

Las disposiciones transitorias de la codificación española (*)

Quinta. "Quedan emancipados y fuera de la patria potestad los hijos que hubiesen cumplido veintitrés años al empezar a regir el Código, pero si continuasen viviendo en la casa y a expensas de sus padres, podrán éstos conservar el usufructo, la administración y los demás derechos que estén disfrutando sobre los bienes de su peculio, hasta el tiempo en que los hijos deberían salir de la patria potestad según la legislación anterior."

Esta disposición contiene un principio general exacto y en un todo contrario al supuesto derecho adquirido de los padres, según Scoevola, según dijimos y negamos al examinar la disposición tercera; y contiene también una excepción, motivada por consideraciones familiares y económicas, más que jurídicas, y muy mal motivada en la Exposición que pretende basarla en una voluntad presunta del hijo.

Es el legislador el que en esta disposición no ha querido aplicar totalmente el principio exacto de su párrafo primero sin que haya tal supuesta voluntad presunta, que en caso de declaración contraria del hijo no podría sostenerse, y el legislador, sin embargo, parece exigir, para la no aplicación del segundo párrafo, no tal declaración, sino el hecho de cesar la convivencia con los padres o de seguir con separación económica; en otro caso, para compensar a los padres por el sostenimiento de los hijos y para no alterar la relación económica paterno-filial, continuará el padre disfrutando los derechos que hubiese en los bienes del hijo, con arreglo al derecho antiguo, en régimen de peculio, aunque tal régimen no pasó como tal al Código.

Sexta. "El padre que voluntariamente hubiese emancipado a su hijo, reservándose algún derecho sobre sus bienes adventicios, podrá continuar disfrutándolo hasta el tiempo en que el hijo debería salir de la patria potestad según la legislación civil anterior."

Esta disposición es igualmente acertada. Aquí la emancipación ha sido otorgada por el padre y condicionada por éste, y los derechos que se hubiese reservado son derechos adquiridos y por ello respetados por la nueva ley, pues de otro modo el acto del padre sería des-

(*) Véase el número anterior.

virtuado, pues actuó siendo determinante de su voluntad y formando parte del contenido de ésta el conservar unos derechos hasta que el hijo emancipado cumplierse veinticinco años y sin desvirtuar su acto. no puede dársele un efecto no querido por el padre, como sería el que los derechos que se hubiese reservado terminasen no al tener el hijo veinticinco, sino al tener veintitrés años.

Séptima. "Los padres, las madres y los abuelos que se hallen ejercitando la curatela de sus descendientes, no podrán retirar las fianzas que tengan constituidas, ni ser obligados a constituir las, si no las hubieran prestado, ni a completarlas si resultan insuficientes las prestadas."

Parece esta disposición un ejemplo de modo de ejercicio adquirido, de que hablamos en la disposición cuarta.

En la disposición sexta se respetaba un derecho adquirido por el padre; en ésta, en la mayoría de los casos, se respeta el adquirido por el sujeto a curatela. La alteración hecha por el Código en el régimen de protección legal, la supresión de la curatela, unificando la protección en las diferentes clases de tutelas, no debe perjudicar el derecho adquirido por el descendiente. Por ello, ante la liberación en ciertos tutores, por consideración al cariño propio del íntimo parentesco con el incapaz, de la obligación de afianzar, no debe aplicarse retroactivamente, es decir, cuando daña a un derecho adquirido por el incapaz.

Este derecho es adquirido por este último por acto propio de su representante, así que la constitución por éste de una fianza implicó el nacimiento de un derecho adquirido en el incapaz y por eso no puede aquél retirarla. Pero este derecho es adquirido sólo por el acto, de tal modo, que si a pesar del derecho a exigirla y del deber de prestarla, ésta no se hubiese constituido, no habría un derecho adquirido y, por lo mismo, no podría ser exigida después del cambio legal.

Creemos, pues, exacta la aplicación de la teoría de los derechos adquiridos en los dos casos dichos, no así en el caso de que habiendo sido constituida la fianza antes del Código, y habiendo, por tanto, un derecho adquirido a dicha garantía por el sujeto a curatela, si la fianza prestada resultare insuficiente, de respetarse el derecho adquirido, debería ser completada. Creemos que el legislador ha eludido esta consecuencia por tres motivos: A) por no aparecer por un hecho posterior, la insuficiencia, concediendo un derecho, aun de complemento, que no concede hoy en general; B) por influencia de su consideración

de la base cuarta del ejercicio del derecho, que actúa haciendo aparecer un derecho adquirido en el que afianzó a seguir ejerciéndolo de igual modo, y C) para evitar el reproche inevitable de que sería hacer de peor condición a aquel que, aunque insuficiente, prestó la debida garantía, frente al que no cumplió su deber de prestarla.

Octava. "Los tutores y curadores nombrados bajo el régimen de la legislación anterior y con sujeción a ella, conservarán su cargo, pero sometiéndose, en cuanto a su ejercicio, a las disposiciones del Código. Esta regla es también aplicable a los poseedores y a los administradores interinos de bienes ajenos, en los casos en que la Ley los establece."

Esta disposición es una aplicación especial de lo dispuesto en la cuarta.

Novena. "Las tutelas y curatelas cuya constitución definitiva esté pendiente de la resolución de los Tribunales, al empezar el Código, se constituirán con arreglo a la legislación anterior, sin perjuicio de lo dispuesto en la regla que precede."

Décima. "Los Jueces y los Fiscales municipales no procederán de oficio al nombramiento de los Consejos de familia, sino respecto a los menores cuya tutela no estuviese aún definitivamente constituida al empezar a regir el Código.

Cuando el tutor o curador hubiese comenzado ya a ejercer su cargo, no se procederá al nombramiento del Consejo hasta que lo solicite alguna de las personas que deban formar parte de él o el mismo tutor o curador existente, y entretanto quedará en suspenso el nombramiento de protector."

Vemos en esta regla, otra vez señalada, sin desarrollar, la distinción fundada en una mayor o menor consistencia o densidad, llamémosle así, de un derecho, según esté o no y según como esté ejercitado, sin que en la Exposición se explique tampoco qué influencia entendía el legislador que en un derecho haría su ejercicio, pues se limita a dar una razón de oportunidad, para justificar su disposición, alegando que el establecimiento de una institución nueva (en este caso el Consejo de familia, de modelo francés, no como una institución parecida viva en algunas partes) precisaba actuar con prudencia.

En general, tanto la distinción entre derecho ejercitado o no, de que ya indicamos precedentes, en estas reglas sobre protección de incapaces, parecen revelar una influencia en los autores de nuestras disposiciones, de además de los dichos y de Savigny, la de Blondeau, que

distinguía múltiples gradaciones en la que pudiéramos llamar consistencia e impenetrabilidad del estado jurídico y que sobre protección legal, dice: "La administración de los bienes pertenecientes a incapaces, empezadas según la ley antigua, se modificará según la ley nueva a contar de su publicación." (1).

Décimaprimera. "Los expedientes de adopción, los de emancipación voluntaria y los de dispensa de ley, pendientes ante el Gobierno o los Tribunales, seguirán su curso con arreglo a la legislación anterior, a menos que los padres o solicitantes de la gracia desistan de seguir el procedimiento y prefieran el establecido en el Código."

Esta disposición es un caso especial de aplicación del criterio de la Comisión sobre la parte procesal del Derecho civil que vimos al examinar el párrafo segundo de la disposición cuarta.

Décimasegunda. "Los derechos a la herencia del que hubiese fallecido, con testamento o sin él, antes de hallarse en vigor el Código, se regirán por la legislación anterior. La herencia de los fallecidos después, sea o no con testamento, se adjudicará y repartirá con arreglo al Código; pero cumpliendo, en cuanto éste lo permita, las disposiciones testamentarias. Se respetarán, por, tanto, las legítimas, las mejoras y los legados, pero reduciendo su cuantía, si de otro modo no se pudiera dar a cada partícipe en la herencia lo que le corresponda según el Código."

Esta disposición es la aceptación plena y aplicación de la teoría de Savigny en sus dos aspectos: 1.º No hay derecho adquirido a una sucesión hasta la muerte del causante. 2.º La legislación vigente a la muerte del testador, o sea en la segunda temporalía, es la aplicable al fondo o contenido del testamento; éste, por lo tanto, sólo valdrá, en lo que por la nueva Ley se permita, y la reducción consiguiente, en su orden, preferencia y procedimiento, así como las acciones de suplemento pertinentes, se regirán en su alcance y procedimiento por el Derecho vigente en el momento de la muerte del testador.

Como ya tratamos al principio de la disposición décimatercera, damos por terminado este trabajo y descanso al lector benévolo que en él nos haya seguido.

ANTONIO MARÍN MONROY.

Notario.

(1) Blondeau: *Essai sur quelques points de législation et de jurisprudence*, 1850. página 185.