

CAPITULO II.

DE LA ADOPCIÓN TESTAMENTARIA.

SECCION I. — De la tutela oficiosa.

§ I. CONDICIONES.

237. La tutela oficiosa se define: un contrato de beneficencia, por el cual el tutor llamado oficioso, se encarga de gobernar y administrar gratuitamente la persona y los bienes del pupilo, obligándose, además, á educarle á sus expensas y á ponerle en aptitud de ganar su vida (1). Los autores del Código han organizado la tutela oficiosa para facilitar la adopción. Una de las condiciones de la adopción ordinaria es que el adoptante haya prodigado por espacio de seis años auxilios al adoptado menor; y aun cuando quedara cumplida esa condición, ya rigurosa, se haría imposible la adopción si muriera el adoptante antes de que el adoptado llegara á la mayor edad. Si el adoptante es tutor oficioso, puede adoptar á su pupilo por testamento, durante su minoridad, y solamente después de cinco años de cuidados.

Duranton dice que las disposiciones sobre tutela oficiosa son, por decirlo así, objeto de lujo en el Código; y agrega que la razón es sencilla; á saber: no se quieren contraer semejantes compromisos sin tenerse la certidumbre moral

1 Proudhon, *Tratado del estado de las personas*, t. II, p. 227.

de que el hijo será digno del beneficio que se le quiere hacer (1). En cuanto á la facilidad que la tutela proporciona para la adopción, supone que ésta es un hecho usual. No habiendo entrado la adopción en nuestras costumbres, se concibe que la tutela oficiosa sea aun menos practicada. Apenas si se encuentra algún ejemplo de ello. Como el derecho no es ciencia de lujo, nos limitaremos á exponer sucintamente las condiciones y los efectos de la tutela oficiosa.

238. Las condiciones que exige la ley para la tutela oficiosa son análogas á las que establece para la adopción. El Tribunado fué quien estableció este principio, principio demasiado lógico, puesto, que, en el espíritu del Código, la tutela oficiosa es un preliminar de la adopción (2). Aplicándose dicho principio, el tutor oficioso debe ser mayor de cincuenta años: condición que se ha mantenido, á fin de que la tutela oficiosa, hecha con la mira de la adopción, no desvíe del matrimonio. El tutor no debe tener ni hijos ni descendientes legítimos; si los tiene, la adopción y, consiguientemente, la tutela oficiosa carecen ya de razón de ser. Si el tutor es casado, es necesario el consentimiento de su cónyuge, para que no venga á ser la tutela causa de desunión en la familia del tutor (arts. 361 y 362).

El hijo debe ser menor de menos de quince años, puesto que la adopción, cuyo preliminar es la tutela, no se permite sino cuando el adoptante ha prodigado cuidados al adoptado menor por espacio de seis años (art. 364).

La tutela se forma por el concurso de consentimientos. El juez de paz es quien levanta el acta ó practica las diligencias relativas, como lo dice el artículo 363. No pudiendo consentir el hijo, sus padres, ó el que sobreviva de ellos, ó bien el consejo de familia, son los llamados á consentir en su nombre. Si no tiene padres conocidos, la ley

1 Duranton, *Curso de Derecho francés*, t. III, p. 266, núm. 274.

2 Observaciones del Tribunado, núm. 13 (Loché, t. III, p. 258).

exige el consentimiento de los administradores del hospicio donde se hallare asilado, y si le hubiere recibido una familia particular, entonces deben otorgar su consentimiento el Municipio, es decir, el Corregidor en Francia, y el Consejo municipal en Bélgica (art. 361).

II. EFECTOS DE LA TUTELA OFICIOSA.

239. La tutela es un preliminar de la adopción, bien que el tutor no se obliga á adoptar á su pupilo. En esta incertidumbre sobre la suerte del hijo, sus padres, ó quienes de tales hacen veces, podrían negarse á entregarle al que quiere ser su tutor oficioso, á menos que, por sí misma, la tutela no ofrezca ventajas positivas para el hijo. Con esta idea, la ley impone obligaciones al tutor, obligaciones que constituyen un beneficio para el hijo, aun cuando no estuviere adoptado.

Desde luego, los padres, ó quienes los representan, pueden hacer celebrar con el futuro tutor todas las estipulaciones que estimen convenientes. Sin perjuicio de tales estipulaciones privadas, la tutela oficiosa, dice el artículo 364, trae consigo la obligación de alimentar al pupilo, educarle y ponerle en condiciones de ganar la vida. La ley agrega que los gastos de educación no se pueden cargar á las rentas del pupilo, en el caso de que tuviere bienes (art. 365): cosa que casi estaba por demás decir, por ser la tutela un contrato de beneficencia.

Posible es que el tutor llegue á morir durante la minoridad del pupilo: en ese caso, si le adoptó por testamento, se aplican los principios sobre tutela testamentaria que más adelante expondremos. Pero si el tutor muriese antes de cinco años de la tutela, sería imposible la adopción; y podría suceder que aun transcurridos esos cinco años, no quisiera el tutor adoptar á su pupilo. En una y otra hipótesis, la ley previene que la obligación alimenticia contraída por

el tutor pase á los herederos, quienes deberán proporcionar al hijo, mientras se halla en la menor edad, medios para subsistir (art. 367). Se ve que hay obligaciones personales del tutor, y que, por este título, se extinguen con su muerte, como son los cuidados que se comprometió á poner en la educación del hijo, pues solamente los alimentos propiamente dichos se reputan como deuda real. No conocemos alguna razón poderosa que sirva de apoyo á esta distinción; pero de todos modos, la verdad es que resulta de la ley (1).

240. La tutela oficiosa produce también efectos como tal tutela, durante la minoridad del pupilo. Dado que el tutor oficioso contrae la obligación de educar á su pupilo, naturalmente debe cuidar de su persona: ¿cuál será la extensión de esas facultades? Es tutor, y, por ese capítulo, tiene las facultades que da la tutela. Por el simple hecho de no estar derogados, deben aplicarse en este punto los principios generales del Código; de modo que, si el pupilo está bajo tutela, el artículo 365 dice de una manera formal que el gobierno de su persona y la administración de sus bienes pasarán al tutor oficioso. Si todavía tiene padres, conservan estos la patria potestad, por ser de orden público y no poder delegarse. Si uno de los padres hubiere fallecido, la tutela pertenecerá al tutor oficioso y la patria potestad al cónyuge supérstite (2).

Hemos dicho que la tutela del tutor oficioso se rige por los principios generales, en cuanto á sus derechos sobre la persona del pupilo, pero en lo que mira á sus bienes, la ley se limita á decir que el tutor está obligado á dar cuentas (art. 370) y que no puede hacer incluir en su cuenta los gastos de manutención y educación. ¿Deben aplicarse las demás reglas de la tutela? De la letra del artículo 365 re-

1 Proudhon, *Tratado del estado de las personas*, t. II, p. 231, Zachariæ opina en sentido opuesto, aunque sin exponer sus motivos (t. VI, edición de Aubry y Rau, p. 31 y nota 6).

2 Demolombe, t. IV, p. 188 y sig., núms. 233 y 234.

sulta que sí, pues dicho artículo expresa: «Si el pupilo hubiere estado antes bajo tutela, el gobierno de su persona y la administración de sus bienes pasarán al tutor oficioso.» ¿No equivale esto á decir que la tutela pasará al tutor oficioso, tal como la ejercía el anterior? Si hubiere un tutor dativo ó un Consejo de familia, subsistirá la tutela dativa, interviniendo el consejo de familia en los casos en que la ley exige su autorización. Si el anterior tutor estaba sujeto á una hipoteca legal, los bienes del oficioso continuarán afectos á ese mismo gravamen. Estimamos que habría lugar á la hipoteca legal, aun en el caso de que todavía tuviese padres el pupilo, pues el texto legal se aplica á cualquier tutor, y por ende al oficioso (art. 2121 y la Ley Hipotecaria belga, art. 47). Así mismo habría lugar á la tutela dativa, puesto que el tutor oficioso tiene en todo caso la administración de los bienes del pupilo (1).

241. La tutela oficiosa termina con la muerte del tutor. Hemos dicho cuál es, en este caso, la situación del pupilo y cuáles las obligaciones de los herederos del tutor, cuando no ha habido adopción.

La tutela termina también con la mayor edad del pupilo. Si el tutor quiere adoptarle, se siguen los principios que rigen la adopción entre vivos (art. 368); pero si el tutor no manifiesta la intención de adoptar á su pupilo, puede éste exigir una indemnización, en el caso de no hallarse en condiciones de proporcionarse la subsistencia. La ley parece subordinar este derecho á una condición. «Si dentro de los tres meses siguientes á la mayor edad del pupilo dice el art. 369, quedaren sin efecto los requerimientos que hubiere hecho á su tutor oficioso, á efecto de que le adaptara.» ¿Quiere decir esto que se considera haber renunciado el pupilo á la indemnización, si dejó transcurrir los tres meses sin haber requerido para nada á su tutor? Esta es la

1 Compárese á Marcadé, *Curso elemental*, t. II, p. 129, art. 370, núm. 1.

opinión de Proudhon, opinión que, aunque rigurosa, debe seguirse por apoyarse en la letra y en el espíritu de la ley. No se ve por qué el legislador habría fijado ese plazo de tres meses, si él hubiese podido hacer siempre su requerimiento, mientras que sí se comprende perfectamente que se reclame en el acto una indemnización fundada en la incapacidad para trabajar. Por esto Cambacérès decía, en el Consejo de Estado, que la acción del pupilo debía prescribir en un lapso de tiempo demasiado corto (1).

¿En qué consiste la indemnización que puede exigir el pupilo? El art. 369 dice que se resuelve en los auxilios propios para proporcionarle un oficio. Esta disposición es muy extraña. Lógicamente, habría sido necesario decidir que continuara la educación comenzada por el tutor; porque si el pupilo ha estado estudiando hasta los veintiún años derecho ó medicina, ¿podrá decirsele al llegar á la mayor edad: Vas á hacerte carpintero? Sin embargo, el texto parece ser formal. Pero ¿podría decirse que el Código supone que ninguna educación ha proporcionado el tutor á su pupilo, de suerte que al llegar éste á la mayor edad *no se halle en condiciones de ganar la vida*? En este supuesto, compréndese que á un hijo que sea generalmente pobre, se le procuren los medios para aprender un oficio; pero si se comenzó su educación, no estamos ya dentro de los términos de la ley, pues, en ese caso, el espíritu del Código, á falta de ley expresa, pide que continúe sus estudios el pupilo.

¿Siempre es debida la indemnización? El art. 369 dice que el tutor oficioso *podrá* ser condenado á indemnizar al pupilo por causa de la incapacidad en que éste se hallare para proveer á su subsistencia. De aquí resulta que los tribunales pueden dejar de decretar la indemnización; que será lo que hagan siempre que deba imputarse al tutor

1 Véanse las diversas opiniones en Demolombe, que participa de la de Proudhon (t. VI, p. 197, núm. 249).

aquella incapacidad. Ni hay para qué decir que el pupilo no podrá exigir la indemnización, si por su negativa la adopción no se llevó á cabo; porque la ley no le otorga el derecho de exigir dicha indemnización, sino cuando inútilmente requirió para la adopción.