y Legislación*, págs. 1 - 30. Disponible a 14 de agosto de 2022 en:

<http://www.valcarceabogados.com/IncapareintegrLEC.pdf>