

EL DEFENSOR JUDICIAL

En varias revistas profesionales ha sido publicada últimamente una sentencia (?) dictada por el Juzgado de San Vicente, de Sevilla, sobre el discernimiento del cargo de *defensor judicial*, caso de existir interés contradictorio entre el mejor hijo de familia y el titular de la patria potestad, que merece un meditado estudio, aunque no una incondicional aprobación.

Solicitado el nombramiento de *defensor judicial*, a favor de una persona para salvar en una partición la contradicción de intereses entre la madre supérstite y sus hijos, fué denegado, por estar nombrado ya el mismo señor válidamente por el padre de dichos menores en su testamento, ordenando, en cambio, que se le diese posesión de su cargo y se le facilitase testimonio de ella.

Fúndase la decisión, redactada con cuidadoso estudio y prudente valoración de las fuentes, en las siguientes consideraciones:

El testamento es la ley que ha de regir no sólo la sucesión del testador, o sea la continuación de su personalidad jurídica en el aspecto patrimonial, sino todas las demás consecuencias que no sean legítimamente rechazables por conculcar el orden público, las buenas costumbres o una prohibición del legislador, pero, sobre todo, aquellas manifestaciones de un querer *efectivo familiar*, porque respecto de ellas los títulos de que el testador está investido por razón de sangre, son garantía más que sobrada de una intención y de una finalidad que no pueda ser equiparada ni suplida ni aun por la autoridad judicial misma, como lo prueban las disposiciones del Código civil en materia de tutela, de partición de bienes, de albaceazgo, de subsistencia de la patria potestad en la esposa binuba...

Del mismo modo, el principio general de derecho, reconocido en Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de Marzo de 1903 «a quien puede lo más le está permitido lo menos» conduce con lógica irrefutable a afirmar que si el padre puede designar tutor a sus hijos, con relevación, incluso, de fianza, ha de serle permitido nombrarles el defensor que instauró el artículo 165 del Código civil, porque el carácter y atribuciones de éste son más limitadas, de menor trascendencia, de un uso temporal y concretadas al motivo de la discordia.

Si la facultad de nombramiento se le reconoce en virtud de lo supuesto, al padre testador, habrá de convenirse en que no cabe hacer de nuevo lo que una vez se hizo, como tampoco convalidar o revalidar lo hecho, porque ello argüiría vicios o defectos purgables; pero es, además, que si el artículo 165 se interpretase tan estrechamente como algunos criterios defienden, requiriendo de modo automático y fatal el nombramiento de defensor por el Juez, sistema excesivamente formalista y formulario, la autoridad judicial, en ese caso, tendría que desconocer abiertamente la voluntad manifestada por el padre, y constreñido por el segundo párrafo del mismo artículo, preferir en la designación a los parientes del menor a quienes correspondería su tutela legítima, solución francamente violenta y contraria a las normas fundamentales que rigen la observancia de últimas voluntades.

Admitido que el nombramiento paterno ha de quedar intacto e indiscutido, tampoco puede ser materia de discernimiento, porque la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de Febrero de 1897 ha declarado que los artículos de la ley de Enjuiciamiento civil referentes a dicha formalidad para los cargos de tutores y curadores, que serían los de mayor concomitancia con el caso que se ventila, han sido derogados por el Código civil; y no pueden invocarse en contra de esta doctrina los artículos 208 y 209 del mismo Cuerpo legal, en cuanto mientan el discernimiento, para sostener que si lo citan es que lo mantienen, porque este requisito no puede entenderse con el significado que el Derecho antiguo le asignaba, de mandato conferido con las facultades expresas para los actos en que el representante podía suplir al menor o incapacitado, según unos, y según otros, como aprobación del nombramiento por la autoridad judicial, porque, como dicen las

Resoluciones de la Dirección de los Registros de 31 de Octubre de 1892 y 25 de Noviembre de 1893, abolido está el discernimiento por el Código civil y perfecta la representación del tutor cuando le poseiona del cargo el Consejo de familia y en tal sentido ha de entenderse la frase «se le discernirá el cargo» que emplean los artículos invocados; de donde, por interpretación analógica y a falta de organismo familiar que dé posesión al defensor, habrá de ser el Juzgado quien se la otorgue y con ella quedará en condiciones legales para el ejercicio del cargo con que le invistió el testador.

Al adoptar ésta resolución, el Juzgado no olvida la doctrina expuesta por la Dirección de los Registros en la de 27 de Junio de 1924, pero se niega a seguir sus orientaciones porque, en desacuerdo con las antes citadas, da a la intervención que al Juez concede la ley, en determinados casos, más trascendencia e importancia de la que en realidad le corresponde en vista de los artículos y situaciones que cita; aparte de que el juzgador no comparte el criterio de clandestinidad e informalidad en la limitación a la patria potestad de la madre que, según la Dirección, implica el nombramiento de defensor hecho por el padre en testamento auténtico, pues que la disposición testamentaria y la posesión judicial son en verdad títulos más que sobrados de legalidad y publicidad para que la mediatización del cónyuge viudo no padezca más de lo que la ley permite; ni, por último, parece consecuencia correcta que el Juez haga el nombramiento por la inconveniencia o imposibilidad de constituir el Consejo de familia, porque, no estando atribuida al Consejo la facultad de nombrar, no cabe sustituirlo por la autoridad judicial.

En fin, con vista de la finalidad perseguida en dicho expediente, debe entenderse que la parte que la ha promovido ha interesado lo pertinente para que pueda eficazmente realizarse *la partición a que se refiere y demás actos en que los menores tengan intereses opuestos con su madre*, y en su virtud el Juzgado considera pedida la posesión del defensor y la concede.

Como estos razonamientos pasan un poco ligeramente sobre los problemas suscitados por el artículo 165 del Código civil y parecen arrancar de una errónea interpretación del acuerdo adop-

tado en 27 de Junio de 1924 por la Dirección general de los Registros, voy a dedicarles algunas observaciones, partiendo de la naturaleza, extensión y fines de la institución.

I

Aunque nuestro Código civil conserve la expresión *patria potestad* con que en Roma se designaba el omnímodo poder del padre sobre sus hijos y descendientes, la institución ha perdido su carácter autoritario, y el antiguo soberano del pequeño Estado, gran sacerdote del culto de los manes, lares y penates y magistrado doméstico, es hoy cabeza de un grupo familiar, no muy extenso ni duradero, tutor cualificado de su prole, que comparte con la mujer el gobierno y administración de la casa, así como los deberes de cuidar, alimentar, instruir, educar, dirigir y colocar a sus hijos.

Entre las facultades que la ley expresamente confiere al padre, y en su defecto a la madre, está la de representar a los hijos no emancipados «en el ejercicio de todas las acciones que puedan redundar en su provecho» (artículo 155, número 1.º del Código civil), y para evitar que la determinación del representante, en un punto concreto, pueda ser influída por el interés propio, ordena el artículo 165 del mismo Cuerpo legal que en tales supuestos se nombre a aquéllos un defensor que los represente en juicio y fuera de él.

La naturaleza y facultades de este cargo se acercan en ocasiones a las específicas de la patria potestad, son en otras calificadas de tutela *ad hoc* y también asimiladas a la curatela *ad bona, ad litem* o a los tipos análogos. En Francia, donde el Código Napoleón, con sus escasas y raquíáticas disposiciones sobre la *pouissance paternelle*, apenas prestaba base al nombramiento de un defensor del hijo cuando surgiera entre él y su padre un conflicto de intereses, algunos autores y varias sentencias declaraban que el hijo debía ser provisto de un tutor *ad hoc*, instituido por el Consejo de familia conforme a las reglas de la tutela; otros exigían un protutor, *subrogé tuteur ad hoc* (Duranton) o un curador (Magnin). En el gran tratado teórico-práctico de Derecho

civil que dirigió Baudry-Lacantinerie (1), enuncian Chéneaux y Bonnecarrère la opinión de que el representante especial que ha de darse al menor debería ser calificado de administrador *ad hoc*, verdadero subrogado del padre, que quedará investido de los poderes que éste, momentáneamente, no puede ejercer, sin que sea necesario añadirle un protutor en los casos en que la ley lo exigiría, dentro de la tutela.

El artículo 224 del Código civil italiano se hace cargo del supuesto y preceptúa que, surgiendo un conflicto de intereses entre los hijos sujetos a la misma patria potestad o entre ellos y el padre, será nombrado a los hijos un curador especial. Con más amplia concepción el artículo 1.909 del Código civil alemán prescribe que quien se halle sometido a la patria potestad o a tutela ha de recibir un curador para los asuntos en cuya gestión no pueda intervenir el titular de la patria potestad o el tutor, por existir un impedimento que, según los comentaristas, puede ser de hecho o de derecho.

En el proyecto del Código civil elevado al Ministerio de Gracia y Justicia por la Comisión de Códigos en 5 de Mayo de 1851 aparece ya el artículo 159, a cuyo tenor: «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 *su procurador*, que se les nombrará judicialmente.

Para los autores españoles «el defensor es un cargo análogo al de curador *ad litem* de nuestro antiguo derecho» (2) o «tienen un antecedente en la existencia de los llamados curadores *ad litem* o para pleitos», (3) aunque «no hay duda que ambos cargos no son idénticos, pues mientras el curador *ad hoc* lo era sólo para un negocio determinado y ostentaba únicamente la representación judicial, el defensor es un representante excepcional del menor» (4).

La citada Resolución de 27 de Junio de 1924 declara que el defensor judicial es un representante especial de los hijos no emancipados, cuyos poderes terminan con el negocio mismo, y se halla dotado de facultades en el orden judicial y extrajudicial que,

(1) «Tratado de las personas». V. pág. 213 de la tercera edición.

(2) Manresa-Coment. II, 248.

(3) Ge vola, III, 453 de la cuarta edición.

(4) Valverde: «Derecho civil», IV, 478 de la segunda edición.

ya le aproximan al antiguo curador *ad litem* por su actuación procesal, ya parecen más propias de un tutor *ad hoc*, atendida la supresión del cargo de curador en nuestra legislación, ya se caracterizan como funciones administrativas independientes o de fiscalización a modo de protutor, pero que, en todo caso, limitan o suspenden la patria potestad en un sector determinado, sin abrir la tutela del menor.

Estas palabras cierran el camino a toda pretensión que tienda a instituir frente a los titulares de la patria potestad un *antipater* receloso y entrometido que escudriñe la vida doméstica e inspeccione la utilización de los bienes del menor, los compromisos y la solvencia del padre y las menores posibilidades de conflicto entre los intereses familiares. Para nosotros es desconocida la que denominan los alemanes curatela de vigilancia (*Vigilanzespfflegschaft*), y en este sentido a los vagos términos de la resolución del Juzgado de Sevilla, que autoriza al defensor para que pueda realizar eficazmente la partición de referencia «y demás actos en que los menores tengan intereses opuestos con su madre», es preferible la doctrina del Centro directivo encaminada a evitar que la potestad del padre o de la madre permanezca compartida, suspendida o subrogada por un tiempo indefinido o de un modo ilimitado. Acaso el supuesto más amplio que podemos imaginar en el Derecho español es el del nombramiento de una persona que, en el caso del artículo 162 del Código civil, haya de administrar los bienes o rentas donados o legados al hijo menor de edad para su educación e instrucción.

El espíritu y la letra del artículo 165 del Código civil nos mueven a colocarle en un campo patrimonial más extenso que el que la jurisprudencia italiana le ha concedido (1), y menos amplio que la órbita circunscrita por el artículo 1.909 del Código civil alemán. No parece lógico incluir bajo la rúbrica *interés opuesto* los casos en que la educación, la alimentación, la carrera y la colocación del menor sean mezquinas o desproporcionadas a su caudal y rentas; pero no habría inconveniente en discernir el cargo de defensor cuando el padre cae en concurso o quiebra, o suspende pagos, si resulta difícil la separación de ambos patrimonios;

(1) V. Fadda, Pono... Giur. sul C. c. I, 779 y sig.

cuando las acciones que al hijo corresponden contra el titular de la patria potestad pueden estar amenazadas de caducidad o prescripción, si no se entabla el oportuno pleito; cuando las relaciones jurídicas de ambos puedan provocar los supuestos llamados de autocontratación; cuando los acreedores defraudados los envuelvan en las consecuencias de la acción pauliana; cuando se trata de constitución o cumplimiento de obligaciones solidarias; cuando un perjudicado por culpa del padre usufructuario o administrador, reclame la indemnización de los daños causados por las cosas o bienes de la propiedad del hijo; cuando el titular de la patria potestad y los hijos *nascituri* aparezcan llamados respectivamente como fiduciario y fideicomisario de una herencia, si se aceptase la idea de que el padre y el defensor pueden representar, como en el derecho italiano, a los *nonendum concepti*; cuando el padre asume una obligación y se intenta garantizarla con bienes del menor; cuando el padre o la madre tratan de postergar o posponer la hipoteca constituida sobre sus fincas a favor del hijo, para favorecer a otros acreedores; cuando el titular de la patria potestad y los hijos continúan en común el comercio ejercido por un ascendiente o causante, si son de temer abusos o expoliaciones.

Sin embargo, hemos de hacer aquí dos observaciones interesantes: primera, es necesario distinguir la *concurrencia* del *conflicto*, y segunda, el remedio prescrito por el artículo 165 del Código civil parece tener un carácter subsidiario.

La simple coincidencia de intereses no autoriza para solicitar el nombramiento de un defensor. De otro modo, la inmensa mayoría de las veces, el padre se vería imposibilitado para ejercer las acciones correspondientes al hijo. Bastaría contestarle en el juicio que, como usufructuario, tiene un interés opuesto al del nudo propietario y trata de convertir en *renta* la *substancia*. Podrá ser esto cierto si al exigir daños y perjuicios concluimos por renunciar derechos propios de nuestros hijos para favorecer los particulares nuestros; pero en múltiples supuestos la concurrencia de intereses más bien será una garantía de la gestión paterna que un motivo de recusación.

En cuanto al carácter subsidiario del artículo 165 se halla puesto de relieve en varios artículos del Código civil. Los supuestos de privación o suspensión de la patria potestad se aplicarán de

preferencia, aunque presenten cierto aspecto patrimonial: así, al hijo dedicado a ejercicios peligrosos, o a la vagancia o mendicidad no se le nombrará defensor judicial, ni al que por las órdenes, ejemplos o consejos recibidos, acompaña a su padre en la tarea de fundir los bienes familiares. La cuestión, por su gravedad y trascendencia, motivará entonces remedios más radicales, aunque durante el pleito aparezcan representados o protegidos por un defensor.

De igual manera sucederá en todas las hipótesis de separación judicial de bienes o de transferencia a la mujer de la administración (artículo 1.441 del Código civil), así como en el supuesto de prodigalidad (artículo 225). Tampoco habrá lugar al nombramiento de un defensor en los casos incluidos en el artículo 164 y 1.810 del Código civil, 234 del Código de comercio y 231 del Reglamento hipotecario; por ejemplo, cuando se pida autorización para vender una finca de *gran porvenir*, pero de escasos rendimientos y para colocar el precio en valores industriales de espléndidos dividendos y poca seguridad, el Juez apreciará si la utilidad o necesidad es del hijo o del padre.

No debe, pues, perderse de vista que, en general, el remedio del artículo comentado es pasajero y que la *oposición* ha de ser patrimonial, quedando fuera de aquel ámbito los impedimentos materiales o fisiológicos (enfermedad, ausencia, huída, rebeldía o incapacidad del padre), los de orden moral (antipatía de caracteres, trato severo) y, acaso, las situaciones económicas de cierta continuidad (artículo 162 del Código civil y 5.^o del Código de comercio) o de régimen específico (artículo 225 del Código civil).

Veremos, no obstante, cómo el estrecho marco del artículo se ensancha no sólo para dar cabida a los acomodos accidentales provocados por estos supuestos, cuando en la práctica forense había costumbre de nombrar un curador de bienes o para pleitos, sino también para comprender relaciones familiares, que no pueden ser denominados *asuntos económicos*, y *situaciones duraderas* que terminan, en algunas ocasiones, con la menor edad.

JERÓNIMO GONZÁLEZ.

(*Se continuará.*)