

por las reglas que se siguen en caso de usurpación de nombre (1).

*Núm. 3.—Duración de la acción y competencia*

235. ¿Cuál es la duración de la acción de nulidad? Hay una gran incertidumbre sobre este punto en la doctrina. Zachariæ admite la prescripción de treinta años en todos los casos de nulidad. Demolombe distingue: las nulidades absolutas son perpetuas, las relativas prescriben en diez años (2). ¿No debe acaso decirse que en todo caso la acción es imprescriptible? El estado no puede adquirirse por la prescripción. ¿Y la adopción acaso no produce una especie de estado, una especie de paternidad y de filiación? ¿Y un estado ficticio puede adquirirse por prescripción mejor que un estado verdadero? Nosotros contestamos con preguntas, es decir con dudas. En materia de ficción, todo depende de la voluntad del legislador; él la crea, y él también debería determinar sus caracteres. Él no la ha hecho. ¿Entonces que le toca hacer al intérprete? Aplicar por analogía á la filiación ficticia los principios que norman la natural.

Si se admitiese que la nulidad está sometida á la prescripción por el hecho solo de que la ley no la declara imprescriptible, habría que decidir que prescribe en treinta años, como Zachariæ lo enseña. Aquí no puede tratarse de la prescripción de diez años establecida por el art. 1304. La razón es que la adopción no se forma por el acta de consentimiento que recibe el juez de paz, se necesita, además, la homologación de los tribunales y la inscripción en los

1 Grenoble, 22 de Marzo de 1843 (Dalloz, en la palabra *adopción* núm. 227).

2 Zachariæ, t. 4º, p. 15, nota 13; Demolombe, t. 6º, p. 176, números 203 y 206, p. 180, núm. 212.

registros del estado civil. Luego la adopción no es un contrato, es un acto solemne concerniente al estado de las personas; por este doble el título, no cae bajo la aplicación del art. 1304.

236. ¿Como debe pedirse la nulidad?: Hay alguna duda acerca de este punto. Es adagio viejo que *vois de nullité n'out lien en France*, es decir que no se pueden atraer los fallos judiciales por la vía de acción de nulidad, que se le debe atraer por el recurso de casación ó por la averiguación civil. ¿Se aplica esta maxima á la adopción? Nó, porque no puede decirse que se haga por juicio; el poder judicial interviene en ello, pero el consentimiento de las partes también interviene, y se necesita, además, como condiciones esencial, la inscripción en los registros del estado civil. Hay en esto una série de formalidades que hacen de la adopción un acto solemne más que un contrato, un juicio ó una acta del estado civil. Por lo tanto el adagio no recibe ya aplicación. Por otra parte, esta máxima no conviene más que á los juicios propiamente dichos, las desiciones pronunciadas en un litigio. En el caso de adopción, no hay litigio, la homologación es un acto de jurisdicción voluntaria y jamás se ha disputado que estos actos no pueden ser atacados por vía de acción de nulidad. Esto es decisivo. Tal es también la opinión generalmente aceptada (1). ¿La acción de nulidad debe llevarse ante la corte de apelación que admite la adopción, ó ante el tribunal de primera instancia del domicilio del actor?

Merlin dice que es de principio que los actos de jurisdicción voluntaria pueden ser revocados por el mismo tribunal que los pronunció. El principio paréenos que no es aplicable á la adopción. En efecto, no es exclusivamente un ac-

1 Proudhon, t. 3º p. 327. núm. 331. Zachariæ, t. 4º p. 14, nota 2. Demolombe t. 6º, núms. 187-193

to de jurisdicción voluntaria verificado por el tribunal, todo lo que puede decirse, es que el juez interviene á título de jurisdicción voluntaria, pero, como acabamos de decirlo, el consentimiento de las partes es también un elemento esencial, así como la intervención del oficial del estado civil. Hay, pues, que decir que se trata de atacar un acto solemne y no un acto de jurisdicción graciosa. Por lo tanto, el principio invocado por Merlin, debe hacerse á un lado, y por consiguiente, la acción de nulidad se halla seguida por el derecho común. Objétase que de ello resultará que un tribunal de primera instancia anulará lo que la corte de apelación ha declarado válido. De antemano hemos contestado la objeción, la corte de apelación no pronuncia sentencia propiamente dicha, y la adopción no resulta de lo que ella decide. La doctrina y la jurisprudencia están de acuerdo en todos estos puntos.

1 Demolombe, t. 4º, p. 179 núm. 211. Dalloz, en la palabra *adopción*, núms. 159-166.

## CAPITULO II.

### DE LA ADOPCION TESTAMENTARIA.

#### SECCION I. De la tutela oficiosa.

##### § I.—CONDICIONES.

237. La tutela oficiosa se define un contrato de beneficencia por el cual el tutor, que se dice oficioso, se encarga de administrador gratuitamente la persona y los bienes del pupilo, y se obliga, además, á educarlo á sus expensas y ponerlo en aptitud de ganar la 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 ministrado durante seis años socorros al adoptado menor; y aún cuando dicha conseción, ya rigurosa, quede cumplida, la adopción se haría imposible si el adoptante llegase á morir ántes de que el adoptado fuese mayor de edad. Si el adoptante es tutor oficioso, puede adoptar á

1 Proudhon, "Tratado sobre el estado de las personas," t. 2º, p. 207.  
P. de D. TOMO IV.—48

bienes (art. 365). Esto casi ni era necesario decirlo, siendo la tutela un contrato de beneficencia.

Posible es que el tutor llegue á morir durante la minoría del pupilo. Si lo ha adoptado por testamento, se aplican los principios sobre la tutela testamentaria, que más adelante expondremos. Pero si el tutor muriese antes de que hayan transcurrido cinco años después de la tutela, la adopción sería imposible; y, aun cuando transcurridos los cinco años, puede suceder que el tutor no quiera adoptar á su hijo pupilo. Es una y otra hipótesis; la ley decide que la obligación alimenticia contraída por el tutor pase á los herederos: éstos deberán proporcionar al hijo, durante su minoría medios para subsistir (art. 367.) Se ve que hay obligaciones que son personales al tutor, y que, por este título, se extinguen con su muerte, y éstos son los cuidados que él se ha comprometido á dar para la educación del hijo; sólo los alimentos, propiamente dichos, se consideran como una deuda real. No sabemos que haya una buena razón para esta distinción; de todos modos, la verdad es que ella resulta de los textos.

240. La tutela oficiosa produce también efectos, como tutela, durante la menor edad del pupilo. Supuesto que el tutor oficia contrae la obligación de educar á su pupilo, debe aquél tener naturalmente cuidado de su persona. ¿Cuál sería la extensión de sus poderes? El es tutor, luego tiene los poderes que da toda tutela. Los principios generales del código deben tener su aplicación, por el hecho sólo de no estar derogados. Si el pupilo estuviese en tutela, el artículo 365 dice formalmente que la administración de su persona y de sus bienes pasará al tutor oficioso. Si el pupilo tiene todavía padres, éstos conservarán la potestad paterna, porque ésta es de orden público, y no puede delegarse. Si uno de los padres hubiese fallecido, la tutela perte-

necería al tutor oficioso y la potestad paterna al cónyuge superviviente (1).

Acabamos de decir que la tutela del tutor oficioso se rige por los principios generales, en cuanto á sus derechos sobre la persona del pupilo. En lo que concierne á los bienes, la ley se limita á decir que el tutor es responsable (art. 370) y que no puede hacer figurar en cuenta los gastos de mantenimiento y de educación. ¿Deben aplicarse las otras reglas de la tutela? La afirmativa resulta del texto del art. 365. «Si el pupilo estuviese anteriormente en tutela, la administración de sus bienes así como la de su persona pasará al tutor oficioso.» ¿No equivale esto á decir que la tutela, tal como la ejercía el antiguo tutor, pasará al tutor oficioso? Había un subrogado tutor, un consejo de familia; la subrogada tutela continuará existiendo, y el consejo de familia intervendrá en los casos en que la ley exige su autorización. El antiguo tutor estaba sometido á la hipoteca legal; los bienes del tutor oficioso estarán también gravados con hipoteca. Creemos nosotros que habría lugar á la hipoteca legal, aun cuando el pupilo tuviese aun padres; el texto se aplica á todo tutor, luego también al tutor oficioso (art. 2121, y la ley hipotecaria belga art. 47). De la misma manera habría lugar á la subrogada tutela, supuesto que el tutor oficioso tiene en todo caso la administración de los bienes pupilares (2)

241. La tutela oficiosa concluye con la muerte del tutor. Hemos dicho cuál es, en este caso, la posición del pupilo y cuáles son las obligaciones de los herederos del tutor, si no hay adopción.

La tutela finaliza también con la mayor edad del pupilo. Si el tutor quiere adoptar á su pupilo, se siguen los prin-

1 Demolombe, t. 42, p. 188 y siguientes, núms. 233-234.

2 Compárese Marcadé, *Curso elemental*; t. 27, p. 129, art. 370 número 1.

cipios que rigen la adopción entre vivos (art. 368). Si el tutor no manifiesta la intención de adoptar á su pupilo, éste puede reclamar una indemnización, en el caso en que éste no se hallase en aptitud de procurarse la subsistencia. La ley parece subordinar este derecho á una condición: » Si, dice el art. 369, dentro de los tres meses que sigan á la mayoría del pupilo, hubiesen quedado sin efecto las diligencias intentadas hechas por aquél á su tutor oficioso, con el fin de adopción. » ¿Quiere esto decir que se tenga al pupilo como renunciante de la indemnización, si deja transcurrir tres meses sin requerir á su tutor? Esta es la opinión de Proudhon, y ella, aunque rigurosa, debe seguirse porque se apoya en el texto y en el espíritu de la ley. No se ve cuál sea la razón de que el legislador haya fijado este plazo de tres meses, si el pupilo podía siempre requerir; mientras que se comprende muy bien que una indemnización fundada en una incapacidad para trabajar se reclame inmediatamente; por esto Cambacères 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 el pupilo puede reclamar? El art. 369 dice que ella se resuelve en auxiliar á propósito para precurarle un oficio. Esta disposición es bastante extraña. Logicamente, habría sido necesario resolver que la educación que el tutor había comenzado se había proseguido. Si hasta los veintiun años el pupilo estudió el derecho ó la medicina, podrá decirsele cuando llegue á la mayor edad: ¿Vas á ser carpintero? El texto, no obstante, parece formal. Pero no podría decirse que el código supone que el tutor no ha dado ninguna educación á su pupilo, de modo que á su mayor edad *éste no se halle en aptitud de ganar la subsistencia?* En esta suposición, se com-

1 Véanse las diversas opiniones en Demolombe, que es del parecer de Proudhon, (t. 6º, p. 197, núm. 249).

prende que á un hijo que sea generalmente pobre se le den medios para aprender un oficio; pero si se ha empezado la educación, no estamos ya dentro de los términos de la ley: el espíritu del código á falta de texto pide, en este caso, que el pupilo pueda proseguir sus estudios.

¿Es debida siempre la indemnización? El art. 369 dice que el tutor oficioso *podrá* ser sentenciado á indemnizar al pupilo por la incapacidad en que éste se hallase de proveer á su subsistencia. Resulta de aquí que los tribunales pueden dejar de conceder la indemnización. Esto sería lo que ellos hiciesen si la incapacidad hubiera de imputarse al tutor. Ni es necesario decir que el pupilo no podrá reclamar la indemnización si por negarse á ello no tuvo lugar la adopción, porque la ley no le otorga el derecho de exigir indemnización sino cuando ha requerido inútilmente la adopción.

#### SECCION II.—De la tutela testamentaria.

242. El tutor oficioso puede, después de cinco años transcurridos desde la tutela, y previendo su fallecimiento antes de la mayoría del pupilo, conferir á este la adopción por acto testamentario (art. 363). Este es el objeto principal de la tutela oficiosa. Sin decirlo, se comprende que el tutor oficioso es el único que puede adoptar por testamento. Se ha sostenido que el reconocimiento de un hijo natural por el padre equivale á la tutela oficiosa, y que por consiguiente sería válida la adopción que hiciese el padre. Es ésta una de esas opiniones nuevas que tienden á rehacer el código civil. La corte de casación la ha rechazado por el perentorio motivo de que la adopción es un acto solemne, y un acto solemne no es válido sino cuando se hace conforme á las condiciones prescritas por la ley (1). ¿Necesítase de-

1 Sentencia de 23 de Junio de 1857 (Daloz, 1857, 1, 392).