

El defensor judicial ⁽¹⁾

II

A medida que por el choque de las corrientes germánicas con el derecho romano, dentro del ambiente cristiano de la Edad Media, va perdiendo el *pater familias* su carácter de jefe de un Estado independiente, la patria potestad aparece cada vez más limitada por los tribunales domésticos, las Juntas de parientes o los Consejos de familia y aun por la autoridad pública. «Otro punto común a los países de costumbres y a los países de Derecho escrito, dicen los citados colaboradores de Baudry-Lacantinerie (2), era el poder concedido a los Tribunales para inspeccionar el ejercicio de la patria potestad. Esta intervención se ejercía de una manera bastante discreta durante el matrimonio: la influencia de la madre era entonces considerada como un contrapeso suficiente de la autoridad paterna. Pero la vigilancia del poder judicial se ejercía más activamente cuando se trataba de hijos naturales o de hijos legítimos, una vez disuelto el matrimonio.»

Sin ánimo de perseguir la evolución de estas ideas en el siglo XIX, hemos de contentarnos con reproducir el artículo 365 del Código civil holandés (3), de donde trae su origen nuestro artículo 165 y con recordar los artículos 156 y 157 del mismo texto vigente sobre intervención de los Jueces para imponer hasta

(1) Véase el número anterior.

(2) *Loco citato*, pág. 135.

(3) «Cuando tuviese el padre un interés opuesto al de sus hijos menores, deberán éstos ser representados por un curador *ad hoc*, cuyo nombramiento corresponde al Tribunal del partido» (*al Juez del cantón*, según la reforma introducida por la ley de 18 de Abril de 1874).

un mes de detención a los hijos en el establecimiento correccional destinado al efecto; el artículo 163, relativo a la formación de inventario de los bienes y depósito de valores mobiliarios de los hijos en que los padres tengan sólo la administración; el artículo 164, referente a la enajenación y gravamen de bienes inmuebles sujetos al usufructo o a la administración paterna; el artículo 165 que examinamos, y el siguiente, que se refiere al usufructo y administración de los bienes de los hijos reconocidos o adoptivos; los artículos 169, 170 y 171 sobre suspensión y privación total o parcial de la patria potestad por los Tribunales; los artículos 178 y 179 sobre aprobación y forma de la adopción. .

Como se desprende de todos ellos, el sistema del Código civil es opuesto a la formación de una Junta de parientes o de un Consejo de familia, sea durante el matrimonio o sea en período de viudedad o segundas nupcias, y no ha recogido los precedentes que sobre estos particulares pudiera encontrar en la Novísima Recopilación, en el Proyecto de 1851 y en las leyes relativas al consejo paterno. Por eso encontramos ajustada a la realidad jurídica la declaración que hace la citada Resolución de la Dirección general de los Registros en el tercer considerando: «Cualesquiera que sean las orientaciones del repetido Código al ordenar el régimen tutelar con independencia casi absoluta de los Tribunales de justicia, bien claramente se descubre en su articulado la tendencia a corregir las anomalías que en el ejercicio de la patria potestad pueden presentarse, y a suplir, en ocasiones excepcionales, los deficientes poderes del padre, por medio de la autoridad judicial.» Y por eso creemos poco meditados los razonamientos del auto del Juzgado de San Vicente que aluden a un desacuerdo entre la Resolución de 27 de Junio de 1924 y las de 31 de Octubre de 1892 y 25 de Noviembre de 1893, y censuran a la primera por atribuir «a la intervención que al Juez concede siempre la Ley, en determinados casos, más trascendencia e importancia de la que en realidad le corresponde». La Resolución de 1892 (1) declara abolido el discernimiento del cargo de tutor, «con el sentido y alcance que tenía en nuestra antigua legislación

(1) La Sentencia de 12 de Febrero de 1897 declara también que los artículos de la ley de Enjuiciamiento civil relativos al discernimiento de tutores han sido derogados

civil», pero no ha intentado reducir las funciones constitutivas del Consejo de familia a la mera formalidad de poner en posesión a los tutores, y con toda claridad se pone de relieve el importantísimo papel de este órgano de la tutela, en la otra Resolución de 25 de Noviembre de 1893 que le atribuye con frase exagerada «todas, absolutamente todas las facultades que nuestra antigua legislación civil atribuía al Poder judicial, en orden a la autorización de aquellos actos que traspasan los límites de una simple administración, y a la subordinación que en justicia hay que imponer al tutor con respecto a una autoridad superior que le vigile y censure». Para corroborarlo, cita una serie de artículos del Código civil, entre los que se encuentran los relativos a la capacidad del tutor, cuantía y calificación de la fianza, etcétera, que exceden de la simple *puesta en posesión*. Y precisamente, en la última de las dos Resoluciones que parecen al Juzgado contradictorias con la de 1924, indica la Dirección que cuando los menores no emancipados están representados en una partición por el defensor, es requisito indispensable la aprobación judicial, «porque en ese caso le falta al incapacitado la intervención tutiva del Consejo de familia, y se ve huérfano accidentalmente de la dirección paterna».

Son éstas, verdades que nadie pone en duda. Ciertamente es que algunos Tribunales franceses han sostenido que el nombramiento de administrador *ad hoc* debe ser hecho por el Consejo de familia, y no falta en nuestro Proyecto de Código civil de 1851 algún artículo que pueda ser invocado como precedente de tal solución; pero, en la actualidad, la doctrina incontrovertible, en este particular, es la contenida en el penúltimo *Considerando* de la repetida Resolución de 27 de Junio de 1924: «no obstante la denominación legal, el Consejo de familia, en el Código civil, es pura y simplemente un consejo de tutela, y desde el momento en que no procede establecer una situación de tal naturaleza en los casos examinados, tampoco cabe constituir aquel complicado mecanismo para el solo efecto de poner al defensor del menor no emancipado en posesión de sus funciones; razón por la cual, aunque no existiera el terminante párrafo segundo del citado artículo 165, habría de atribuirse al Juez la facultad de conferir el nombramiento al defensor».

La repugnancia con que fué aprobado el artículo 165 del Proyecto de Código civil de 1851, a cuyo tenor «el padre podía nombrar a la madre en su testamento uno o más consultores, cuyo dictamen haya de oír ésta para todos los actos que el padre determina» y el hecho de no haber pasado tal disposición al Código vigente, como tampoco han sido recogidas las alusiones que, en éste y otros supuestos, hacía al Consejo de familia, prueban con evidencia que en la actualidad la autoridad judicial es la llamada a intervenir y resolver en estas delicadas cuestiones familiares.

III

Admitida la independencia del cargo de defensor respecto del Consejo de familia y del mismo titular de la patria potestad, queda planteado un interesante problema de autonomía tutelar que abarca la existencia del supuesto legal, los límites de las funciones defensivas, la manera de desenvolverlas y el papel que a la autoridad judicial corresponda.

Poco antes de someter al tutor, cualquiera que sea su parentesco con el menor, a la vigilancia del protutor y a la superior intervención del Consejo de familia, y en el mismo capítulo que pone límites a la autoridad paterna con motivo de la administración y enajenación de los bienes peculiares, ¿podría el Código civil conceder a una persona colocada en segundo rango familiar, facultades omnímodas para actuar en nombre y representación del menor sin la garantía de un órgano de vigilancia?

Por de pronto, la apreciación de que se dan los supuestos legales del artículo 165, es del Juzgado de primera instancia, competente por razón del domicilio, si hemos de suplir con el artículo 164 las deficiencias del que comentamos.

Promoción del expediente. — En atención al interés público que la defensa de los menores presenta, el Código permite que se confiera el nombramiento a petición del padre o de la madre, del mismo menor, o de cualquiera persona capaz para comparecer en juicio. Como la madre parece nombrada en la misma línea que el padre, acaso se refiera el Código al caso en que ella sea titular de la patria potestad, y no autorice a la mujer casada para pedir el nombramiento de un defensor al hijo común. De todos modos,

la posibilidad de que el Fiscal *motu proprio* o por denuncia de quien no tenga capacidad para comparecer en juicio, pida el nombramiento de un defensor, confiere al hijo de familia la garantía máxima.

Persona sometida a la patria potestad.—Aunque el artículo 165 se refiera a esta especial situación jurídica, y en su virtud se halla circunscrito a los conflictos entre el titular de la patria potestad y los hijos legítimos, legitimados, naturales y adoptivos cuando las facultades representativas de aquél sean incompatibles con los intereses de éstos, la equiparación de instituciones, o mejor dicho, la absorción de la curatela *ad litem* por el *defensor judicial* ha provocado la extensión de este cargo a supuestos de analogía más o menos discutible: a), representación del menor *emancipado* (discutida por la Resolución de la Dirección general de Registros de 4 de Noviembre de 1896, pero admitida por la de 19 de Noviembre de 1898); b), remoción de todo el organismo *tutelar* (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de Diciembre de 1895); c), caso de existir malos tratos del tutor (Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de Enero de 1896, que no decidió sobre la procedencia del remedio); d), en los pleitos de divorcio para guardar a los hijos menores (Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de Diciembre de 1895 y 30 de Mayo de 1923); e), cuando se pida la privación de la patria potestad (Sentencias del Tribunal Supremo de 21 de Enero de 1903 y 25 de Junio de 1923).

Conflicto de intereses.—Ya hemos indicado la dificultad que presenta el distinguir la simple *conurrencia* de la *oposición*. Como regla general puede establecerse la siguiente: existirán *intereses opuestos* en un asunto, negocio o pleito cuando su decisión normal recaiga sobre valores patrimoniales que, si no fueran atribuidos directa o indirectamente al padre, corresponderían o aprovecharían al hijo. Con este criterio se explican las Resoluciones de la Dirección general de los Registros de 19 y 24 de Noviembre de 1898, que declaran la imposibilidad de que el viudo represente en una participación a sus hijos y sea adjudicatario de bienes para el pago de deudas hereditarias; la Resolución de 19 de Mayo de 1900 sobre cancelación de hipoteca constituida por el padre a favor de los hijos; la Resolución de 22 de Noviembre de 1911 que exige el nombramiento de un defensor para comprometer en ár-

bitros las operaciones particionales (acaso más justificada que la Resolución de 10 de Septiembre de 1902 confirmatoria de una partición transaccional hecha por los amigables componedores designados por el padre solamente en virtud de auto judicial); la Resolución de 5 de Octubre de 1906 que exige el nombramiento de defensor judicial y la aprobación correspondiente si los menores han de liquidar la comunidad de gananciales con el cónyuge superviviente (1); la Resolución de 22 de Julio de 1912, que lo reclama para realizar el inventario de bienes relictos; la Resolución de 31 de Enero de 1913, para renunciar acciones y derechos que los hijos pudieran ejecutar contra la madre; la Resolución de 17 de Julio de 1915, para formar inventario; la Resolución de 13 de Mayo de 1916, para poder practicar en el mismo ciertas deducciones a favor del padre; la Resolución de 11 de Marzo de 1917, para hacer declaraciones en una liquidación de bienes comunes; la Resolución de 1 de Octubre de 1921, que pone de relieve los diversos sectores en que el interés del padre, como legitimario, heredero y socio, puede contraponerse al de los hijos; la Resolución de 18 de Noviembre de 1921, que niega al padre que ha adquirido una cuota hereditaria capacidad para renunciar otra correlativa en nombre de su hijo, y la Resolución de 29 de Diciembre de 1922, sobre la llamada autocontratación del padre, que asume su personalidad y la representación de sus hijos.

Por otra parte, resulta así justificada la doctrina de la Resolución de 31 de Octubre de 1892, que señala, como caso de concurrencia, no de oposición, la cancelación de un crédito hipotecario perteneciente «pro-indiviso» al padre y a los hijos; la Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de Febrero de 1899, que declara no existir contradicción si se trata de fijar el importe del crédito común a los mismos; la Sentencia de 17 de Junio de 1903, que no encuentra conflicto de intereses en la defensa contra el acreedor de todos; la Resolución de 31 de Mayo de 1909, que permite al padre representante hacer declaraciones en la herencia de la abuela del menor sobre las aportaciones de su marido; la Sentencia de 9 de Junio de 1909, que niega exista oposición de intereses entre

(1) Se ha atenuado la exigencia del Centro directivo en las Resoluciones de 7 de Marzo de 1914 y 28 de Mayo de 1924, que declaran innecesaria la aprobación judicial si el defensor se ha limitado a intervenir en el inventario.

la madre depositada y su hijo, cuando pide alimentos para los dos; la Sentencia de 9 de Enero de 1912, que se inclina por la identidad de intereses en una liquidación de sociedad mercantil; la Resolución de 6 de Julio de 1917, que permite al padre asegurar con hipoteca de finca común una deuda, como resultado del auto judicial que estima beneficiosa la operación a los menores, y, en fin, las múltiples Resoluciones de la Dirección, que permiten al padre o madre representar en operaciones particionales a los hijos, después de renunciar a cuantas acciones y derechos pueda tener en la masa hereditaria.

Las líneas de la figura diseñada pierden su carácter patrimonial a medida que ensanchamos el campo del defensor judicial, para hacerle intervenir en verdaderos conflictos conyugales; pero no debe perderse de vista que el artículo 165 no enfila propiamente estos supuestos y que la educación e instrucción religiosas, por ejemplo, no caen dentro de su órbita, aunque el padre tenga un *interés* opuesto al que el hijo manifiesta.

Condiciones del defensor.—Falta en nuestro Código una declaración que, como la contenida en el artículo 1.915 del Código civil alemán, aplique a las curatelas *ad hoc* las prescripciones relativas a la tutela, mientras la Ley no disponga otra cosa. A la jurisprudencia corresponde, pues, llenar el vacío, y el camino ha sido abierto por la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de Octubre de 1900, que equipara el cargo de defensor al de tutor y no admite su caprichosa remoción, aun cuando reconoce la necesidad de un criterio *más amplio* para la estimación de aquélla.

Por de pronto, estamos en presencia de un *munus publicum*, oficio irrenunciable sin justa causa (artículo 202 del Código civil), que ha de recaer en persona honorable, no sujeta a tutela y cuyos intereses en el asunto, para el que ha sido nombrado, no sean opuestos a los del menor. Parecen inhábiles para desempeñar el cargo las mujeres, los religiosos profesos y los extranjeros. La independencia, la honorabilidad y la imparcialidad son los tres puntos que determinan el plano en que se hallan colocadas las personas designables. No cabe, por lo tanto, nombrar defensor del hijo no emancipado a un hermano mayor de edad, para otorgar las particiones del padre o madre común, y, mucho menos, si se trata de un medio hermano coheredero y se han de liquidar dos so-

ciedades de gananciales sucesivas. No existe ninguna disposición que prohíba nombrar al abuelo, padre del cónyuge supérstite, para representar a los hijos que tienen intereses opuestos a los de este último, pero si el artículo 235 del Código civil declara que el nombramiento de protutor no puede recaer en parientes de la misma línea que el tutor, ¿con cuánta mayor razón no deberían los Jueces evitar los nombramientos de personas tan ligadas con el padre?

Llamamientos.—A tenor del párrafo segundo del artículo 165, el Juez 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. La tutela legítima a que se refiere el Código. es indudablemente la de los menores no emancipados (artículo 211) y corresponde al abuelo paterno, al materno, a las abuelas paterna y materna, por el mismo orden, mientras se conserven viudas y al mayor de los hermanos varones de doble vínculo, y, a falta de éstos, al mayor de los hermanos consanguíneos.

Respecto a la posibilidad de que la madre se subrogue en lugar del padre cuando exista conflicto de intereses entre éste y el hijo, nada dice el Código, y dentro de los términos del artículo 165 no aparece base *literal* para la subrogación, puesto que se llama al pariente del menor, a quien en su caso correspondería la tutela legítima, y la madre no sería tutora cuando faltara el padre, sino titular de la patria potestad. Pero acaso se sostenga que, con arreglo al artículo 154, la madre, en defecto del padre, tiene potestad sobre sus hijos legítimos no emancipados y debe ser nombrada defensora de los mismos cuando surja la prevista situación. La doctrina italiana (Bianchi, Boggia, Marracino) y los tribunales superiores de Catania y Brescia. se inclinaron a la opinión de que no existe subrogación posible cuando el padre aparece por razón de intereses frente a su hijo, porque la defensa de éste quedaría comprometida, dada la unión entre los esposos, la autoridad del marido sobre la mujer y la comunidad económica matrimonial. Mas, frente a tales razonamientos, Piola aduce la falta de un precepto legal que prohíba la subrogación, y la posibilidad de que la mujer defienda los intereses propios frente a su marido (como sucede en el párrafo 2.º del artículo 60 de nuestro Código), y a este argumento añadiremos que, sin licencia de su marido, la madre

puede ejercer los derechos y cumplir los deberes que le correspondan respecto a los hijos legítimos o naturales reconocidos que hubiere tenido de otro y respecto a los bienes de los mismos. Sin embargo, la necesidad de conservar la paz conyugal y de evitar las escisiones o partidismos familiares, así como la indudable influencia que el marido, llegado el supuesto en cuestión, ejercería sobre la mujer, parecen aconsejar que se esté a la letra del artículo 165, confiriendo el nombramiento al pariente llamado a la tutela en defecto del padre. No vemos inconveniente en que se *altere el orden* de los llamamientos para asegurar la imparcialidad de la gestión, ya que la aplicación literal del artículo 165, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de Mayo de 1923, haría ineficaz las garantías de los intereses del menor en los casos en que hay identidad de intereses entre el defensor judicial, cuyo nombramiento se pretende, y el padre o madre que haya sido causa del mismo nombramiento.

Es inaplicable el artículo 211 a la tutela de los hijos ilegítimos, y en su consecuencia, no servirá tampoco para regular el nombramiento del defensor respectivo. Los hijos legitimados por subsiguiente matrimonio disfrutan de la categoría de legítimos (art. 122 del Código civil) y su *defensa* no presenta dificultades extraordinarias. En cambio, los legitimados por concesión real no gozan de ese privilegio, y como los efectos de tal legitimación no trascienden a los ascendientes, tampoco pueden engendrar los derechos de vocación alegables al amparo del citado artículo 211. En cuanto a los hijos adoptivos, conservan los derechos que les corresponden en su familia natural, a excepción de los relativos a la patria potestad (art. 177 del Código civil), y dan lugar a llamamientos chocantes, si los hacemos con sujeción al supuesto de tutela legítima, en la misma familia natural.

Agotados estos llamamientos, o resultando improcedentes, no será necesario designar a otros parientes, de preferencia a los extraños (Sentencias del Tribunal Supremo, de 14 de Enero de 1896 y 9 de Octubre de 1908), y únicamente puede *recomendarse* que recaiga el nombramiento en aquéllos o en personas de la intimidad del menor o de sus padres, y no habiéndolas, o no teniendo la aptitud legal necesaria, en persona de su confianza que la tenga,

por respeto al precepto contenido en el artículo 1.855 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Las dudas de mayor importancia surgieron con motivo de la designación hecha por testamento. Los razonamientos que vienen esgrimiéndose en este punto se hallan ya en una consulta formulada a la *Gaceta del Notariado* (año XLI, núm. 24), y que fué contestada del modo siguiente: 1.º «Que es válido el nombramiento de defensor de las hijas menores hecho en el testamento de su padre, para los casos de incompatibilidad de su madre en los asuntos de testamentaria o en cualesquiera otros que pudieran ocurrir. 2.º Que será conveniente que dicho nombramiento se presente al Juez para que autorice al defensor para el desempeño de su cargo, por consideración a los respetos que siempre deben ser guardados al Poder judicial, supletorio de la autoridad paterna.» La redacción de la misma *Gaceta* olvidó bien pronto esta doctrina, porque en el número 33 del año XLIII declara que no se encuentra en el Código disposición alguna que autorice al padre para nombrar defensor a su hijo menor en testamento, y que «como el artículo 165 determina la autoridad que debe designarlo, y la persona que debe ser designada, entendemos que a lo que este artículo prescribe hay que atenerse, y que, por consiguiente, el padre o la madre, aunque debieran tener esta facultad, no la tienen, con arreglo a las disposiciones del Código civil, por más que por éste están facultados para designar personas para cargos de mayor importancia.»

Sin negar el valor que a la voluntad del padre o madre debe concederse cuando se trata del ordenamiento y régimen futuro de la familia, ha de partirse en el presente caso del llamado por los alemanes principio del establecimiento (*Bestellungsprinzip*), en cuya virtud, el encargado no entra inmediatamente *ex ministerio legis* en las funciones que le han sido encomendadas, sino por la energía del mandato judicial. La ley llama a ciertas personas para que cuiden de los intereses del menor, en el caso de que sean opuestos a los de su padre o madre, y aun podemos admitir que confiere al premuerto facultades en orden a la designación de esas personas, pero no conoce una defensa legal, que, como alguna de las servidumbres del mismo orden, quede establecida *ipso jure*. Y aunque el derecho de los llamados no puede ser desconocido

por el Juez sin poner en peligro la legitimidad de su decisión, los derechos y los deberes del defensor judicial no principian hasta que con pleno conocimiento del conflicto de intereses, de la necesidad del nombramiento, de las funciones que le hayan de ser encomendadas y de los límites del encargo, se le haya conferido el nombramiento por el Juez competente. Pudo el padre haber previsto la incompatibilidad de la viuda para representar a sus hijos en las particiones de la masa relicta; pero si la madre renuncia a sus gananciales, cuota vidual y demás ventajas hereditarias, faltaría la hipótesis prevista y no habrá lugar a conferir el cargo, como tampoco se puede constituir la tutela mientras viva el cónyuge supérstite y no sea privado de la patria potestad, cualesquiera que sean las disposiciones contenidas en el testamento del premuerto. Igualmente, la persona designada en el testamento del padre o madre puede tener intereses contradictorios en el asunto con el mismo menor, y al Juzgado corresponde en cada caso apreciar la situación jurídica y conferir el nombramiento. Aunque derogados los artículos 1.841 y siguientes de la ley de Enjuiciamiento civil, no puede decirse que los racionales preceptos relativos a la oposición y deseos del menor, a la necesidad de que la persona nombrada reúna las condiciones necesarias para el desempeño del cargo y a la formalización del nombramiento carezcan de valor. No necesitará el defensor un título especial que legitime su actuación, como el antiguo *tutorium* o *curatorium*; pero tampoco podrá ponerse por su propia autoridad al frente del negocio o asunto en que tengan intereses contradictorios el titular de la patria potestad y sus hijos. Cuando actúe en juicio, la ley rituarial será suficiente garantía de su nombramiento o facultades, porque la *parte adversa* podrá alegar como excepción dilatoria la falta de personalidad (2.ª y 4.ª del artículo 533 de la ley de Enjuiciamiento civil), y si gestiona fuera de juicio, será casi siempre necesario un certificado judicial para satisfacer a los terceros en los asuntos de importancia.

Fianza.—La misma posibilidad de que el defensor actúe en juicio y fuera de él nos impone una distinción de funciones procesales que le aproximan al curador *ad litem*, y funciones administrativas, que le asimilan al curador *ad bona*. Cualquiera que sea el peligro que amenace al menor por el resultado del procedimiento

judicial que se ha entablado o que va a plantearse, no creemos procedente la exigencia de una fianza proporcionada al interés discutible, y así lo establecía con referencia a los curadores para pleitos el artículo 1.871 de la ley de trámites. En cambio, no negaremos que el Juzgado se halla autorizado para tomar las medidas que una prudente administración aconseja en los casos más arriba discutidos, cuando lleven aparejadas la guarda de los bienes del menor, la percepción de rentas y frutos o la celebración de contratos con recibo de precios, indemnizaciones, etc. Si los padres, al contraer segundo matrimonio no merecen la confianza del legislador (1), no hay motivos para dejar las manos libres al extraño que haya sido nombrado defensor.

Retribución.—En principio, la colación del cargo no lleva consigo el derecho a percibir honorarios, porque el mandato se supone gratuito; pero si el defensor tiene por ocupación el desempeño de servicios de la especie a que se refiera el encargo, y si ha sido designado en atención a sus probados conocimientos o a su práctica en los negocios, no ha de ser de peor condición que el tutor, el albacea o el apoderado. Difícil es determinar la autoridad que ha de fijar el importe de tales honorarios: a veces formarán éstos parte de las costas de un procedimiento; otras se podrá invocar el precepto del artículo 908 del Código civil, que deja a salvo el derecho que a los facultativos asista para cobrar lo que les corresponda por los trabajos de partición u otros técnicos, y en ocasiones, como verdaderos gestores de un patrimonio, podrán los defensores ser autorizados por el Juzgado para percibir un premio o retribución en analogía con lo dispuesto en el artículo 276 del Código civil y en atención a los precedentes del artículo 1.861 de la ley de Enjuiciamiento civil.

Juez competente.—En un principio, se suscitaron dudas sobre el Juzgado a quien el Código atribuía competencia para conocer de estos asuntos, ya que el artículo 156 se refiere al Juez municipal, y el 164, al Juez del domicilio; pero los precedentes procesales que encomiendan los actos de jurisdicción voluntaria a los de primera instancia se han impuesto, y hoy, en un solo caso, el del

(1) V. los artículos 163, 491 y 977 del Código civil y los 168-2.º y 191 y siguientes de la ley Hipotecaria.

artículo 66 del Código de Trabajo, relativo a la representación en el contrato de aprendizaje, se halla autorizado el Juez municipal para proveer de defensor al menor de diez y ocho años, si falta el padre, la madre o el tutor. En Alemania se ha discutido si en el caso de ser el padre patrón y cerrar un contrato de aprendizaje con su hijo necesitará éste ser representado por un tutor *ad hoc* (1).

Ha de tenerse presente que el sometimiento de las partes a cualquier Juez, en los términos prescritos por el artículo 56 de la ley de Enjuiciamiento civil, sólo es una regla para determinar la competencia, que ha de ceder, como toda norma general, ante el precepto especial, y uno de éstos, inspirado en la unidad familiar, en las relaciones de vecindad y en el valor determinante que el domicilio tiene en las cuestiones relativas al estatuto personal, es, según las Resoluciones de la Dirección general de los Registros, de 1.º de Octubre de 1927, el artículo 164 del Código civil que exige para que el padre o la madre enajenen o graven los bienes inmuebles del hijo en que les corresponde el usufructo o la administración la autorización del Juez del *domicilio*. Al mismo es natural que corresponda el conocimiento de los conflictos entre los intereses del padre y del hijo y la colación del cargo creado por el artículo 165.

Discernimiento.—Los problemas planteados por la defensa del hijo, caso de oposición de intereses con su padre, son tan importantes, la actuación del defensor, tan circunstancial y la situación creada tan compleja, que se impone un acto oficial de mayor densidad jurídica que la simple posesión, llámese discernimiento o, si se quiere, colación. Este último término, derivado del verbo *confero*, está justificado por las palabras de la ley (*El Juez... conferirá*), y responde a las exigencias de los principios de interés público (*Officialprinzip*), instalación (*Bestellungsprinzip*) e independencia (*Selbständigungsprinzip*), en que la técnica moderna ha condensado las máximas romanas. No estamos en presencia de una tutela completamente organizada, con protutor y consejo que colocan en su puesto al tutor, después de adoptar los acuerdos y garantías que procedan, sino en una especie de curatela, y es

(1) Vid. las notas de Hilse y Schmale en *Recht*, 1903, págs. 177, 260 y 310.

necesario hacerse cargo de la influencia que todavía ejerce en el foro la frase de las Instituciones de Justiniano (1-I-23): no se da curador por testamento, sino que se confirma al designado por decreto judicial (*curator testamento non datur, sed datus confirmatur decreto praetoris vel praesidis*).

Basta leer las notas al Código civil que el Sr. Alcubilla desenvolvió en el artículo *Discernimiento* de su conocido Diccionario (5.^a edición), para convencerse de que, ciertamente, se da por derogado el acto de jurisdicción voluntaria por el cual se revestía al tutor o curador del poder necesario para el desempeño de su cargo especificando puntualmente las atribuciones que se le confieren, es decir, los límites precisos en que sus facultades han de contenerse; pero por entender «que el discernimiento corresponde hoy al Consejo de familia», a quien han pasado «la suma de atribuciones que, en cuanto a la protección de los huérfanos, estaba asignada a la autoridad judicial».

IV

En las concordancias, motivos y comentarios que redactó García Goyena para el proyecto que esperaba denominar «Código civil de doña Isabel II», y que, según decía la Comisión de Códigos, al poner su obra en manos del Gobierno, contenía una interpretación y resoluciones que podían «considerarse auténticas, por haberse hecho previa discusión y con aprobación de la Sección» (1), se hacía constar que el artículo 159 (2) estaba fundado en la misma necesidad que el número primero del artículo 188, redactado en iguales términos que el número segundo del artículo 236 del Código civil, y relativo a la obligación en que se halla el protutor de sustentar los derechos del menor, en juicio y fuera de él, siempre que estén en oposición con los intereses del tutor. «Poco importa—añade el comentarista—que se llame pro-

(1) Comunicación firmada por D. Claudio Antón de Luzuriaga en 5 de Mayo de 1851 y dirigida al Ministerio de Gracia y Justicia.

(2) En todos los casos en que el padre tenga un interés opuesto al de sus hijos menores serán éstos representados, en juicio y fuera de él, por un Procurador, que se les nombrará judicialmente para cada uno de los casos.

curador o curador *ad litem*, si ha de obrarse en juicio, o bien curador *ad hoc*, si es para un negocio especial fuera de juicio; el fundamento, es decir, la necesidad es igual en ambos casos, y el nombrado hará las veces que el protutor en la tutela.»

De tomar al pie de la letra esta última expresión, se seguirá que el defensor judicial no asume la representación propiamente dicha del menor: es un vigilante o interventor de la autoridad paterna, y carece de iniciativa contractual o de facultades para gestionar en los negocios; pero si nos fijamos en que la actuación del protutor, en el caso del número segundo del artículo 236, es inmediata, directa y representativa, nos inclinaremos a mantener las palabras del Código civil y a concentrar la naturaleza del cargo sobre el verbo *representar*.

El defensor, por lo tanto, no interpone su *auctoritas* para perfeccionar los actos jurídicos, personalmente preparados por el menor o por el titular de la patria potestad, sino que contrata en nombre de su defendido y, con tal carácter, incoa el proceso o promueve la tramitación. Los negocios concluidos por el padre o por el hijo, y aun por los dos de acuerdo, son nulos en cuanto contenidos en la esfera determinada por el Juzgado. Bien es verdad que si el hijo es mayor de diez y ocho años, y el padre quiere emanciparle, podrán los dos, en ocasiones, dejar sin efecto lo proyectado por el defensor.

No declara nuestro Código civil, como el germánico, en su artículo 1.629, la autoridad que ha de resolver las discordias entre el padre y el defensor, y habrá de estarse a los principios generales de derecho, que atribuyen a los Tribunales ordinarios el conocimiento y resolución de los pleitos civiles.

Viniendo ahora a los casos particulares, recordaremos como de mayor interés: *a)* la necesidad de que las particiones en que los menores han estado representados por su defensor (1) sean aprobadas judicialmente; *b)* la doctrina de la Dirección general de los Registros (2), que no exige este requisito si el defensor se ha limitado a intervenir en la formación del inventario; *c)* la pro-

(1) Artículo 1.060 del Código civil y 1.049 de la ley de Enjuiciamiento civil, aplicables según la Resolución de la Dirección general de 25 de Mayo de 1906.

(2) Resoluciones ya citadas de 7 de Marzo de 1914 y 28 de Mayo de 1924.

bable aplicación de las disposiciones que regulan la venta de bienes de menores (1) a las enajenaciones llevadas a cabo por el mismo encargado de su defensa; d) la generalización de este criterio, impuesto por el artículo 231 del Reglamento hipotecario, puesto que si ha de exigirse la autorización judicial para que el padre o madre puedan otorgar los actos o contratos que tengan por objeto la extinción de los derechos reales correspondientes a los mismos hijos, como son: cesión, renuncia, subrogación, cancelación, redención y otros de naturaleza semejante, con mayor motivo se ha de exigir cuando aquéllos estén representados por el defensor (2).

Fuera de estas hipótesis, podríamos estudiar otras de igual o mayor importancia relativas a la carrera, oficio, aprendizaje y educación religiosa del menor (que si no se dan en las que podemos llamar *defensas ordinarias*, acaso surgirían en las de tipo extraordinario), continuación del comercio ejercido por los ascendientes o causantes, colocación de dinero, cobro de cantidades, realización de préstamos, aceptación o repudiación de herencias, gastos extraordinarios, transacciones, demandas y recursos..., en los cuales, a fin de evitar causas de nulidad, debiera someterse el asunto a la aprobación judicial, como prescribe el artículo 2.011 de la ley de Enjuiciamiento civil, para enajenar o gravar bienes inmuebles, efectos públicos, derechos de todas clases, alhajas y muebles y objetos preciosos que puedan conservarse sin menoscabo. La argumentación que, en contra de lo indicado, pudiera desenvolverse, partiendo del interés del titular de la patria potestad en vigilar y contrastar la gestión del defensor, no responde a la naturaleza del cargo ni a las garantías que la Ley adopta para evitar confabulaciones y atropellos. Así, para que el defensor renuncie a una herencia en que el padre tiene interés, no bastará el acuerdo de ambos.

Cualquiera que sea la intervención conferida al Juzgado en estas materias, no cabe, sin embargo, atribuirle funciones com-

(1) Vid. Resolución de 3 de Abril de 1899, que recuerda los artículos 1.031 y 2.015 de la ley de Enjuiciamiento civil.

(2) La Resolución de 19 de Mayo de 1900 había ya aplicado el artículo 2.030 de la ley de Enjuiciamiento civil en un recurso sobre cancelación de hipoteca.

pulsivas o mandamientos ejecutorios, es decir, autoridad para imponer al defensor una solución determinada, o para apremiarle en el ejercicio de una acción real o personal, por muy provechoso que resultare para el menor. La iniciativa corresponde al defensor, bajo su responsabilidad exclusiva, y a reserva de solicitar la aprobación judicial cuando proceda. Si el tiempo corre y la prescripción extintiva amenaza, pero no hay fundamento legal para remover al nombrado, será muy difícil salvar los intereses del hijo de familia.

Tanto el nombramiento de defensor como los actos por el mismo otorgados quedan amenazados de nulidad si no existiera la situación jurídica regulada en el artículo 165, si hubiera sido conferido el cargo en virtud de acuerdo del Juzgado incompetente, o por comparecer la persona a quien se hubiera discernido la defensa para el supuesto en cuestión, o por tener un preferente derecho a ser nombrado cualquiera de los llamados por el artículo 211 a la tutela.

Sin embargo, los efectos serán diferentes, según nos hallemos en casos de absoluta nulidad (nombramiento de un defensor para un aragonés de veintiún años) o de anulabilidad (concurrencia de padre e hijo, sin oposición de intereses), y, por regla general, las personas que hubieren contratado o litigado con el defensor, de buena fe, o confiadas en la legitimidad de su nombramiento, y sobre todo en la intervención o aprobación judicial, deberán ser protegidas en sus derechos y amparadas en la posesión adquirida.

V

La situación jurídica examinada y las facultades del defensor judicial concluyen:

1.º Por la mayor edad del hijo, sin necesidad de declaración auténtica o formal. El nombramiento de defensor no modifica la capacidad del menor ni es un obstáculo al desenvolvimiento de su personalidad.

2.º Por la emancipación. El estado de cosas cambia cuando el padre emancipa al hijo o éste contrae matrimonio. Muchas veces, y al amparo de los artículos 59 y 317 del Código civil, continuará.

el defensor en el papel de tutor. Por lo menos, la Dirección de Registros no se ha opuesto a que sea nombrado defensor al emancipado (1), y el Tribunal Supremo tampoco ha exigido que en estos casos se montara la tutela con todas sus piezas (2).

3.º Por la muerte del padre o madre, del hijo o del defensor.

4.º Cuando el titular de la patria potestad sea suspendido o privado de su ejercicio, si el Tribunal otorga la guarda del menor a otra persona.

5.º Si la administración de los bienes se transfiere a la mujer con arreglo a los artículos 225 y 1.441 del Código civil.

6.º Por la adopción del hijo.

7.º Por su reconocimiento y legitimación, cuando provoquen la transferencia de la patria potestad.

8.º Por la remoción del defensor en los casos de incapacidad, delito, pena, mala conducta, insolvencia y oposición de intereses con el menor.

9.º Por terminarse el asunto o negocio para que fué nombrado el defensor.

10. Por cesar la oposición de intereses entre el padre y el hijo.

11. Siempre que proceda constituir la tutela en la forma normal.

JERÓNIMO GONZÁLEZ.

(1) Vid. la Resolución de 19 de Noviembre de 1898.

(2) La Sentencia de 12 de Febrero de 1902 reconoce que la intervención del tutor en estos supuestos es idéntica a la del padre o madre, y no requiere el complemento del Consejo de familia, como cuando la tutela funciona en su integridad.