

La tutela de los hijos adoptivos

BERNARDO MORENO QUESADA

Catedrático de la Escuela de Comercio
Profesor Adjunto de la Universidad de Granada

SUMARIO: I. *Influencia de la adopción sobre la patria potestad.* 1. Tutela y patria potestad. 2. La adopción como medio de adquirir la patria potestad. 3. Atribución de la patria potestad vacante al extinguirse la adopción. A) Situación anterior a la reforma de 24-IV-58. B) Régimen actual: a) En la adopción menos plena. b) Respecto a la adopción plena.—II. *Presupuestos de la tutela de los hijos adoptivos.* 1. Extinción de la patria potestad sobre el adoptado. A) Los diferentes casos de ineficacia de la adopción y la extinción de la potestad sobre el adoptado. B) Supuestos de extinción que requieren constituir la tutela. 2. Inexistencia de otro titular de la patria potestad. 3. Menor edad o incapacidad del adoptado.—III. *La tutela testamentaria de los hijos adoptivos.* 1. Nombramiento hecho por los padres adoptantes. A) La cuestión y sus soluciones antes de la reforma del Código. B) Influencia en la materia de la nueva regulación. C) Solución que se propugna: el fundamento de la facultad de nombrar tutor y la justificación de reconocerla al adoptante. 2. Nombramiento que hagan los padres por naturaleza.—IV. *La tutela legítima de los hijos adoptivos.* 1. El problema de la preferencia. 2. Los llamamientos en la adopción plena. 3. Personas llamadas en la adopción menos plena.—V. *La tutela dativa de los hijos adoptivos.*

I. INFLUENCIA DE LA ADOPCIÓN SOBRE LA PATRIA POTESTAD

1. Comoquiera que en nuestro Derecho la tutela es una institución de carácter subsidiario o supletorio de la patria potestad, establecida para los que no están sujetos a ella —cosa que pone de relieve el artículo 199 del Código civil, afirmando que “el objeto de la tutela es la guarda de la persona y bienes, o solamente de los bienes de los que, no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse a sí mismos”—, resulta indudable que el dilucidar todo cuanto se refiere a la patria potestad sobre los hijos adoptivos será premisa insoslayable en un tema, como el presente, que ha de ocuparse de la tutela de los mismos.

Porque, en efecto, con la tutela el legislador provee, como pone de relieve Royo Martínez (1), a la necesidad de organizar un sistema que

(1) *Derecho de familia*. Sevilla, 1949, pág. 323.

asegure—en la medida de lo debido—la guarda de la persona, la protección de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones de los menores e incapacitados necesitados de guarda y representación legal, pero no sometidos a la patria potestad, ya porque carezcan de progenitores conocidos, ya porque ambos hayan muerto o porque, aun existiendo, no puedan desempeñarla o haya dejado de tener efecto debido a la emancipación. Sánchez Román, por su parte, dice (2) que “intégrase el concepto legal de la tutela, según el Código, con las otras dos condiciones negativas que aquel texto señala a los tutelados, a saber: 1.º Que no estén bajo la patria potestad, por incompatibilidad entre ambas situaciones civiles, toda vez que la patria potestad es institución familiar y la tutela cuasi-familiar, y, por consiguiente, supletoria de aquélla e innecesaria cuando la primera existe...”

Y siendo esto así, para que pueda entrar en juego la institución tutelar respecto a un hijo adoptivo, es necesario que éste no sea objeto de patria potestad que, en principio, pueden ejercitar respecto de él, ya los padres adoptivos, ya los que lo sean por naturaleza. De aquí el que convenga examinar determinados aspectos referentes a la influencia de la adopción sobre la patria potestad de los afectados por ella.

2. Como hace notar Castán Vázquez en su estudio sobre la patria potestad (3), el acto de la adopción produce el nacimiento de un vínculo legal de paternidad y filiación entre adoptante y adoptado, existiendo, por consiguiente, una “filiación adoptiva” que, como las otras, deberá producir determinados efectos, uno de los cuales es precisamente la atribución al adoptante de la patria potestad sobre el adoptado. La conveniencia de que se produzca este efecto, perdiendo por consecuencia la patria potestad sobre el adoptado sus padres por naturaleza, ha sido discutida en base al argumento de que la transmisión de la patria potestad al adoptante es algo contrario a la naturaleza cuando el hijo tiene padre y madre (4), y con apoyo en el ejemplo de algunas legislaciones históricas (5).

Ahora bien: si en un examen superficial de la institución puede resultar violento la adquisición de la patria potestad por el adoptante, máxime configurándose tal poder como el medio más apto para cumplir deberes graves que son cúspide donde convergen ciertos derechos, aparte de la intervención, o posibilidad de ella, que tienen sus padres

(2) *Estudios de Derecho civil*, t. V, vol. II, Madrid, 1812, pág. 1315.

(3) *La patria potestad*, Madrid, 1961, pág. 140.

(4) Vid. como recoge este argumento BLETRÁN FUSTERO en *Repercusiones de la adopción sobre la patria potestad del padre natural. ¿Pierde éste la patria potestad cuando un hijo suyo es adoptado por la esposa?* En la *Rev. Der. Priv.*, 1952, pág. 395.

(5) Cfr. sobre esto, de todas formas, el trabajo de OTERO VARELA *La adopción en la Historia del Derecho español*, en “Dos estudios histórico-jurídicos”, Cuaderno del Instituto Giuridico Spagnolo a Roma, Roma-Madrid, 1955.

por naturaleza, o la de pedir judicialmente, en las condiciones del artículo 175, que se declare extinguida la adopción —pudiérase añadir—, y de quedar más robustecida, entre otras cosas por ser el medio de que el adoptante pueda cumplir los deberes que a los padres impone el artículo 155 del Código, si no se concediera, ¿a qué queda reducida la adopción sino a un simulacro? (6).

Con más razón ha de mantenerse la posición favorable a la atribución de la patria potestad al adoptante en los supuestos —precisamente los más numerosos y en los que se fija fundamentalmente el legislador— de que la adopción se haga de menores abandonados o expósitos, y ello porque, se ha dicho (7), “nadie en estos casos podría disputar la patria potestad al adoptante, que la necesita para poder cumplir los deberes de protección inherentes al estado que ha perseguido establecer”. Y la conveniencia de favorecer la adopción de aquellos niños sin familia —hoy generalmente estimulada por los legisladores que buscan fórmulas, como la legitimación adoptiva y otras figuras afines, que amplíen los efectos de las adopciones y aumenten su número— aconseja que se admita el ejercicio de la patria potestad por el padre adoptante.

Por todo ello, y de acuerdo con lo que sobre el particular disponen la mayor parte de las legislaciones —en las que constituye uno de los fines esenciales de la adopción en caso de menor edad del adoptado (8)—, en la reforma del Código civil, por obra de la Ley de 24 de abril de 1958, se incluye un primer párrafo en el nuevo artículo 174, según el cual “la adopción atribuye al adoptante la patria potestad respecto del adoptado menor de edad”, reiterando de una forma expresa lo que ya resultaba del párrafo 2.º del artículo 154, así como del 167, núm. 3, que no eran en aquella ocasión objeto de reforma (9).

3. Establecido que la patria potestad sobre el menor adoptado corresponde al adoptante, a los fines de considerar las circunstancias de la tutela de los mismos, y como quiera que, según decía antes, ésta constituye un instituto supletorio de la patria potestad, deberán estudiarse los supuestos de su extinción que son los que pueden dar entrada a la necesidad del organismo tutelar.

Dejando aparte los supuestos que son de sustitución de la patria potestad —y que en esta materia se produce cuando la adopción, sea plena o menos plena, la han realizado los cónyuges conjuntamente, al

(6) Cita BELIRÁN FUSTERO, en su relacionado trabajo, págs. 396 y ss.

(7) CASTÁN VÁZQUEZ, op. vit., pág. 144.

(8) ANCEL (y colaboradores), *L'adoption dans les législations modernes* (Essai de synthèse comparative suivi du relevé systématique des législations actuelles relatives a l'adoption). París, 1943, pág. 57.

(9) MAJADA, *La reforma del Código civil*, Barcelona, 1958, pág. 64, dice que “los reformadores, aun con la justificación que manifiestan en la Exposición de motivos, olvidan que ya se dice lo mismo por el artículo 154, párrafo 2.º”. Pero puede comprobarse en lo que allí se dice que no hay tal pretendido olvido, sino razones muy atendibles para establecerlo.

amparo de la autorización del artículo 73, núm. 4—, en los cuales pasará a la mujer en defecto del marido, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 154 del Código civil, y pudiendo hablarse, en los mismos términos y hasta el mismo punto que en la filiación legítima, de coparticipación en la patria potestad (10), conviene ver lo que sucede en orden a la guarda del menor cuando se extinga la patria potestad del adoptante.

Primordial cuestión en este orden de cosas es la de establecer si en defecto del adoptante, extinguida la patria potestad que con base en la adopción se venía ejerciendo por el mismo, pasará ésta a los padres por naturaleza del adoptado o si, no teniéndose a éstos en cuenta, deberá constituirse la tutela correspondiente.

A) Con anterioridad a la reforma de 1958, se presentaban dudas sobre la materia atendiendo a que, según lo dispuesto en el artículo 167, núm. 3, del Código civil, la patria potestad se acaba por la adopción del hijo, interpretando este acabamiento como definitivo para sus padres por naturaleza (11); no obstante ello, frente a tales dudas, declaró la Dirección General de los Registros, en Resolución de 6 de febrero de 1900, que la disposición del artículo 167 del Código civil, en virtud de la cual acaba la patria potestad por la adopción, es una consecuencia natural y necesaria del precepto consignado en el artículo 154 del mismo Código, según el cual los hijos adoptivos menores de edad están bajo la patria potestad del padre o madre que los adopte, ya que sin aquella disposición se hubiera sancionado la imposibilidad natural y jurídica de coexistir sobre un mismo sujeto individual dos derechos absolutos, de igual naturaleza, intensidad y extensión, constituidos a favor de dos personas distintas. Y por otra parte, y habiendo desaparecido por la muerte del adoptante la causa de semejante contradicción, parece que, según el pensamiento del legislador, debe reconocerse el derecho de potestad del padre o madre sobre sus hijos naturales y legítimos, conforme a la conocida regla de hermenéutica legal, tomada de la lógica, “sublata causa tollitur effectus”, de la cual el legislador ha hecho aplicación expresamente al prever en los artículos 72, 73, 168 y 172 del Código civil la recuperación de aquel derecho por haber desaparecido las circunstancias que en cada caso motivaron la pérdida del mismo. Confirman, además, esta interpretación las disposiciones del Código que organizan la tutela

(10) CASTÁN VÁZQUEZ, *La patria potestad* cit., pág. 153. En el mismo sentido se resolvía la cuestión antes de la reforma del Código para el supuesto de adopción conjunta; así PÉREZ GONZÁLEZ y CASTÁN TORRES en sus *Notas al Derecho de Familia*, de WOLFF, vol. 2.º, tomo IV del Tratado de Temmeccerus, Barcelona, 1946, pág. 175.

(11) Cfr. *Curso elemental de Derecho civil español común y foral*, con arreglo a las explicaciones del Dr. D. FELIPE CLEMENTE DE DIEGO, VII, Madrid, 1927, págs. 341 y s., donde dice que “en cuanto a los hijos adoptivos, la muerte del adoptante extingue la patria potestad; pero si los adoptantes fueron los dos cónyuges conjuntamente, muerto uno de ellos, la patria potestad se deriva en el otro”.

de los menores de edad, incluso el Consejo de familia, en todas las cuales se parte del hecho de que éstos carecen de padre y, en su defecto, de madre, naturales y legítimos, y que no han sido emancipados legalmente y ya que el Código no reconoce entre los modos de emancipación la muerte del padre adoptivo; por ello, debe reputarse que el padre legítimo del menor ha recobrado la patria potestad sobre éste a consecuencia del fallecimiento del padre adoptivo."

De acuerdo con el contenido de la doctrina de la Resolución que acaba de exponerse, resuelven el problema la generalidad de los autores (12). La base doctrinal de esta posición parece encontrarse en la compensación ofrecida a los padres naturales que se ven privados de la patria potestad mediante el reconocimiento en ellos de lo que se ha llamado una "potestad virtual", por virtud de la cual los padres del adoptado están respecto del adoptante en una situación similar a la que tiene la madre respecto del padre: pueden provocar la pérdida de la patria potestad del adoptante o impugnar sus abusos, exigir que cumpla sus obligaciones, etc. (13).

B) Veamos ahora cuál es el régimen vigente en la materia.

a) Como consecuencia de la posición expuesta, en la regulación específica que hace el Código después de su reforma de la adopción menos plena, se ha recogido expresamente este principio, y el artículo 180, en su párrafo 2.º, declara que "en defecto del adoptante, la patria potestad pasará a los padres por naturaleza"; es de observar que la amplitud de la expresión "en defecto del adoptante" lleva consigo el que la consecuencia del renacimiento de la patria potestad en sus padres por naturaleza se produzca cualquiera que sea la causa por la que deje de ejercitarla el adoptante, por el cual habrá que entender a uno y otro de los cónyuges cuando al amparo del artículo 173, número 4.º, adoptaran conjuntamente, pues ya hemos visto que la ejercerán sucediéndose en ella de acuerdo con el orden prevenido en el artículo 154, o bien el cónyuge que adoptara individualmente, ya que el consentimiento del otro, que exige el artículo 173, núm. 4, no le atribuirá coparticipación alguna en este derecho, permaneciendo en su calidad de cónyuge del adoptante, y extrañamente, por tanto, a la relación creada al adoptar, o ya finalmente cualquier otra persona a la que se haya permitido adoptar según el artículo 173.

b) Esto por lo que se refiere a la adopción menos plena; ¿qué

(12) Así SÁNCHEZ ROMÁN, op. cit., pág. 1318; PUIG PEÑA, *Las situaciones finales en la adopción*, en Rev. Der. Priv., 1948, pág. 1045; BELTRÁN FUSTERO, op. cit., pág. 398; PÍÑAR, *La adopción y sus problemas jurídicos*, en los A. A. M. N., VIII, Madrid 1954, pág. 177; ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, vol. IV, Madrid, 1956, pág. 275.

(13) Son la designación y argumentos de PLANIOL Y RIPERT, *Tratado práctico de Derecho civil francés*, trad. esp. I. Habana, s. a. (1927), pág. 330, que BELTRÁN FUSTERO califica de acertados, aunque quizá, dado lo que añade, más por el hecho de renacer la patria potestad que por los derechos que conserva mientras la ejerce el adoptante. La rechaza GAMBÓN, op. cit., en la nota siguiente, pág. 210.

sucedirá cuando la forma de adopción sea la plena? ¿Renacerá, en defecto del adoptante, la patria potestad sobre el adoptado en sus padres por naturaleza?

En el articulado del Código no se resuelve, de manera expresa y directa, la cuestión, por lo que serán convenientes unas consideraciones sobre el particular, que dejen suficientemente fundada la solución que haya de adoptarse.

Y el problema se plantea porque si bien únicamente pueden ser adoptados en forma plena los abandonados o expósitos que, siendo menores de catorce años, lleven más de tres en tal situación, o siendo mayores de catorce años fueron prohijados antes de esta edad por los adoptantes (art. 178, párrafo 2.º), esto no presupone que se desconozcan sus padres naturales, y, por consiguiente, que no quepa el llamarlos al ejercicio de la patria potestad.

En efecto, la adopción plena no se ha reservado para los huérfanos, y antes bien, tal cualidad por sí sola no es título bastante para ello, lo que quiere decir que la posible existencia de los progenitores en el momento de la adopción no constituye un obstáculo para la misma; se reserva esta forma para los que llama el Código abandonados o expósitos, con lo que se introduce, como dice la Exposición de motivos de la Ley de reforma, una terminología para la que se prevé en los primeros momentos los inconvenientes de la novedad, pero que se ha preferido a otros términos, como "acogimiento", "afiliación", "prohijamiento", que tienen su propio significado, y su empleo para la adopción podría resultar perturbador.

Entre nosotros, Gambón Alix (14) pone de relieve, con acierto, que deben reputarse abandonados aquéllos respecto de los cuales las personas a quienes incumbía el deber de su cuidado han dejado de prestárselo, sin que ello obste la convivencia de ambos en estas circunstancias (cfr. art. 487 del Código penal); lo que sí importa es que el abandono tenga cierta permanencia, la suficiente para que pueda reputarse definitivo. Los expósitos son aquellos menores que, si bien en un sentido amplio han sido abandonados, puesto que sus padres han dejado de atenderlos, sin embargo, en un sentido más restringido no lo son desde el momento en que fueron puestos bajo el cuidado de organismos oficiales o privados especialmente dedicados a este objeto; pero, de todas formas, cabe observar que si bien esto tendrá importancia a los efectos de estimar una posible manifestación expresa o tácita sobre la dejación de las funciones propias de la patria potestad, en cuanto al problema que aquí nos ocupa, lo interesante es que no se restringe esta forma de adopción a sólo los hijos de padres desconocidos; siendo, por otra parte, indiferente el conocimiento o no de sus progenitores en el momento de la adopción, porque cualquiera que sea esta circunstancia es con posterioridad, en el momento de faltar el

(14) *La adopción*, Barcelona, 1960, págs. 126 y s.

adoptante, cuando tendría ésta importancia y habría que atender al conocimiento o no de la existencia de los progenitores.

Y teniendo en cuenta esto, es de notar que el legislador español ha contado con el posible conocimiento de datos sobre la filiación del adoptado, precisamente de los abandonados o expósitos: así, cuando el párrafo 3.º del artículo 178 se refiere a que los apellidos del adoptante o adoptantes los ostentará como únicos el adoptado “aunque conste su filiación”; y cuando el 178 se refiere a que el Registro civil no publicará a partir de la adopción “dato alguno que revele su origen”, y cuando el 179, 2.º y 3.º párrafos, regula las relaciones entre el adoptado y sus “ascendientes o colaterales por naturaleza”. Es decir, que en los dos artículos que específicamente se dedican a la adopción plena, está prevista la posibilidad de que se conozca la filiación por naturaleza del adoptado.

Y dado el caso, posible, de que efectivamente se conozca, ¿deberán ser tenidos en cuenta los padres por naturaleza para que pase a ellos la patria potestad en defecto del adoptante? Desde luego, contra la que pareció ser la decidida voluntad del legislador sobre el asunto (cfr. la Exposición de motivos de la Ley), en el texto reformado del Código la solución negativa no deja de suscitar algunas dudas.

Porque, en efecto, si bien es verdad que según el párrafo 2.º del artículo 179, el adoptado está exento de deberes por razón de parentesco con sus ascendientes y colaterales por naturaleza, ello deberá ser interpretado “constante adoptione”, ya que dice “está” y no “queda” u otro término que denote situación definitiva. Por otra parte, abonarían la transitoriedad de la privación los mismos argumentos que llevaron a la Resolución antes referida de 6 de febrero de 1900, respecto a la imposibilidad de coexistencia sobre un mismo sujeto individual de dos derechos absolutos de igual naturaleza, intensidad y extensión, constituidos a favor de dos personas distintas, como es en este caso la patria potestad, que lleva al legislador a atribuirle a uno solo —el adoptante—, y que habiendo desaparecido la causa de tal incompatibilidad debe renacer el derecho en el padre o madre por naturaleza, y toda vez que la tutela se organiza a los menores que carecen de padre y madre, y no han sido emancipados legalmente, efecto que no produce la muerte del adoptante; estos argumentos, si viene a corregir la insuficiencia de la anterior regulación, insuficiencia antes de la reforma, y hoy se consagran expresamente por un artículo, el 180, dedicado a la menos plena que a aquélla sucedió, deben reconocerse aplicables a la forma plena. Y ello, toda vez que la misma viene a corregir la insuficiencia de la anterior regulación, insuficiencia que se mostraba más acusada, al decir de la Exposición de motivos, “ante la muy frecuente adopción de expósitos, donde al fallar los vínculos afectivos propios de la generación se acrecientan los derivados de la convivencia entre adoptante y adoptado, siempre expuestos al riesgo de ser rotos por la familia natural”, circunstancia que no se

daría en este caso, ya que la intervención de los parientes por naturaleza se produciría por defecto del adoptante; resultando igualmente de aplicación el considerar que “la posición del padre natural se refuerza si se producen ciertas eventualidades, como fallecimiento del adoptante o concurrir en él alguna de las causas a que hacen referencia los artículos 169, 170 y 171 del Código, dado que entonces recobra la patria potestad, pues no resultaría airoso el sostener que se nombrase tutor al adoptado teniendo padre” (15).

Pero ésta, como decía, no era la intención de los reformadores del Código que, en la Exposición de motivos de la ley respectiva, dicen que “al fallecer el o la adoptante, si el adoptado fuere menor de edad, la patria potestad se extingue”, dándose así paso a la tutela. Y si, a pesar de todo, esto encuentra apoyo en el texto del Código, como seguidamente vamos a ver, resultará, se ha puesto de relieve (16) que la situación en que se halla un hijo expósito o abandonado constituye una causa legal de pérdida de la patria potestad del padre por naturaleza, causa que actúa con independencia de su culpabilidad, ya que la inocencia sólo sirve para, mediando otras condiciones, poder recobrar la patria potestad, pero no para impedir de raíz la pérdida anterior, que ni será debida a incurrir en una causa típica —legalmente predeterminada— ni a ser reo del delito de abandono de familia (que exigiría la correspondiente sentencia de la jurisdicción criminal), ni debido a la ausencia, pues el regreso del eventual ausente destruiría los efectos “ex nunc” (art. 197).

A pesar de todo ello, y a la falta de un precepto que consagre expresamente la intención de los autores de la reforma de que “al fallecer el o la adoptante, si el adoptado fuere menor de edad la patria potestad se extingue”, no debiéndose producir, por consiguiente, un renacimiento automático de la patria potestad en los padres por naturaleza, diversas consideraciones abonan la conclusión de que esa postura termina por encontrarse reflejada en el articulado del Código.

Quizá el argumento principal en favor de ello es el de que si el paso de la patria potestad a los padres por naturaleza en defecto del adoptante, es una consecuencia específica de la adopción menos plena (por encontrarse en el artículo 180, dedicado exclusivamente a esta forma de adoptar), es porque no es aplicable a la adopción plena, pues para ello se hubiera requerido que tal disposición se repitiese en los artículos dedicados a regularla, o que se hubiere incluido en la Sección I del Capítulo, dedicada a las disposiciones generales para ambas clases de adopción.

Además, está lo preceptuado en el párrafo 3.º del artículo 179, según el cual los parientes por naturaleza no conservarán ningún derecho respecto al adoptado, y aunque pudiera suscitarse dudas la escueta calificación que con este término se hace de la patria potes-

(15) BELTRÁN FUSTERO, *op. cit.*, pág. 398.

(16) GAMBÓN ALIX, *op. cit.*, pág. 400, nota (b).

tad, la realidad es que "en el Derecho español puede afirmarse el aspecto de derecho subjetivo que, junto al de función, ofrece la patria potestad" (17). Tal precepto se ha visto además, por algún autor, como la norma que corrobora las indicaciones del preámbulo referentes a la patria potestad o tutela del adoptado plenamente, cuyos padres civiles mueren durante su minoridad (18).

Otro argumento importante a favor de que la extinción de la patria potestad, que se produce para los padres como consecuencia de la adopción plena de sus hijos, es definitiva y no cabe su remanimiento por falta del adoptante, es el contenido en el artículo 47, párrafo 2.º, reformado, del Código civil: en efecto, cuando se trata de establecer a quién corresponde otorgar la licencia para el matrimonio de los hijos adoptivos, señala al adoptante, y añade: "en su defecto, si la adopción es plena, se solicitará al Consejo de familia", lo que demuestra la no existencia de un titular de la patria potestad cuando falta el adoptante, ya que existiendo, con él hubiera sido incompatible la constitución de los organismos tutelares; y, además, la solución dada por este precepto tiene un decisivo valor de interpretación sobre este problema del paso de la patria potestad a sus padres por naturaleza, porque se demuestra en el mismo que ha sido no sólo tenido en cuenta, sino, además, contemplado como elemento determinante, pues así lo pone de manifiesto el resto del párrafo cuando establece que "si es menos plena, antes que a éste (el Consejo de familia) se pedirá (la licencia para el matrimonio) a las personas de la familia natural a quienes corresponda", toda vez que así lo hace posible el artículo 180, párrafo 2.º, cuando dispone que, en defecto del adoptante, la patria potestad pasará a los parientes por naturaleza (19).

Con esto creo que, a pesar de las dudas que pueden suscitarse por la falta de un precepto expreso que refleje en el texto del Código la intención del legislador de abrir automáticamente paso a la constitución de la tutela en defecto del adoptante, queda justificado con suficiencia que ésta es la solución correcta en el actual ordenamiento de la adopción en nuestro Derecho.

II. PRESUPUESTOS DE LA TUTELA DE LOS HIJOS ADOPTIVOS

Como ya tenía ocasión de recordar al comienzo de estas líneas, el organismo tutelar de nuestro Derecho es una institución que tiene ca-

(17) CASERÁN VÁZQUEZ, *La patria potestad* cit., pág. 36, con citas doctrinales sobre el tema de CIVI en *La filiazione*, Torino, 1951, pág. 284, y de BORDA, *Tratado de Derecho civil argentino (Familia)* II, Buenos Aires, 1955, pág. 152.

(18) GAMBÓN ALIX, op cit., pág. 400, aunque en la pág. 220, texto y nota (2), argumenta también a base del párrafo 2º del artículo 180.

(19) Este me parece que es el valor argumental del precepto, y no el pretender que en el mismo se encuentra dispuesto con carácter general la formación del organismo tutelar, como sostiene C. SÁNCHEZ-CAÑETE, *La adopción y figuras afines*, en Rev. Cr. Der. In., 1959, pág. 52.

rácter sustitutivo respecto de la patria potestad y, por consiguiente, sólo ha lugar a organizarse en defecto de ella, según resulta además expresamente de los términos del artículo 199 del Código civil. Y ello es así, aunque con carácter excepcional pueda coexistir con la patria potestad la administración de un extraño en el supuesto final del artículo 162, porque en este caso, como pusiera de relieve mi maestro el profesor Ossorio Morales (20), el administrador de estos bienes dejados al hijo, ni en sus funciones ni en su posición cabe pueda confundirse con las del padre o de la madre, toda vez que su actuación, como sucede en el caso previsto en el artículo 210, habrá de limitarse a los bienes procedentes de quien lo nombró, quedando, por tanto, excluido de su intervención cuanto se refiere a la guarda personal del menor y al resto de su patrimonio, y ajeno, en consecuencia, a lo que representan los principios informadores de la tutela.

De aquí que sea presupuesto de la tutela de los hijos adoptivos que no se encuentren sometidos a la patria potestad de persona alguna, y ello supondrá, por una parte que se haya extinguido la que nació a consecuencia de la adopción, y de otra que no exista otro posible titular al que haya de transferirse, así como que el adoptado sea menor y no esté emancipado legalmente. Examinémoslos por separado:

1. ¿Cuáles serán las causas que al producir la extinción de la patria potestad sobre el adoptado determinan la consecuente necesidad de constituir la tutela para el mismo?

En principio, puede pensarse que todas aquellas que traigan consigo la desaparición del vínculo adoptional, puesto que al producir esto como consecuencia más inmediata la extinción de la patria potestad que por virtud de la adopción corresponde al adoptante sobre el adoptado, si éste es menor, y siempre, por supuesto, que no exista otra persona en condiciones de asumir la patria potestad vacante, deberá proveerse al cuidado de su persona y bienes, mediante la constitución de los correspondientes organismos tutelares.

A) Para ver si esto es realmente así, procede examinar las distintas causas por las que desaparece la eficacia de la adopción. Dos autores se han ocupado específicamente del tema, dedicando al mismo un estudio detenido y proponiendo una sistemática de dichas causas, diferente una de otra por el modo de agruparlas y por las consecuencias prácticas que en la mayoría de los casos extraen de ellas.

Puig Peña, en un trabajo dedicado a estudiar "las situaciones finales de la adopción" (21), examina las causas determinantes de la extinción partiendo de la consideración de que siendo tres las bases fundamentales de la adopción, ésta desaparecerá al afectarse fundamentalmente alguna de ellas, por lo que procede estudiar la doctrina

(20) *La pluralidad de tutores*. (Contribución a la reforma del régimen tutelar español, en el Boletín de la Universidad de Granada, año X, núm. 49, Granada, 1938, pág. 27 de la separata.

(21) En la Rev. Der. priv. 1948, págs. 1045 y ss.

de la nulidad del negocio jurídico adoptacional, las causas finales de la patria potestad y la revocación del lazo adoptivo.

Aplicando al instituto de la adopción la doctrina de la nulidad del negocio jurídico, estudia las nulidades absolutas por falta de los elementos esenciales del negocio, como son consentimiento de alguno de los partícipes, objeto (entendido como patria potestad del adoptante), causa (teniendo en cuenta que se trata de un negocio de liberalidad), así como los motivos que impulsan a realizarlo; falta de las formalidades mandadas observar tanto en la fase judicial como en la notarial, y, finalmente, los supuestos de adopciones realizadas en contra de las prohibiciones legales que se contienen, hoy, en el artículo 173.

En un segundo grupo estudia la destrucción o desvalorización del lazo adoptivo a virtud de la extinción de la patria potestad del adoptante, considerando que la adopción tiene como principal cometido el transferimiento de la patria potestad del padre adoptante, por lo que, si bien la extinción de la patria potestad puede, en algún momento, dejar subsistente la relación paterno-filial adoptiva, sin embargo, por punto general, se determinará la destrucción de ésta dada la constancialidad de la misma con aquella institución. Estudia los casos de extinción sin culpabilidad (muerte del padre o hijo, y emancipación de éste), y los que se producen por culpa del padre, distinguiendo que lo sea por modo extrajudicial (el de la madre que pasa a segundas nupcias, en el antiguo art. 168 del Código) o judicial, y, dentro de esto, si se produce en un Tribunal de lo criminal (en delitos contra la honestidad, contra la familia y otros en los que propugna su utilización, así como los casos en que una congena lleve aparejada la interdicción civil) o en un Tribunal de lo civil (en las hipótesis de dureza excesiva del trato u órdenes, consejos o ejemplos corruptores, del art. 171, y en las de divorcio).

Y, finalmente, en tercer lugar, bajo el epígrafe impugnación de la adopción, estudia los casos de la realizada por el adoptado (ya la verifiquen sus representantes, ya él mismo al llegar a la mayoría de edad o recuperar la capacidad) y la realizada por el adoptante.

También Gambón Alix, en su extenso libro sobre la adopción (22), dedica un gran espacio a estudiar la "ineficacia de la relación adoptacional", noción en la que integra todos aquellos conceptos que implican "ex tunc" o "ex nunc" la cesación de los efectos jurídicos que caracterizan a la institución adoptiva, refiriendo a ellas las ideas de inexistencia, nulidad de pleno derecho, anulabilidad, rescisión, resolución y revocación, de todas las cuales analiza las peculiaridades, condiciones y consecuencias que surgen de este enfoque especial, y haciendo además un apartado final, en el que examina cuantos acontecimientos pueden provocar la cesación de la adopción como consecuencia de haber afectado al poder paterno o a cualquiera de las notas esenciales de la institución.

(22) *La adopción* cit., págs. 301 a 427.

Dentro de lo que llama ineficacia radical, comprende la inexistencia y la nulidad. Como supuestos de inexistencia examina los provocados por defecto de consentimiento (simulación absoluta o falta de consentimiento en el expediente exigido por el artículo 176 o en la escritura a que alude el artículo siguiente), de objeto (como Puig Peña, cree que debe considerarse así a la patria potestad), ausencia o ilicitud de la causa (que será aquí la mera liberalidad del bienhechor) y el defecto de forma esencial (falta del expediente previo, de su aprobación por el Juez o de la escritura subsiguiente). Como casos de nulidad radical examina, comunes a ambas formas de adopción, las provocadas por infracción de los requisitos y prohibiciones del artículo 173, y específicas de la plena, las contenidas en el 178, añadiendo el de las que puedan realizarse conteniendo pactos y condiciones contrarios a la esencia de la adopción, así como la que considera prohibición tácita, por razón de parentesco entre adoptante y adoptado.

Como casos de ineficacia voluntaria examina: los de anulabilidad, debidos a vicios del consentimiento o defectos en la capacidad (incluyendo en este caso la falta de consentimiento del cónyuge del adoptante y del adoptado, que exigen, respectivamente, los artículos 173 y 176 del Código); los de rescisión, que limita al caso de la que pueden pedir el padre o madre que durante la minoría o incapacidad del adoptado, si era abandonado o expósito, acrediten su no culpabilidad respecto a tal situación y buena conducta desde entonces, y que regula en el apartado 1.º del artículo 175; los de revocación, que podrían ser por libre voluntad de los sujetos (y en ella el mutuo acuerdo, que defiende pese a reconocer no procede en nuestro Derecho vigente), por voluntad unilateral del adoptado (que no cree admitida en el Derecho español) y por voluntad condicionada, que es como califica al supuesto contenido en el apartado 2.º del artículo 175, que autoriza al adoptado, en los cuatro años siguientes a su mayoría de edad o capacidad, a pedir que se declare extinguida la adopción siempre que se funde en alguna de las causas que den lugar a la desheredación de los ascendientes; y los de resolución, que son los que puede instar el Fiscal (apartado 1.º, art. 175) cuando lleguen a su conocimiento motivos graves que afecten al cuidado del adoptado, y la que puede solicitar éste, una vez plenamente capaz, si el adoptante le ha negado alimentos sin motivo legítimo (art. 175, 2.º, en relación con el 854, causa segunda).

Por último, y como causas de lo que llama ineficacia forzosa de la adopción, expone las que producen la cesación de sus efectos porque desde un punto de vista jurídico-conceptual se ha hecho imposible su mantenimiento; dice que son supuestos de cesación de la relación adoptiva que comportan modos de extinción de la misma, que tienen su fundamento en la aparición de un hecho cuya consecuencia es la imposibilidad jurídica de que la adopción pueda subsistir; puede deberse a un hecho físico, entre los que examina la muerte (tanto del

adoptante como del adoptado), la ausencia y el abandono que del domicilio del adoptante haga el hijo adoptado (que no produce la extinción), o jurídicas, examinando en este apartado la extinción, pérdida o cesación del poder paterno (que no tiene por causa extintiva de la adopción), la celebración de matrimonio entre adoptante y adoptado de distinto sexo (que no cabe, pero sí entre aquél y los descendientes de éste, según afirma), el reconocimiento o legitimación del hijo adoptivo (que si es realizado por un tercero no afectará a la adopción, y si es por el adoptante la extinguirá), la superveniencia o supervivencia de hijos (extintora ésta, pero no aquélla, a su entender, de la relación adoptiva) y el de nulidad del matrimonio celebrado entre los adoptantes (que hará cesar la adopción en el caso de que fuera de las preceptivamente conjuntas).

En estos cuadros que, esquemáticamente, acaban de exponerse, podemos considerar que se encuentran comprendidas las diversas causas que teóricamente pueden presentarse y son aptas para producir la ineficacia de la relación adoptiva, y con ella de la patria potestad, que constituye presupuesto, como ya se dijo, para que pueda y deba pensarse en la constitución de la tutela.

B) Ahora bien, conviene aclarar que si en todo caso es preciso que desaparezca la patria potestad sobre el adoptado (efecto principal de la extinción estudiada) para que procega la tutela, no siempre, sin embargo, la desaparición del poder paterno atribuido por la adopción es causa de que se constituya aquélla: pueden, en efecto, presentarse casos en los que, producida la nulidad de una adopción, el menor vuelva a la potestad de las personas que la ejercían con anterioridad, no procediendo, por consiguiente, establecer la tutela; y otros, en los que por virtud de esa misma carencia de efectos de la pretendida adopción, aun debiéndose constituir el organismo tutelar por no existir personas a quienes corresponda el poder paterno, la tutela, sin embargo, se deferirá según las normas comunes y no de acuerdo con las específicas que estudiamos como de aplicación para los hijos adoptivos, toda vez que no habría posibilidad de atribuirles esta consideración por no haber existido una adopción válida. De aquí la conveniencia de examinar los diferentes supuestos en que desaparece la adopción, para hacer posible una enumeración de los casos en que verdaderamente corresponde organizar la tutela propia de los hijos adoptivos.

En primer lugar, puede afirmarse que en los casos incluidos por Puig Peña en el primer grupo, que se corresponden con los que Gambón reúne bajo el epígrafe de ineficacia radical y que son los de inexistencia y nulidad del negocio jurídico adoptivo, como quiera que la ineficacia se produce por causas que inciden sobre el mismo negocio constitutivo, produciendo, aun sin necesidad de declaración de los órganos jurisdiccionales, y con efectos "ex tunc", una total falta de consecuencias en orden a la constitución del correspondiente "status", tendremos que los elementos personales de este ne-

gocio, que no ha llegado a ser eficaz, se encontrarán en la situación que estuvieran con antelación a él, por lo que si el que iba a ser adoptado se encontraba bajo la potestad de sus padres por naturaleza, en ella continuará, y si estaba sometido a tutela, en cualquiera de sus clases, seguirá en esta misma situación.

También puede darse el caso de que el titular de la patria potestad, o el que ejercía la tutela del que ineficazmente se pretendió adoptar, falten en el momento en que resulte la inexistencia o nulidad del negocio, y no sea posible reintegrarlos en la posición de que legalmente no han salido, por lo que procederá nombrarle tutela; en este caso, ¿con arreglo a qué normas se harán los nombramientos? No pueden caber dudas de que no serán las propias de los hijos adoptivos, porque no han llegado a tener esta consideración, por más que una apariencia sobre el particular debiera respetarse interinamente; de aquí que deba considerarse ineficaz a todos los efectos, y concretamente a este sobre delación de la tutela, por lo que regirán las disposiciones comunes en la materia.

Otro tanto puede afirmarse respecto de los supuestos en que se extinga por el ejercicio de la acción que nace del vicio en el consentimiento o defecto de capacidad, puesto que si bien estos supuestos de anulabilidad son diferentes efectivamente de los anteriores, en cambio, por lo que se refiere a sus consecuencias respecto al punto que aquí nos interesa, una vez declarada la nulidad del negocio, son plenamente equiparables.

En cuanto al que califica de rescisión, supuesto recogido en el artículo 175, apartado 1.º, como quiera que la acción encaminada a lograr que se extinga la adopción es ejercitada por el padre o madre legítimos o naturales durante la minoría o incapacidad del adoptado, es evidente que no puede hablarse de atribuir tutela a cualquier otra persona, ya que el hijo pasará automáticamente a la potestad del que haga la impugnación, puesto que en caso de que no se le considerara merecedor de ello se denegaría su petición, toda vez que a ella se accede no como sanción infligida al adoptante, sino en consideración a circunstancias del que la formula.

Con referencia al caso del artículo 175, apartado 2.º —supuesto de revocación, en el sistema de Gambón Alix—, como resulta que la petición de que se declare extinguida la adopción ha de realizarla el mismo adoptado una vez alcanzada la mayoría de edad o desaparecida la incapacidad, es claro que de prosperar la misma, la consecuente extinción de la relación adoptiva no provocaría oportunidad de constituir tutela de clase alguna.

Por último, y dentro de estos supuestos de ineficacia voluntaria, en el caso de resolución del vínculo adoptional a instancia del adoptado, provocada por la causa 2.ª del artículo 854 en relación con el artículo 175, 2.º, estamos en el mismo supuesto del anterior, pues al extinguirse la adopción por esta causa, quedaría el adoptado mayor

de edad y con plena capacidad, lo que excluye todo posible establecimiento de organismo tutelar.

Diferente es el caso, también considerado de resolución, en que, de acuerdo con el inciso final del apartado 1.º del artículo 175, pida el Ministerio fiscal, y así se resuelva judicialmente, que se declare extinguida la adopción del menor o incapacitado cuando lleguen a su conocimiento motivos graves que afecten al cuidado del adoptado; y es distinto este caso porque, como consecuencia de la extinción de la adopción, un hijo adoptivo —y puede hablarse de él porque hasta ese momento lo ha sido, ya que existía una relación adoptiva plenamente eficaz— sobre el que no se ejerce patria potestad necesita se le constituya el organismo tutelar, lo que habrá de hacerse de acuerdo con las normas que rijan este supuesto específico, que son las estudiadas aquí.

Entre las causas que Gambón Alix llama de cesación de la adopción, el reconocimiento o legitimación del hijo adoptivo no produce en ningún caso el efecto de abrir la tutela, pues si se hace por un tercero, no afectará a la adopción (art. 175, párrafo último), y si lo es por el propio adoptante y se extingue aquélla, como sostiene este autor (23), ello es porque pasa del sometimiento como adoptado al que se produce como hijo de sangre, con lo que sigue sometido a la potestad del mismo que antes, aunque sea por diferente causa, sin que quepa, por ello, el establecimiento de la tutela.

En cuanto a la supervivencia de hijos, se muestra partidario Gambón de considerarla causa de cesación, y entre los efectos que produce dice que si el adoptante es menor renacerá la patria potestad en el padre o madre por naturaleza (indudablemente debe referirse a la adopción menos plena), y de no vivir “se constituirá la tutela o reconstituirá si ya estuvo erigida al tiempo de la adopción”: según su tesis de que cesa la adopción creada porque “infringe objetivamente el Derecho positivo y lleva en sí misma una razón de ineficacia”, no habría llegado a ser hijo adoptivo y procedería la reconstitución de la tutela anterior o el constituir la de nuevo por las reglas comunes; pero esto contradice su afirmación de que son los efectos semejantes a los de la cesación por muerte del adoptante, en que hay una adopción válida y eficaz; y es que para ser consecuente con la justificación que aduce, aunque sea para lograr un resultado que no le es grato según manifiesta, tendría que haber trasladado el supuesto al grupo de la nulidad radical por contravenir la prohibición contenida en el artículo 173, número 2.º; y en razón de ello, la tutela, caso de ser preciso constituir la “ex novo”, lo será de acuerdo con las normas comunes, y no con las específicas para la de los hijos adoptivos.

En cuanto a la nulidad del matrimonio celebrado entre los adoptantes, ha de estarse de acuerdo en que se extingue la adopción cuando ésta es conjunta preceptiva, y entonces como la ineficacia es con-

(23) Op. cit., págs. 417 y ss.

secuencia de haberse infringido una prohibición legal, hay un vicio determinante de la nulidad de pleno derecho de la adopción, con lo que, caso de nombrarse tutela, para nada será tenida en cuenta la relación adoptiva nula.

Finalmente, quedan por considerar los supuestos en que se produce directamente una verdadera extinción de la patria potestad. A los efectos que aquí se persiguen, y aparte registrar la coincidencia sobre el hecho de que la muerte del adoptante extingue la patria potestad provocando la necesidad, en su caso, de constituir la tutela, no nos interesa entrar en la discrepancia que separa a los dos autores a que me vengo refiriendo acerca de si la pérdida de la patria potestad cuando se imponga como pena por sentencia firme en causa criminal, y cuando así se declare en pleito de separación matrimonial, es causa de revocación (que exige solicitarla en base a ella), como pretende Gambón Alix (24), o de cesación de la adopción, dada su consustancialidad con ella, como defiende Puig Peña (25), toda vez que en un hecho hay que estar conformes, y es precisamente el que interesa a nuestros fines: que al producirse estas situaciones extinguiéndose la patria potestad, resultará necesario, en su caso, proceder a la constitución de la tutela del que hasta entonces estuvo adoptado; esto encuentra confirmación en el artículo 173, número 2.º, donde al tratar de los efectos de la ejecutoria de separación, ante el caso de que ambos cónyuges fueren culpables, como quiera que pierden la patria potestad, “el Juez discrecionalmente podrá proveer de tutor a los hijos, conforme a las disposiciones de este Código”; lo reitera en el mismo número y artículo, al mandar que a la muerte del cónyuge inocente, si no fuere posible que el culpable recobre la patria potestad sobre los hijos, “se les proveerá de tutor”.

Resumiendo, podemos decir que los supuestos en que la extinción de la patria potestad en la adopción, sin que exista otra persona a quien deba atribuírsele, determina la constitución de la tutela de los hijos adoptivos, son los siguientes:

Muerte del adoptante, de acuerdo con el artículo 167, número 1.

Declaración judicial de extinción de la tutela a solicitud del Ministerio Fiscal, en el caso prevenido por el apartado 1.º, parte final, del artículo 175.

Privación de la patria potestad cuando por sentencia firme en causa criminal se imponga como pena (art. 169, núm. 1.º, del Código civil), que serán:

(24) En las págs. 410 y ss. de su citada obra. También LÓPEZ ALARCÓN, *La adopción y el Registro civil*, en la Revista “Pretor”, 1956, n. 41-2, páginas 5 y ss., niega que la extinción de la patria potestad suponga la de la adopción, en base de estimar que si bien es verdad que la transmisión de la patria potestad es efecto principalísimo de la adopción, no es el único, y de aquí que la desaparición de lo que es sólo una facultad no siempre ha de llevar consigo la de toda la institución.

(25) *Las situaciones finales de la adopción cit.*, pág. 1051.

1) A la persona bajo cuya potestad legal estuviera un menor y que con noticia de la prostitución o corrupción de éste, por su permanencia o asistencia frecuente a casas o lugares de vicio, no lo recoja y ponga en su guarda o a disposición de la autoridad (art. 452 bis. e), primer párr., del Código penal).

2) Al que dejare de cumplir, pudiendo hacerlo, los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, la tutela o el matrimonio, abandonando maliciosamente el domicilio familiar o por causa de su conducta desordenada, siendo potestativo del Tribunal acordar la privación de la patria potestad (art. 487 del Código penal).

3) A los autores de delitos consignados en leyes como la de 26 de julio de 1878, dictada para combatir la explotación de la infancia abandonada, ya que la condena por hechos previstos en ella (ejercicios y profesiones peligrosas para los menores, entrega para la explotación en mendicidad o vagancia, etc.) llevará consigo la privación (temporal o perpetua) de los derechos de patria potestad, a juicio del Tribunal sentenciador (26).

4) Por delito al que se imponga pena que lleve aneja la accesoria fundamental de interdicción civil, que privará al penado, mientras la estuviere sufriendo, de los derechos de patria potestad (art. 43 Código penal). Y esto porque si bien se nombrará al interdicto un tutor, y éste vendrá obligado, además, a cuidar de la persona y bienes de los menores o incapacitados que se hallaren bajo la autoridad de aquél, ello será sólo, como dice el artículo 229 del Código civil, hasta que se les provea de otro tutor, que en el caso que nos ocupa habrá de hacerse, y con arreglo a las normas propias del nombramiento cuando se trata de hijos adoptivos.

Por sentencia dictada en Tribunales civiles:

1) Privación de la patria potestad cuando por sentencia firme en pleito de separación legal así se declare, mientras duren los efectos de la misma (art. 169, núm. 2.º, del Código civil), con los efectos prevenidos en el artículo 73, número 2.º, a que antes se hacía referencia.

2) Privación en las hipótesis del artículo 171 del Código civil, cuando los padres tratasen a sus hijos con dureza excesiva, o si les dieran órdenes, consejos o ejemplos corruptores, y el Tribunal (tutelar de menores, según D. de 11 junio 1948) haga uso de la facultad —potestativa y discrecional, según reiteradamente ha declarado el Tribunal Supremo en Sentencias de 24 de junio de 1931 y 14 de octubre de 1934, entre otras muchas— de acordar la privación en lugar de la suspensión del poder paterno.

2. Ahora bien; decía anteriormente que para la constitución de la tutela de los hijos adoptivos, no sólo es preciso que desaparezca la patria potestad que por virtud de la adopción se ha atribuido al adoptante, sino además que la patria potestad sobre el adoptado no se

(26) PUIG PEÑA, op. cit. y loc.

transfiera a cualquier otro titular, bien recuperándola si se trata de sus padres por naturaleza, bien adquiriéndola "ex novo", si es cualquier otra persona con derecho a ello.

Tal es la razón por la que más arriba rechazábamos como supuestos aptos para dar entrada a la tutela del hijo adoptivo, todos aquellos que provocando la nulidad del negocio adopcional mismo, impedían que éste produjera efectos con lo que el pretendido hijo adoptivo tendría que continuar en su situación de origen, sometido a la potestad primitiva; y de ser ello imposible, así como la correspondiente sustitución, debiéndosele por ende constituir en tutela, ésta no sería la de un hijo adoptivo, puesto que la adopción no llegó a tener virtualidad, sino la regulada por las normas generales.

Procederá, pues, la tutela sólo en los casos en que, cesando en su ejercicio el titular de la patria potestad, falte otra persona a la que corresponda desempeñarla; en cambio, no procederá en los supuestos de sustitución de la patria potestad, como consecuencia de la muerte o declaración de fallecimiento, ausencia, incapacidad e interdicción civil del padre, así como en caso de hallarse impedido de hecho, en todos los cuales, viviendo la madre, a ella pasa la patria potestad.

Igual debe decirse en el caso específico de sustitución en la potestad del hijo adoptivo, tanto en el caso de adopción conjunta (artículo 173, 3.º) como en el de que uno de los cónyuges adopte, en forma menos plena, al hijo legítimo, legitimado o natural reconocido del otro consorte (art. 180, párrafo 1.º) ya que entonces la patria potestad se atribuye a ambos por el orden establecido en el artículo 154.

En cambio, y a pesar de que respecto a la no procedencia de la tutela del adoptado produzca sus mismos efectos, no podrá considerarse como un caso de sustitución en la patria potestad el paso de la misma, en la adopción menos plena, a los padres por naturaleza cuando por alguna de las circunstancias relacionadas o cualquiera otra que pueda producir tal efecto, haya de cesar el poder paterno que el artículo 174, párrafo 1.º, atribuye al adoptante. Y es importante la diferencia entre una simple transmisión de la patria potestad de un cónyuge a otro -que en definitiva han venido siendo copartícipes en la función que ella representa-- y la extinción de la potestad paterna en una persona y su nacimiento sucesivo en otra distinta, porque sus consecuencias son diversas, ya que en este último caso ambos ejercicios son independientes entre sí, del mismo modo que lo son las results de uno y otro.

Serán, por consiguiente, los supuestos en que extinguiéndose la patria potestad del adoptante que de forma válida y eficaz la haya venido ostentando, y no habiendo otra persona a quien corresponda su atribución, los que determinarán la necesidad de constituir el organismo tutelar que corresponda.

3. Por último, será presupuesto necesario para que proceda la tutela del hijo adoptivo, que al tiempo de extinguirse la potestad ejer-

cida por su padre adoptante se encuentre él en la menor edad y no emancipado legalmente, o en estado de incapacidad; y es que, se considere preeminente la función cuasi-familiar de la tutela, o su finalidad de complemento de los estados de incapacidad que por diversas circunstancias pueden presentarse en la vida del Derecho, que les impide participar por sí mismos y libremente en la realización de los actos jurídicos que les afectan, lo cierto es que la tutela, como dice el artículo 199 del Código civil, tiene por objeto la guarda de la persona y bienes, o solamente de los bienes, de los que, no estando bajo la patria potestad, son incapaces de gobernarse por sí mismos.

En cuanto a quiénes son los que no pueden gobernarse por sí mismos, y como complemento del artículo 32 que enumera los que tienen restringida su capacidad de obrar, determina el artículo 200 las personas que están sujetas a tutela, que son los menores de edad no emancipados legalmente, los locos o dementes y los sordomudos que no sepan leer y escribir, los declarados pródigos y los que estuviesen sufriendo la pena de interdicción civil, cuyos casos no presentan especialidad por concurrir en hijos adoptivos, como presupuesto para la constitución de la tutela.

Los menores de edad, no está de más insistir en ello, sólo deberán constituirse en tutela cuando no se hallen bajo la patria potestad, de forma que si lo están y el padre o madre (y hay que entender entre ellos a los adoptivos) tuvieren un interés opuesto al suyo, si no se encuentran emancipados, se les nombrará un defensor que los represente en juicio y fuera de él, como dispone el artículo 165. Y además, sólo en el caso de que no estén emancipados legalmente, ya que en otro caso se produce una situación especial que, por una parte, determina la extinción de la patria potestad (art. 167, 2.º), y por otra, pese a la terminología del Código, no da lugar a una verdadera tutela, sino a un procedimiento destinado a suplir la falta de capacidad para determinados actos (27), lo que igualmente es de aplicación a los hijos adoptivos.

Por otra parte, es de tener en cuenta sobre este punto que, como puso de relieve la Resolución de 6 de febrero de 1900, "el Código no reconoce entre los modos de emancipación la muerte del padre adoptivo", por lo que producido este evento y descartado el supuesto de ejercicio de la patria potestad por otra persona, deberá serle constituida la tutela, y precisamente la llamada plena, que se distingue por sus caracteres de permanente y orgánica, y que puede referirse, según el artículo 204, por testamento, por la ley o por el Consejo de familia, dando lugar, según los casos, a las tutelas testamentaria, legítima o dativa, que en su relación a los hijos adoptivos iremos examinando por separado.

Sólo especialidades derivadas de su particular situación como miem-

(27) Cfr. mi estudio sobre *Los supuestos de administración legal en el Código civil español* en el Libro-Homenaje a Ignacio Serrano, Valladolid, 1965.

bro, en la adopción menos plena, de dos familias distintas representa la tutela de los adoptados que siendo mayores de edad estén incapacitados, y esto debido a que el ligamen de filiación civil que crea la adopción no se interrumpe porque el adoptante pierda la patria potestad sobre el adoptado a consecuencia de su emancipación, sino que permanecen vinculados a semejanza de lo que sucede entre los padres e hijos que lo son por la sangre. Por ello, cuando se presente el caso de incapacidad de un adoptado mayor, se observarán, como veremos seguidamente, las reglas estatutivas para los demás casos, en cuanto la singularidad del supuesto no exija, en un aspecto concreto de la regulación, tener en cuenta la naturaleza especial del vínculo creado por la adopción.

III. LA TUTELA TESTAMENTARIA DE LOS HIJOS ADOTIVOS

1. A la vista de lo dispuesto por el Código civil, en su artículo 206, sobre que los padres puedan nombrar tutor y protutor para sus hijos menores y para los mayores incapacitados, y de que en la enumeración que hace de los mismos —legítimos, naturales reconocidos, o alguno de los ilegítimos a quienes según el artículo 131 están obligados a alimentar— no se han incluido los adoptivos, se ha venido discutiendo en la doctrina acerca de si esta facultad de nombrarles tutor correspondería al adoptante o a los padres por naturaleza.

Y no resulta ocioso ocuparse del problema en la situación actual, y en los términos en que venía planteado, toda vez que el examen de las distintas posiciones mantenidas al respecto nos proporcionará datos de mucho interés para determinar cuál sea la regulación vigente en la materia que, pese a la reforma sufrida por el articulado del Código que de ella se ocupa, no ha quedado claramente establecida, como lo prueba el hecho de que algún autor tan caracterizado como el profesor Castán sigue manteniendo posiciones contrarias a las que, según anuncia la Exposición de motivos de la Ley de Reforma del Código, se pretendía plasmar en el nuevo texto.

A) En efecto, desde los primeros tiempos de la publicación del Código, la consideración de que en el artículo 206 del Código civil no se incluye al adoptante como persona que puede nombrar tutor o protutor al hijo adoptivo, sin embargo de tener sobre él —según el artículo 154— la patria potestad, es una de las que llevan, junto con el reconocimiento de esa facultad al padre de hijos ilegítimos y de mayores incapacitados, y al que deje a los menores o incapacitados herencia o legado de importancia, a la conclusión a que se llega por la generación de los autores de que, a diferencia de cuanto sucedía en el Derecho histórico, la patria potestad no es en el Código la determinante

de la posibilidad de nombrar tutor testamentariamente: tal es la argumentación al respecto de Sánchez Román (28). En el mismo sentido, y con referencia a la vinculación de esta facultad de nombramiento de tutor con la patria potestad, dice Valverde (29) que "hay quien tiene la patria potestad, como sucede al padre adoptante, y no puede nombrarle"; y Casso (30), "que la tutela testamentaria constituía en el Derecho antiguo una prerrogativa de la patria potestad, pero en el Código ha perdido este carácter, puesto que hay casos en que el padre o la madre no pueden nombrar tutor, como ocurre con el padre adoptante"; y Clemente de Diego, para el que "hoy en España la tutela testamentaria no se funda en la patria potestad, pues quien la tiene como adoptante (art. 154) no puede nombrar tutor (arts. 206 y 207" (31); y De Buen (32), cuando afirma que este nombramiento "ha dejado de ser una prerrogativa de los padres—no se les reconoce a los adoptivos—que la ejercen". Por su parte sostiene Castán (33) que "en el Código civil hay quienes ejercitan la patria potestad y no pueden nombrar tutor (tal sucede, según opinión probable, a los padres adoptantes)", afirmación que ha reiterado después de la reforma de la materia en el Código civil (34), y que también había mantenido, con Pérez González, en sus notas al "Derecho de familia" de Kipp y Wolff (35), considerando que "no concede el Código civil facultad expresa al padre adoptante para nombrar tutor por testamento al hijo adoptivo y, ante este silencio, opinamos que sólo gozará de esa facultad en los términos limitados que un extraño cualquiera, instituyendo heredero al menor o dejándole manda de importancia", lo que quiere decir que no le reconocen esa facultad como tal padre adoptante.

Frente a ellos, algún autor ha defendido la atribución al adoptante de la facultad de nombrar tutor a los hijos adoptivos: así Mauresa (36) considera que por estarle atribuida la patria potestad en el artículo 154, "el padre adoptante podrá también nombrar tutor al hijo adoptivo que carezca de padres naturales", condicionándolo a esta circunstancia quizá porque sostiene con anterioridad (37) que "si muere el adoptante, recobrarán los padres naturales la patria potestad".

(29) *Tratado de Derecho civil español* IV, 3.^a ed. Valladolid, 1926, pág. 604.

(30) *Derecho civil español* (Notarías) I, Madrid, 1926, pág. 202.

(31) *Curso elemental de derecho civil* cit., IV, pág. 416.

(32) *Derecho civil común*, II, 3.^a ed. Madrid, 1936, pág. 382.

(33) *Derecho civil español, común y foral*, IV, t. ed. Madrid, 1944, pág. 86.

(34) En el t. V, vol. 2.^o, 7.^a ed. de su obra, en la que colabora J. María Castán Vázquez, Madrid, 1958, pág. 269.

(35) T. IV, vol. 2.^o del Tratado con Emeccerus, Barcelona, 1946, pág. 289.

(36) *Comentarios al Código civil español*, II, 6.^a ed., revisado por BORER RAMÓN, Madrid, 1944, pág. 282. Algún autor (OYUELOS, *Digesto. Principio de doctrina y jurisprudencia referentes al Código civil español*, I, pág. 302, párrafo 10) ha estimado que el padre adoptante puede nombrar tutor, gozando en todo caso de preferencia para el ejercicio del cargo el designado por el verdadero padre, según cita SANTAMARÍA, *Comentarios al Código civil*, I, Madrid, 1958, pág. 278.

(37) Op. cit., pág. 115.

Igualmente es partidario de la solución afirmativa Escobar de la Riva, que la basa en los siguientes argumentos (38):

1) Que si bien debe reconocerse que la posibilidad de nombrar tutor testamentario no deriva sólo de la patria potestad, por otra parte tampoco está absolutamente desconectada de ella, como lo demuestra la circunstancia de conferir, antes que a nadie, dicha facultad a los padres mismos, y con extensión excepcional, en cuanto pueden designar protutor y Consejo de familia; de modo que, estando el adoptante en el ejercicio de la patria potestad, tanto en el momento de nombrar tutor como en el de fallecer, no parece que existan razones para privarle de una facultad que el artículo 206 confiere al padre y a la madre; menos aún si se piensa que la adopción pone de manifiesto un afecto evidente hacia el adoptado.

2) Porque, conforme a la jurisprudencia (S. T. S. 17 octubre 1908), no se exige para la validez del nombramiento testamentario del tutor (e incluso protutor y Consejo de familia) la continuidad temporal entre el instante del fallecimiento de quien le nombró y el de la efectividad de la tutoría prevista. Pero esto, más que argumento favorable a la facultad del adoptante de nombrar tutor testamentario al adoptado, lo es de que las condiciones del ejercicio de este derecho encajan en la regulación vigente, pero dando aquélla por supuesta.

3) Porque si es exacto que el Código no menciona a los adoptantes entre quienes pueden nombrar tutor testamentario, también lo es que tampoco incluye a los abuelos y, sin embargo, la Sentencia del T. S. de 16 de octubre de 1908 le atribuye dicha facultad equiparándolos al extraño "cuando deja herencia de relativa cuantía para sus nietos, siquiera tenga ésta el carácter de forzosa, porque sería anómalo, contrario al sentido de la ley y espíritu que la informa y a los intereses de los mismos menores, desconocer en tal supuesto el derecho del abuelo en quien, natural y racionalmente, es obligado reconocer, por regla general al menos, mayor afecto hacia sus nietos que el que pueda sentir un extraño respecto de éstos"; por otra parte, interpreta con amplitud la frase herencia o legado de importancia del artículo 207, considerando bastante la relativa cuantía de la herencia que el abuelo deje a sus nietos y, por último, invoca en pro de esta interpretación del 207 "el principio de interés y afecto que regula todo lo prescrito acerca del organismo tutelar", que es de creer (en opinión de Escobar) sería suficiente para reconocer a aquéllos la facultad de nombrar tutor a sus nietos cuando no lo estorbare (vid. S. T. S. 17 octubre 1908) otra designación hecha para éstos por su padre o madre. Pero aunque, como dice, el supuesto parece no encajar en el artículo 207, la verdad es que el Tribunal Supremo ha resuelto este caso con respecto a él, y esta solución, propugnada por Pérez González y Castán, ya veremos más adelante que no se enfrenta directamente con el problema aquí planteado, que es el de si los padres adoptantes, en cuanto

(38) *La tutela*, Madrid, 1943, págs. 74 y ss.

tales, pueden nombrar por testamento el organismo tutelar para sus hijos adoptivos.

B) Después de la reforma de 1958 siguen existiendo dudas sobre el particular, puesto que si bien la Exposición de motivos de la Ley reformadora da por supuesta esta facultad —“no habiéndose, en su caso, dispuesto nada sobre la delación tutelar por el testamento del adoptante”—, en el texto reformado no aparece el precepto que sin duda recoja la intención expuesta, y eso que ocasiones no han faltado, pues a más de los relativos a la adopción, ha sufrido reforma y consiguiente nueva redacción, entre otros, el artículo 206, de cuyos términos surge la cuestión que nos ocupa.

Esta frase de un párrafo del preámbulo, del que se ha dicho que es “a la manera de comentario de una norma fantasmal que no se halla en parte alguna tal vez por descuido” (39), da por supuesto una norma que en el único precepto donde podría encontrar encaje es en el párrafo 6.º del artículo 174, que se dedica a las relaciones derivadas de la tutela y defensa y representación del ausente, entre adoptante y adoptado. Pero, ¿realmente puede ampararse el reconocimiento de la facultad del adoptante de nombrar tutor exclusivamente en esta disposición? Por lo menos no parece ser esta su finalidad.

Efectivamente, dice el artículo 174, en su párrafo 6.º, que “en orden a la tutela y a la representación y defensa del ausente, adoptante y adoptado serán considerados como padre e hijo”, y según ello cabría pensar que puede el adoptante designar en su testamento las personas que han de componer el Consejo de familia (facultad que el art. 294 reserva al padre o madre) y, aunque con más dificultad, dado que los adoptivos no están incluidos entre los que relaciona el artículo 206, que podría, interpretándolo muy ampliamente, considerarse que cabe les nombren igualmente tutor y protutor. Pero es que el precepto no termina ahí, sino que añade: “serán considerados como padre e hijo, pero los hijos legítimos y los hijos naturales reconocidos, si existiesen, serán preferidos a los adoptivos”; y esto hace cambiar considerablemente, restringiéndolo, el sentido del párrafo que, examinado en su conjunto, parece poner de manifiesto que la consideración del adoptante y adoptado como padre e hijo lo es en situaciones en que cabe la preferencia entre unas y otras clases de filiación, esto es, cuando se da un llamamiento legal que se refiera a padres o a hijos (art. 181, 8.º; 220, 2.º y 3.º; 227, 1.º y 3.º, etc.), habiendo entonces de incluirse entre unos y otros, en el lugar que les correspondía, adoptante y adoptado.

C) Entonces, ¿cuál será la solución? ¿Podrá el padre adoptante nombrar el organismo tutelar para sus hijos adoptivos?

Creo que para responder a esta pregunta es requisito previo hacer

(39) GAMBÓN ALIX, *La adopción* cit., pág. 220.

unas consideraciones sobre el fundamento que tiene la facultad de designar testamentariamente las personas que van a encargarse de la guarda del menor o incapacitado cuando haya necesidad de constituir los distintos organismos de la tutela.

Se ha dicho (40) que el nombramiento de tutor testamentario fue una prerrogativa de la patria potestad y consecuencia de ella, en el antiguo Derecho romano, mientras la tutela tuvo la consideración de "potestas", que sólo el padre, y para sus inmediatos sometidos, podía hacer. Pero cuando adquirió fisonomía propia de protectorado económico, como dice Kuntze, era muy natural que se mirase como una facultad patrimonial enlazada directamente con los sistemas patrimoniales. Entonces ya se dijo que era el interés y afecto hacia los menores, aunque fuese sólo interés patrimonial; por eso las reglas se modificaron y ampliaron, permitiendo que la madre y el extraño nombraran, pero dejándola munda de importancia o instituyendo heredero; aun así y todo, sin confirmación del magistrado no valía. Unido esto a la degeneración del formalismo romano para los actos civiles, nos explica suficientemente la evolución de esta institución en sus dos puntos principales de forma y facultad de nombrar.

¿Qué se deduce sobre el particular de la regulación dada a la materia en nuestro Código? Desde luego, y ello está perfectamente claro, que la delación testamentaria de la tutela no es una contrapartida o consecuencia exclusivamente de la patria potestad porque, aparte del caso de extraños a quienes se les concede esta facultad en las condiciones del artículo 207, se prevé el caso de progenitores que sin tener la patria potestad sobre un hijo —ilegítimo no natural emancipado o mayor incapacitado— pueden hacer uso de ella también.

En cambio, lo que ya no resulta tan claro es que igualmente pueda deducirse correlativamente, que no a todos los investidos de patria potestad corresponda la posibilidad de hacer este nombramiento: quizá como conclusión lógica que completaría el presunto ciclo evolutivo de esta materia pueda pasar (originariamente era una facultad consustancial al poder paterno; hoy, no, porque se le concede a quien no la tiene —y se citan los casos antes señalados—, y... no se le concede a quien la tiene —¿...? ... los padres adoptivos—), pero le falta el rigor argumental de establecer primero la efectiva exclusión de los adoptantes. Es decir, se pretende obtener el fundamento buscado aceptando una exclusión que precisamente porque se discute si lo es o no, precisa del fundamento para decidir sobre ello.

Y es que ¿de dónde se obtiene la exclusión de los adoptantes, que es la que lleva a decidir que no siempre a la patria potestad acompaña esta posible forma de deferir la tutela? Los que, sin limitarse a darlo por supuesto sin más preocupaciones de fundamentarlo, hacen alguna consideración sobre el particular, lo basan exclusivamente —Pérez

(40) CLEMENTE DE DIEGO, *Curso elemental de Derecho civil* cit., págs. 415 y s.

González y Castán (41)— sobre el silencio del legislador al no incluirlos expresamente en el artículo 206; y debe convenirse en que esa única circunstancia no suele ser obstáculo para otras interpretaciones superadoras hechas por estos mismos autores que, por su acierto y afán renovador dando acomodo en los preceptos legales a las soluciones más acordes con los dictados de la equidad, con frecuencia encaminamos calificándolas de progresivas. Quizá pueda pensarse que la justificación de esa actitud viene dada por el hecho de que, en sede práctica, no se siente la necesidad de encontrar una solución a algo que se considera ya la tiene, aunque sea por vía indirecta: en este caso la del artículo 207, pues considerando al adoptante como un extraño y en base de los derechos que en su herencia le suele atribuir al hijo adoptivo, aquél tendrá esa misma facultad que el artículo 206 no le reconoce expresamente como padre adoptante. Pero realmente esto no basta; aparte de lo que pudiera haber de vejatorio e injusto en esta solución, está el hecho de que por este procedimiento, de una parte se limitarían las posibilidades del nombramiento, reduciéndolas a sólo el de tutor, y de otra que como la eficacia del así hecho se supedita a que el Consejo de familia resuelva aceptar la herencia o el legado, estaríamos ante una situación incompatible con las normas sucesorias que han de regir la adquisición hereditaria del hijo adoptivo.

De aquí que invoquemos la posibilidad de no considerar resuelta la cuestión por la sola omisión legislativa, sobre todo después de la reforma del Código en abril de 1958, ya que a partir de entonces el silencio del artículo 206 difícilmente puede ser interpretado como exclusión de los padres adoptantes, puesto que el preámbulo de la ley deja bien claro que la intención del legislador era atribuirles esa facultad; por consiguiente, ahora se podrá discutir si tal intención se ha llevado al articulado del Código de forma más o menos clara, e incluso si se ha llevado o, por olvido, se dejó de incluirla, pero lo que no permite dudas ni autoriza a interpretaciones “a sensu contrario”, es el que la intención era esa y, de aquí, que no pueda obtenerse la opuesta de un precepto que, además, se redactó en tal ocasión, cuando tan explícitamente se manifiesta cuál era la intención del legislador.

Todo esto impone, sin duda, una interpretación de la materia favorable a la concesión de esa facultad a los padres adoptantes; ahora bien, ¿encaja esa solución en la expresa legalidad vigente? Unas consideraciones sobre ésta nos proporcionarían datos de interés.

Decía antes que la facultad de deferir testamentariamente la tutela no es ya, entre nosotros, consecuencia exclusiva de la patria potestad, fundamentándose, por lo general, en el interés y afecto que hay que presumir en ciertas personas hacia los menores o incapacitados; es decir, se da un fundamento de mayor amplitud que la simple titularidad del poder paterno, con el fin de que abarque también a los supuestos en que se concede a los que no gozan del mismo; pero,

(41) En su obra y lugar citados.

desde luego, con esta nueva forma de fundamentarla no sólo no se excluyen casos concretos de titulares de la patria potestad, sino que se comprenden todos ellos, porque nada más lógico que presumir en estos casos el interés y afecto hacia los menores e incapacitados que se encuentran bajo su dependencia; y en esa presunción, naturalmente, deberán incluirse los padres adoptantes, en los cuales tendrá especial fuerza dada la voluntariedad en la constitución del vínculo parental. Y es que, en definitiva, de lo que se trata es de hacer posible que quien tiene ese interés y afecto —bien presumible dada su vinculación familiar, o demostrado por la herencia o el legado que le atribuyen— pueden dejar establecida para el futuro una situación que asegure al menor o incapacitado un cuidado o atención similares a los que él mismo les viene prestando —caso de los padres— o a los que desea se les preste —caso del extraño, que por eso no tiene efectividad mientras existan sus padres, que normalmente atenderán a ello—.

Por otra parte, es de notar que se trata de una facultad que se concede pensando exclusivamente en el interés del hijo, ya que al que ha de hacer el nombramiento sólo se le tiene en cuenta como depositario de los intereses del tutelable, y cualquier utilización que haga de esa facultad en desconocimiento de ellos, por medio de un nombramiento arbitrario o caprichoso, no tendría más alcance que el de una actuación personal en el mismo sentido, y ni uno ni otro serían más que extralimitaciones, pero en ningún caso determinantes del poder conferido y ni siquiera previstos y admitidos de antemano por el legislador, al regular una institución como la tutela, organizada en beneficio del que va a estar sometido a ella. De aquí se deduce un argumento más en favor de la atribución a los padres adoptantes de la facultad de nombrar los órganos tutelares: y es que como quiera que la adopción según su nueva forma de regularse, y a diferencia de lo que ocurría antes, se concibe preferentemente en provecho del adoptado, éste gozará de cuantos beneficios puedan derivarse, aunque sea con interpretación marcadamente favorable, de tal situación, y siendo, por otra parte, la posibilidad de esa forma de delación una ventaja para él, en la duda, deberá serle reconocida.

Todas estas consideraciones, respaldadas por la terminante declaración de la Exposición de motivos de la ley de reforma del Código, autorizan una interpretación del párrafo 6.º del artículo 174 que, prescindiendo de la parte segunda y el cambio de sentido que ésta pueda suponer, atribuya todo su valor a la frase “en orden a la tutela... adoptante y adoptado serán considerados como padre e hijo”, de tal forma que en el mismo encuentre su reflejo la decisión del legislador de conceder al padre adoptante la facultad de nombrar testamentariamente el organismo tutelar para su hijo adoptivo, con independencia

de que reciba o no bienes en su herencia, como resulta de ponerlo en relación con los artículos 206 y 294 del mismo Código civil (42).

Como quiera que, según esto, el nombramiento lo harán como padres del adoptado, en nada le afectará de forma distinta que a la de los demás el que, en la tutela menos plena, a la muerte del adoptante vivan los padres por naturaleza del adoptado y por ello recuperen la patria potestad; entonces, si esos padres fallecen a su vez sin haber designado tutela, tendrá eficacia la deferida por el adoptante, ya que, según la Sentencia del T. S. de 17 octubre 1908, el derecho de los padres para nombrar a sus hijos tutor, protutor y vocales del Consejo de familia es absoluto, siquiera en algunos casos no llega a tener efectividad hasta que las circunstancias previstas por el testador hagan necesario el cumplimiento de lo por él establecido, haciendo resurgir su voluntad sin consideración al tiempo transcurrido, durante el cual, en el caso de la Sentencia, había ejercido la madre la patria potestad; si, por el contrario, alguno de los padres por naturaleza nombra tutor, o lo tenía nombrado de cuando aún el hijo no había sido adoptado, entonces será de aplicación lo prevenido en el núm. 1.º del artículo 209 cuando dispone que "si por diferentes personas se hubiere nombrado tutor para un mismo menor, se discernirá el cargo al designado por aquel de los padres que hubiere ejercido últimamente la patria potestad" (43).

2. Esto nos plantea la cuestión de la eficacia del nombramiento de tutor que para su hijo pueden hacer los padres por naturaleza del que ha sido adoptado (44). Este nombramiento puede ser hecho en

(42) Posiblemente, además, fue la creencia del reformador haberlo dejado resuelto en este punto. Podría, quizá, pensarse que para llegar a esta solución no merecía la pena plantear el problema, incluso considerando críticamente los argumentos de los que la propugnan, e incluso el precepto legal en el que termina apoyándose; pero, a mi entender, toda la argumentación está justificada por cuanto que los autores que, como CASTÁN TOBEÑAS y CASTÁN VÁZQUEZ, y GAMBÓN, se han ocupado del tema con posterioridad a la reforma, no lo han estimado claramente resuelto; los primeros mantienen, como opinión más probable, la opuesta a la que defiendo, y el segundo, en la pág. 219 de su obra, dice que "queda por ver si la preferencia del adoptante sobre el padre natural se extiende sólo a la redacción a favor suyo del cargo de tutor, o también comprende la facultad de designarlo en testamento con arreglo al art. 206. De ser posible nos inclinariamos por esta segunda tesis...".

(43) Y esto aunque haya de convenirse en que dicha norma, dados sus antecedentes, tiene por finalidad primordial resolver los conflictos planteados sobre preferencia entre tutores nombrados por el padre y por la madre; pero una consideración objetiva de la misma, vista la redacción que se le dio en la reforma, permite sin duda, además, su utilización para el caso que hemos contemplado.

(44) Todas las apreciaciones que siguen se refieren a los supuestos de adopción menos plena y, tratándose de las realizadas en forma plena y en cuanto resulte posible, al único caso de recuperación de la patria potestad por los padres legítimos o naturales cuando pidan judicialmente, y consigan, que se declare extinguida la adopción en las condiciones prevenidas por el art. 175, número 1.º, del Código civil.

tres momentos diferentes respecto de la adopción: 1.º, antes de que se lleve a cabo, es decir, cuando todavía no ha salido de su potestad; 2.º, mientras, vigente la adopción, está bajo la patria potestad del adoptante, y 3.º, cuando, una vez extinguida la adopción, ha recuperado sobre él la patria potestad.

En este último supuesto no habrá dificultades, toda vez que se tratará de una relación normal, que un padre realiza al amparo de lo preceptuado en el artículo 206, y que, como antes veíamos, en caso de colisión con el nombramiento hecho por el padre adoptante, sería preferente a este último, por aplicación del artículo 209, núm. 1.º

En el primero de los supuestos, habrá que resolver igualmente a favor de la eficacia de su nombramiento, sin que a ello afecte la posterior adopción y consiguiente extinción de la patria potestad y adquisición de la misma por el adoptante, puesto que será aplicable la doctrina de la Sentencia del T. S. de 17 de octubre de 1908 a que antes me refería; pero, claro es, que esto será cuando el adoptante, antes de morir, no haya nombrado la tutela, pues entonces, al aplicar el artículo 209, párrafo 1.º, se discerniría el cargo al nombrado por éste, que sería el padre que ejerció últimamente la patria potestad.

Finalmente, en el caso de que el nombramiento lo haga mientras, vigente la adopción, el hijo está bajo la patria potestad del adoptante, creo que debe admitírsele igualmente la facultad de nombrar, sin que para ello sea obstáculo la solución negativa que pueda sostenerse en relación con las personas que se encuentren en circunstancias parecidas a consecuencia de la privación judicial de la patria potestad; y es que el fundamento de la negativa en este caso se hace sobre la base de considerar (45) que si el padre o madre estaban privados o suspendidos en el ejercicio de la patria potestad en el momento de designar tutor, es de creer que el nombramiento fuese inválido, pues aun cuando, según nuestro Código, la facultad de hacerlo no derive únicamente de la patria potestad, cuando se hace por los padres parece indudable que la razón de que así sea permitido por la ley entronca directamente con el poder paternal mismo, en el punto de la confianza de que nadie ha de querer mejor para el hijo que su propio padre; pero cuando los padres dan lugar a que sobre ellos recaiga una sanción tan grave como la pérdida o suspensión de la patria potestad es que o tenemos la prueba contraria a aquella confianza o, al menos, ha de faltar base para presumirla. Y esta argumentación no la creo aplicable al caso del padre que ha perdido la patria potestad por adopción de su hijo, como tampoco la que pudiera deducirse del párrafo 2.º del artículo 206 de considerar referida la necesidad de que el tutelable no se halle sometido a la potestad del otro, al instante de hacerse el nombramiento, que debería aplicarse igualmente a los supuestos de privación judicial de la patria potestad, porque, a mi entender, existen varias razones para ello:

(45) ESCOBAR DE LA RIVA, *La tutela* cit., pág. 73.

1.º) Que en ningún caso puede presumirse falta de interés o afecto por su hijo en el padre que consiente la adopción del mismo, porque las condiciones en que habitualmente se produce ponen de manifiesto lo contrario: transigencia de un padre ante la mejora de situación de su hijo, que es lo que suele traer consigo la adopción; y el hecho mismo de que se preocupe el padre del futuro de su hijo nombrándole un tutor para el caso de que por falta del adoptante y de él mismo haya de constituirse la tutela, es una prueba indudable de ese interés y afecto, en el que se pone la nota decisiva para atribuir la facultad, y cuya falta lleva, como acabamos de ver, a que se rechace en los supuestos aludidos antes.

2.º) Que la pérdida de la patria potestad que, según el artículo 167, núm. 3, se produce para el padre por naturaleza, no es resultado de una sanción que se le imponga por consentir en la adopción, sino consecuencia de lo preceptuado en el párrafo 2.º del artículo 154 y 1.º del 174 sobre su adquisición por el adoptante, que provoca una incompatibilidad de ambas, que en ningún caso pueden coexistir.

3.º) Que prueba concluyente de lo acertado de estas apreciaciones la proporciona el mismo Código cuando en su artículo 180, párrafo 2.º, dispone que en defecto del adoptante, la patria potestad pasará a los padres por naturaleza.

Claro es que la efectiva eficacia del nombramiento realizado dependerá, como en los supuestos anteriores, cuando entre en colisión con el que pueda efectuar el adoptante, de la aplicación que habrá de hacerse del núm. 1.º del artículo 209 para discernir el cargo al tutor designado por aquel de los padres que hubiere ejercido últimamente la patria potestad sobre el hijo al que se le hace el nombramiento.

IV. LA TUTELA LEGÍTIMA DE LOS HIJOS ADOPTIVOS

1. Dice el artículo 204 del Código civil, en su núm. 2.º, que la tutela se defiere por la ley. Y en efecto, el capítulo III del título IX, dedicado a la tutela, con esa rúbrica, estudia en cuatro secciones la tutela que por el legislador se establece para los menores, los locos y sordomudos, los pródigos y los que sufren interdicción.

Pone de relieve De Diego (46) que el viejo Derecho romano encomendó a la familia la tarea de proteger a los necesitados; era éste asunto de familia, de "gens"; por eso la primera tutela que aparece en la Historia es la legítima; es un caso de aplicación particular de la solidaridad familiar. Más tarde, y en reconocimiento del poder paterno, existieron los tutores testamentarios que, como recibían la investidura de una "datio", se llamaron dativos, no pudiéndoseles obligar a desenpeñar el cargo, hasta que más tarde se realizó el carácter de "officium" que, si bien de naturaleza moral, producía consecuencias jurídicas; ya con el nombramiento de tutor testamentario la tutela

(46) En su citada obra, pág. 385.

salía fuera de la familia, aunque por acto familiar o del poder familiar. La decadencia de la "gens" y otros sucesos, como guerras, etc., hicieron surgir la necesidad, remediada por la "lex Atilia", para Roma, y las "Julia" y "Ticia", para provincias, "cui nullus omnino tutor est"; esto marca el momento en que el Estado interviene por medio del Pretor y Tribunos en el nombramiento del tutor, que es ya asunto de la ciudad, y que lo impone como "munus publicum".

Recojo estas ideas sobre aparición de los distintos modos de delación de la tutela, porque tiene interés para el estudio de la correspondiente a los hijos adoptivos poner de relieve que no siempre el orden preferente entre ellos, a establecer con la finalidad de saber cuándo deberá constituirse la legítima, objeto ahora de consideración, fue el que por la generalidad se pretende ver en el Código de absoluto predominio de la deferida testamentariamente, aunque esta opinión sólo sea, a veces, presupuesto para declarar inadmisibles determinadas consecuencias que con ella se obtienen una vez que el Código ha permitido (art. 206) el nombramiento de tutor testamentario también para los incapaces (47).

Precisamente, lo absurdo de estos resultados hacen más justificada la interpretación del profesor De Castro (48), que en base a los antecedentes (Partidas, Proyecto de 1851, Leyes de Enjuiciamiento civil de 1855 y 1881), y a la sistemática del Código, empleando argumentos convincentes, pone de relieve la necesidad de distinguir, y mientras para los menores no sometidos a la patria potestad reconoce la preferencia de la delación testamentaria, respecto a los incapacitados considera, con apoyo además en la misma letra del articulado del Código, que debe preferirse la tutela legítima.

2. Esto cobra especial significado cuando se trata de áferir la tutela para los hijos adoptivos que, sobre todo en lo que se refiere a los que lo son en forma plena, dan lugar a situaciones muy diferenciadas según se trate de menores o de incapacitados, dada su peculiar posición por lo que se refiere a las relaciones de parentesco,

Porque, en efecto, la primera cuestión que habrá de resolverse, partiendo de la base de que según el artículo 174, 6.º, adoptante y adoptado serán considerados como padre e hijo en orden a la tutela, es la de qué parientes son los llamados a ejercer los cargos de la misma, si los que el hijo adoptivo tiene por razón de la sangre, o los que se le crean a consecuencia del vínculo civil de la adopción, o bien conjuntamente unos y otros.

Habrà de tenerse en cuenta, en primer lugar, que es regla general aplicable de ambas formas de adopción, que ésta produce parentesco entre el adoptante, de una parte, y el adoptado y sus descendientes legítimos de otra, pero no respecto a la familia del adoptante, con

(47) SÁNCHEZ ROMÁN, obra y tomo cit., pág. 1323; MANRESA Y BONET, op. cit., págs. 306 y s.; CASTÁN TOBEÑAS y CASTÁN VÁZQUEZ, op. cit., pág. 208.

(48) *Derecho civil de España*, II, parte 1.ª, Madrid, 1952, págs. 294 y ss.

la excepción—que ahora no interesa considerar—de lo dispuesto sobre impedimentos matrimoniales. Esto quiere decir que en ningún caso, salvo el supuesto de que se trate del propio adoptante, se entenderán llamadas personas de la familia adoptiva, que por ningún parentesco se encuentran unidas al adoptado.

¿Quiere decir esto que deberá recurrirse a sus parientes por naturaleza? Para contestar a ello habremos de distinguir entre que el adoptado lo haya sido en forma plena o en forma menos plena.

Dice el preámbulo de la Ley de reforma de esta materia en el Código civil, que éste, “influido por las tendencias entonces dominante, concibió la adopción con perfiles y efectos muy estrechos. Situó a los adoptados entre dos círculos parentales, sin adscripción clara a ninguno de ellos”. Por tal causa, afirma, “el arreglo de los intereses contrapuestos que existen entre los parientes naturales con los que el adoptado está unido con vínculos de sangre, y la nueva familia adoptiva, constituye la dificultad mayor con que la reglamentación legal de la adopción tropieza”; y es de notar que su solución nos proporcionará la del problema que a nosotros se nos plantea al elegir entre parientes de una u otra familia a la hora de constituir la tutela legítima de los hijos adoptivos.

El legislador se enfrentó con la cuestión distinguiendo entre una y otra clase de adopción. En el caso de la plena, por una parte se dispone que “el adoptado, aunque conste su filiación, ostentará como únicos apellidos los de su adoptante o adoptantes” (art. 178, 3.º), y el artículo 179, después de declarar que en cuanto a los derechos sucesorios tienen, por ministerio de la ley, los correspondientes a la filiación natural reconocida, dice que “el adoptado está exento de deberes por razón de parentesco con sus ascendientes o colaterales por naturaleza” (salvo los sucesorios y de alimentos), y que “los parientes por naturaleza no conservarán ningún derecho” (salvo los padres a alimentos en un caso muy concreto). Es decir, se produce una ruptura de vínculos del adoptado con su familia por naturaleza, que impedirá por ello que los componentes de la misma puedan ser tenidos en cuenta en los llamamientos a la tutela legítima. Y que ésta es la solución pretendida por el legislador, resulta bien claro de la Exposición de motivos tan citada, según la cual “la solución que se da en el caso de la adopción plena es sin duda, radical, pero no podía ser de otro modo si se quiere cortar de raíz el temor de interferencias abusivas de la familia natural en el círculo de la familia adoptiva” (49).

(49) Pone de relieve GAMBÓN ALIX (op. cit., pág. 241) que la situación creada por nuestra adopción plena no tiene la fuerza que las originadas por la legitimación adoptiva francesa, en la que desaparecen la obligación alimenticia recíproca y todos los derechos sucesorios, toda vez que la conservación de derechos sucesorios y a alimentos denotan la permanencia, también en esta clase de adopción, de una relación de parentesco con la familia natural, si bien es característico que los efectos se producen unilateralmente; y, desde luego, debe convenirse que no repercuten en esta cuestión de la tutela.

De esta forma tenemos que los parientes por naturaleza, en la adopción plena, no pueden ser tenidos en cuenta a la hora de constituir los órganos de la tutela legítima para el menor adoptado; y como quiera, ya lo hemos visto, que tampoco es posible sean llamados a ella los parientes del adoptante, llegaremos a la conclusión de que la tutela de estos menores, cuyo orden de llamamientos figura en el artículo 211, no podrá constituirse, sucediendo lo mismo para el Consejo de familia, según se deduce de lo dicho en relación con el artículo 294, 1.º, del Código civil. Por lo que se refiere a los mayores incapacitados, la exclusión no es tan absoluta, ya que además de los ascendientes y colaterales se llama a otras personas, y así tendremos que tratándose de la tutela de un loco, sordomudo o interdicto, si es casado, será designado el cónyuge no separado legalmente, y si no lo es, el padre o madre adoptivos, aplicando el párrafo 6.º del artículo 164, y en su defecto los hijos, y sólo de no existir ninguno de ellos nos encontraríamos sin posibilidad de constituir la, pues resultaría ineficaz, como antes decíamos, la remisión que se hace a los llamamientos contenidos en el artículo 211. Si se tratare de un prógigo corresponderá la tutela al padre o madre adoptante, o en su defecto, no pudiendo llamarse a los abuelos por no estar emparentados con él, al mayor de los hijos varones emancipados, y de faltar también, se provocaría la misma imposibilidad de constituir la.

Cabe preguntarse si esta consecuencia de dejar sin efecto la tutela legítima para los menores adoptados en forma plena, y casi sin él la correspondiente a los que con esta calidad, siendo mayores, haya de constituirseles por incapacidad, pueda ser aceptada sin más; y no hay lugar a dudas de que así debe ser porque en la tan repetidamente citada Exposición de motivos de la reforma, tratando del radicalismo con que se regula la eficacia de la adopción plena, dice que "en consecuencia, al fallecer el o la adoptante, si el adoptado fuere menor de edad, la patria potestad se extingue. Los ascendientes y colaterales del adoptado no son llamados a la tutela legítima. Al quedar tan notablemente restringido el número de estos llamados, y no habiéndose, en su caso, dispuesto nada sobre la delación tutelar por el testamento del adoptante, serán frecuentes los supuestos de designación judicial del Consejo de familia y los de Tutela dativa. El legislador, que ha excluido a los parientes del adoptado de los deberes o potestades que ordinariamente tendrían como tales parientes la organización tutelar...", lo que es suficientemente expresivo sobre el particular.

3. ¿Y en cuanto a la adopción menos plena? Por lo que a ella respecta, la reforma ha sido limitada, y la configura en términos muy semejantes a los que el Código civil ha venido dedicando a la única clase de adopción por él admitida. Se decía (50), a propósito del sis-

(50) PUIG PEÑA, *La relación familiar en sentido amplio: problemas que suscita el parentesco*, en la Rev. Der. Priv., 1948, págs. 304 y 306.

tema en él recogido, que la adopción moderna, a diferencia de la romana, no saca por completo al hijo de su familia natural, y la relación de parentesco entre ambos permanece intacta, ya que sólo se produce un transporte de los beneficios de la patria potestad articulada ahora en el adoptante. Porque, en efecto, respecto a los antecesores, y prescindiendo de lo que ocurría con la adopción menos plena en las Partidas, que por no traspasar la patria potestad al adoptante, dejaba subsistente el estado legal anterior, tenemos que ya el Proyecto de 1851, en su artículo 141, declaró que el adoptado conservaría los derechos que le correspondieran en su familia natural, principio que se mantuvo en el Código civil, añadiéndole la excepción de los relativos a la patria potestad (51).

Después de la reforma no se encuentra un precepto expreso equivalente al citado, pero del artículo 180 que regula específicamente la adopción menos plena, se deduce sin lugar a dudas que, en todo cuanto no se diga lo contrario, continúa el hijo adoptivo integrado en su familia de origen: así en cuanto a la patria potestad que recuperan automáticamente sus padres en efecto del adoptante; así en cuanto al apellido de su familia de origen, que conserva siempre, pudiendo usar el del adoptante sólo si se expresa en la escritura de adopción. Es decir, y ésta es la consecuencia importante, que esa cierta integración en la familia adoptiva, aun de la forma limitada en que puede efectuarse, sólo se da cuando expresamente así quede establecido, y en todo lo demás sigue vinculado a la suya por naturaleza. principio general en cuyo favor queda, por ello, establecida una presunción muy significativa al respecto (52).

Como consecuencia de ello, cuando a un adoptado menos plenamente haya de constituirsele tutela legítima, los llamamientos se entenderán hechos a sus parientes naturales, con la única excepción de que tratándose de incapacitados, la referencia al padre o madre contenida en los artículos 220 y 227 se estimará hecha de acuerdo con lo prevenido en el artículo 174, párrafo 6.º, preferentemente a los adoptantes, y sólo a falta de ellos —y a diferencia de lo que ocurre en los casos de adopción plena— a los que lo sean por naturaleza, que en este orden de cosas sustituirán a los adoptivos por aplicación de la regla general, lo que concuerda, además, con lo prevenido para la patria potestad en el artículo 180, 2.º

(51) Cfr. GAMBÓN ALIX, págs. 239 y s. que cita, además, el art. 224 del Proyecto de Código de 1844.

(52) A este mismo resultado llega GAMBÓN (pág. 240), no obstante los párrafos 5.º y 6.º del artículo 174, pues dice que "a pesar de que la referencia a los derechos sucesorios parece excluir todos los demás efectos del parentesco por naturaleza, del mismo modo podría decirse que la mención de la tutela y ausencia puede dar a entender que en todo lo demás no expresado queda subsistente el parentesco de sangre".

V. LA TUTELA DATIVA DE LOS HIJOS ADOPTIVOS

En nuestro Código civil, desarrollando la forma de delación de la tutela prevista en el número 3.º del artículo 204, se dispone que “no habiendo tutor testamentario, ni personas llamadas por la ley a ejercer la tutela vacante, corresponde al Consejo de familia la elección de tutor en todos los casos del artículo 200” (art. 231), consagrando de esta manera la llamada tutela dativa.

Esta forma de nombramiento de los tutores que supedita a la no existencia de los parientes a quienes llame la ley, o a que éstos no puedan desempeñarla, el que intervengan los designados por el Consejo de familia, viene de tiempo siendo combatida en nuestra patria (53), fundándose en que el orden de llamamientos establecido por la ley entre determinados parientes, puede dar lugar a que sea nombrada una persona falta de la aptitud necesaria, demostrada incluso en la gestión de su propio patrimonio, sin que de no existir una causa legal de inhabilidad, pueda hacerse nada para impedir que entre a su ejercicio, por lo que, a falta de tutela testamentaria, consideran debe entrar en juego la dativa; y citan en apoyo de tal solución los Códigos alemán (art. 1.778), suizo (art. 380) e italiano (art. 346), que posibilitan se obvien esos inconvenientes a través de un procedimiento más flexible por el cual puede la autoridad nombrar persona diferente de la señalada por la ley.

Pues bien; la acusada limitación en los llamamientos para el ejercicio de la tutela legítima, que provoca la especial situación familiar del hijo adoptivo, hace que de hecho nos encontremos en situación análoga a la propugnada por estos autores, y ello parece haberse tenido en cuenta por el legislador cuando en el Preámbulo de la Ley reformadora del Código afirmaba que, en la adopción plena, al no llamarse a los ascendientes y colaterales del adoptado, no cabiendo, por ende, la tutela legítima, “serán frecuentes los supuestos de designación judicial del Consejo de familia y los de tutela dativa. El legislador, que ha excluido a los parientes del adoptado de los deberes o potestades que ordinariamente tendrían como tales parientes, en la organización tutelar, no los ha excluido, sin embargo, de estos llamamientos supletorios, para los que, en principio, son hábiles todas las personas: en contemplación de las circunstancias de cada caso, tales llamamientos se harán con amplia libertad, eligiendo las personas que para ello se consideren idóneas, ya pertenezcan a una u otra familia, ya no formen parte de ninguna de las dos”.

De esta forma, se aplica una vez más el principio moderno informador de la tutela, que pone en la intervención de la autoridad y en la flexibilidad de la norma, los dos elementos que oportunamente de-

(53) Cfr. ESCOBAR DE LA RIVA, op cit., págs. 85 y s.

situados proporcionan soluciones equitativas para los diversos supuestos que pueden presentarse, criterio que también se utiliza en los reformados artículos 70, 71 y 73, dentro de la discrecionalidad que se atribuye al Juez civil para mejor acomodarse a las peculiaridades de cada caso, todo ello cuando se dan motivos especiales.

