

TRABAJO FIN DE ESTUDIOS

MÁSTER UNIVERSITARIO EN ACCESO A LA ABOGACÍA

EL DEFENSOR JUDICIAL: NUEVA CONSIDERACIÓN DE LA FIGURA TRAS LA LEY 8/2021

AUTOR

Pedro Raúl Valentin Oblitas

DIRECTORAS

María Luisa Arcos Vieira y Leyre Elizari Urtasun

Pamplona / Iruñea

9 de septiembre de 2022

RESUMEN

El defensor judicial antes de la reforma operada por la Ley 8/2021 era una de las instituciones de guarda que se utilizaba cuando existía conflicto de intereses entre las personas incapaces, así como también por el no desempeño de las funciones del tutor o curador. Con la reforma realizada por la citada ley, el defensor judicial se erige como una figura de apoyo ocasional pero recurrente. Es decir, este nuevo supuesto entrará en juego toda vez que sea necesario, pues ahora podrá ser recurrente y repetirse en distintos periodos de tiempo. Además, el defensor judicial adquiere sustantividad propia, pues su nombramiento ya no depende de manera subsidiaria de otras figuras de apoyo. Por otro lado, se observa también que la entrada en vigor de la Ley 8/2021 elimina por completo del ordenamiento español el sistema de modificación de la capacidad para convertirse en un sistema de provisión apoyos donde tendrá prioridad las voluntades y preferencias de las personas que lo necesiten en el ejercicio de su capacidad jurídica, quedando como subsidiarias las medidas de apoyo de carácter judicial que se podrán utilizar solo si resultan ineficaces las medidas de apoyo voluntarias.

PALABRAS CLAVE

Apoyos, medidas voluntarias, ley 8/2021, defensor judicial y recurrente.

ABSTRACT

The judicial defender before the reform operated by Law 8/2021 was one of the institutions of care that was used when there was a conflict of interest between persons with disabilities, as well as for the failure to perform the functions of the guardian or conservator. As a result of the reform of the Act, the legal counsel has become an occasional but recurring support figure. That is, this new assumption will come into play whenever necessary, because it can now be repeated and repeated in different periods of time. In addition, the judicial defender acquires his or her own substance, since his or her appointment no longer depends in a subsidiary way on other support figures. On the other hand, it is also noted that the entry into force of Law 8/2021 completely eliminates the system of modification of the capacity to become a system of provision supports where the wills and preferences of people will have priority they need it in the exercise of their legal capacity, judicial support measures remain subsidiary and may be used only if voluntary support measures are ineffective.

KEY WORDS

Supports, voluntary measures, law 8/2021, judicial defender and appellant.

ÍNDICE

| | |
|---|-----------|
| I. INTRODUCCIÓN..... | 5 |
| II. EL DEFENSOR JUDICIAL: ORIGEN Y CONFIGURACIÓN..... | 6 |
| 1. Antecedentes históricos del defensor judicial..... | 6 |
| 1.1. El precedente francés: la limitación del poder parental y el tutor <i>ad hoc</i> | 6 |
| 1.2. El antecedente español del defensor judicial: el procurador y el curador <i>ad litem</i> | 7 |
| 2. El defensor judicial en el Código Civil: evolución desde 1981 hasta 2015 | 9 |
| III. LA REFORMA DE LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD: LA LEY 8/2021 DE 2 DE JUNIO..... | 10 |
| 1. De la modificación de la capacidad a los apoyos | 10 |
| 2. Las instituciones que configuran el nuevo sistema de apoyos..... | 13 |
| 2.1. Las medidas de apoyo voluntarias | 14 |
| 2.2. Las medidas de apoyo de carácter judicial..... | 17 |
| IV. EL DEFENSOR JUDICIAL TRAS LA LEY 8/2021 DE 2 DE JUNIO QUE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD. | 18 |
| 1. El defensor judicial como figura de apoyo para las personas con discapacidad | 19 |
| 2. Supuestos de nombramiento de defensor judicial..... | 20 |
| 2.1. Falta de prestación de apoyos por imposibilidad del titular de la medida de apoyo..... | 20 |
| 2.2. Conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la encargada de prestar los apoyos | 22 |
| 2.3. En el procedimiento de excusa o remoción del curador..... | 27 |
| 2.4. En el procedimiento de designación de medidas judiciales de apoyo..... | 28 |

| | |
|---|-----------|
| 2.5. Como medida de apoyo autónoma de carácter ocasional, aunque sea recurrente | 29 |
| 2.6. Otros supuestos | 32 |
| 3. Régimen del defensor judicial | 33 |
| 3.1. Nombramiento..... | 33 |
| 3.2. Atribuciones y deberes del defensor judicial | 34 |
| 3.3. Extinción del defensor judicial..... | 36 |
| 4. Particularidades del defensor judicial del menor | 36 |
| V. CONCLUSIÓN..... | 39 |
| VI. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA..... | 40 |
| VII. JURISPRUDENCIA | 44 |

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo se pretende analizar la regulación del defensor judicial tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021 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 (en adelante, Ley 8/2021).

En primer lugar, se analizará la evolución del defensor judicial. Es decir, los cambios que ha sufrido esta institución hasta su regulación actual en el ordenamiento jurídico español tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021

Así pues, el defensor judicial tras la reforma operada por la Ley 8/2021 adquiere relevancia dentro del nuevo sistema de apoyos, ya que deja de ser una institución subsidiaria de otras para adquirir autonomía. Por otro lado, una de las razones que me motivó a estudiar dicha figura es que las tareas encomendadas a los defensores judiciales las realiza un abogado.

Con la aprobación y posterior entrada en vigor de la Ley 8/2021, el legislador distingue entre defensor judicial del menor que aparece como una institución residual, ya que se hace una remisión al defensor judicial de las personas con discapacidad.

En segundo lugar, se estudiará también el nuevo sistema de apoyos tras los cambios introducidos, a raíz de la entrada en vigor de la Ley 8/2021.

Uno de los cambios de mayor importancia fue la supresión del ordenamiento español el sistema de modificación de la capacidad para pasar a un sistema de apoyos en el que se respetará las voluntades y preferencias en el ejercicio de la capacidad jurídica de quienes lo precisen. Es así que se estará a lo estipulado por la persona con discapacidad, en lugar del mejor interés de este.

Por tanto, se pretende estudiar el nuevo sistema de apoyos para las personas que lo precisen en el ejercicio de su capacidad jurídica incidiendo en la figura del defensor judicial y los cambios ocasionados en la legislación civil y procesal tras la aprobación de la Ley 8/2021 que serán importantísimos en el ejercicio de la profesión de abogado.

II. EL DEFENSOR JUDICIAL: ORIGEN Y CONFIGURACIÓN

1. Antecedentes históricos del defensor judicial

1.1. El precedente francés: la limitación del poder parental y el tutor ad hoc

La Revolución Francesa, de 1789, constituyó un hecho histórico que se caracterizó por un espíritu de libertad en lo político al que no fue ajeno el orden jurídico. Como consecuencia de ello, las normas que regulaban el Derecho de familia en general, pero, sobre todo, la figura de la patria potestad, en particular, recibió gran influencia de las ideas revolucionarias lo que conllevó la restricción del poder parental¹.

La nueva patria potestad, tal y como fue concebida tras la revolución, quiso reaccionar contra aquellas tradiciones que en ese momento se consideraban arbitrarias y autoritarias, y que habían sido recibidas a través de los principios romanos².

Así pues, el legislador francés revolucionario entendía la patria potestad como una institución establecida no en beneficio del padre, sino para la protección del hijo. Ello hizo que la misión que se le encargó al padre tuviera una trascendencia e importancia social innegable, cuyo contenido no podía ser objeto de pactos privados tendentes a modificar las relaciones que se crean y que revestían carácter de orden público, ya que en la patria potestad entraban en juego dos factores: por un lado, el interés del Estado y, por otro, el de la propia familia.

Además, debido a que la patria potestad fue concebida como deber o función de los padres en beneficio de los hijos, y ya que sus normas eran de orden público, el Estado, a fin de proteger los intereses de la familia, dictaba normas encargadas de dar solución a los distintos problemas que aparecían cuando padres e hijos tenían intereses contrapuestos. Así pues, se regularon distintos órganos *ad hoc* que fueron creados como figuras complementarias de la patria potestad, cuyo cometido no era otro que resolver los conflictos de intereses que surgían en las relaciones paternofiliales. Lo que motivó la creación de estas instituciones fue la inconveniencia de que los padres ejerciesen su autoridad en caso de conflicto de intereses con sus hijos.

¹ MORENO MARTÍNEZ, J. A., *El defensor judicial*, Montecorvo SA, Madrid, 1989, págs. 31 - 36.

² Por ejemplo, se limitó la patria potestad a los hijos menores de edad, con lo que desapareció para aquellos hijos que eran mayores de edad. Otra de las novedades fueron los controles al poder parental, mediante la creación de un comité de vigilancia, cuya misión era no solo vigilar y controlar los posibles abusos de autoridad del padre, sino también ser partícipe del ejercicio de la autoridad paternal. Sin embargo, se observó pasado un tiempo que dicho comité no funcionó, pues no tenía ningún sentido que un padre sea vigilado por un comité de vigilancia, ya que ello no era ético, además de ser contrario al derecho natural. MORENO MARTÍNEZ, J. A., *El defensor judicial...* ob. cit., pág. 32.

Por esta razón, el Código napoleónico, aprobado en 1804, dio una mayor relevancia a estos órganos. Uno de ellos fue el protutor³, cuya función era representar al hijo menor cuando existía un conflicto de intereses entre aquel y el tutor. Si el conflicto de intereses se generaba entre el menor y su padre, se nombraba un representante especial que recibía el nombre de tutor *ad hoc*, ya que los padres no podían representar papeles contradictorios.

Debido a que las situaciones de conflicto de intereses que contemplaba el Código Civil francés de 1804 eran muy concretos y aislados, no existía un precepto general aplicable a estos supuestos, por lo que se les aplicaba a estos casos el régimen de la patria potestad. Por esta razón, la doctrina francesa discrepaba sobre qué precepto debía aplicarse cuando surgían conflictos de intereses entre padres e hijos, así como también en la denominación que debía tener dicho representante especial⁴ y el órgano que se encargaba de su designación⁵. Sin embargo, lo realmente importante no era la denominación de la figura, sino más bien saber qué normas resultaban aplicables a dicha institución, si las de la patria potestad o las de la tutela⁶.

1.2.El antecedente español del defensor judicial: el procurador y el curador ad litem

En España, la institución del defensor judicial no tenía como tal un antecedente directo. A pesar de ello, los proyectos de Código Civil de 1822 y 1836, aunque no regulaban el conflicto de intereses en sede de patria potestad, sí preveían la intervención de determinados curadores especiales para las resoluciones de conflictos de intereses en sede de tutela y curatela. Dichos curadores especiales se establecían para uno o varios negocios determinados. En el proyecto de 1836 se regulaba la figura de este curador especial que recibió el nombre de curador *ad litem* si era para pleitos.

³ Art. 420 CC francés de 1804: “En cada tutela habrá un protutor, designado por el consejo de familia. Sus funciones consisten en actuar en interés del menor, cuando se opongan a los del tutor”. Disponible su versión en francés: <https://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil/cc1804-lpt10.pdf>.

⁴ Algunos autores lo llamaron tutor *ad hoc*. Otro sector doctrinal, en cambio, lo denominó administrador *ad hoc*. MORENO MARTÍNEZ, J. A., *El defensor judicial...* ob. cit., pág. 35.

⁵ MORENO MARTÍNEZ, J. A., *El defensor judicial...* ob. cit., pág. 35.

⁶ Los autores que consideraban aplicables las reglas de la tutela señalaban que la condición de administrador legal en la patria potestad solo podía ser atribuible al padre o a la madre y, por ello cuando surgía un conflicto de intereses, por el cual se debía sustituir a los padres por un tercero, la patria potestad quedaba suspendida hasta el nombramiento de dicho tercero (tutor).

Otro sector doctrinal consideraba aplicables en este tipo de casos eventuales, las normas de la patria potestad, ya que según su criterio la patria potestad no podía suspenderse mientras los padres viviesen, y por tanto ante un caso de conflicto de intereses, lo que correspondía hacer era designar un representante que reemplazaba a los padres y su cometido consistía en actuar en un determinado caso. MORENO MARTÍNEZ, J. A., *El defensor judicial...* ob. cit., págs. 36 – 37.

La referencia legal más próxima a la figura del defensor judicial se encontraba en el Proyecto de Código Civil de 1851⁷, en cuyo artículo 159 se estipulaba que “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 cada uno de los casos”⁸.

Fue el Anteproyecto de Código Civil de 1882 el que introdujo el término defensor en lugar de procurador. Este defensor tenía las mismas funciones que el Proyecto de 1851 le asignó al procurador⁹ y, que también guardaba cierta semejanza con la institución recogida en las Partidas¹⁰ y en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881¹¹. Dicha figura fue el curador *ad litem*, a cuyo nombramiento se procedía cuando el titular de la patria potestad no pudiera representarle en juicio o cuando el menor o *incapacitado*¹² no tuviera todavía designado un tutor o curador¹³.

Pese a las similitudes existentes, algunos autores tuvieron dudas sobre las semejanzas entre ambas instituciones (defensor y curador *ad litem*). Por ejemplo,

⁷ El Proyecto de Código Civil de 1869 no difería de lo que estaba estipulado en el Proyecto de Código Civil de 1851. En la norma proyectada en 1869, el artículo 198 hacía referencia al representante para casos concretos y, el artículo 335 para los casos en los que el padre o la madre fueran el curador del hijo. MORENO MARTÍNEZ, J. A., *El defensor judicial...* ob. cit., pág. 46; DE COUTO GÁLVEZ, R. M., “Capítulo IV: Del defensor judicial”, en RAMS ALBESA, J. (Coord.), MORENO FLÓREZ, R. M. (Coord. adj.) *Comentarios al Código Civil II Libro Primero (Títulos V a XII)* vol. 2, José María Bosch, Barcelona, 2000, pág. 2061.

⁸ Señalaba GARCÍA GOYENA que el artículo 365 del Código holandés fue la inspiración del art. 159 de su Proyecto de Código Civil de 1851. GARCÍA GOYENA, F., LACRUZ BERDEJO J.L. (Prólogo) *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, Zaragoza, Cometa, 1974, pág. 98.

En este sentido, FLORENSA I TÓMAS consideraba al procurador como antecedente directo del defensor judicial, por las siguientes razones: la guarda legal, en el Proyecto de 1851 se identificaba con el sistema de tutela de familia, lo que era una clara inspiración francesa, tal y como quedó reflejado en el Código Civil de 1889; las funciones del *procurador* eran idénticas a las del defensor del antiguo artículo 165 CC; su existencia y función quedaban enmarcadas en el ámbito de la patria potestad; el presupuesto de su actuación (interés opuesto entre padres e hijos), era el mismo que el del defensor judicial del antiguo artículo 165 CC; el procurador representaba al hijo menor tanto en juicio como fuera de él. FLORENSA I TÓMAS, C. E., *El defensor judicial*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1990, pág. 43.

⁹ DE COUTO GÁLVEZ, R. M., “Capítulo IV: Del defensor judicial”, en RAMS ALBESA, J. (Coord.), MORENO FLÓREZ, R. M. (Coord. adj.) *Comentarios al Código Civil II Libro Primero (Títulos V a XII)* vol. 2, José María Bosch, Barcelona, 2000, págs. 2060 – 2061.

¹⁰ BERROCAL LANZAROT citó la Partida Sexta que hacía referencia a los testamentos y las herencias. BERROCAL LANZAROT, A. I. “El defensor judicial: supuestos concretos de actuación” en, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año nº 87, Nº 724, 2011, pág. 1060.

¹¹ Artículo 1.853 LEC 1881: “En el caso de que los padres del menor sujeto a la patria potestad, o sus tutores o curadores, no puedan representarlos en juicio con arreglo a las leyes, se procederá a nombrarles un curador para pleitos. Lo mismo se hará, si el menor o incapacitado no tuviere nombrado tutor o curador”.

¹² Este era el término que se utilizaba antes de la reforma de 2021 para referirse a aquellas personas que tenían alguna enfermedad física o psíquica persistente que impedían a la persona gobernarse por sí misma (art. 200 CC introducido por la redacción dada tras la reforma de 1983). Dicha enfermedad debía quedar acreditada en una sentencia judicial.

¹³ MORENO MARTÍNEZ, J. A., *El defensor judicial...* ob. cit., págs. 42 – 43; BERROCAL LANZAROT, A. I. “El defensor judicial...”, ob. cit., pág. 1060.

FLORENSA I TÓMAS, sostenía que el defensor judicial y el curador *ad litem* eran figuras distintas, pues el defensor judicial tenía un contenido mucho más extenso que el curador *ad litem*. El primero podía actuar tanto en la esfera judicial como en la extrajudicial, mientras que el segundo solo actuaba dentro de la esfera judicial¹⁴. Por esta razón, esta parte de la doctrina no consideraba al curador *ad litem* como antecedente directo del defensor judicial.

No obstante, la doctrina mayoritaria consideró como antecedente directo del defensor judicial al curador *ad litem*, que estaba regulado en la LEC de 1881 y en el Anteproyecto de Código Civil de 1882. Dicha institución guardaba similitud con la figura del procurador del Proyecto de 1851 de GARCÍA GOYENA.

2. El defensor judicial en el Código Civil: evolución desde 1981 hasta 2015

La aprobación y posterior entrada en vigor del Código Civil en 1889 trajo consigo la creación de la figura del defensor judicial. Esta institución se encargaba de vigilar los intereses del menor en juicio y fuera de él cuando existía algún conflicto de intereses con los padres¹⁵, misma función que tenía el protutor que se encargaba de la resolución de conflictos de intereses entre el tutor y el tutelado, así como también de las personas incapacitadas¹⁶.

Dichas instituciones se mantuvieron tras la reforma obrada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio que modificó la institución de la patria potestad, así como también la del defensor judicial. El primero de los cambios fue la adaptación de la patria potestad al carácter compartido, pues se estipulaba que el conflicto de intereses debía darse entre ambos progenitores y no solo con uno de ellos, ya que, en este caso, era el otro progenitor quien asumía la representación del hijo. Así mismo, el artículo 163 del Código Civil en su redacción dada por la reforma de 1981 disponía

¹⁴ FLORENSA I TÓMAS, C. E., *El defensor judicial...* ob. cit. págs. 40 – 41.

¹⁵ Disponía el artículo 165 CC en su redacción originaria de 1889: “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.”

¹⁶ Art. 236. 2 CC redacción originaria de 1889: “El protutor está obligado a sustentar los derechos del menor, en juicio y fuera de él, siempre que estén en oposición con los intereses del tutor.”

Consideraba LETE DEL RÍO que existía una omisión de redacción en este artículo, pues solo se menciona al menor y no al incapacitado. Por lo que deberá entenderse que esta regulación se aplica también a las personas incapacitadas. LETE DEL RÍO, J.M., “Capítulo V: Del protutor: Artículo 236 en, ALBALADEJO GARCÍA M, (Dir.) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales: Artículos 181 a 332 del Código Civil, Tomo IV*, Edersa, Madrid, 1978, pág. 238.

también que al menor emancipado se le nombrase un defensor judicial cuando sus intereses entrasen en colisión con los de sus padres.

Por último, se reforzó el carácter de orden público de la institución, ya que se confirió al juez la potestad de designar defensor judicial a quien él considerara la persona más idónea¹⁷.

Ahora bien, la modificación de mayor calado sobre el defensor judicial y las demás instituciones tutelares, así como de la patria potestad, fue la llevada a cabo por la Ley 13/1983, de 24 de octubre, de reforma del Código Civil en materia de tutela.

Esta reforma trajo consigo la supresión del protutor, lo que motivó que el defensor judicial asumiese las tareas antes encomendadas a aquel. Asimismo, el defensor judicial extendió su ámbito de actuación también a los casos de incapacitación e, incluso a las situaciones de complemento de capacidad fuera del marco de la patria potestad. Por ello, no se trataba ya únicamente de un defensor judicial de menores sometidos a patria potestad o a tutela, sino también de aquellas personas sometidas a curatela¹⁸.

Es así cómo, debido a las modificaciones efectuadas por la citada ley que reformó las instituciones tutelares, se pasó de una única institución con figuras secundarias (tutela) a un pluralismo institucional (tutela, curatela y defensor judicial), lo que conllevó una mejor organización y funcionamiento de la guarda de la persona y sus bienes con la finalidad de brindar una mejor protección de dichos ámbitos¹⁹.

Este marco normativo permaneció inalterado hasta la aprobación de la Ley 15/2015, de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria (LJV), donde se reprodujo la normativa ya existente en el Código Civil, pero también se incorporaron normas adicionales respecto del nombramiento del defensor judicial, así como de los expedientes de habilitación para comparecer en juicio.

III. LA REFORMA DE LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD: LA LEY 8/2021 DE 2 DE JUNIO.

1. De la modificación de la capacidad a los apoyos

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

¹⁷ FLORENSA I TOMÁS, C. E., *El defensor judicial...* ob. cit. págs. 44 – 48.

¹⁸ *Ibidem*, pág. 48.

¹⁹ GARRIDO DE PALMA, V. M., *Instituciones...* ob. cit., pág. 1001.

jurídica²⁰ tiene por finalidad adaptar el sistema civil y procesal español de manera definitiva a lo establecido en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)²¹ respecto a la capacidad de estas. Por ello, la aprobación de la Ley 8/2021 supone un cambio trascendental en la legislación civil española. Bajo la premisa de que todas las personas tienen capacidad jurídica, se prevé un nuevo sistema de apoyos para aquellas que lo necesiten en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Se observa aquí el primer cambio. En consonancia con lo predicado por la CDPD, en concreto su artículo 12, y en la Observación General Primera (OG 1ª) desaparece del ordenamiento español la distinción tradicional entre capacidad jurídica y capacidad de obrar, ya que se consideró que la expresión “capacidad jurídica” incluye tanto la capacidad para ser titulares de derechos, como la capacidad de ejercitarlos²². Se entiende, por tanto, que la capacidad no puede ser objeto de limitación o restricción de ninguna especie²³.

Asimismo, debido al cambio de planteamiento que se produce tras la reforma respecto del sistema de guarda anterior, cuando una persona tenga limitaciones intelectivas y volitivas, ya no se restringirá o modificará su capacidad jurídica, sino que, se le brindarán los apoyos necesarios para que pueda ejercitarla en la medida de lo posible en igualdad de condiciones con los demás. Así pues, se suprime del ordenamiento español la modificación de la capacidad²⁴.

²⁰ Los trabajos de esta Ley comenzaron en la Comisión General de Codificación en 2015 que culminaron con el Anteproyecto de Ley que reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad. GETE – ALONSO Y CALERA, M. C., “El nuevo modelo de la discapacidad. La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad” en, GETE – ALONSO Y CALERA, M. C., *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, Colegio Notarial de Cataluña: Marcial Pons, Madrid, 2020, pág. 29; GARCÍA RUBIO, M.ª P., “Notas sobre el propósito y el significado del Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica” en, GETE – ALONSO Y CALERA, M. C., *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, Colegio Notarial de Cataluña: Marcial Pons, Madrid, 2020, pág. 44.

²¹ La CDPD fue aprobada por los Estados firmantes el 13 de diciembre de 2006 y cuya ratificación por parte de España se produjo el 21 de abril de 2008, entrando en vigor el 3 de mayo de ese mismo año.

²² Ello a pesar de las discusiones que surgieron a raíz del término *legal capacity*, durante la elaboración de la CDPD y, que se tradujo al castellano como capacidad jurídica, lo que llevó a pensar a la doctrina que solo hacía referencia a la antigua capacidad de obrar. GETE – ALONSO Y CALERA, M. C., “El nuevo modelo de la discapacidad...”, ob. cit., pág. 27.

²³ GARCÍA RUBIO, M.ª P. “La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad” en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. X, 2018, pág. 174.

²⁴ PALACIOS GONZÁLEZ, D., “Guarda de hecho, curatela o defensor judicial: buscando el mejor apoyo para las personas con discapacidad psíquica” en, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., GARCÍA MAYO, M. (DIR.), GIL MEMBRADO, C., PRETEL SERRANO, J. J. (Coord.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, 1ª Ed., Las Rozas, Madrid, 2021, págs. 417 - 418.

Es preciso definir aquí qué se entiende por *apoyo*. Sostiene la Observación General Primera (OG 1ª) que *apoyo* es un término muy amplio que abarca todo tipo de comportamientos. Estas conductas pueden ir desde un mero acompañamiento, hasta la ayuda técnica para emitir una declaración, el asesoramiento y, por último, el apoyo en la toma de decisiones²⁵. Por ello, el apoyo no puede ser el mismo para todas las personas, ya que cada una de ellas tiene necesidades diferentes. Dicho apoyo puede referirse únicamente a la esfera personal, patrimonial o incluso a ambas²⁶.

Las medidas de apoyo deben ser adecuadas y efectivas. Dichas medidas deben adoptarse respetando las voluntades y preferencias de la persona que las necesite. Si, por algún motivo, esa voluntad o deseo de la persona con discapacidad no se conoce o no están plenamente formados, se procurará su formación para que esta persona pueda manifestar su voluntad o preferencias²⁷. Así lo afirma el artículo 249 del Código Civil introducido por la Ley 8/2021: “las personas que presten apoyo [...] procurarán que la persona con discapacidad pueda desarrollar su propio proceso de toma de decisiones, informándola, ayudándola en su comprensión y razonamiento y facilitando que pueda expresar sus preferencias”. Por tanto, la voluntad, los deseos y las preferencias de las personas con discapacidad, serán los límites y directrices, que han de seguir los encargados de suministrar los apoyos²⁸.

Además, y también conforme a lo predicado por la OG 1ª, el legislador opta por reemplazar el criterio del interés superior de la persona con discapacidad existente antes de la reforma, por, y valga la redundancia, la voluntad, los deseos y las preferencias de las personas con discapacidad.

Ahora bien, si esa voluntad o preferencias no pudiera deducirse debido a una situación excepcional, como, por ejemplo, discapacidad intelectual severa, demencias avanzadas o estado de coma permanente, entonces sí entraría en juego el criterio del interés superior, pues será el único criterio que pueda utilizarse en estos casos, ya que

²⁵ BARBA, V., “Principios generales de las medidas de apoyo en el marco de la Convención de Nueva York” en, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., GARCÍA MAYO, M. (DIR.), GIL MEMBRADO, C., PRETEL SERRANO, J. J. (Coord.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, 1ª Ed., Las Rozas, Madrid, 2021, pág. 82.

²⁶ GARCÍA RUBIO, M.ª P. “La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York...”, ob. cit. pág. 174.

²⁷ GARCÍA RUBIO, M.ª P., “Notas sobre el propósito y el significado del Anteproyecto de Ley...”, ob. cit., págs. 45 – 46.

²⁸ PAU PEDRÓN, A. “De la incapacitación al apoyo: El nuevo régimen de discapacidad intelectual en el Código Civil” en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, 2018, págs. 9 – 10.

cuando no haya forma de saber la voluntad de la persona con discapacidad habrá que estar al mejor interés²⁹.

Las medidas de apoyo deben ser proporcionales y adaptadas a las circunstancias de cada persona. Es lo que los tribunales, primero, y la doctrina, después, denominaron como “trajes a medida”. Es decir, analizadas las circunstancias de cada persona, se le asignará el apoyo correspondiente, con la intensidad necesaria para su desenvolvimiento en Derecho. Una vez instaurados los apoyos, estos deberán aplicarse inmediatamente para que la persona pueda utilizarlos en el ejercicio de su capacidad jurídica. Asimismo, las medidas de apoyo deberán ser temporales, pues se utilizarán solamente cuando la persona lo requiera y estarán en continua revisión, por lo que no serán permanentes³⁰.

De esta manera, se cumple con la exigencia de la Convención, la cual exhorta a los Estados Parte a asegurar el apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica de las personas con discapacidad cuando ellas lo precisen.

A continuación, se estudiarán las figuras que conforman el nuevo sistema de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica de quienes lo precisen, incidiendo en el defensor judicial, que tras la entrada en vigor de la Ley 8/2021 adquiere un gran protagonismo y dejando al defensor de los menores como una figura residual.

2. Las instituciones que configuran el nuevo sistema de apoyos

El nuevo sistema de apoyos se basa en un conjunto de estrategias y acciones que facilitan la toma de decisiones para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad³¹. El cometido de los apoyos no es otro que el desarrollo en libertad de su personalidad, respetando siempre la dignidad y preferencias (art. 10 CE) de las personas que los precisen. Es decir, las medidas de apoyo deben permitir el desenvolvimiento jurídico de aquellas en igualdad de condiciones con los demás³².

²⁹ DE SALAS MURILLO, S. “¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 780, 2020, págs. 2233 – 2234; MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. “La Observación General Primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?” en, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., GARCÍA MAYO, M. (Dir.), GIL MEMBRADO, C., PRETEL SERRANO, J. J. (Coord.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, 1ª Ed., Las Rozas, Madrid, 2021, pág. 121.

³⁰ GETE – ALONSO Y CALERA, M. C., “El nuevo modelo de la discapacidad...”, ob. cit., pág. 22.

³¹ CASTRO – GIRONA MARTÍNEZ, A. “Artículo 255”, en GARCÍA RUBIO, M.ª P., MORO ALMARAZ, M. J. (Dir.), VARELA CASTRO, I., *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2022, pág. 262.

³² GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. “Título XI: De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la Legislación Civil y Procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, págs. 512 - 515.

En aplicación de los principios de necesidad, subsidiariedad y proporcionalidad, el legislador español diseña un sistema de apoyos formales que, a su vez, pueden ser voluntarios (autocuratela y poderes preventivos) y judiciales (curatela y defensor judicial) y, un único apoyo informal que, a su vez, puede considerarse como voluntario como el guardador de hecho³³ según lo estipulado en el artículo 250 del Código Civil.

Cabe destacar que, con la puesta en marcha de la nueva regulación, se suprime la tutela, la patria potestad y la patria potestad prorrogada y rehabilitada como medida de apoyo para las personas que lo necesiten en el ejercicio de su capacidad jurídica, instituciones que, tras la reforma, queda reservada para los menores de edad que no estén protegidos por la patria potestad.

2.1. Las medidas de apoyo voluntarias

La prevalencia y el respeto a la voluntad de las personas con discapacidad implica que se prioricen las reglas establecidas por estas³⁴. Estas medidas pueden adoptarse para que tengan una aplicación inmediata, o adoptarse en previsión de una futura pérdida de capacidad tener una eficacia inmediata o, en previsión de no poder hacerlo en un futuro³⁵.

El artículo 255 CC recoge estas medidas que son las principales del nuevo sistema de provisión de apoyos por excelencia, pues nacen de la voluntad del otorgante. El Código Civil no le asigna un nombre como tal, aunque sí lo hace parte de la doctrina que los llama “acuerdos de apoyo”³⁶.

Este “acuerdo” lo realiza la persona en previsión de una futura enfermedad o discapacidad al establecer los apoyos para el ejercicio de su capacidad jurídica. Por tanto, es una declaración dirigida a las personas que deben prestar los apoyos, quienes deberán aceptar la designación al momento de comenzar a realizar la tarea de apoyo y, a

³³ Las medidas formales son aquellas que para su adopción requieren el acatamiento de las prescripciones legales establecidas, que deben ser inscritas en el Registro Civil para el conocimiento de terceros. Mientras que las medidas informales implican una situación de hecho, en la que el apoyo para la toma de decisiones se realiza dentro del entorno familiar o comunitario. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. “Título XI: De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad...”, ob. cit., pág. 533.

³⁴ PAU PEDRÓN, A. “De la incapacitación al apoyo...”, ob. cit., págs. 14 – 15; GARCÍA RUBIO, M.ª P., “Notas sobre el propósito y el significado del Anteproyecto de Ley...”, ob. cit., pág. 52.

³⁵ GARCÍA RUBIO, M.ª P. “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio”, en Revista de Derecho Civil, vol. V, núm. 3, 2018, pág. 39.

³⁶ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. “Título XI: De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad...”, ob. cit., pág. 535; CASTRO – GIRONA MARTÍNEZ, A. “Artículo 255”, ob. cit., pág. 267.

los que el Notario debe informar de sus deberes y el contenido de su función conforme a lo establecido en el artículo 249 CC.

Debido a que el mencionado acuerdo debe ser aceptado por la persona encargada de brindar el apoyo, el establecimiento del mismo implica una actuación bilateral, ya que los encargados de brindarlos deben aceptar ayudar a la persona que tiene dificultades en la toma de decisiones a ejercer su capacidad jurídica.

El Código Civil considera a la autcuratela como una medida voluntaria, mediante la cual, una persona en previsión de futuras dificultades en el ejercicio de su capacidad jurídica designa a otros sujetos para que, llegado el momento, ejerzan las funciones de apoyo como sus curadores³⁷. Asimismo, la persona necesitada del apoyo podrá establecer para el futuro disposiciones sobre el funcionamiento y contenido de la curatela y, en especial, sobre el cuidado de su persona, reglas de administración y disposición de sus bienes, retribución del curador, obligación de hacer inventario o su dispensa y medidas de vigilancia y control, así como proponer a las personas que hayan de llevarlas a cabo (art. 271 CC).

La autcuratela permitirá a la persona solicitante de apoyo designar quien debe prestarle los apoyos y con qué alcance. Dicha designación será vinculante para la autoridad judicial.

Ahora bien, “la autoridad judicial podrá prescindir total o parcialmente de esas disposiciones voluntarias, de oficio o a instancia de las personas llamadas por ley a ejercer la curatela o del Ministerio Fiscal y, siempre mediante resolución motivada, si existen circunstancias graves desconocidas por la persona que las estableció o alteración de las causas expresadas por ella o que presumiblemente tuvo en cuenta en sus disposiciones”³⁸ (art. 272.2 CC).

Los poderes preventivos o anticipatorios son otro tipo de medidas basadas en la voluntad de persona con discapacidad. Estas medidas pueden establecerse de dos formas: mediante un poder de eficacia actual con cláusula de subsistencia para el caso de discapacidad (art. 256 CC) y mediante el poder de eficacia futura para el caso de discapacidad (art. 257 CC).

³⁷ GARCÍA RUBIO, M.ª P. “Las medidas de apoyo de carácter voluntario...”, ob. cit., pág. 44.

³⁸ Considera GUILARTE MARTÍN – CALERO que la autcuratela será oportuna para quienes no quieran otorgar un poder preventivo, pero quieran contribuir en el diseño de la medida de apoyo adoptada. GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. “Título XI: De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad...”, ob. cit., pág. 534.

Tanto la autoguarda, cómo los mandatos o poderes preventivos, así como las demás medidas de apoyo voluntarias, se basan en la autonomía de la voluntad que permiten a la persona diseñar su propia protección por si en un futuro resultar necesaria. Además, la autoguarda y los mandatos o poderes preventivos también se basan en el respeto a la voluntad y preferencias de la persona interesada, por lo que permiten designar a una persona de confianza de aquella para que le brinde los apoyos conforme a sus instrucciones, deseos y preferencias. Pero también existen diferencias entre las dos figuras mencionadas: la autoguarda necesita ser refrendada por la autoridad judicial y desplegará sus efectos cuando el otorgante tenga dificultades para ejercer su capacidad jurídica, mientras que los poderes o mandatos preventivos no requieren la intervención judicial y se podrán constituir y desplegar sus efectos desde su otorgamiento, antes de que el interesado necesite apoyo en el ejercicio de su capacidad jurídica.

Por otro lado, se puede considerar también a la guarda de hecho como un apoyo voluntario, aunque informal.

La incorporación de la guarda de hecho al elenco legal de medidas de apoyo para que las personas que lo precisen puedan ejercitar su capacidad jurídica, pretende reconocer la importancia de esta institución dentro del ordenamiento jurídico³⁹.

La guarda de hecho opera en los casos en los que un menor o una persona adulta requiera de apoyo al tener dificultades para ejercer su capacidad jurídica. Dicho apoyo puede ser brindado por personas cercanas o familiares de aquel (arts. 237 y 263 CC).

Por otro lado, es conveniente destacar que cuando el guardado padezca de alguna discapacidad psíquica que le impida expresar por sí mismo su voluntad “se requiera la actuación representativa del guardador de hecho, este habrá de obtener la autorización para realizarla a través del correspondiente expediente de jurisdicción voluntaria, en el que se oirá a la persona con discapacidad. La autorización judicial para actuar como representante se podrá conceder, previa comprobación de su necesidad, en los términos y con los requisitos adecuados a las circunstancias del caso” (art. 264. 1 CC). Además, el guardador podrá solicitar una prestación económica para la persona con discapacidad, siempre que esta no suponga un cambio significativo en la forma de vida de la persona, o realice actos jurídicos sobre bienes de esta que tengan escasa

³⁹ LECIÑENA IBARRA, A., “Capítulo III: De la guarda de hecho de las personas con discapacidad”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la Legislación Civil y Procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pág. 648.

relevancia económica y carezcan de especial significado personal o familiar (art. 264.3 CC).

Por tanto, el guardador de hecho es la persona que por iniciativa propia y de manera espontánea, sin necesidad de investidura judicial asiste a una persona para que pueda ejercer su capacidad jurídica. Asimismo, la actuación del guardador debe ser continuada⁴⁰.

2.2. Las medidas de apoyo de carácter judicial

En el actual diseño del sistema de apoyos, el Código Civil contempla únicamente dos figuras que requieren nombramiento judicial: la curatela y el defensor judicial. Esta última se estudiará con detenimiento más adelante.

La curatela en su actual configuración se erige como la institución principal del nuevo sistema de apoyos de carácter judicial. El artículo 250.5CC define la curatela como “una medida formal de apoyo que se aplicará a quienes precisen el apoyo de modo continuado”.

Es decir, la situación que dará lugar a la designación de un curador será que el apoyo que necesite la persona con dificultades sea continuado y no momentáneo. “Bastará por lo tanto con una necesidad de apoyo continuo, de cualquier género o intensidad, que no permita limitar la provisión de apoyos a un acto o tipo de actos que se prevea ocasional, para dar lugar al nombramiento de un curador”⁴¹.

Ahora bien, pese a que la curatela es la figura más importante dentro de las medidas de apoyo de carácter judicial, esta es subsidiaria, pues entrará en juego en defecto o insuficiencia de la voluntad de la persona necesitada de apoyo. Es decir, “cuando no exista otra medida de apoyo suficiente” (art. 269.1 CC). Tan excepcional es la designación de una medida judicial, la curatela en este caso, que el artículo 42 bis b) 3 LJV establece que, en la comparecencia inicial del expediente de provisión de apoyo, se deben entrevistar al juez y la persona que precisa el apoyo, donde, valorando su situación, se le informará de las alternativas existentes “para obtener el apoyo que precisa, bien sea mediante su entorno social o comunitario, o bien a través del otorgamiento de medidas de apoyo de naturaleza voluntaria”. Si el interesado opta por alguna de esas alternativas, se pondrá fin al expediente de jurisdicción voluntaria.

⁴⁰ *Ibidem*, pág. 652.

⁴¹ MUNAR BERNAT, P. A. “Artículo 269”, en GARCÍA RUBIO, M.ª P., MORO ALMARAZ, M. J. (Dir.), VARELA CASTRO, I., *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2022, pág. 344.

Así pues, una vez que la autoridad judicial constate la necesidad de apoyos, ya sea por la inexistencia de medidas voluntarias o porque las mismas son insuficientes e inadecuadas, deberá fijar una curatela y, también las funciones a desplegar por el curador. Las funciones que puede realizar el curador son de asistencia y representación.

El Código Civil, tras la reforma introducida por la Ley 8/2021, da primacía a la curatela asistencial, mientras que la curatela representativa queda como una medida excepcional.

Por tanto, la curatela representativa⁴² desplegará sus efectos cuando la asistencia como modo de apoyo sea insuficiente, ya que la persona necesitada de apoyos no puede desarrollar su voluntad y decisión, ya sea por circunstancias personales y sociales o comunitarias. Para los casos, en los que se conozca las voluntades y preferencias del interesado, se designará un curador que realice una función asistencial, cuya función será cooperar en la realización del acto, respetando las preferencias de las personas con discapacidad⁴³.

Al instituir una curatela asistencial, se observa la preferencia del legislador por aquella y la excepcionalidad de la sustitución. Por tanto, el juez deberá instituir este tipo de curatela, salvo que resulte imposible por algún motivo (art. 269 CC). De esta manera, se trata de suprimir del todo el viejo sistema de incapacitación⁴⁴.

IV. EL DEFENSOR JUDICIAL TRAS LA LEY 8/2021 DE 2 DE JUNIO QUE REFORMA LA LEGISLACIÓN CIVIL Y PROCESAL EN MATERIA DE DISCAPACIDAD.

Los artículos 299 a 302 del Código Civil introducidos en 1983 regulaban la figura del defensor judicial⁴⁵. Los supuestos en los que se designaba un defensor

⁴² Considera CÁSTAN PÉREZ - GÓMEZ que mantener una figura representativa es lo más razonable, ya que seguirán existiendo personas con un déficit de autonomía importante que no podrán expresar sus voluntades o preferencias. También se pretende evitar que una persona a causa de su discapacidad cause daños a sus propios intereses o a los de terceros. CÁSTAN PÉREZ - GÓMEZ, S., “La curatela: ¿una nueva institución?”, en PEREÑA VICENTE, M., HERAS HERNÁNDEZ M^a. M. (Dir.); NUÑEZ NUÑEZ, M^a. (COORD.), *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; DE SALAS MURILLO, S. “¿Existe un derecho a no recibir apoyos ...”?, ob. cit. pág. 2233 - 2234.

⁴³ GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Artículo 269, artículo 270”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la Legislación Civil y Procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, págs. 689 - 693.

⁴⁴ CÁSTAN PÉREZ - GÓMEZ, S., “La curatela: ¿una nueva institución?”, en PEREÑA VICENTE, M., HERAS HERNÁNDEZ M^a. M. (Dir.); NUÑEZ NUÑEZ, M^a. (Coord.), *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

⁴⁵ Antes de la reforma de 1983, el sistema de guarda estaba inspirado en el régimen de tutela de familia y que al existir la figura del protutor (que se encargaba de la resolución de conflicto de intereses entre los

judicial eran: el conflicto de intereses entre los padres y los hijos menores de edad, así como también entre los incapacitados y sus tutores o curadores, la falta de ejercicio del cargo, es decir, que el tutor o curador no pudiesen desempeñar sus funciones por cualquier causa y, por último, una cláusula de cierre que presentaba la norma en forma de remisión a “todos los demás casos previstos en el Código Civil” (art. 299 CC).

En la regulación actual, tras la reforma introducida por la Ley 8/2021, el legislador ha optado por diferenciar entre el defensor judicial del menor (art. 235 CC) y el defensor judicial de las personas con discapacidad (art. 295 CC).

Es así como el legislador coloca al defensor judicial dentro del elenco de medidas de apoyo, mientras que, en el apartado dedicado a los menores, solo recoge particularidades y se remite a las normas del defensor judicial de las personas con discapacidad (art. 236 CC)

1. El defensor judicial como figura de apoyo para las personas con discapacidad

El defensor judicial para las personas con discapacidad constituye una medida de apoyo típica, de carácter coyuntural o autónomo. Que sea coyuntural significa que entra en funcionamiento ante las crisis de las demás medidas de apoyo o previamente a su existencia (art. 295.4 CC). La crisis de otros apoyos, pueden ser intermitentes, es decir, propiciadas por un conflicto de intereses entre la persona necesitada de apoyo y la que los presta, en cuyo caso, el defensor judicial actuará de forma más puntual y concreta; o prolongada cuando exista imposibilidad o un cumplimiento defectuoso de las medidas de apoyo (art. 295. 1 a 4 CC). Que sea autónomo significa que su existencia no dependerá de la existencia de otras figuras de apoyo.

Es así que se mantiene el carácter ocasional y no estable de la figura, el perfil heterogéneo (opera en supuestos dispares, como en el sistema anterior), sus funciones tienen carácter atípico, pues realiza las distintas tareas encomendadas a la figura de apoyo que suple. Por otro lado, existe cierta subsidiariedad del defensor, en tanto, que

progenitores y los hijos), hacía inviable a la vez que innecesario la introducción de la institución del defensor judicial, pues esa tarea ya la cumplía el protutor. GARRIDO DE PALMA, V. M., *Instituciones de Derecho Privado*, vol. 1, 2ª Ed., tomo IV, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, págs. 1000 – 1001; PARRA LUCÁN, M. A., “Instituciones de guarda (2). La curatela y el defensor judicial”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. (Dir.) Y CUENA CASAS, M. (Dir.), *Tratado de derecho de la familia*, Vol. 6: Las relaciones paterno - filiales (II). Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, 2ª Ed. Disponible en <https://preview.thomsonreuters.com/title.html?redirect=true&titleKey=aranz%2Fmonografias%2F165455587%2Fv2.4&titleStage=F&titleAcct=i0adc41910000015ea48f30169e8d61ff#sl=0&eid=e16a9f0ac9819b7c3c9792b4bb8c5c2d&eat=%5Bereid%3D%22e16a9f0ac9819b7c3c9792b4bb8c5c2d%22%5D&pg=1&psl=p&nvgS=false>.

entra en juego en situaciones especiales de crisis en el funcionamiento de las otras medidas de apoyo, sustituyendo o supliendo a sus titulares. Asimismo, el defensor judicial se caracteriza por su formalidad, pues su nombramiento requiere de investidura judicial.

Frente a estas semejanzas, existen también diferencias respecto al régimen anterior. En primer lugar, el defensor judicial ya no es una institución de guarda y protección de la persona, sino una medida de apoyo que bajo la nueva reglamentación se adapta a las necesidades de la persona que lo solicite (arts. 249 y 250 CC). En segundo lugar, tras la reforma, emerge un defensor judicial, de apoyo ocasional pero recurrente de la persona con discapacidad, de carácter autónomo y desvinculado de otras instituciones de apoyo (art. 295.5 CC). Esta sería la principal novedad respecto del régimen anterior, que se explicará más adelante.

Así pues, el defensor judicial se configura como una medida judicial de apoyo no estable para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas que lo precisen, que, en ocasiones, cumple una función sustitutiva en cuyo caso convive de manera provisional, con otra medida de apoyo⁴⁶.

Otro de los cambios que ha producido la reforma obrada en 2021 es que el número de situaciones que puede dar lugar al nombramiento de un defensor judicial es mayor. El artículo 295 CC enumera dichos supuestos, que se explicarán a continuación.

Por último, las reglas de los artículos 295 a 298 del Código Civil se aplican a los defensores judiciales nombrados desde la entrada en vigor de la Ley 8/2021, así como también a quienes estuvieran bajo el régimen de la legislación anterior, ya que así lo dispone la disposición transitoria segunda de la citada ley.

2. Supuestos de nombramiento de defensor judicial

2.1. Falta de prestación de apoyos por imposibilidad del titular de la medida de apoyo

La primera hipótesis que da lugar al nombramiento de un defensor judicial es la imposibilidad de prestar los apoyos por parte de quien tendría que hacerlo (ya sea alguien designado por la propia persona con discapacidad, un curador o un guardador de hecho). En este caso, la persona que ejerce el apoyo será sustituida por un defensor

⁴⁶ MARTÍN AZCANO, E. M^a., “El defensor judicial de la persona con discapacidad”, en PEREÑA VICENTE, M., HERAS HERNÁNDEZ M^a. M. (DIR.); NUÑEZ NUÑEZ, M^a., (Coord.), *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. 284. Disponible en: <https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/show/9788411136624>.

judicial, de modo que la persona con discapacidad no quede desamparada en el ejercicio de su capacidad jurídica⁴⁷.

Se trata, como afirma la Exposición de Motivos de la Ley 8/2021, de dar solución a las situaciones en las que “exista imposibilidad coyuntural de que la figura de apoyo habitual” cumpla con su cometido⁴⁸. Si la imposibilidad fuere transitoria, se nombrará a un defensor judicial hasta que la causa transitoria que la imposibilita desaparezca. Si la imposibilidad fuere prolongada o reiterada se nombrará a un defensor judicial que continuará en el cargo hasta la designación de un nuevo apoyo que ocupe el cargo del anterior apoyo (*ex art. 283 CC*⁴⁹). Ésta constituye una de las hipótesis tradicionales de actuación del defensor judicial, que ya constaba en el derogado artículo 299.2 CC⁵⁰, con mejor redacción, por cuanto la formulación precedente era más amplia, más genérica, que daba cabida a supuestos más allá de la imposibilidad, como el abandono del cargo, o la negligencia en el ejercicio del cargo⁵¹.

No será necesario nombrar un defensor judicial si el apoyo se hubiese encomendado de forma mancomunada o conjunta, a dos o más personas, puesto que, si alguna de ellas no estuviese en disposición de intervenir, podría hacerlo la otra o las otras de forma conjunta. Tampoco habrá que acudir al defensor judicial cuando el apoyo

⁴⁷ El nombramiento de defensor judicial no exime a los apoyos que hayan incurrido en causa transitoria o definitiva de imposibilidad de su eventual responsabilidad por abandono, dejación o irregularidad en sus funciones. ÁLVAREZ LATA, N., “Capítulo V: Del defensor judicial de las personas con discapacidad”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la Legislación Civil y Procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pág. 834.

⁴⁸ Supuesto similar a la del derogado artículo 299.2 CC que disponía que “Se nombrará un defensor judicial que represente y ampare los intereses, en el supuesto de que, por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñare sus funciones hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo”.

⁴⁹ Art. 283 CC: “Cuando quien desempeñe la curatela esté impedido de modo transitorio para actuar en un caso concreto, o cuando exista un conflicto de intereses ocasional entre él y la persona a quien preste apoyo, el letrado de la Administración de Justicia nombrará un defensor judicial que lo sustituya. Para este nombramiento se oír a la persona que precise el apoyo y se respetará su voluntad, deseos y preferencias.

Si, en el caso previsto en el párrafo anterior, fueran varios los curadores con funciones homogéneas, estas serán asumidas por quien de entre ellos no esté afectado por el impedimento o el conflicto de intereses.

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

⁵⁰ El artículo 295.1 CC sostiene que “cuando... quien hubiera de prestar apoyo no pueda hacerlo”, mientras que el derogado artículo 299.2 CC sostenía “... por cualquier causa, el tutor o el curador no desempeñare sus funciones hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona para desempeñar el cargo”.

⁵¹ MARTÍN AZCANO, E. M.^a, “El defensor judicial de la persona con discapacidad” ..., ob. cit. págs. 288 - 289.

se hubiese atribuido de manera solidaria a varias personas, por cuanto, en este caso, cada una de ellas, podrá actuar con autonomía en el desempeño de las funciones encomendadas. No obstante, si ninguno de los llamados a ejercer los apoyos pudiese actuar, si hubiesen sido designados con distinción de funciones o si así lo considerase el juez se tendrá que nombrar a un defensor judicial⁵².

2.2. *Conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y la encargada de prestar los apoyos*

El nombramiento de un defensor judicial en caso de conflicto de intereses entre la persona con discapacidad y el encargado de prestar los apoyos sigue constituyendo un caso típico de designación y actuación del defensor judicial. El conflicto en cuestión debe sobrevenir a la designación de quien presta el apoyo, ya que, de lo contrario, dicho nombramiento no debería haberse producido.

El artículo 295 CC sigue sin aclarar qué ha de entenderse por conflicto de intereses, pero, según la jurisprudencia, se entiende que existirá “cuando los intereses y derechos de uno (...) y otro (...) son contrarios u opuestos en un asunto determinado, de modo que el beneficio de uno puede comportar perjuicio para el otro”⁵³. Asimismo, la STS 597/2017, de 8/11/2017 Sala de lo Civil, sec. 1ª, (RJ 2017\4760) apunta que “el conflicto, para ser tal, debe ser real en atención a las circunstancias concretas, de modo que exista un riesgo de que la actuación del representante en beneficio propio ponga en peligro los intereses del representado”. Que el conflicto sea real y no aparente significa que debe estar vigente al momento de plantearse el asunto. Es decir, el citado conflicto “debe ser actual y efectivo, no meramente probable o eventual, esto es existente en el momento de plantearse el asunto y no en base a conjeturas que puedan plantearse en un futuro”⁵⁴.

Así por ejemplo, el Auto de la AP Guadalajara 83/2006⁵⁵, de 22/06/2006 (JUR 2006/225845), que versa sobre un sucesión hereditaria en la que la madre representa al hijo menor en las operaciones sucesorias relativas a la herencia de su padre, considera

⁵² Art. 220 CC: “Si los tutores tuvieren sus facultades atribuidas conjuntamente y hubiere incompatibilidad u oposición de intereses en alguno de ellos para un acto o contrato, podrá este ser realizado por el otro tutor o, de ser varios, por los demás en forma conjunta”.

Art. 277.1 CC: “Se puede proponer el nombramiento de más de un curador si la voluntad y necesidades de la persona que precisa el apoyo lo justifican. En particular, podrán separarse como cargos distintos los de curador de la persona y curador de los bienes”.

⁵³ STS 339/2012 de 5/06/2012 (RJ 2017\4760) – FJ 5º.

⁵⁴ MORENO MARTÍNEZ, J. A., “Problemática actual del defensor judicial: hacia una nueva concepción de la institución”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 5, septiembre-octubre 2018, pág. 54.

⁵⁵ La jurisprudencia utilizada de aquí en adelante se aplicará a los supuestos de personas con discapacidad, a pesar de que en alguna sentencia se haga referencia al menor.

que, si se acredita el conflicto de intereses entre aquel y su madre, o se constata cualquier peligro para el patrimonio del menor, se nombrará un defensor judicial y obligará a adoptar las medidas precisas para garantizar una adecuada administración de su bienes. Del mismo modo, la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública (DGSJFP), anteriormente Dirección General de Registros y del Notariado (DGRN) sostiene que “es necesaria la existencia real de ese conflicto u oposición de intereses. La doctrina hasta ahora mantenida, a que se ha hecho referencia, supone no dar por sentado que siempre que en una partición intervenga un representante legal en su propio nombre y en representación de un menor existe, por definición, oposición de intereses, sino que habrá que examinar las circunstancias concretas de caso, como se ha venido realizando hasta ahora”. Por tanto, “la contradicción de intereses ha de ser real, y no puede fundarse en perjuicios futuros e hipotéticos, ni en sospechas de falta de control”⁵⁶.

Los intereses de la persona con discapacidad y la que presta el apoyo deben ser incompatibles, de tal forma que la defensa de uno y otro lleva consigo resultados totalmente divergentes lo que se manifiesta en que, si se atiende al beneficio del primero se origina un perjuicio para el segundo, y viceversa. Por otro lado, el conflicto de intereses puede ser patrimonial y extrapatrimonial.

Un claro ejemplo de incompatibilidad de intereses en el ámbito patrimonial sería la introducción en el testamento de la denominada *cautela socini*⁵⁷, en función de la cual se grava o condiciona de algún modo la legítima, si bien dejando al legitimario la facultad de optar entre recibir la legítima con tales limitaciones, y además lo que a su favor establece el causante, en una disposición complementaria, o conformarse con la cuota estricta, perdiendo los beneficios que el testador le atribuye bajo condición⁵⁸.

Así, por ejemplo, considera la RDGRN 560/2013, de 11/12/2013 (RJ 2013\716) que “la opción derivada de la *cautela socini* implica conflicto de intereses entre la madre representante y la hija incapacitada a la que representa, ya que no es lo mismo que dicha hija incapacitada reciba unos bienes inmuebles libres de todo gravamen como exige la Ley respecto a la atribución de la legítima, que los reciba en nuda propiedad, aunque se señale una mayor cuantía de los bienes adjudicados a la misma, pues el resultado de la opción ejercitada en representación de la incapacitada es que ésta recibe

⁵⁶ RDGRN de 2/03/2015. Disponible en <https://www.boe.es/boe/dias/2015/03/21/pdfs/BOE-A-2015-3012.pdf>.

⁵⁷ BLASCO GASCÓ, F. *Instituciones de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022 pág. 224. Disponible en <https://biblioteca.unavarra.es/abnetopac/abnetcl.cgi/O7229/IDe68915e7?ACC=161>

⁵⁸ MORENO MARTÍNEZ, J. A., “Problemática actual del defensor judicial...”, ob. cit. pág. 61.

su participación en el inmueble gravada por el usufructo universal a favor de la madre representante, cuando aplicando las normas de libertad de la porción legitimaria, se hubiera podido plantear también la opción alternativa de recibir los bienes que le correspondieran por legítima en pleno dominio y por tanto, excluidos del usufructo a favor de la representante”. En el mismo sentido la RDGRN 2234/2015, de 11/02/2015 (RJ 2015\2313), asevera que en un testamento con *cautela socini*, el viudo podrá aceptar en su propio nombre y en representación de su hija con discapacidad, el usufructo universal de los bienes cuya nuda propiedad será otorgada a las hijas herederas. Pues bien, a pesar de ser una acción adecuada para los herederos, lo cierto es que dicha intervención no puede realizarse, ya que de ser así “supone una elección por parte de la legitimaria en relación a la posición del viudo respecto de los bienes gravados por la legítima (*sic*) de la incapaz (...), la valoración de inexistencia de conflicto no puede hacerla por sí mismo el representante de la incapaz junto a la hermana, capaz, que no renunció a la herencia, sino que exige, (...) del nombramiento de un defensor, con posterior sometimiento a lo que establezca el juez en su decisión, sobre la necesidad o no de posterior aprobación judicial”.

Se observa un conflicto de intereses patrimonial en la RDGRN de 14/03/1991(RJ 1991\2540) que argumenta en su fundamento jurídico segundo que “en las operaciones de liquidación de la sociedad de gananciales, tienen evidentemente intereses contrapuestos la viuda y los herederos del cónyuge difunto. (...) La existencia del conflicto de intereses priva, en estas operaciones, a la viuda de la representación legal y exige que ésta sea conferida a un defensor nombrado por el Juez. De no hacerse así los actos u operaciones otorgados sólo por la viuda serán nulos por falta de la representación legal que invoca”. También se aprecia conflicto de intereses patrimonial en el supuesto recogido en la STS Sala de lo Civil, sec. 1ª 640/2012 de, 18/10/2012 (RJ 2012\9722), que alude a un matrimonio con seis hijos, en el que se da la circunstancia de que ambos cónyuges fallecen con apenas meses de diferencia. Los fallecidos legan a uno de sus hijos, que tiene una discapacidad, una finca. Asimismo, los padres disponen también un legado para su hijo mayor, a quien, además, nombran tutor de su hermano con discapacidad. El recién designado tutor, decide junto a sus demás hermanos adjudicarse bienes de la herencia. Pues bien, el conflicto de intereses se produce al actuar el hermano como heredero y como representante de la persona provista de apoyo que, además de legatario de la finca, es también heredero, por lo que corresponde en

este caso nombrar un defensor judicial que represente al heredero con discapacidad⁵⁹. Un supuesto parecido se observa en la RDGRN de 19/04/2017 (RJ 2017\1880). Esta resolución, tiene lugar a raíz de la designación de un defensor judicial debido a la oposición de intereses en una partición hereditaria entre la persona con discapacidad y el tutor, que es a su vez heredero⁶⁰. Con el nombramiento del defensor judicial se pretende que se realicen las inscripciones particionales de los bienes. Dicha inscripción es denegada por parte de la DGRN, alegando que no consta la aprobación judicial de la partición hereditaria, tal y como se estipula en el artículo 1060 CC⁶¹.

Por el contrario, no habrá conflicto de intereses, en los casos en los que a la persona necesitada de apoyo se le nombre una institución tutelar para esta función pues, “no puede decirse que fuera improcedente el nombramiento del Instituto Tutelar de Bizkaia, ni que se desentendiera de su función, ni tampoco que, por el hecho de ser designado tutor con posterioridad existiera un conflicto de intereses entre el Instituto y D.ª Elsa (la tutelada). No se aprecia conflicto de intereses entre la intervención del Instituto como defensor judicial y el posterior nombramiento judicial como tutor pues el conflicto, para ser tal, debe ser real en atención a las circunstancias concretas, de modo que exista un riesgo de que la actuación del representante en beneficio propio ponga en peligro los intereses del representado”⁶². Misma línea argumental sigue la SAP Granada 450/2019, de 11/10/2019, sec. 5ª (AC 2020\55), que asevera que “no se advierte contradicción o enfrentamiento entre los intereses de la demandante y los de la incapaz en cuyo nombre actúa (...). La sola concurrencia en la herencia de ambas personas no determina por sí (*sic*) sola la existencia de conflicto de intereses, ya que según el T.S., la doctrina de las AA.PP. y la de la D.G.R.N. sino que es preciso demostrarla, extremo que no se consigue con la sola alegación del hecho cuando se extrae del contenido de los hechos base del conflicto que no existe dicho enfrentamiento”.

⁵⁹ SÁNCHEZ - VENTURA MORER, I. “Supuestos en los que interviene el defensor judicial: mención especial a la situación de conflicto de intereses” en, DE SALAS MURILLO S. Y MAYOR DEL HOYO M.ª V. (directoras). *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, pág. 282; STS 640/2012 de, 18/10/2012 (RJ 2012\9722). La expresión utilizada en la sentencia es *incapacitada*, mientras que SÁNCHEZ – VENTURA MORER utiliza el término *capacidad judicialmente modificada*. A la vista de la reforma, he utilizado en este apartado la expresión persona provista de apoyo.

⁶⁰ MORENO MARTÍNEZ, J. A., “Problemática actual del defensor judicial...”, ob. cit. pág. 64.

⁶¹ Art. 1060 CC: “Cuando los menores o personas con capacidad modificada judicialmente estén legalmente representados en la partición, no será necesaria la intervención ni la autorización judicial, pero el tutor necesitará aprobación judicial de la partición efectuada. El defensor judicial designado para representar a un menor o persona con capacidad modificada judicialmente en una partición deberá obtener la aprobación del Juez, si el Secretario judicial no hubiera dispuesto otra cosa al hacer el nombramiento”.

⁶² STS de 8/11/2017 Sala de lo Civil, sec. 1ª – FJ 4º (RJ 2017\4760).

Tampoco se observa conflicto de intereses en la STS Sala de lo Civil, sec. 1ª 654/2020, de 3/12/2020 (RJ 2020\4815) en el que la persona *incapacitada* solicita mediante un recurso de apelación que “se dejara sin efecto la incapacidad y se le reintegrara a D.ª Lina en su capacidad. Subsidiariamente solicitó que, de confirmarse la incapacidad parcial y mantenerse la curatela, se modificara la misma en el sentido de respetar el importe de gastos ordinarios de D.ª Lina, tal como se habían devengado en los últimos años, y que se dispusiera que se le facilite la cifra de 6.000 euros mensuales para gastos de bolsillo. Solicitó también que se nombrara un defensor judicial estable para los casos en que existiera conflicto de intereses entre D.ª Lina y su curadora (...). En el caso no se aprecia un genérico conflicto de intereses por el hecho de que la hija sea heredera cuando la madre fallezca, pues cuenta con su propio patrimonio y ha venido demostrando que se preocupa por su madre, de la que está pendiente, y la madre tiene buena relación con ella. Si se entendiera que existe ese conflicto de intereses, más que el nombramiento de un defensor judicial estable lo que procedería sería no nombrarla para ejercer la curatela. Nada impide que, si llega el caso, cuando por la propia naturaleza del acto concreto que se pretenda celebrar, y en atención a las circunstancias concurrentes, se aprecie conflicto de intereses, se proceda a solicitar y nombrar un defensor judicial para que ejerza la concreta función que en ese momento se le confiera”.

Así pues, se designará un defensor judicial cuando exista conflicto de intereses en el ámbito patrimonial, con el fin de evitar un perjuicio al patrimonio de los menores sujetos a patria potestad o las personas con discapacidad provistas de apoyo⁶³ y el actuar de los padres o apoyos cause un perjuicio a los intereses de los menores o las personas adultas necesitadas de apoyo.

Respecto al conflicto de intereses extrapatrimonial sostiene la STS Sala de lo Civil, sec. 1ª 212/2003, de 4/03/2003 (RJ\2003\2538) que “en este caso, son contrarios los intereses de la madre demandada, que no quiere establecer en ningún caso la

⁶³ La DGSJFP considera imprescindible el nombramiento del defensor judicial, tal y como estipulaba el artículo 163 en su redacción de 1983 “siempre que en algún asunto el padre o la madre tengan un interés opuesto al de sus hijos no emancipados”. Se consideraba de vital importancia, puesto que ese conflicto de intereses podría generar un grave perjuicio en los menores sujetos a patria potestad; por tanto, se imponía en este caso una representación legal extraordinaria, limitada únicamente a un asunto en concreto. Resolución de la Dirección General de Registros y Notariado de 27 de enero de 1987- F.J. 3 (RJ\1987\368). Asimismo, el Auto de la AP de Álava de 23/11/2005 (JUR 2006/57804), nombra un defensor judicial al menor, ya que al no saber que bienes corresponden a la madre en usufructo, se crea un conflicto de intereses, que amerita la designación de un defensor judicial al menor que actúe en su nombre y autorice la venta de sus bienes.

realidad que sea procedente sobre la paternidad, con los intereses de la hija, tanto desde el punto de vista de su persona como del orden público del estado civil. El conflicto de intereses existe cuando, en la realización de los actos de guarda y protección, la actuación de los representantes pone en peligro el beneficio del menor o incapaz, al ser este contrario al interés subjetivo o personal de éstos”.

Por último, el conflicto no debe tener tanta magnitud o importancia que haga inhábil e ineficaz la medida de apoyo.

2.3. En el procedimiento de excusa o remoción del curador

La excusa podrá darse “si el desempeño del curador resulta excesivamente gravoso o entraña grave dificultad para la persona nombrada para el ejercicio del cargo. También podrá excusarse el curador de continuar ejerciendo la curatela cuando durante su desempeño le sobrevengan los motivos de excusa” (*ex art. 279.1 CC*). Ahora bien, el nombramiento del defensor judicial procederá cuando “la autoridad judicial lo considere necesario”.

El artículo 279 CC establece una variedad de supuestos, de los que cabría destacar el supuesto cuarto del artículo 279 CC que sostiene que “mientras la autoridad judicial resuelva acerca de la excusa, el nombrado estará obligado a ejercer su función. Si no lo hiciera y fuera necesaria una actuación de apoyo, se procederá a nombrar un defensor judicial que sustituya al curador, quedando el sustituido responsable de los gastos ocasionados por la excusa, si esta fuera rechazada”), se pretende así que no exista un vacío en las medidas de apoyo previstas para el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad ⁶⁴.

La remoción del curador se regula de forma inusual en el artículo 278 CC, ya que debería regularse también junto con la excusa, pues las previsiones son similares.

El mencionado artículo señala que “serán removidos de la curatela los que, después del nombramiento, incurran en una causa legal de inhabilidad, o se conduzcan mal en su desempeño por incumplimiento de los deberes propios del cargo, por notoria ineptitud de su ejercicio o cuando, en su caso, surgieran problemas de convivencia graves y continuados con la persona a la que prestan apoyo” (*art. 278.1 CC*). Por otro lado, “la autoridad judicial, de oficio o a solicitud de la persona a cuyo favor se estableció el apoyo o del Ministerio Fiscal, cuando conociere por sí o a través de cualquier interesado circunstancias que comprometan el desempeño correcto de la

⁶⁴ ÁLVAREZ LATA, N., “Capítulo V: Del defensor judicial...”, *ob. cit.*, pág. 838.

curatela, podrá decretar la remoción del curador mediante expediente de jurisdicción voluntaria” (art. 278.2 CC). Y por último sostiene que “durante la tramitación del expediente de remoción la autoridad judicial podrá suspender al curador en sus funciones”, pues de esta forma se salvaguardan los intereses de la persona que precise apoyo y, de considerarlo necesario, acordará el nombramiento de un defensor judicial” (art. 278.3 CC); una vez removido, se procederá al nombramiento de un nuevo curador, salvo que la autoridad judicial considere que es pertinente otro tipo de medidas de apoyo (art. 278.4 CC).

2.4. En el procedimiento de designación de medidas judiciales de apoyo

En este supuesto, el nombramiento del defensor judicial no está supeditado a la existencia de otras medidas de apoyos de la persona con discapacidad. La peculiaridad de esta medida de apoyo es su carácter meramente transitorio e instrumental.

Así, por ejemplo, el inciso cuarto del artículo 295 CC sostiene que “cuando se hubiere promovido la provisión de medidas judiciales de apoyo a la persona con discapacidad y la autoridad judicial considere necesario proveer a la administración de los bienes hasta que recaiga resolución judicial”.

Este supuesto guarda relación con el derogado artículo 299 bis CC en su redacción dada en 2015 que aseveraba que “cuando se tenga conocimiento de que una persona debe ser sometida a tutela o curatela y en tanto no recaiga resolución judicial que ponga fin al procedimiento, asumirá su representación y defensa el Ministerio Fiscal. En tal caso, cuando además del cuidado de la persona hubiera de procederse al de los bienes, el secretario judicial podrá designar un defensor judicial que administre los mismos, quien deberá rendirle cuentas de su gestión una vez concluida”.

Se observa que ambos preceptos regulan el *interin* procesal por el que se establecen las medidas de apoyo. No obstante, existen diferencias significativas: en primer lugar, se consideraba que la regulación anterior no guardaba regulación con el defensor judicial, sino que únicamente hacía referencia al Ministerio Fiscal como representante del menor o *incapacitado*. En segundo lugar, el precepto anterior establecía una regla que debía aplicarse siempre y en todo caso; no obstante, el precepto actual parece supeditar el nombramiento del defensor judicial cuando la autoridad judicial considere necesario proveer a la administración de los bienes.

Por tanto, se puede inferir que el nombramiento del defensor judicial no se dará siempre y en todo caso, puesto que la valoración de la necesidad del nombramiento entra dentro de la discrecionalidad judicial⁶⁵.

2.5. Como medida de apoyo autónoma de carácter ocasional, aunque sea recurrente

Esta es la principal novedad de la institución del defensor judicial tras la reforma operada por la Ley 8/2021: su provisión como medida de apoyo ocasional y no estable.

Respecto a la temporalidad, el artículo 250.6 CC, ya prevé este supuesto de intervención del defensor judicial al afirmar que “el nombramiento de defensor judicial como medida formal de apoyo procederá cuando la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque sea recurrente”. Además, este nuevo supuesto de designación de defensor judicial es no estable, pero autónomo (es decir, no vinculado a la existencia de otros apoyos ineficaces, que no se cumplan por impedimentos transitorios, o por una situación conflictual también transitoria)⁶⁶. Se mantiene así la idea de que el defensor judicial es un cargo temporal. Lo que ha cambiado es que ahora se podrá nombrar un defensor judicial cuando la persona con discapacidad necesite apoyo de manera ocasional, “aunque sea recurrente”.

Así, por ejemplo, un supuesto de “apoyo ocasional pero recurrente” es el nombramiento de un defensor judicial para acudir a las Juntas generales de la sociedad mercantil de la que la persona con discapacidad es accionista. Otro caso de recurrencia del apoyo se observa cuando la persona con discapacidad esté siendo asistida por un guardador de hecho, pero se le nombra un defensor judicial “para aquellos asuntos que por su naturaleza lo exijan” (art. 264.4 CC).

La introducción de este nuevo supuesto de designación del defensor judicial fue acogida con cautela por parte de los órganos consultivos durante los trabajos preparatorios de la Ley 8/2021. Así, el Consejo General del Poder Judicial (CGPJ), en su Informe sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, recomendó regular *la asistencia institucional*, “como figura similar a la “amministrazione di sostegno”, más adecuada para las muy variadas situaciones de afectaciones psíquicas o físicas que requieran de una asistencia

⁶⁵ GARCÍA GOLDAR, M., “Artículo 295”, en GARCÍA RUBIO, M.ª P., MORO ALMARAZ, M. J. (Dir.), VARELA CASTRO, I., *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2022, pág. 467.

⁶⁶ ÁLVAREZ LATA, N., “Capítulo V: Del defensor judicial...”, ob. cit., pág. 839.

para el desenvolvimiento ordinario de la actividad de forma más o menor (*sic*) prolongada, dispuesta en expediente de jurisdicción voluntaria (piénsese en afectaciones por causa de drogodependencia, alcoholismo, ludopatía, anorexia, etc.). De este modo, la asistencia institucional absorbería aquellas situaciones en las que la necesidad de apoyo se precise de forma ocasional, aunque fuese recurrente, que ahora sirven para definir la figura del defensor judicial”⁶⁷.

Por su parte, el Consejo Fiscal recomendó que el defensor judicial se encargase exclusivamente del apoyo ocasional encomendando tanto el apoyo recurrente como el continuado al curador, ya que, ambos se caracterizan por su permanencia en el tiempo, aunque varíe la forma en la que se presenta la necesidad de recibir apoyo⁶⁸. Finalmente, el Consejo de Estado en su Dictamen, de 11 de abril de 2019, siguiendo la misma línea que el Consejo Fiscal, “sugiere atribuir a la institución del curador, diseñada de manera muy flexible, el ser apoyo ocasional, aunque recurrente, una solución coherente además con la escueta regulación que efectúa la LJV del defensor judicial”⁶⁹, ya que si dicho apoyo “ocasional aunque sea recurrente”, se le atribuye al defensor judicial “se altera injustificadamente y de manera poco operativa, la naturaleza del defensor”⁷⁰. Contraria a la opinión del Consejo de Estado se muestra ÁLVAREZ LATA, pues considera que los principios de proporcionalidad y necesidad justifican la versatilidad de las instituciones tradicionales y su adaptación a las nuevas circunstancias de mínima intervención en la esfera de la persona con discapacidad⁷¹.

Pese a los desacuerdos entre los órganos consultivos y parte de la doctrina, el legislador ha mantenido la nueva configuración de este instituto⁷², aunque ha sido muy conciso al regular y desarrollar esta nueva variedad de defensor judicial, “cuya eficacia

⁶⁷ Informe sobre el Anteproyecto de Ley por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad, pág. 71. Disponible en: <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-sobre-el-Anteproyecto-de-Ley-por-la-que-se-reforma-la-legislacion-civil-y-procesal-en-materia-de-discapacidad>.

⁶⁸ MARTÍN AZCANO, E. M.ª, “El defensor judicial de la persona con discapacidad” ..., ob. cit. pág. 293.

⁶⁹ MUNAR BERNAT sostiene esto mismo, pues considera que el defensor judicial no debe ser una medida de apoyo en aquellos casos en los que dicho apoyo se precise de manera ocasional, aunque recurrente, puesto que es el carácter flexible de la curatela el que se va a aplicar en esta hipótesis. MUNAR BERNAT, P. A., “Notas sobre algunos principios y las últimas novedades del Anteproyecto” en, MUNAR BERNAT, P. A. (Dir.), *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad: El Derecho en el umbral de la política*, Marcial Pons, Madrid, 2021, pág. 185.

⁷⁰ Disponible en: <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=CE-D-2019-34>.

⁷¹ ÁLVAREZ LATA, N., “Capítulo V: Del defensor judicial...”, ob. cit., pág. 840.

⁷² MARTÍN AZCANO, E. M.ª, “El defensor judicial de la persona con discapacidad” ..., ob. cit. pág. 294.

dependerá de que los operadores jurídicos sean conscientes de sus posibilidades y se visibilice su autonomía respecto de otras figuras de apoyo – y de su precedente –”⁷³.

No obstante, lo anterior, la justificación de este nuevo defensor estriba precisamente en la heterogeneidad y variedad de situaciones, debido a los distintos tipos de discapacidad que existen y, que precisan de esa multiplicidad de medidas de apoyo. Este defensor puede estar llamado a reemplazar y dar una nueva dimensión, de acuerdo con las reglas y principios del nuevo sistema de apoyos a la curatela de baja intensidad que se aplicaba antes de la reforma y se establecían en las afecciones o enfermedades de carácter cíclico o transitorio, en las que se constataba la necesidad de un apoyo esporádico. Sirva como ejemplo la SAP Asturias 124/2017, de 28/03/2017 (JUR 2017\118780) que versa sobre una paciente que tiene reconocida un 65% de discapacidad, ya que tiene diagnosticado un trastorno bipolar, “enfermedad psiquiátrica genuina, persistente pero no estable, ya que cursa con desestabilizaciones o crisis temporales en las que el estado de ánimo y los niveles de actividad están profundamente alterados (manía o hipomanía o depresión); los períodos de crisis son de imposible predicción, de aparición tanto brusca como puede ser en forma progresiva, pero susceptibles de paliación mediante tratamiento psicofarmacológico. (...) Doña Leocadia pasa por un período (más o menos prolongado) de estabilidad, es decir, (...) conserva las habilidades para la vida independiente, tanto en orden al cuidado de su salud como económicas, jurídicas y administrativas; ahora bien, en su informe también refiere que aprecia bradipsiquia, es decir, un retardo en el curso y contenida del pensamiento y un ánimo deprimido, aspectos en los que insistió ante el Tribunal en el acto de la vista que aconsejan limitar parcialmente su capacidad, sometiéndola a curatela en la persona de su hermano”, en aquellos casos, en los que por su propia discapacidad carezca de autonomía.

Por otro lado, el defensor ocasional pero recurrente, puede ser de utilidad en los casos de discapacidad derivados de la edad, o de enfermedades degenerativas en cuyo caso, la necesidad de medidas de apoyo sea ocasional (en algún acto o negocio jurídico que pueda presentarse) pero recurrente.

En todo caso, deben darse los requisitos señalados en la legislación civil para el nombramiento de este supuesto de nombramiento de defensor judicial: es decir que la necesidad del apoyo no sea estable ni duradera, y que, aunque dicho apoyo sea de forma

⁷³ ÁLVAREZ LATA, N., “Capítulo V: Del defensor judicial...”, ob. cit., pág. 840.

reiterada aparezca en la mayoría de las ocasiones sin una periodicidad o estabilidad claras, ya que, si la medida es estable, será la curatela la institución que deba aplicarse en ese caso⁷⁴.

En conclusión, tras la reforma el defensor judicial deja de ser una institución subsidiaria y dependiente de otras, para convertirse en un instrumento o medida de apoyo autónomo, diferenciándose de la curatela, que sigue empleándose para casos en los que sea necesario un apoyo estable⁷⁵.

2.6. Otros supuestos

Otra de las novedades que trae consigo la reforma del Código Civil de 2021, es la desaparición como tal de la cláusula de cierre del derogado 299.3 que hacía referencia a “todos los demás casos previstos en este Código”.

No obstante, fuera del Código Civil, el defensor judicial sí está presente en otras normas civiles, tales como la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) y la Ley de Jurisdicción Voluntaria (LJV). Con carácter general el artículo 8 LEC sostiene que “cuando la persona física se encuentre en el caso del apartado 2 del artículo anterior⁷⁶ y no hubiere persona que legalmente la represente o asista para comparecer en juicio, el Letrado de la Administración de Justicia le nombrará un defensor judicial mediante decreto, que asumirá su representación y defensa hasta que se designe a aquella persona”.

Por otro lado, para el procedimiento de adopción judicial de medidas de apoyo para las personas con discapacidad, tanto el artículo 758 LEC como el artículo 42 bis a) LJV, prevén que la persona solicitante de apoyo “podrá actuar con su propia defensa y representación. Si no fuera previsible que proceda a realizar por sí misma tal designación, con la solicitud se pedirá que se le nombre un defensor judicial, quien actuará por medio de Abogado y Procurador”. Mientras se esté cursando el procedimiento de provisión de medidas de apoyo, la autoridad judicial podrá designar un defensor judicial, si lo considera oportuno.

⁷⁴ ÁLVAREZ LATA, N., “Capítulo V: Del defensor judicial...”, ob. cit., pág. 840.

⁷⁵ MORENO MARTÍNEZ, J. A., “Problemática actual del defensor judicial...”, ob. cit. pág. 45; ÁLVAREZ LATA, N., “Capítulo V: Del defensor judicial...”, ob. cit., pág. 841.

⁷⁶ Dispone el art. 7.2 bis LEC que “las personas con discapacidad tienen el derecho a entender y ser entendidas en cualquier actuación que deba llevarse a cabo”.

3. Régimen del defensor judicial

En este apartado, se estudiará el régimen jurídico de la institución del defensor judicial tras la entrada en vigor de la ley 8/2021 de 2 de junio que reforma algunos preceptos de esta institución.

3.1. Nombramiento

El nombramiento de un defensor judicial se insta mediante un expediente de jurisdicción voluntaria de oficio, a petición del Ministerio Fiscal, por el propio menor, la persona con discapacidad o cualquier otra persona que actuase en interés de éste (art. 28.2 LJV en la redacción dada en 2021). La autoridad competente para conocer del expediente de nombramiento serán los Letrados de la Administración de Justicia de Juzgado de Primera Instancia, ya sea “del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con discapacidad o, en su caso, aquél correspondiente al Juzgado de Primera Instancia que esté conociendo del asunto que exija el nombramiento de defensor judicial” (art. 28.1 LJV). Para la tramitación del expediente de jurisdicción voluntaria, no será preceptiva la intervención de abogado, ni de procurador.

Una vez admitido dicho expediente, en el cual se expondrán los hechos que ameriten la designación de un defensor judicial, el Letrado de la Administración de Justicia convocará en audiencia al que ha instado el procedimiento de designación del defensor judicial, a los interesados que consten como tales en el expediente, a quienes estime pertinente su presencia (*sic*), y a la persona con discapacidad (art. 30.1 LJV). El Letrado de la Administración de Justicia está obligado a oír a la persona con discapacidad, pues es el mandato que establece el nuevo artículo 295 CC que a su vez también sostiene que será nombrado “defensor judicial quien sea más idóneo para respetar, comprender e interpretar la voluntad, deseos y preferencias de aquella”. Así pues, a diferencia de las otras figuras de apoyo como la curatela, por ejemplo, donde la autoridad judicial estará a lo dispuesto por la persona con discapacidad, salvo cuando “no resultare clara su voluntad” (art. 276 CC), en caso del defensor judicial lo estipulado por la persona necesitada de apoyos no será vinculante, pues se designará a aquella persona que se considere más idónea para ostentar el cargo⁷⁷. Sobre la idoneidad la STS Sala de lo Civil, sec. 1ª 597/2017, de 8/11/2017, (RJ 2017\4760) sostiene que “tampoco se exige motivación alguna, aunque, naturalmente, para valorar la idoneidad el juez debe atender al beneficio del menor o incapaz, lo que dependerá del motivo que

⁷⁷ MARTÍN AZCANO, E. M.^a, “El defensor judicial de la persona con discapacidad” ..., ob. cit. pág. 293

ocasiona su nombramiento. En cada caso, el juez deberá escoger atendiendo a las circunstancias, a la amplitud y disponibilidad del círculo de personas cercanas al menor o incapacitado, pero también del asunto en cuya intervención esté requerida la actuación del defensor judicial”. Es decir, la idoneidad “se mide por el parámetro de quien respete e interprete mejor su voluntad, deseos y preferencias”⁷⁸, sin perjuicio, obviamente, de que las sugerencias propuestas puedan ser tenidas en cuenta. Por tanto, la autoridad judicial conserva tras la reforma, la gran libertad que ya tenía antes para elegir a un defensor judicial.

Es debido al carácter idóneo del defensor judicial, que la doctrina y los juzgados plantearon la posibilidad de que el defensor judicial fuese una persona física con preparación jurídica (un abogado, por ejemplo), debido a los asuntos en el que se requerirá su intervención.

Por otro lado, no se nombrará un defensor judicial “si el apoyo se ha encomendado a más de una persona, salvo que ninguna pueda actuar o la autoridad judicial motivadamente considere necesario el nombramiento” (art. 296 CC)

3.2. Atribuciones y deberes del defensor judicial

El contenido del cargo de defensor judicial no viene determinado en ninguna ley, sino que será la autoridad judicial quien especifique en cada caso las atribuciones, así como también su extensión y los límites de actuación. Por tanto, será el auto de nombramiento el que deberá especificar la extensión de las atribuciones, así como también la función, asistencial o representativa que en cada caso asumirá el defensor judicial⁷⁹.

Las atribuciones, como es lógico, variarán de acuerdo con el supuesto que haya determinado su nombramiento. En ocasiones, la actuación del defensor judicial consiste en reemplazar a un apoyo, al que ha sido necesario sustituir, ya que este se encuentra inhabilitado en el ejercicio de sus funciones. En este supuesto, la actuación del defensor judicial estará limitada al asunto para el que ha sido designado el apoyo, o por el tiempo durante el cual el encargado de prestar los apoyos no pueda desempeñar sus funciones (art. 295. 1 CC). Ello está en relación con el principio de necesidad y mínima intervención de la medida de apoyo.

⁷⁸ ÁLVAREZ LATA, N., “Capítulo V: Del defensor judicial...”, ob. cit., pág. 844.

⁷⁹ En este apartado se sigue a ÁLVAREZ LATA, N., “Capítulo V: Del defensor judicial...”, ob. cit., pág. 848 - 850; MARTÍN AZCANO, E. M.^a, “El defensor judicial de la persona con discapacidad” ..., ob. cit. pág. 293

Ahora bien, si el motivo de la designación del defensor judicial es afrontar un conflicto de intereses, sus atribuciones quedarán acotadas o limitadas al acto o al conjunto de actuaciones, donde haya surgido la incompatibilidad de intereses.

Por otro lado, las atribuciones del defensor judicial deberán ser las mismas que las del cargo al que sule. Por ejemplo, si sustituyera a un curador cuya función fuese meramente asistencial, aquél no podría ostentar facultades representativas. De igual forma, las limitaciones que pueda tener el apoyo sustituido serán aplicables también para el caso del defensor judicial. Así por ejemplo, para realizar alguno de los actos enumerados en los artículos 287 y 289 CC, el defensor requerirá autorización o aprobación judicial, salvo que se le hubiera dispensado de ello.

Respecto al supuesto de imposibilidad se aplicarán de manera análoga las causas estipuladas para los curadores en el artículo 275 CC.

El defensor judicial tiene el deber de respetar y conocer las voluntades y preferencias de la persona con discapacidad (art. 297 CC⁸⁰), así como el de la rendición de cuentas, una vez aquel termine su gestión (art. 298 CC⁸¹). Este precepto viene repetido en el artículo 32 LJV que estipula que “serán aplicables al defensor judicial las disposiciones establecidas para la formación de inventario, en su caso, la excusa y la remoción de los tutores y para su rendición de cuentas una vez concluida su gestión, que se tramitarán y decidirán por el secretario judicial competente”. Para la rendición de cuentas del defensor judicial una vez concluida su gestión, se aplican de manera análoga las reglas establecidas para el curador en los arts. 292 y siguientes del Código Civil adaptando su contenido cuando sea razonable⁸².

El defensor judicial estará obligado a la rendición de cuentas cuando la medida aplicada sea autónoma (*ex art. 295.5 CC*), también en los casos de imposibilidad temporal del titular de la medida de apoyo, cuando el defensor judicial asume durante un tiempo determinado la asistencia de una persona con discapacidad, ya que el curador despliega su actuación de manera intermitente u ocasional pero recurrente a la vez. Asimismo, no tendrá sentido la dación de cuentas del defensor en los casos de

⁸⁰ Art. 297 CC: “Serán aplicables al defensor judicial las causas de inhabilidad, excusa y remoción del curador, así como las obligaciones que a este se atribuyen de conocer y respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona a la que se preste apoyo”.

⁸¹ Art. 298.2 CC: “El defensor judicial, una vez realizada su gestión, deberá rendir cuentas de ella”.

⁸² Lo mismo que ocurría antes de la reforma, que se entendía aplicables las normas de rendición de cuentas del tutor, aunque con matices dependiendo de cuál sea la gestión encomendada. PARRA LUCÁN, M.ª. A. “Capítulo IV: Del defensor judicial”, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pág. 2515. Disponible en: <https://biblioteca.unavarra.es/abnetopac/abnetcl.cgi/O7178/IDe796f8ff/NT1>

intervención puntual y aislada del defensor judicial, en los que el único objetivo es informar del sentido y buen fin de la actuación concreta⁸³.

Por otro lado, cuando las circunstancias lo aconsejen, para garantizar el riguroso cumplimiento de las obligaciones o la salvaguarda de los bienes del beneficiario del apoyo, podrá imponerse al defensor judicial la constitución de fianza (art. 284.1 CC⁸⁴) o la elaboración de inventario (art. 285. 1 CC⁸⁵).

Por último, el artículo 297 CC hace una remisión de las causas de excusa del curador al aseverar que “serán aplicables al defensor judicial las causas de inhabilidad, excusa y remoción del curador, así como las obligaciones que a este se atribuyen de conocer y respetar la voluntad, deseos y preferencias de la persona a la que se preste apoyo”.

3.3. Extinción del defensor judicial

Al ser una figura de carácter temporal, la función del defensor judicial finaliza al desaparecer la causa que motivó su nombramiento. Llegado ese momento, el defensor judicial debe comunicar la extinción a la autoridad judicial.

Ahora bien, si el defensor judicial fuese recurrente, estaría latente siempre que la persona con discapacidad precise su apoyo para los casos que sean necesarios⁸⁶.

4. Particularidades del defensor judicial del menor

El defensor judicial es el encargado de representar al menor de manera provisional y con carácter supletorio, ya que actúa en los casos en los que no se ejerce de manera correcta o hay ausencia de ejercicio de la patria potestad o la tutela.

Respecto al régimen del defensor judicial del menor, el artículo 236 CC establece que “serán aplicables al defensor judicial del menor las normas del defensor judicial de las personas con discapacidad”.

Se observa, pues que el citado artículo contiene una norma de remisión al régimen jurídico del defensor judicial de las personas con discapacidad. Es decir, para

⁸³ ÁLVAREZ LATA, N., “Capítulo V: Del defensor judicial...”, ob. cit., pág. 853.

⁸⁴ Art. 284.1 CC: “Cuando la autoridad judicial lo considere necesario por concurrir razones excepcionales, podrá exigir al curador la constitución de fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones y determinará la modalidad y cuantía de la misma. Una vez constituida, la fianza será objeto de aprobación judicial”.

⁸⁵ Art. 285.1 CC: El curador con facultades representativas estará obligado a hacer inventario del patrimonio de la persona en cuyo favor se ha establecido el apoyo dentro del plazo de sesenta días, a contar desde aquel en que hubiese tomado posesión de su cargo.

⁸⁶ ÁLVAREZ LATA, N., “Capítulo V: Del defensor judicial...”, ob. cit., pág. 841.

estos casos se aplicará lo previsto en los artículos 295 a 298 CC que contienen una regulación más minuciosa y detallada de la figura en cuestión.

Por otro lado, los supuestos que pueden ocasionar el nombramiento del defensor judicial pueden ser: “cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores y sus representantes legales (...), cuando, por cualquier causa, el tutor no desempeñare sus funciones, hasta que cese la causa determinante o se designe otra persona y, por último, cuando el menor emancipado requiera el complemento de capacidad previsto en los artículos 247 y 248 y a quienes corresponda prestarlo no puedan hacerlo o exista con ellos conflicto de intereses” (art. 235 CC)

Por tanto, la actuación del defensor judicial es temporal, ocasional o esporádica, frente a la mayor duración que tiene la tutela. Asimismo, es provisional, supletoria y subsidiaria pues opera cuando no pueden hacerlo los representantes legales de los menores y, por último, su nombramiento debe efectuarlo un juez

La jurisprudencia anterior a la reforma de 2021 incide mucho en la temporalidad del defensor judicial del menor. Así, por ejemplo, la STS de 12/06/1985 (RJ 1985\3109), subraya que el defensor judicial es una figura transitoria y que debe ser designada para un determinado acto en el que se haya dado un conflicto de intereses; y, que, por tanto, conlleva la suspensión de la patria potestad para un caso determinado. Asimismo, también destaca el carácter eventual y transitorio de esta institución la STS Sala de lo Civil, sec. 1ª 197/1994, de 10/03/1994, (RJ\1994\1731) , la STS Sala de lo Civil, sec. 1ª 1046/2002, de 7/11/2002 (RJ\2002\9484) y la STS Sala de lo Civil, sec. 1ª 21/2003, de 17/01/2003, (RJ\2003\433), que sostienen que el defensor judicial es quien asume la representación y la defensa de los menores de edad, cuando la persona legitimada para ello no lo hace, debiendo actuar dentro de los límites estipulados por el juez para un determinado acto y cuando le sea requerido probar que está autorizado para ello.

También será necesaria la actuación del defensor judicial como complemento de la capacidad del menor emancipado. En este supuesto el defensor judicial estará junto al menor emancipado asistiéndole o complementando su capacidad para que éste pueda ejercer sus derechos (*ex art. 247 CC*).

Dicho supuesto opera cuando el menor emancipado necesite un apoyo para complementar su capacidad y sus padres no puedan dárselo por cualquier motivo o, por existir entre ellos (padres e hijos) un conflicto de intereses.

Por otro lado, cabe destacar que el derogado artículo 299 sostenía que el defensor judicial debía representar y amparar los intereses de la persona en una acción concreta. Tras la reforma obrada por la Ley 8/2021, el artículo 236 CC afirma que “el defensor judicial del menor ejercerá su cargo en interés del menor, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos”.

Es decir, las decisiones del defensor tienen que velar siempre por lo que sea más conveniente para el menor, por lo que no habrá, por tanto, ningún supuesto en el que el proceder del defensor vaya en contra de los intereses del menor, y en la medida de lo posible, deberá respetar siempre su personalidad y sus derechos⁸⁷.

Por último, cabe mencionar que, tras la reforma de 2021, no existe como tal remisión a otros supuestos que ameriten el nombramiento de un defensor judicial para menores de edad. Ahora bien, que no haya remisión, no significa que no existan otros supuestos que conlleven al nombramiento de un defensor judicial del menor.

Así, por ejemplo, se nombrará un defensor judicial en casos de excusa y remoción del tutor (art. 223, 224 CC), que remiten a la remoción del curador tal y como se ha explicado anteriormente. También se designará un defensor judicial “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” (art. 163.1 CC)

⁸⁷ ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., “Capítulo II: Del defensor judicial del menor” ... ob. cit., págs. 452.

V. CONCLUSIÓN

En este trabajo se ha estudiado con detalle la institución del defensor judicial dentro del nuevo sistema de apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica de quienes lo precisen.

El defensor judicial vigente hasta la entrada en vigor de la Ley 8/2021 se encargaba de la resolución de conflicto de intereses entre los representantes legales y las personas incapaces, así como también cuando los tutores o curadores no desempeñaran sus funciones.

Tras la entrada en vigor de la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD) y tras el Anteproyecto de 2018, el punto culminante es la aprobación y la posterior entrada en vigor de la Ley 8/2021 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, que busca adaptar lo referente a la capacidad jurídica a lo que en su día sostuvo la Convención.

Por ello surge este nuevo sistema de apoyos, en el que la figura del defensor judicial tiene un gran protagonismo, ya que deja de ser una figura dependiente de otras para adquirir autonomía. Es decir, es una medida temporal, transitoria, de apoyo ocasional. Pero ahora puede ser recurrente, y repetirse en distintos períodos.

Se mantiene así la idea de que el defensor judicial es un cargo temporal, característica que mantiene de la legislación anterior. Lo que ha cambiado es que ahora se podrá nombrar un defensor judicial cuando la persona con discapacidad necesite apoyo de manera ocasional, “aunque sea recurrente”.

Por otro lado, respecto al defensor judicial del menor el artículo 236 CC contiene una norma de remisión al régimen jurídico del defensor judicial de las personas con discapacidad. Es decir, para estos casos se aplicará lo previsto en los artículos 295 a 298 CC que contienen una regulación más minuciosa y detallada de la figura en cuestión.

En conclusión, con la entrada en vigor de la Ley 8/2021 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 nace un nuevo sistema de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica de aquellas que lo precisen, en donde lo más importante será el respeto a la voluntad y preferencias de la persona con discapacidad y, en el que el defensor judicial adquiere sustantividad propia y, por ende un gran protagonismo.

VI. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ÁLVAREZ LATA, N., “Capítulo V: Del defensor judicial de las personas con discapacidad”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la Legislación Civil y Procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pág. 831 – 854.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, H., “Capítulo II: Del defensor judicial del menor”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la Legislación Civil y Procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, págs. 442 - 452.

BARBA, V., “Principios generales de las medidas de apoyo en el marco de la Convención de Nueva York” en, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., GARCÍA MAYO, M. (Dir.), GIL MEMBRADO, C., PRETEL SERRANO, J. J. (Coord.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, 1ª Ed., Las Rozas, Madrid, 2021, págs. 79 – 98.

BLASCO GASCÓ, F. *Instituciones de Derecho Civil: Derecho de Sucesiones*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2022 págs. 201 - 224. Disponible en <https://biblioteca.unavarra.es/abnetopac/abnetcl.cgi/O7229/IDe68915e7?ACC=161>

BERROCAL LANZAROT, A. I. “El defensor judicial: supuestos concretos de actuación” en, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Año nº 87, N.º 724, 2011, págs. 1056 – 1088.

CÁSTAN PÉREZ - GÓMEZ, S., “La curatela: ¿una nueva institución?, en PEREÑA VICENTE, M., HERAS HERNÁNDEZ M.ª M. (Dir.); NUÑEZ NUÑEZ, M.ª., (Coord.), *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. 219 – 248.

Disponiblen en: <https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/show/9788411136624>.

CASTRO – GIRONA MARTÍNEZ, A. “Artículo 255”, en GARCÍA RUBIO, M.ª P., MORO ALMARAZ, M. J. (DIR.), VARELA CASTRO, I., *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2022, pág. 260 – 268.

DE COUTO GÁLVEZ, R. M., “Capitulo IV: Del defensor judicial”, en RAMS ALBESA, J. (Coord.), MORENO FLÓREZ, R. M. (Coord. adj.) *Comentarios al Código*

Civil II Libro Primero (Títulos V a XII) vol. 2, José María Bosch, Barcelona, 2000, págs. 2060 – 2061.

DE SALAS MURILLO, S. “¿Existe un derecho a no recibir apoyos en el ejercicio de la capacidad?” en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 780, 2020, págs. 2233 – 2234

FLORENSA I TOMÁS, C. E., *El defensor judicial*, Cuadernos Civitas, Madrid, 199, págs. 44 – 48.

GARCÍA RUBIO, M.^a P. “La necesaria y urgente adaptación del Código civil español al artículo 12 de la Convención de Nueva York sobre los derechos de las personas con discapacidad” en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, vol. X, 2018, pág. 145 – 191.

GARCÍA RUBIO, M.^a P. “Las medidas de apoyo de carácter voluntario, preventivo o anticipatorio”, en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, 2018, págs. 30 – 60.

GARCÍA RUBIO, M.^a P., “Notas sobre el propósito y el significado del Anteproyecto de Ley por el que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica” en, GETE – ALONSO Y CALERA, M. C., *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, Colegio Notarial de Cataluña: Marcial Pons, Madrid, 2020, pág. 44.

GARRIDO DE PALMA, V. M., *Instituciones de Derecho Privado*, vol. 1, 2^a Ed., tomo IV, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015, págs. 1000 – 1010.

GETE – ALONSO Y CALERA, M. C., “El nuevo modelo de la discapacidad. La Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad” en, GETE – ALONSO Y CALERA, M. C., *Jornadas sobre el nuevo modelo de discapacidad*, Colegio Notarial de Cataluña: Marcial Pons, Madrid, 2020, págs. 13 – 37.

GUILARTE MARTÍN-CALERO, C., “Artículo 269, artículo 270”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la Legislación Civil y Procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, págs. 689 – 700.

LECIÑENA IBARRA, A., “Capítulo III: De la guarda de hecho de las personas con discapacidad”, en GUILARTE MARTÍN-CALERO, C. (Dir.), *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la Legislación Civil y Procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pág. 647 – 655.

LETE DEL RÍO, J.M., “Capítulo V: Del protutor: Artículo 236 en, ALBALADEJO GARCÍA M, (Dir.) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales: Artículos 181 a 332 del Código Civil, Tomo IV*, Edersa, Madrid, 1978, págs. 235 – 242.

MARTÍN AZCANO, E. M^a., “El defensor judicial de la persona con discapacidad”, en PEREÑA VICENTE, M., HERAS HERNÁNDEZ M^a. M. (Dir.); NUÑEZ NUÑEZ, M^a., (Coord.), *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 – 304. Disponible en: <https://biblioteca.tirant.com/cloudLibrary/ebook/show/9788411136624>.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. “La Observación General Primera del Comité de Derechos de las Personas con Discapacidad: ¿interpretar o corregir?” en, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., GARCÍA MAYO, M. (Dir.), GIL MEMBRADO, C., PRETEL SERRANO, J. J. (Coord.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, 1^a Ed., Las Rozas, Madrid, 2021, págs. 100 – 124.

MORENO MARTÍNEZ, J. A., *El defensor judicial*, Montecorvo SA, Madrid, 1989, págs. 31 - 36.

MORENO MARTÍNEZ, J. A., “Problemática actual del defensor judicial: hacia una nueva concepción de la institución”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 5, septiembre-octubre 2018, págs. 43-72.

MUNAR BERNAT, P. A., “Notas sobre algunos principios y las últimas novedades del Anteproyecto” en, MUNAR BERNAT, P. A. (Dir.), *Principios y preceptos de la reforma legal de la discapacidad: El Derecho en el umbral de la política*, Marcial Pons, Madrid, 2021, págs. 175 – 193.

MUNAR BERNAT, P. A. “Artículo 269”, en GARCÍA RUBIO, M.^a P., MORO ALMARAZ, M. J. (Dir.), VARELA CASTRO, I., *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2022, pág. 343 – 350.

PAU PEDRÓN, A. “De la incapacitación al apoyo: El nuevo régimen de discapacidad intelectual en el Código Civil” en *Revista de Derecho Civil*, vol. V, núm. 3, 2018, págs. 6 – 28.

PALACIOS GONZÁLEZ, D., “Guarda de hecho, curatela o defensor judicial: buscando el mejor apoyo para las personas con discapacidad psíquica” en, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., GARCÍA MAYO, M. (DIR.), GIL MEMBRADO, C.,

PRETEL SERRANO, J. J. (Coord.), *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, 1ª Ed., Las Rozas, Madrid, 2021, págs. 417 – 430.

PARRA LUCÁN, M. A., “Instituciones de guarda (2). La curatela y el defensor judicial”, en YZQUIERDO TOLSADA, M. (Dir.) Y CUENA CASAS, M. (Dir.), *Tratado de derecho de la familia*, Vol. 6: Las relaciones paterno - filiales (II). Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, 2ª Ed. Disponible en <https://biblioteca.unavarra.es/abnetopac/abnetcl.cgi/O7153/IDd30cdfb3/NT31>

SÁNCHEZ - VENTURA MORER, I. “Supuestos en los que interviene el defensor judicial: mención especial a la situación de conflicto de intereses” en, DE SALAS MURILLO S. Y MAYOR DEL HOYO M.ª V. (directoras). *Claves para la adaptación del ordenamiento jurídico privado a la Convención de Naciones Unidas en materia de discapacidad*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 271 - 288. Disponible en: <https://biblioteca.unavarra.es/abnetopac/abnetcl.cgi/O7297/ID017749d4/NT1>

VII. JURISPRUDENCIA

Tribunal Supremo

STS Sala de lo Civil, sec. 1ª 654/2020, de 3/12/2020 (RJ 2020\4815)
STS Sala de lo Civil, sec. 1ª 597/2017, de 8/11/2017 (RJ 2017\4760)
STS Sala de lo Civil, sec. 1ª 339/2012 de 5/06/2012 (RJ 2017\4760)
STS Sala de lo Civil, sec. 1ª 640/2012 de, 18/10/2012 (RJ 2012\9722)
STS Sala de lo Civil, sec. 1ª 1046/2002, de 7/11/2002, (RJ\2002\9484)
STS Sala de lo Civil, sec. 1ª 21/2003, de 17/01/2003 (RJ\2003\433)
STS Sala de lo Civil, sec. 1ª 197/1994, de 10/03/1994 (RJ\1994\1731)
STS de 12/06/1985 (RJ 1985\3109)

Audiencias Provinciales

SAP Granada 450/2019, de 11/10/2019, sec. 5ª (AC 2020\55)
SAP Asturias 124/2017, de 28/03/2017 (JUR 2017\118780)
Auto de la AP Guadalajara 83/2006, de 22/06/2006 (JUR 2006/225845)

Resoluciones de la Dirección General de Registro y el Notariado, actualmente Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública.

RDGRN de 19/04/2017 (RJ 2017\1880)
RDGRN 2234/2015, de 11/02/2015 (RJ 2015\2313)
RDGRN de 2/03/2015
RDGRN 560/2013, de 11/12/2013 (RJ 2013\716)
RDGRN de 14/03/1991(RJ 1991\2540)