

bía más que una renuncia, había concurrido de la mujer en una acta de venta. ¿Por qué concurrió á la venta? No era necesario, puesto que en la opinión común, el marido tiene el derecho de enajenar á reserva de resolución. Si la mujer figura en el acta como parte, solo puede ser para impedir la resolución; esto es decir que renuncia á su derecho de retiro, cuando menos para con el adquirente. La Corte de Casación lo sentenció así en un caso en el que la mujer había declarado terminantemente que creería hacer un acto de mala fe reclamando bienes vendidos por su marido á terceros de buena fe. Se pretendía que la renuncia de la mujer no concernía sino á los inmuebles que había rehusado reivindicar. La Corte decidió, en principio, que si nadie se presume de renunciar á sus derechos, no sucede así cuando la renuncia es terminante y consta por escrito. En efecto, la Corte admite la interpretación que la Corte de Lyon había dado á la renuncia de la mujer sentenciando que se aplicaba indistintamente á todas las ventas hechas por el marido. (1)

Se supone que la mujer, cuando la disolución de la comunidad, declara simplemente que renuncia á su derecho de opción: ¿qué sucederá con la adquisición del marido? ¿Formará un propio ó una ganancial? En nuestra opinión, el inmueble era una ganancial en virtud de la adquisición que el marido habría hecho; si la mujer renuncia á su derecho, esto es decir que no puede retirarlo; luego el inmueble queda á la comunidad. (2)

#### IV. Efecto de la opción. Del retiro de la indivisión.

346. El art. 1,403 dice que la mujer puede abandonar el efecto á la comunidad. Si opta por el abandono, el inmueble estará comprendido en la masa como ganancial. Re-

1 Denegada, 1.º de Mayo de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 511).

2 Compárese Marcadé (t. V, pág. 485, núm. 6 del art. 1,403) que no admite esta solución sino en el caso en que el marido adquirió la totalidad del inmueble.

sulta que todas las actas de disposición que el marido ha hecho son válidas. No puede haber duda acerca de este punto. La ley agrega que la comunidad se vuelve entonces deudora hácia la mujer por la porción que pertenece á ésta en el precio. Esto supone, como lo hemos dicho (núm. 341), que el marido adquirió la totalidad del inmueble. Si el marido no adquirió la totalidad del inmueble sino solo la porción indivisa que pertenecía al copropietario de la mujer, la comunidad no debe ninguna compensación á la mujer, puesto que ésta no le abandona su parte en el inmueble.

La mujer puede también retirar el inmueble, dice el artículo 1,408. Este derecho es el que se llama *retracción de indivisión*. Esta expresión pudiera dejar creer que el inmueble está indiviso en el momento en que la mujer lo retira. Lo está, en efecto, cuando el marido solo adquirió una porción indivisa; si ha comprado la totalidad, la indivisión ha cesado por el hecho de la adquisición. No es, pues, por razón de la indivisión en que se encuentra el inmueble como se califica de retiro de indiviso al derecho de la mujer; se le llama así porque la ley lo da á la mujer por razón del derecho indiviso que posee en el inmueble; si la mujer retira el inmueble, esto es para hacer un propio con él: la mujer adquiere con este título la porción indivisa que pertenecía á sus copropietarios. La ley dice que la mujer reembolsa á la comunidad el precio de la adquisición, no se explica acerca del efecto del retiro: el inmueble será propio por el todo de la mujer, pero ¿á partir de qué momento? ¿Será desde la adquisición que hizo el marido, ó á partir del momento en que la mujer ejerce su derecho de retiro? En la opinión general, el inmueble está como habiendo sido siempre propio de la mujer. Esta doctrina nos deja con muchas dudas.

347. Un primer punto nos parece seguro: el inmueble es una ganancial en el momento en que el marido hace su adquisición. En efecto, el marido lo adquiere á título oneroso

durante el matrimonio; luego, según los términos del artículo 1,401, núm. 3, el inmueble entra en la comunidad. Tal es también la intención del marido que lo adquiere; él es el *único* adquirente y *en su nombre personal*, la mujer no concurre al acta y el marido no la representa; la consecuencia es que el marido se hace propietario, y todo inmueble que adquiere durante el matrimonio es una ganancial. La Corte de Casación lo sentenció así y esto no es dudoso. (1)

Troplong escribió, sin embargo, que esto es una idea falsa y peligrosa. No titubeamos en decir que la opinión de Troplong es uno de esos errores demasiado numerosos que se encuentran en su *Tratado acerca del contrato de matrimonio*. «Si consultamos el texto, dice que no hay un solo momento en que considere la cosa como ganancial antes de la opción de la mujer» ¡Y qué! el texto dice que el marido se hace *solo y en su nombre personal adquirente* del inmueble, y no será propietario, ¡y el inmueble que el marido adquiere no será una ganancial? ¡Cómo! El texto dice que, cuando la disolución de la comunidad, la mujer puede *abandonar* el efecto á la comunidad, ¡y este inmueble que deja á la comunidad no hubiera sido una ganancial? Hubiera sido propio de la mujer, sin que haya sido adquirente, ni su marido por ella. ¡Cómo! El texto dice que la mujer puede *retirar* el inmueble. ¡Retirarlo de dónde? De la comunidad; luego en el momento en que lo retira, está en la comunidad; y estaría en la comunidad sin ser una ganancial.

Troplong invoca también los principios; pero ¡qué principios! «El marido está *presumido* ser el *negotiorum gestor* de la mujer para hacer cesar la indivisión.» ¡Cómo! El artículo 1,408 es una disposición de desconfianza escrita contra el marido que, lejos de entender gestionar los negocios de la mujer, quiere adquirir el inmueble por su cuenta, y se nos

1 Denegada, 25 de Julio de 1844 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 837).

viene á decir que el marido está *presumido* ser el *negotiorum gestor* de su mujer. La adquisición del marido, continúa el autor, hace cesar la indivisión, y todo reparto retrotrae. «¿Cómo fuera posible que el inmueble no tuviera *primá fronte*, la naturaleza del propio?» (1). Así, el marido que no tiene ningún derecho en el inmueble y que obra *solo, en su nombre personal*, reparte el inmueble, ¡y este reparto tiene un efecto retroactivo! ¿Se divide acaso un bien del que no es copropietario? La mujer es quien es copropietaria; ella es quien tendría el derecho de repartir; y ésta no interviene en el contrato, el marido la aparta de él, se hace *único adquirente* en su nombre y por su cuenta; ¡y esto sería un reparto! (2)

348. El inmueble adquirido por el marido es, pues, una ganancial, y queda ganancial hasta que la mujer lo *retire*. Es por el retiro como deja de ser ganancial para volverse un propio. ¿No debe concluirse de esto que el inmueble solo es propio desde el momento del retiro? Entonces es cuando lo adquiere la mujer y se hace propietaria de él, á reserva de reembolsar el precio de la adquisición á la comunidad; este retiro equivale á una compra, y la compra solo hace á la mujer propietaria desde el momento del contrato; luego solo desde ese momento el inmueble le es propio. Decimos que el retiro es una compra. El marido adquirió todo el inmueble. Ya no hay indivisión. La comunidad es propietaria; la mujer retira el inmueble: ¿es á título de copropietario por indiviso? ¡y el acto equivale á un reparto? Nó, la mujer ha vendido su parte indivisa, no tiene ya ningún derecho en el inmueble; si lo retira, no es como copropietario, ya no lo es, es en virtud de un beneficio de la ley. Ella vuelve á comprar el inmueble, el retiro es una recompensa; luego una nueva adquisición, una venta ordinaria, por lo tanto, el inmueble

1 Troplong, t. I, pág. 223, núm. 648.

2 Compárese Colmet de Santerre, t. VI pág. 88, núm. 37 bis VII y VIII.

se vuelve propio en virtud del retiro, luego desde el retiro. Solo en el caso en que el marido adquirió una porción del inmueble indiviso, es como la mujer queda copropietaria por indiviso por su parte; en este caso, puede decirse que el retiro es un acto que hace cesar la indivisión y que equivale á un reparto; la mujer puede entonces invocar el principio del art. 883, es, adquirente de un inmueble que posee por indiviso con la comunidad; el retiro hace cesar la indivisión, y ésta cesa retroactivamente. En esta hipótesis, el inmueble se hace propio desde el momento en que la indivisión ha comenzado.

Así, en nuestro concepto, debe distinguirse. Si el marido adquirió la porción indivisa del inmueble que pertenece al copropietario de la mujer, el único efecto de esta adquisición será el de poner á la comunidad en el lugar del vendedor; la indivisión continúa, la mujer posee el inmueble por indiviso con la comunidad; es decir, con el marido. Si ejerce el retiro, éste solo es un acto de adquisición que hace cesar la indivisión, por consiguiente, la mujer, al ejercer el retiro, usa del derecho que le está dado por el primer inciso del art. 1,408: el inmueble le es propio en virtud de un acto que equivale á una partición. La única diferencia entre el retiro de indivisión y la adquisición de que habla el primer inciso, es que el retiro es obligatorio para la comunidad copropietaria por indiviso; mientras que la adquisición hecha en el caso del primer inciso es voluntaria, en el sentido de que depende en general del copropietario el vender ó no vender; pero aun puede decirse que si la mujer pide el reparto, tiene derecho para ello, no pudiendo nadie quedar obligado á permanecer en indivisión (art. 815).

En la otra hipótesis, el marido se hace adquirente de la totalidad del inmueble. Ya no hay indivisión; los arts. 883 y 1,408, primer inciso, están fuera de causa; el segundo inciso es el sitio de la dificultad. El retiro ya no hace cesar

la indivisión, es una compra, una mera venta que crea un propio en virtud del beneficio de la ley, pero el inmueble no se hace propio sino desde el momento del acta. La opinión contraria está generalmente admitida; vamos á exponer los motivos en los que se funda, así como nuestras dudas.

349. En la opinión general se admite que la opción de la mujer tiene un efecto retroactivo; es decir, que el inmueble que la mujer retira está como si le hubiese sido propio siempre. Se dice que el derecho del marido es tradicional; Colmet de Santerre agrega que esto no es dudoso, y quizá es porque esto parece seguro, por lo que los autores dan apenas un motivo de su opinión. ¿Por qué es tradicional el derecho del marido? El marido no adquiere bajo condición resolutoria expresa, entiende adquirir definitivamente. La condición debe pues, ser tácita. No lo es en virtud de la ley, puesto que ésta nada dice; debiera, pues, serlo en virtud de la voluntad tácita de las partes contratantes. Vuelve aquí nuestra cuestión: ¿por qué se admite esta voluntad tácita? El marido sabe, sin duda, que la mujer podrá retirar el inmueble y que la ganancial que entiende adquirir para la comunidad podrá volverse un propio para su mujer. Pero de esto no se deduce que tenga intención de adquirir bajo condición resolutoria. Diremos más; tal no puede ser su intención, pues si solo es propietario bajo condición resolutoria, no podrá disponer del inmueble, y tendrá los cargos de la adquisición sin gozar de sus beneficios, el lado malo del negocio será para él y para la comunidad, y el bueno para la mujer; si la adquisición es buena, si el inmueble aumenta de valor, la mujer lo retirará; si la adquisición es mala, si el inmueble disminuye de valor, la mujer lo abandonará á la comunidad. Con estas condiciones mejor sería hacer la adquisición por cuenta de la mujer, haciéndola concurrir en el acta. Lo seguro es que no puede admitirse una intención

tácita del marido contra su propio interés. Además, se olvida que la condición no puede resultar de la sola voluntad del marido, debería probarse además, que tal es también la intención del vendedor, pues la condición siendo una cláusula del contrato solo puede resultar del concurso de consentimientos. Diremos más adelante que los copropietarios de la mujer tienen, al contrario, interés á que la adquisición del marido sea definitiva; luego no puede tratarse de una condición resolutoria fundada en la voluntad de las partes contratantes.

La condición resolutoria, si no es convencional, debe ser legal. No está escrita en la ley; debiera, pues, resultar de la voluntad tácita del legislador. En principio, nos parece difícil admitir una condición fundada en la voluntad tácita del legislador; se necesitaría para esto que la condición fuera una consecuencia necesaria de la disposición. Se dice que sin la retroacción del retiro, el derecho concedido á la mujer sería decisivo, el marido pudiendo de un momento á otro enajenar la ganancial, lo que haría imposible el ejercicio del retiro. Contestamos que en la interpretación que hemos admitido, la mujer puede retirar el inmueble durante la comunidad; luego inmediatamente después de la adquisición hecha por el marido. Es verdad que si la mujer no obra en seguida, su derecho puede perecer. Para resguardar enteramente sus intereses, el legislador hubiera debido declarar el retiro retroactivo; pero la cuestión está en saber si así lo hizo, y hasta aquí no hemos encontrado en el texto ninguna disposición de la que pueda inducirse la voluntad segura del legislador; y se necesita una voluntad manifiesta para que se pueda admitir una condición tácita.

El único argumento que tenga alguna apariencia jurídica consiste en decir que el retiro equivale á la adquisición que la mujer hubiere hecho del inmueble. Si lo hubiere adquirido, como para ello tiene derecho en virtud del primer in-

ciso del art. 1,408, el inmueble le sería propio, no solo desde la adquisición, sino desde el momento en que comenzó la indivisión. Y ¿cuál es el objeto del derecho de retiro? Es garantizar á la mujer el derecho que le da la ley en el caso en que el marido quisiera quitárselo; luego el retiro debe tener el mismo efecto que la adquisición del inmueble, por consiguiente, éste deber ser un propio en virtud del retiro, como lo hubiera sido en virtud de la adquisición; es decir, que debe tener un efecto retroactivo. Tal pudiera ser seguramente el sistema de la ley, si hubiere entendido garantizar los intereses de la mujer, con exclusión y en perjuicio del derecho de tercero. Pero lo repetimos, se trata de saber, no lo que debiera haber hecho el legislador, sino lo que ha hecho. La teoría que acabamos de exponer, ¿será la que consagra el art. 1,408? Esta implica una ficción: y es que un acto que no hace cesar la indivisión esté, sin embargo, considerado, en cuanto á los efectos, como un reparto. El retiro no hace cesar la indivisión en la hipótesis de la adquisición total por el marido; lo hemos probado (núm. 348), y puede decirse que la cosa es evidente: ¿Cómo haría cesar la indivisión el retiro cuando nada hay de indiviso? La realidad de las cosas es, pues, esta: la mujer *retira* el inmueble de la comunidad reembolsando el precio. Un acto de recompra no puede ser considerado como un acto de partición; se necesita para esto una ficción; la ley no la establece y solo el legislador puede crearla. En nuestro concepto, esto es decisivo. (1)

350. Se invoca la jurisprudencia en apoyo de la doctrina enseñada por los autores. A decir verdad, está dividida y tiene poca importancia, porque no hay sentencia de principio que haya previsto y resuelto las dificultades que presen-

1 Véase en sentido contrario, Troplong, t. I, pág. 224, núm. 651, pág. 225, núm. 654. Durantou, t. XIV, pág. 275, núm. 209. Rodière y Pont, t. I, página 177, núm. 170. Colmet de Santerre, t. V, pág. 89, núm. 37 bis IX.

ta la cuestión. Troplong cita el considerando siguiente de una sentencia de la Corte de Casación que, dice él, parece haber decidido lo contrario: «que del texto como del espíritu del art. 1,408 resulta que el marido, *sobre todo para con los terceros*, se hace propietario del inmueble por él adquirido, á reserva del ejercicio del derecho de opción ó de retiro reservado á la mujer.» (1) Si el marido es propietario para con los terceros, las actas de disposición que haga serán inatacables: de donde resulta que el retiro de la mujer no retrotrae contra terceros, y de ellos es de quienes se trata. Troplong dice que se atreve á creer que la sentencia ha sido pronunciada en circunstancias que la absuelven, hasta cierto punto, de un error tan grave. Error para los unos, verdad para los otros: ¡así es nuestra ciencia! Lo seguro es que no se puede decir que nuestra opinión esté desechada por la jurisprudencia, cuando puede apoyarse en una sentencia de la Corte de Casación. Podemos también invocar una sentencia de la Corte de Nancy que decide que el inmueble indiviso del que es adquirente el marido, se vuelve una ganancial. (2) Esta es la base de nuestra teoría. Es verdad que hay tantas inconsecuencias en esta materia que siempre está uno expuesto á equivocarse prevaleciéndose de una decisión judicial, pues no es seguro que la Corte que la pronunció acepte sus consecuencias.

Es la opinión contraria á la nuestra la que reina en la jurisprudencia. Pero las sentencias solo tienen valor por sus motivos, y si se pesan los motivos, la importancia de la jurisprudencia en nuestra cuestión disminuye singularmente. Una de las sentencias más radicales es la que pronunció la Corte de Grenoble. No se conforma con decidir que el retiro tiene un efecto retroactivo, lo que cuando menos implica que el marido es propietario bajo condición resolutoria,

1 Denegada, 25 de Julio de 1844 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 837).

2 Nancy 9 de Junio de 1854 (Dalloz, 1855, 2, 251).

según lo enseñan los autores; la Corte pretende que la propiedad descansa en la persona de la mujer hasta el momento en que ésta usa de su derecho de repudiación. (1) Que se compare esta decisión con el texto del art. 1,408, y se vencerá uno de que la sentencia hace decir á la ley lo contrario de lo que dice. El artículo no dice que la mujer tiene el derecho de repudiar la adquisición, lo que implicaría que el inmueble le es propio, por esto solo que no manifiesta la intención de dejárselo á la comunidad, de manera que el silencio de la mujer bastaría para que el inmueble le fuera propio. ¿Esto es lo que la ley dice? No, seguramente; confiere una opción á la mujer; ésta tiene el derecho de elegir entre abandonar el efecto á la comunidad ó retirarlo de ella; una elección exige una declaración de voluntad, es menester que la mujer diga si quiere que el inmueble le sea propio que lo retire de la comunidad; luego el inmueble no le es propio en virtud de la adquisición que hizo de él el marido. La Corte de Grenoble dice también que el marido adquiere para la mujer y en interés de ésta; el art. 1,408 dice que el marido adquiere *en su nombre personal*; luego en interés suyo. Que se formule la interpretación de la Corte de Grenoble: conduce á decir que la mujer puede hacer un propio con el inmueble que el marido adquirió solo y *en su nombre personal*; luego por cuenta suya. La antinomia del texto y de la interpretación no pudiera ser más grande. En nuestro concepto, semejante jurisprudencia es un mal apoyo.

351. Llegamos á las consecuencias de las dos opiniones contrarias. El marido hace actas de disposición, enajena el inmueble, lo hipoteca, lo grava con derechos reales. Después la mujer retira el inmueble para hacer de él un propio: ¿que sucede con las actas hechas por el marido? Si se admite con la Corte de Casación que el marido es propietario para con los terceros, subsisten las actas de disposición, tu-

1 Grenoble, 18 de Agosto de 1854 (Dalloz, 1856, 2, 61).

vo el marido el derecho de hacerlas; la mujer no las puede atacar; debe, pues, respetar los derechos reales, y, en caso de enajenación, no puede ejercer el retiro contra el tercer adquirente.

En la opinión contraria, el marido solo tiene una propiedad resolutoria, y los derechos que concede á terceros están afectados de la misma condición. Si la mujer retira el inmueble, el derecho del marido está resuelto, así como todos los derechos por él consentidos en el inmueble. Los autores están unánimes en este punto, (1) y la jurisprudencia está en el mismo sentido. Sin embargo, ésta no se demuestra tan explícita como la doctrina. (2) La única sentencia pronunciada en un caso de enajenación, es la de la Corte de Riom; en el caso, los esposos estaban casados bajo el régimen dotal; el marido había adquirido derechos sucesivos de los que la mujer era copropietaria. Se debe considerar, dice la Corte, la adquisición como hecha en nombre de la mujer para acrecentar sus bienes dotales. Aquí detenemos á la Corte y le preguntamos: ¿en qué parte está esto escrito? Seguramente no es en el art. 1,408 que dice lo contrario, pues la adquisición no está hecha en nombre de la mujer, sino en el nombre personal del marido; luego por su cuenta. Del pretendido principio de que la adquisición se hace para la mujer, la Corte deduce la consecuencia de que el inmueble es dotal y que el marido no pudo enajenarlo. Se ve que la sentencia pronunciada por la Corte del Mediodía es una sentencia romana.

352. El principio en el que descansan la doctrina y la jurisprudencia tiene además otras consecuencias ante las que los autores y los tribunales han retrocedido. Si el retiro retrotrae al día de la adquisición hecha por el marido, solo puede ser esto en virtud de una ficción por la que la mujer

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 315, nota 105, y los autores que citan.

2 Véase en cuanto á la resolución de las hipotecas, las sentencias citadas por Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 858.

que retira el inmueble está como si lo hubiese comprado. Ella será, pues, el adquirente, y, por consiguiente, deudora del precio para con los vendedores. La Corte de Lyon lo había sentenciado así y su decisión es muy lógica si se admite la ficción que implica la opinión general. Sin embargo, la sentencia fué casada. La Corte de Casación invoca el texto del art. 1,408, lo que es muy significativo, pues el texto ignora todo cuanto se le hace decir: la ley dice que la mujer que retira el inmueble está obligada á reembolsar el precio á la comunidad, es con esta última con quien ella trata al retirar un inmueble ganancial; no ha tratado con los vendedores del marido, no les debe, pues, nada. (1) Esto es verdad en nuestra opinión, que parece ser también la de la Corte de Casación. Pero esto no es exacto cuando se admite la opinión general. No obstante, los autores enseñan como la Corte, que la mujer no es deudora de los vendedores, que éstos solo tienen su privilegio y la acción por resolución. (2)

353. Solo un autor, el último que ha escrito acerca de la materia y uno de los mejores, ha sido herido por la contradicción entre el principio y la doctrina admitida por los autores y la jurisprudencia. La consecuencia lógica del principio conduce á decidir que la mujer es deudora de los vendedores. Pero esta vez puede decirse que la consecuencia testifica en contra del principio. Si la mujer es deudora resulta que está como si hubiese contratado con los vendedores; sin embargo, es extraña en el contrato, no consintió y los vendedores no consintieron en tratar con ella. Así se llega á un contrato sin concurso de consentimiento. La ficción llega hasta la herejía jurídica. ¿No es esto una prueba muy palpable de que el legislador solo hubiese podido consagrar la teoría que combatimos? (3)

1 Riom, 20 de Mayo de 1839 (Dalloz, *ibid.*, núm. 859).

2 Casación, 14 de Noviembre de 1854 (Dalloz, 1855, 1, 232).

3 Rodière y Pont, t. I, pág. 549, núm. 640. Aubry y Rau, t. V, págs. 315 y siguientes, y nota 106.

No llegamos aún al cabo de las dificultades. El señor Colmet de Santerre llamó el primero la atención acerca de una consecuencia de la opinión general que está en oposición con todos los principios. Los copropietarios del inmueble han querido tratar con el marido, y he aquí que por el efecto del retiro, sucede que no han tratado con él, puesto que está como si no hubiese sido nunca adquirente. La mujer es la que substituye al marido; los vendedores han tratado, pues, sin querer con la mujer. No se les puede obligar á vender sin su consentimiento, se les debe, pues, permitir el pedir la nulidad del acta por la que el marido se había hecho propietario. Se objetaría en vano que los vendedores no tienen interés; puede haber otros terceros interesados en apartar á la mujer: éstos son los terceros acreedores hipotecarios que tienen sus derechos de los copropietarios de la mujer. Si el retiro retrotrae por aplicación de los arts. 883 y 1,408, la consecuencia será desastrosa para los terceros: la mujer les opondrá el principio de ser como si hubiese sido siempre propietario del inmueble que retira, mientras que los vendedores están como si nunca lo hubieran sido: luego caen las hipótesis. (1) He aquí una consecuencia de la opinión general que debe dar que pensar. La solución que el señor Colmet de Santerre propone no será acogida; se opondrá el texto de la ley, como lo ha hecho ya la Corte de Casación. Hay, pues, que buscar el remedio en otra parte. Se encuentra también en el texto. La ley ignora la ficción de la retroacción y las extrañas consecuencias que proceden de ella. Da á la mujer un derecho de retiro; es decir, de recompra. Esto supone una nueva convención que transforma el inmueble ganancial hasta aquí, en propio. Este cambio no opera en lo pasado, luego todos los derechos están mantenidos. En la opinión general, se sacrifican los derechos de los terceros al retiro de la mujer; nosotros conciliamos estos derechos con

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 90, núms. 37 bis X-XIII

el de la mujer, permitiéndole retirar inmediatamente el inmueble; los derechos que lo gravan subsistirán y no podrá haber nueva concesión.

*Núm. 5. Del vencimiento.*

354. El art. 1,407, dice: «El inmueble adquirido durante el matrimonio á título de cambio por el inmueble perteneciendo á uno de los esposos, no entra en la comunidad, y está *subrogado* en lugar del que fué enajenado, á reserva de compensación si hay saldo.» ¿Por qué el inmueble recibido en cambio de un propio es también un propio? La ley lo dice: por efecto de una *subrogación*. Se le llama *real* para distinguirla de la *subrogación personal*, de la que hemos hablado en el título *De las Obligaciones*. Pothier define la subrogación real como sigue: «Es una *ficción de derecho* por la que una cosa que he adquirido en lugar de otra que he enajenado, toma la calidad de la cosa enajenada, en lugar de la que fué adquirida y á la que está subrogada.» Hay una ficción en la subrogación; Toullier hace mal en negarlo. (1) ¿Cuál es la realidad de las cosas? Es que el cambio es una adquisición á título oneroso hecha durante el matrimonio; luego en virtud de la regla establecida por el art. 1,401, núm. 3, debiera formar una ganancial. Si forma un propio, es por la disposición de la ley, y como esta disposición es contraria á la realidad, debe decirse que es una ficción. No es esto una disputa de palabras: las ficciones legales están regidas por principios particulares; son de la más estricta interpretación y no sufren, por consiguiente, ninguna interpretación extensiva. Toullier dice que la disposición del artículo 1,407 está fundada en la equidad. Sin duda, es justo que el inmueble recibido en cambio de un propio se hace propio; la comunidad no tiene derecho en él. Pero la equi-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 197. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 78, núm. 35 bis I. Compárese Toullier, t. VI, 2, pág. 155, núm. 148.