

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.



dad sola no bastaría para formar un propio con el inmueble recibido en cambio; si es propio, esto es en virtud de la ley, y la ley consagra una ficción.

355. Es porque la subrogación se hace en virtud de la ley como tiene lugar de derecho pleno. La Corte de Nancy ha hecho una aplicación muy jurídica de este principio. Se pretendía que el cambio era un reemplazo y que, por consiguiente, debían observarse todas las condiciones prescriptas por la ley para que resultase del cambio un reemplazo. Esto es un error; la ley distingue el reemplazo del cambio: para el cambio no exige formalidad; luego el intérprete tampoco puede exigirla. En el caso, dos esposos habían cambiado diversos inmuebles procedentes en parte de sus propios y en parte de sus adquisiciones, declarando expresamente en el acta que los inmuebles adquiridos por ellos "serían de igual naturaleza." Es verdad que los cónyuges no habían determinado las fracciones por las que los bienes recibidos por ellos en cambio serían propios y gananciales, pero poco importa, esto no podrá transformar toda la adquisición en gananciales. Cuando la disolución de la comunidad por la muerte de uno de los cónyuges, la parte de los herederos en el inmueble constituía, pues, un derecho inmueble, puesto que era el reemplazo de un inmueble. Resultaba que este derecho no estaba comprendido en los legados de muebles que el primer difunto había hecho á su cónyuge, pertenecía á los herederos. (1)

356. Uno de los esposos posee al casarse el usufructo de varios inmuebles; lo cambia durante el matrimonio por la propiedad entera de uno de estos inmuebles. A su muerte, la viuda pretende que este inmueble es una ganancial. Fué sentenciado, y con razón, que era un propio. ¿Cuál era, pues, el motivo de duda? El marido usufructuario había muerto primero; luego si no hubiese enajenado su usufructo, se hu-

1 Nancy 3 de Marzo de 1869 (Dalloz, 1869, 2, 85).

biese extinguido á la vez que la comunidad por su muerte. Se concluía de esto que el inmueble no había sido adquirido en cambio de un propio que no existía ya. Esto era raciocinar muy mal. Para determinar la naturaleza de una adquisición, hay que trasladarse al momento en que fué hecha, sin tener en cuenta la suerte ligada á un derecho vitalicio como el usufructo. El usufructuario ponía fin á estos riesgos cambiando un derecho vitalicio por un derecho perpetuo. (1) Otra es la cuestión de saber si había lugar por este punto á compensaciones; volveremos á ocuparnos de ello.

357. El art. 1,407 da lugar á una cuestión muy controvertida. Decide que el inmueble recibido en cambio de un propio, es un propio, aunque haya una diferencia de valor entre ambos inmuebles; el inmueble es propio por el todo aunque tuviese un valor más grande que el del inmueble dado en cambio, á reserva de compensaciones por la diferencia, dice la ley. Esta es una disposición tomada al derecho antiguo. Pothier da la razón de ello: el saldo, dice, solo es un accesorio del contrato que no puede cambiar su naturaleza. Esto supone que ambos inmuebles son de un valor casi igual. Pero si el saldo es considerable, si es igual ó aun superior al valor del inmueble dado en cambio, ¿será el contrato un cambio y el inmueble recibido en cambio será un propio por entero? Pothier contesta que el contrato es mixto, mezclado de venta y de cambio; en consecuencia, decide que el inmueble será una ganancial en proporción á la suma pagada para adquirirlo, y propio por el valor del inmueble dado en cambio.

¿Deberá admitirse aún esta solución bajo el imperio del Código Civil? Hay acerca de esta cuestión casi tácita, pareceres como autores hay. Creemos que debe uno atenerse al texto; éste prevee el caso de una diferencia de valor entre

1 Angers, 25 de Mayo de 1859 (Dalloz, 1859, 2, 153).



ambos inmuebles y no lo toma en consideración; decide indistintamente y cualquiera que sea el monto del saldo que da lugar solo á una compensación y que el inmueble no deja de ser propio. Se dirá en vano que la distinción resulta de la naturaleza de las cosas. En teoría, sí; el legislador hubiera podido distinguir, pero no lo hizo, y en el silencio de la ley, el intérprete no puede distinguir. En efecto, la distinción en el caso es una de estas disposiciones arbitrarias que solo el legislador puede consagrar. ¿Cuándo cesa el contrato de ser un cambio? ¿Cuándo será mixto? ¿Cuándo por razón de lo módico del saldo habrá venta? Estas son tantas cuestiones que puede resolver solo el legislador, pues los límites son arbitrarios, y pueden ser extendidos más ó menos. En el silencio de la ley, el intérprete no puede hacer lo que el legislador debiera haber hecho; esto sería hacer la ley. (1) Solo admitimos una excepción que resulta de los principios: si hubiese fraude, las partes interesadas estarían admitidas á probar que el pretendido cambio es una venta y que, por consiguiente, el inmueble es una ganancial; el fraude hace excepción á todas las reglas y no pertenece á los cónyuges hacer propio un inmueble que, según la ley de su contrato, debe caer en la comunidad.

358. Una sentencia reciente de la Corte de Casación, se ha pronunciado en el sentido de nuestra opinión, aunque con cierta reserva. Uno de los esposos había sido expropiado, por causa de utilidad pública, de una casa que le era propia. En cambio de este inmueble, la ciudad de Paris le cedió un terreno á condición de construir en él. El valor del terreno era superior en 25,000 francos á la indemnización de expropiación atribuida á los cónyuges, tanto por la casa

1 Toullier, t. VI, 2, pág. 156, núm. 148. Zachariæ, traducción de Massé y Vergé, t. IV, pág. 76, nota 44. Glandaz, *Enciclopedia de derecho*, en la palabra *Comunidad conyugal*, núm. 113. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. V, página 301, nota 62, pfo. 507 y las autoridades que citan. Debe agregarse Colmet de Santerre, t. VI, pág. 79, núms. 35 bis III y IV. Los autores no están acordes, lo que es inevitable cuando en lugar de atenerse al texto hacen la ley.

como por la mudanza de su industria. Los esposos eran, pues, deudores de un saldo de 25,000 francos. En el reparto de la comunidad y de la sucesión, fué declarado que, conforme á la doctrina de casi todos los autores, la adquisición del terreno debe ser considerada como propio en la proporción del inmueble cedido en cambio á la ciudad, y como ganancial por el saldo; que, en consecuencia, la casa edificada en el terreno pertenece á la sucesión por 63/168, y á la comunidad por 105/168 de la suma de 240,828 francos, monto de los gastos de construcción. La casa fué atribuida á la ciudad en toda propiedad, á cargo de un saldo de 90,949 francos del que le fué conferido el usufructo para compensarla hasta debido pago del legado que le fué hecho. Se presentaron dificultades acerca de los derechos de registro. La recaudación consideró al inmueble como propio por el todo en virtud del art. 1,407, por consiguiente, la atribución á la viuda era una donación en pago, y con este título, sujeta á pagar el derecho de transmisión; el Tribunal del Sena le dió gane en la causa, y en el recurso intervino una sentencia de denegada.

La Corte comienza por hacer constar que la convención intervenida entre la ciudad de Paris y los cónyuges, es un cambio; que el saldo de que fueron cargados los esposos no impide que el inmueble sea un propio por el todo, por consiguiente, la casa construida en el terreno propio al marido, le era también propia á reserva de compensación á la comunidad por los gastos de construcción. Así, la Corte aplica á la letra el art. 1,407, á pesar de la importancia del saldo. Da después explicaciones acerca del acta de reparto que había aplicado la distinción de Pothier, considerando la convención como mixta; mitad cambio, mitad venta, en la proporción del valor estimativo de la casa cedida en cambio y de la importancia del saldo. Procediendo así, dice la Corte, las partes interesadas, la viuda y los herederos del ma-



rido "no han ejercido una facultad que hubiere sido anteriormente reservada por los esposos." He aquí la reserva: ¿quiere decir que el carácter de la adquisición dependía de las convenciones fijadas por los cocambistas? Esto sería dudoso; en nuestro concepto, los esposos no pueden derogar, durante el matrimonio, al art. 1,407 que está considerado como una cláusula del contrato de matrimonio tácito que han hecho al casarse bajo el régimen de la comunidad. La Corte agrega que á falta de convenciones, el contrato de cambio ha tenido por efecto inmediato el fijar la propiedad del terreno en la persona del marido, lo que hacía de él un propio en su sucesión; de donde la consecuencia que dicho terreno comprendiendo la construcción, no pudo salir de la sucesión sino por una convención translativa de propiedad, lo que somete á la viuda al pago del derecho proporcional por mutación. (1)

*Núm. 6. Reemplazo.*

359. El marido vende un inmueble que le es propio, después adquiere otro declarando que la adquisición está hecha con dinero procedente de la enajenación del inmueble que le era personal, y para que lo reemplazara. Esta adquisición forma un propio. Lo mismo sucedería si la adquisición hubiera sido hecha con dinero procedente de la venta de un propio de la mujer, si el reemplazo hecho por el marido fuera aceptado por ella (arts. 1,434, 1,435). ¿Por qué y á qué título el reemplazo de un propio constituye un propio? Es porque es una subrogación real, como en el caso de cambio; luego una ficción legal. Importa establecer el principio, porque tiene consecuencias importantes. Cuando el marido adquiere un inmueble declarando que la adquisición se hace con el dinero procedente de la enajenación de un

1 Denegada, Sala Civil, 9 de Agosto de 1870 (Daloz, 1871, 1, 156).

inmueble que le es propio ó que lo es de su mujer, este inmueble debiera ser una ganancial; en efecto, está adquirido á título oneroso durante el matrimonio. ¿Qué importa que el precio se pague con dinero procedente de la venta de un propio? Cuando el art. 1,401 declara ganancial todo inmueble adquirido durante el matrimonio, no distingue quien pague el precio, y no ha lugar á distinguir. No es aquel que anticipa el dinero el que se hace propietario del inmueble, es aquel que compra, á reserva de indemnización ó compensación; y es la comunidad la que compra, según los términos del art. 1,401; ella es, pues, el propietario á reserva de compensación. Tal es la realidad de las cosas. La ley permite á los esposos derogar, mediante una declaración de reemplazo, substituyendo ó subrogando el inmueble adquirido en reemplazo del propio enajenado, del que toma la naturaleza. He aquí la ficción. El reemplazo es una subrogación real; luego una ficción. (1)

360. ¿Por qué autoriza la ley esta ficción? Por estar fundada en equidad; el esposo tenía un propio, si lo enajena y compra otro con el mismo dinero procedente de la venta, con la intención de que este inmueble le sea propio, es esta una voluntad tan legítima y tan natural, que las personas extrañas al derecho no ven en ello una ficción. Se dirá: si el esposo quiere tener un inmueble propio, ¿por qué vende el que tiene? Lo vende sin duda porque tiene interés en venderlo, y compra otro porque encuentra en ello un beneficio. La ley da en este punto plena libertad á las partes, porque la libertad de transacciones es un elemento de prosperidad para los particulares y una fuente de riqueza para el Estado. Y si el esposo que está interesado en vender un propio no pudiere adquirir otro á título de reemplazo, se estorbaría la venta, y, por consiguiente, la libre circulación de las propiedades inmobiliarias, con gran perjuicio de los individuos

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 302, pfo. 507.