

y de la sociedad. En efecto, el esposo preferiría á menudo guardar su propio que enajenarlo; es verdad que el dinero procedente de la enajenación le sería propio, pero este dinero propio no reemplaza á un inmueble propio, sobre todo para la mujer. El dinero, aunque propio del esposo, cae en la comunidad, á reserva de compensación, la comunidad haciéndose propietaria á título de usufructuaria de las cosas consumibles; el marido, si se trata de dinero de la mujer, adquiere, pues, la libre disposición de él, puede aún disponer de él á título gratuito; mientras que no puede enajenar un propio de la mujer. Los propios inmuebles dan, pues, á la mujer garantías que no le da el dinero propio. La mujer tiene además otro interés en tener inmuebles propios más bien que efectos muebles, y este interés es común con el marido que tiene un propio inmueble. Los inmuebles tienen una ventaja, aumentan regularmente de valor por solo el tiempo que transcurre. He aquí, pues, cual será la posición de los esposos que enajenan un propio; si el propio no está reemplazado, solo tendrán derecho á la compensación del precio, crédito fijo que no aumenta cuando el valor del inmueble que el esposo enajena hubiera aumentado; y si un inmueble fuera comprado con su propio dinero, la comunidad es quien aprovecharía el aumento de valor de dicho inmueble. En estas condiciones el esposo no venderá. Mientras no tenga trabas en sus especulaciones, cuando al vender un propio, sabe que podrá adquirir otro propio en su lugar. (1)

Siendo ventajoso el reemplazo para los esposos, y legítimo con este título, la ley debió admitirlo; bajo el punto de vista legal, el reemplazo vuelve á colocar á los esposos en la situación en que estaban antes de la enajenación: el derecho del esposo propietario y el de la comunidad quedan restablecidos tal cual existían cuando el contrato de matrimonio; y la ley gusta de esta fijeza. Se dirá: ¿Por qué si la ley

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 194, núm. 79 bis II.

favorece el reemplazo lo somete á condiciones tan rigurosas? ¿por qué no admitir la subrogación de derecho pleno en materia de cambio? El reemplazo de pleno derecho, siendo admitido por algunas costumbres, sin duda como garantía para la mujer, los esposos quedan libres para estipularlo, pero el legislador ha hecho bien en no haberlo establecido de pleno derecho, pues puede suceder que la nueva adquisición no convenga á la mujer. Había también necesidad de evitar el fraude. Los acreedores de la comunidad y del marido no tienen acción en los propios inmuebles de la mujer; el legislador debió preveer que los esposos pudieran crearse propios ficticios, en el sentido de que substraerían á los acreedores valores que forman su prenda; fué para evitar estos fraudes como la ley prescribe condiciones severas para el reemplazo. (1) Estas varían según que el reemplazo se hace por el marido ó por la mujer.

#### *I. Del reemplazo hecho para el marido.*

361. La primera condición requerida para que haya reemplazo, es que un propio del marido haya sido enajenado, pues el reemplazo no tiene otro objeto que el de reemplazar un propio enajenado. Otra es la cuestión de saber si el reemplazo puede preceder á la enajenación. Esto es lo que se llama el reemplazo anticipado. Este reemplazo se practicaba en el derecho antiguo, y ha permanecido en nuestros usos, lo que prueba que los esposos pueden estar interesados en hacerlo. Uno de los esposos se propone enajenar un propio. Se presenta una oportunidad para hacer una adquisición ventajosa que le serviría de reemplazo, pero las circunstancias no permiten hacer á tiempo la enajenación del propio. ¿Podrá el esposo estipular que adquiere el inmueble como reemplazo del propio que enajenará? Hay un motivo

1 Troplong, t. I, pág. 334, núm. 115.

para dudar; el reemplazo anticipado no está en los términos de la ley; esto es seguro, pues el art. 1,434 exige que cuando la adquisición del inmueble, el marido declara que ésta se hace con el dinero procedente de la enajenación del inmueble que le era personal; luego la enajenación debe ser consumada antes que el reemplazo se haga. ¿Puede concebirse, dice Toullier, que se reemplace un propio que todavía existe en el patrimonio del marido? Esto parece contrario al sentido común, como lo dice Odier. (1) Sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia se pronuncian por la opinión contraria. Creemos que la opinión general se concilia con el texto y con el espíritu de la ley. Pero importa precisar los verdaderos motivos para decidir.

El texto dice: *el dinero procedente de la enajenación*. Esto quiere decir que debe haber enajenación: es preciso que la haya para que pueda haber reemplazo. ¿Cuándo debe hacerse esta enajenación? La ley supone que la enajenación está consumada en el momento en que se hace la declaración de reemplazo. ¿Es esta suposición una condición? Los términos de la ley no lo dicen; la ley supone lo que habitualmente se hace, pero no hace de ello una condición; no había ninguna razón de apartarse en este punto de la tradición. (2) ¿Qué importa el momento en que salga el inmueble del patrimonio del esposo, con tal que salga de él? ¿Y qué importa, por consiguiente, que el reemplazo se haga antes ó después, con tal que se haga para tomar el lugar de un propio enajenado? A decir verdad, el reemplazo anticipado es solo un reemplazo condicional; declaro hoy adquirir un inmueble á título de reemplazo, de tal inmueble que me propongo enajenar. Si enajeno, todas las condiciones prescriptas para el reemplazo, se hallan cumplidas; he enajenado un propio y he empleado el dinero en adquirir otro propio. Si no enaje-

1 Toullier, t. VI, 2, pág. 322, núm. 370. Odier, t. I, pág. 309, núm. 326.  
2 Poitiers, 19 de Julio de 1825 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,442).

no mi propio, no hay reemplazo, esto no necesita decirse. (1) La jurisprudencia está en este sentido, pero no está muy precisa. Se lee en una sentencia de la Corte de Casación, que el reemplazo anticipado no ofende á la moral ni al orden público. (2) Nó, seguramente; nadie ha dicho nunca lo contrario. Pero ahí no está la dificultad. Se trata de saber si una de las condiciones del reemplazo es que la enajenación del propio preceda al reemplazo. Hay una sentencia de la Corte de Paris que insiste en los inconvenientes que presenta el reemplazo anticipado: la naturaleza de la propiedad, dice la sentencia, queda insegura, puesto que depende de una condición de la que no puede preverse el fin. (3) Nos parece que el motivo se vuelve contra la sentencia que se apoya en él. Sí, el reemplazo anticipado es un reemplazo condicional, y, por tanto, inseguro. Pero, ¿no pasa lo mismo con todas las condiciones? Aun hay más; el reemplazo, cuando se hace para la mujer, es siempre inseguro, puesto que depende de la aceptación de esta última, y puede aceptar hasta la disolución de la comunidad; si la ley hubiera querido fijar inmediatamente la naturaleza de la propiedad, hubiera debido admitir el reemplazo de derecho pleno. Tal no es el sistema de nuestro Código; desde luego, la incertidumbre es inevitable. Después de todo, los inconvenientes que resultan de una disposición de la ley son una objeción con dirección al legislador; el intérprete no debe hacer caso de ella.

Hay otra sentencia que distingue: el marido no puede hacer reemplazo anticipado, mientras sí lo puede hacer la mujer. Esta distinción, aprobada por Troplong, es enteramente

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 199, núm. 79 bis VIII. Rodière y Pont, t. I, pág. 583, núm. 677. Marcadé, t. V, pág. 474, núm. 4 del artículo 1,434.

2 Denegada, 23 de Noviembre de 1826 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 751).

3 Paris, 27 de Enero de 1820 (Dalloz, *Contrato de matrimonio*, núm. 1,444).

arbitraria, descansa en consideraciones de hecho que el juez no puede tomar en cuenta. El marido venderá si la adquisición que ha hecho en reemplazo anticipado se encuentra ser ventajosa, y no venderá si la adquisición resulta mala. (1) Esto es verdad; pero esto solo prueba una cosa, y es que el legislador hubiera debido organizar el reemplazo anticipado sometándolo á ciertas condiciones. De que la ley está mal hecha, no debe deducirse que no hay ley.

362. Una segunda condición requerida para que haya reemplazo, es que la adquisición esté hecha de un inmueble con declaración que el dinero procede de la enajenación del inmueble enajenado; este dinero es propio y ocupa el lugar del propio enajenado; si la adquisición de reemplazo pudiera hacerse con otro dinero, resultaría que el esposo tendría dos propios en reemplazo del que enajena, el dinero y el inmueble comprado; substraería, pues, á la comunidad un valor que pertenece á ésta para hacerse un propio, lo que es contrario á todos los principios.

La segunda condición da lugar á varias dificultades. Se pregunta desde luego si es necesario que el dinero haya sido entregado á la comunidad. La negativa es segura; todo cuanto exige la ley es que el dinero proceda de la enajenación del inmueble propio al esposo; poco importa que haya sido entregado ó no á la comunidad. Mientras no ha sido entregado, queda propio del esposo; luego el inmueble está comprado con dinero del esposo. Cuando este dinero ha sido entregado, se vuelve propiedad de la comunidad, pero á reserva de recompensa; es decir, de restitución; ésta se hace bajo la forma de reemplazo. En este sentido, el artículo 1,470 dice que el esposo toma de la masa divisible el precio de sus inmuebles que han sido enajenados durante la comunidad y de los que no se hizo reemplazo. (2)

1 Angers, 6 de Marzo de 1844 (Daloz, 1845, 2, 56). Troplong, t. I, pág. 342, núm. 1,154.

2 Denegada, 6 de Enero de 1858 (Daloz, 1858, 1, 40).

¿Es necesario que el dinero procedente de la enajenación haya sido pagado al vendedor del inmueble adquirido como reemplazo? La respuesta es también negativa por el mismo motivo, es que la ley no exige esta condición, se conforma con la declaración de que hay dinero procedente de la enajenación y que este dinero es con lo que se paga la adquisición. Desde que se hace esta declaración, hay reemplazo; la ley no pudo exigir más, porque las partes deben gozar de libertad en las transacciones inmuebles, si no, en lugar de favorecerlas se les entorpecerían. Es raro que el precio se pague en el momento mismo de la adquisición, puede suceder que las partes no traten al contado; así, la ley no exige que el precio se pague cuando la adquisición con el dinero propio; esto sería hasta imposible en muchos casos cuando la adquisición se hace mucho tiempo después de la venta del propio; el esposo puede no poder disponer de él en el momento en que adquiere el inmueble en reemplazo. (1)

Se sigue de esto que el pago no debe hacerse con el mismo dinero que el esposo recibió al enajenar su propio. El Código no lo exige, y no hay razón para exigirlo. El Código favorece el reemplazo, puesto que crea una ficción para hacerlo posible. Y lo hubiese hecho á menudo imposible si hubiera prescripto que el pago se hiciera con el mismo dinero que fué pagado al esposo. ¿Por qué vende uno de los esposos? Ordinariamente para auxiliar á la comunidad que necesita dinero, luego se hace el reemplazo; la ley se manifiesta más exigente en la subrogación prevista por el artículo 1,250, núm. 2, así como en los casos de los arts. 2,102 2.º y 2,102, 5.º Acabamos de dar los motivos de esta excepción: la ley favorece el reemplazo, y ha debido tener en cuenta las necesidades de la comunidad, si no la facultad que concede hubiese sido poco menos que inútil. (2)

1 Misma sentencia.

2 Aubry y Rau, t. VI, pág. 239, nota 11, pfo. 575. Colmet de Santerre, tomo VI, pág. 202, núm. 79 bis XI.

363. ¿Será necesariamente preciso que el dinero propio proceda de la enajenación de un propio inmueble? El esposo puede tener otro dinero propio. Tal es el dinero dado con cláusula de que no entrará en la comunidad. El esposo donatario ¿puede comprar un inmueble con este dinero con declaración de reemplazo? Creemos que este reemplazo no puede hacerse. A decir verdad, ni siquiera puede aquí tratarse de reemplazo. La palabra *reemplazo* lo prueba; implica que un propio inmueble está reemplazado por otro propio inmueble, hay *empleo*, no hay *reemplazo*; para que el empleo hecho en muebles fuese propio del esposo á quien pertenece el dinero, se necesitaría una disposición terminante de la ley, pues esto sería una ficción, siendo la realidad que el inmueble adquirido á título oneroso se vuelve ganancial; y la ley no consagra esta ficción, lo que es decisivo. Se invocaría en vano el art. 1,434 para aplicarlo por analogía; esta disposición consagra la ficción del *reemplazo*; no puede extenderse á la ficción del *empleo*, lo que conduce á crear una ficción que la ley ignora. (1)

Se pretende que el texto que decimos no existir, se encuentra en el art. 1,470, y también se invoca el art. 1,595. Según el art. 1,470, los esposos toman de la masa repartible, 1.º sus propios si existen en naturaleza, ó los bienes que han sido adquiridos como reemplazos; 2.º el precio de los inmuebles enajenados durante la comunidad y de los que no se ha hecho reemplazo. Se dice que esta disposición no distingue si el reemplazo ha sido hecho con el dinero procedente de un inmueble propio, ó con otro dinero propio también; hay, pues, reemplazo en todos los casos. (2) Contestamos que las condiciones del reemplazo no están determinadas en el art. 1,470, que lo están en los artículos 1,434 y 1,435; en cuanto al art. 1,470, su único obje-

1 Compárese Duranton, t. XIV, pág. 525, núm. 389.

2 Morlon dice que el art. 1,470 quita toda duda (t. III, pág. 69, 2.º número 166 ter.)

to es determinar el reparto; y nunca debe hacerse decir á la ley lo que el legislador no entendió decidir. El art. 1,470 supone que hay reemplazo; ¿Cuándo hay reemplazo? Son los arts. 1,434, 1,435 los que contestan á la cuestión. Se insiste, no obstante, en el art. 1,470, y se dice que el núm. 1 habla de *bienes* que han sido reemplazados, mientras que el núm. 2 habla de *inmuebles*; la palabra *bienes*, más general, comprende también á los *muebles*, y debe entenderse así, si no el núm. 2 solo repetiría la disposición del núm. 1. (1) Contestamos que los núms. 1 y 2 del art. 1,470 tienen un objeto diferente: el primero habla de lo que se vuelve á tomar en naturaleza, el segundo de lo que se toma en precio; si se pretende que el núm. 1 es aplicable á los muebles y á los inmuebles, mientras que el segundo solo se aplicaría á los inmuebles, se llega á esta absurda consecuencia, que el esposo que tiene muebles propios no tendrá el derecho á tomar el precio si estos muebles hubiesen sido enajenados, pues el núm. 2 no prevee el caso de la devolución del mobiliario vendido. Este nos enseña en qué orden de ideas los autores del Código han escrito el art. 1,470; no se han preocupado sino de los inmuebles, aunque haya también muebles propios; si hubiesen pensado en los muebles, debieron haberlos comprendido también en el núm. 2 y, por consiguiente, emplear en este número, como en el núm. 1, la expresión general *bienes*. En definitiva, el art. 1,470 debe ser apartado como extraño á nuestra cuestión. (2)

El art. 1,595, que también se invoca, (3) dice en qué casos la venta está permitida entre esposos; el núm. 2 está concebido así: «El contrato de venta puede tener lugar entre esposos en el caso en que la cesión de bienes que el marido hace á su mujer, tiene una causa legítima, tal como el reem-

1 Paris, 9 de Julio de 1841 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,476).

2 Rennes, 12 de Diciembre de 1846 (Dalloz, 1847, 2, 199).

3 Troplong, t. I, pág. 343, núm. 1,156.

plazo de sus inmuebles enajenados, ó del *dinero* que le pertenece, si estos inmuebles ó *dinero* no caen la comunidad. En apariencia, el art. 1,595 es decisivo, puesto que admite el reemplazo del *dinero propio*. En realidad, la ley prevee un caso enteramente especial. Desde luego, el lenguaje del artículo es inexacto cuando habla del reemplazo del *dinero* y que lo coloca en la misma línea que el de los *inmuebles enajenados*; se emplea el *dinero* y no se le reemplaza. En seguida, la ley no prevee el reemplazo propiamente dicho, ni aun en lo que concierne á los inmuebles propios enajenados. Cuando el marido es deudor del precio de los propios de la mujer que han sido enajenados, la ley le permite pagar esta deuda, cediendo un inmueble á la mujer en pago de lo que le debe. Esta venta bajo forma de donación en pago, no está sometida á las condiciones que el art. 1,425 exige para el reemplazo hecho en nombre de la mujer; no es, pues, un reemplazo propiamente dicho y no produce tampoco sus efectos. En el caso del art. 1,470, hay venta, y, por consiguiente, la mujer solo se vuelve propietaria en el momento en que la venta se perfecciona. El reemplazo al contrario, retrotrae, como lo vamos á decir, en el sentido de que la mujer es propietaria del inmueble adquirido en reemplazo desde el día en que su marido hizo la adquisición con declaración de reemplazo. De ahí consecuencias muy importantes en cuanto á los derechos que han adquirido los terceros en el inmueble cedido á la mujer entre la adquisición del marido y la cesión que hace de él á su mujer. La mujer debe respetar estos derechos en el caso del art. 1,595, y no debe respetarlos en el caso del art. 1,435. (1)

Se hace otra objeción á la opinión que hemos enseñado; bueno es mencionarla porque se nos ha de hacer repetidas veces. Se dice que es una interpretación judaica. (2) Este es

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 304, nota 71. Colmet de Santerre, t. VI, página 201, núm. 79 bis X.

2 Mourlon, *Repeticiones*, t. III, pág. 69, núm. 160 ter.

el reproche que se gusta dirigir á los que se agregan á la letra de la ley; es merecido cuando ateniéndose á la letra de la ley, se le hace decir lo contrario de lo que pretendió decir. Pero en el caso, se olvida que se trata de interpretar una ficción legal, y estas ficciones son esencialmente de estricta interpretación. Troplong agrega que no debe violentarse la voluntad de las partes. (1) Contestaremos que el reemplazo no depende de la voluntad de las partes, la ley es la que reglamenta las condiciones, y se necesitó una ley para permitir á los esposos transformar en propio un inmueble que, en virtud de su contrato tácito, debía ser una ganancial. La ley es, pues, la única que deba considerarse en esta materia, y á ella es á quien no debe hacerse violencia, como se hace en la opinión que combatimos. (2)

La jurisprudencia está dividida. (3) Hay sentencias de las cortes de Rennes y de Douai en el sentido de nuestra opinión. La de la Corte de Douai agrega una consideración á las que hemos hecho valer. ¿Por qué no permitir, se dice, el reemplazo de los muebles propios cuando se permite el de los inmuebles? La cuestión se dirige al legislador que probablemente no lo pensó, porque regularmente no hay propios muebles bajo el régimen de la comunidad legal. Se puede, sin embargo, dar una razón de la diferencia que pone la ley entre los propios muebles é inmuebles. La subrogación de un inmueble á otro inmueble no trae ningún cambio en los respectivos derechos de la comunidad y de los esposos; solo vuelve á establecer el estado de las cosas tal cual existía antes de la enajenación. Muy diferentemente sería con el reemplazo del *dinero propio*, traería un cambio á la situación de los esposos; aquel de los esposos que tiene dinero

1 Troplong, t. I, pág. 342, núm. 1,157.

2 Véase, en sentido contrario, Aubry y Rau, t. V, pág. 309, nota 88, párrafo 507 y las autoridades que citan.

3 Véase, en el sentido de la opinión general, una sentencia bien motivada de la Corte de Tolosa, de 27 de Mayo de 1844 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,474).

propio era acreedor de la comunidad, se volvería por el reemplazo propietario de un propio inmueble. El marido podrá disponer del dinero propio de la mujer; podrá servirse de él en sus empresas agrícolas, industriales ó mercantiles, mientras que no podrá disponer de los inmuebles adquiridos en reemplazo. Hay, pues, razones para no admitir el reemplazo del dinero. (1)

364. No basta que el marido haga una adquisición con dinero procedente de la enajenación de un inmueble que le era propio; es necesario que lo declare. Así, el hecho solo sería inoperante. La razón de esto es sencilla; el legislador no impone el reemplazo, lo permite; el marido está, pues, en libertad de hacer el reemplazo ó no hacerlo con el precio que recibió, y aunque esté resuelto á emplear el dinero, tiene el derecho de elección de las adquisiciones. Una ocasión se presenta para hacer una adquisición ventajosa para la comunidad; el marido la hace con su dinero propio, á reserva de hacer más tarde un reemplazo para sí, cuando se presente oportunidad. La ley no podía, pues, conformarse con el hecho de que un inmueble fué adquirido por el marido con su dinero propio para declarar este inmueble un propio; hubiera arriesgado atribuir al marido un inmueble que hubiese comprado para la comunidad. De ahí la necesidad de una declaración (2) de empleo; es decir, de una manifestación de la voluntad del marido.

¿En qué debe consistir esta declaración? Acerca de este punto la ley está muy explícita. Según el art. 1,334, el marido debe declarar que la adquisición se hizo con el dinero de la enajenación del inmueble que le era propio, y para servirle de reemplazo. Así, se necesita una doble declaración: la primera tiene por objeto hacer constar el origen del di-

1 Douai, 2 de Abril de 1846 (Dalloz, 1847, 2, 198). La Corte ha modificado su jurisprudencia. Véase la sentencia de 15 de Julio de 1861 (Dalloz, 1862, 2, 159).

2 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 194, núm. 79.

nero; la segunda hace constar la intención de hacer un reemplazo. Este punto ha sido contestado, sin embargo, á pesar de la evidencia del texto. El artículo se sirve de la conjunción *y*; se pretende que la conjunción está tomada aquí por la disyuntiva *o*, y para interpretar así la ley corrigiéndola, se prevalecen de la autoridad de Pothier, quien efectivamente se sirve de la disyuntiva *o*. Puesto que en el antiguo derecho una de las dos declaraciones bastaba, se concluye que, en una materia tradicional, se debe explicar el Código por la tradición. Se ha contestado, y la respuesta es decisiva, que el derecho antiguo exigía una doble declaración; los testimonios son positivos y no dejan ninguna duda. El mismo Pothier no dice lo contrario en términos formales. Después de todo, cualquiera que sea nuestro respeto para la autoridad de Pothier, respetamos más aún á la ley; y el Código está terminante; exige dos declaraciones, y no las exige para la subrogación real del art. 1,434, las prescribe en todos los casos en los que se trata de subrogaciones personales; quiere siempre que se mencione primero el origen del dinero, y luego el destino del empleo que se hace de él. Nos limitaremos á recordar la subrogación convencional del artículo 1,250, núm. 2. El deudor pide una suma prestada para pagar su deuda subrogando al prestador en los derechos del acreedor. ¿Basta para que haya subrogación que el acta mencione, ya sea el origen del dinero que sirve para pagar al acreedor, ya la intención de subrogar al prestador al acreedor primitivo? Nó; es necesario que el acta diga que la suma ha sido solicitada para hacer el pago, y es necesario que el recibo declare que el pago fué hecho con dinero ministrado á este efecto por el nuevo acreedor. Misma disposición en el art. 2,103. Este es, pues, un sistema general del Código, lo que no deja ninguna duda acerca del sentido del art. 1,434.

La jurisprudencia de la Corte de Casación está en este sentido; decidió en una sentencia de principio que se necesita una doble declaración para que haya reemplazo. En regla general, dice la Corte, todas las adquisiciones á título oneroso hechas durante el matrimonio son gananciales; por derogación á esta regla, ciertas adquisiciones, aunque hechas durante el matrimonio, constituyen propios. Estas son excepciones; luego de estricta interpretación. Tal es el reemplazo.

Pero la derogación está sometida por la ley á reglas precisas, y el reemplazo especialmente no puede resultar sino de la doble declaración de que la nueva adquisición fué hecha con dinero propio del marido y que se hizo para servir de reemplazo. En el caso, el origen del dinero constaba, pero nada se decía en cuanto á la intención de hacer el reemplazo; la Corte de Paris había, no obstante, admitido el reemplazo: su sentencia fué casada. (1)

Se concibe que la única declaración del origen del dinero no basta para que haya subrogación, y, por consiguiente, reemplazo, pues esta mención pudo haber sido hecha para hacer constar que el dinero fué empleado sin que el marido quisiera hacer la adquisición por su cuenta. Pero cuando el marido declara que el inmueble está destinado á servir de reemplazo al precio procedente de un propio enajenado, debiera haber reemplazo sin que deba agregar una indicación del origen del dinero. La ley hubiera podido conformarse con semejante declaración, pero exige tan positivamente una declaración distinta para el origen del dinero, que debe decidirse, en nuestro concepto, que si no se hace tal declaración, no hay reemplazo. Esto es riguroso, pero en materia de ficciones todo es de rigor. Debe agregarse que el objeto de la ley es prevenir el fraude. Razón más para que la ley

1 Casación, 20 de Agosto de 1872 (Daloz, 1872, 1, 406). En el mismo sentido, Denegada, 23 de Mayo de 1838 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,407).

se demuestre severa, y el intérprete debe poner mucho rigor en interpretar una ley rigurosa. (1)

365. ¿En qué términos debe ser hecha la declaración? No hay testimonios sacramentales, esto se comprende; pero es necesaria una declaración, lo que implica una mención expresa; es decir, hecha por palabras, ya sea con los términos de que la ley se sirve, ó términos equivalentes, esto es indiferente; pero se necesitan términos que expresen la mente de la ley. La Corte de Bruselas ha sentenciado que una *declaración tácita* no sería suficiente. Esto es confundir el *consentimiento* con la *declaración*; se puede consentir tácitamente, pero no concebimos que se *declare* alguna cosa *tácitamente*, pues *declarar* es expresar una intención con palabras; es, pues, contradictorio en los términos hablar de una declaración tácita. La Corte invoca el derecho antiguo; según los mejores autores, dice, que han escrito acerca de las costumbres en las que la mención del reemplazo era requerida, el reemplazo estaba suficientemente establecido cuando la nueva adquisición se hacía en el momento mismo de la enajenación con el dinero procedente de los propios enajenados, ó poco tiempo después. (2) Basta confrontar esta opinión con el texto para convencerse que bajo el imperio del Código no puede ya tratarse de un reemplazo tácito. La Corte de Casación de Francia se ha expresado más exactamente, pero no con la suficiente precisión, diciendo que la declaración debe hacerse, si no en términos expresos, cuando menos de una manera no equívoca. (3)

366. ¿Cuándo debe el marido hacer la declaración de reemplazo? El artículo quiere que haga la declaración *cuando la*

1 Rodière y Pont, t. I, pág. 565, núm. 658. En sentido contrario, Aubry y Rau, t. V, pág. 303, nota 70, pfo. 507.

2 Bruselas, 11 de Junio de 1824 (*Pasicrisia*, 1834, 2, 136).

3 Casación, 20 de Agosto de 1872 (Daloz, 1872, 1, 406). La Corte de Casación de Bélgica dice: "La declaración no debe ser enunciada en términos sacramentales: basta que indique el origen del dinero empleado para pagar el precio y la voluntad de hacer un reemplazo, de modo que no deje ninguna duda á este respecto." (Denegada, 10 de Abril de 1856, *Pasicrisia*, 1856, 1, 241).

*adquisición* del inmueble que compra para servirle de reemplazo. Pothier, de quien se tomó esta disposición, da de ello una razón de derecho que es perentoria. La declaración, dice, debe hacerse en el contrato de adquisición de la heredad nuevamente adquirida; no puede hacerse más tarde, pues á falta de declaración de reemplazo, el inmueble se hace una ganancial, y la comunidad no podría, mediante posterior declaración, ser privada de una cosa que hubiese adquirido una primera vez. (1) Hay además otro motivo de hecho que justifica la condición exigida por el art. 1,434. Si el marido pudiera hacer la declaración de reemplazo posteriormente á la adquisición, especularía á expensas de la comunidad, guardando el inmueble para sí cuando la adquisición resultase ventajosa, y la dejaría por cuenta de la comunidad cuando fuese mala. La ley hubiera debido derogar al principio para admitir una declaración posterior; y seguramente no lo podía hacer para favorecer los cálculos interesados del marido. (2)

367. Si las condiciones prescriptas para el reemplazo no han sido observadas, el inmueble será una ganancial, pues desde que no se está en la excepción, se entra en la regla, y la regla es que todo inmueble adquirido durante el matrimonio, entra en la comunidad (art. 1,401). Cualquiera persona puede prevalecerse de la inobservación del art. 1,434, no solo el cónyuge, sino también los terceros. Esto es el derecho común; las convenciones matrimoniales tienen efecto para con los terceros, en el sentido de que los terceros pueden prevalecerse de la composición activa de la comunidad, lo que determina el patrimonio propio de los esposos. La cuestión presenta considerable interés cuando se trata del reemplazo de un propio de la mujer, puesto que el marido no puede disponer de los propios inmuebles de la mujer,

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 198.

2 Duranton, t. XIV, pág. 527, núm. 392. Bourges, 23 de Abril de 1837 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,411).

mientras puede disponer de las gananciales. Aun en lo que se refiere al marido, importa saber si el inmueble le es propio; en este caso, podrá darlo, mientras no puede disponer de una ganancial á título gratuito. Cualquiera parte interesada puede sostener que el inmueble es ganancial ó propio.

## II. De las condiciones requeridas para el reemplazo hecho para la mujer.

368. El art. 1,435 dice que la declaración del marido de que la adquisición se hace con dinero procedente del inmueble vendido por la mujer y para servirle de reemplazo, no basta si este reemplazo no ha sido terminantemente aceptado por la mujer. Sigue de esto que regularmente el marido es quien adquiere el inmueble comprado para servir de reemplazo á la mujer y que él es quien hace la declaración de reemplazo. Esta es una consecuencia del derecho que el marido tiene en los bienes de la mujer, bajo el régimen de la comunidad legal. El es administrador de sus bienes; luego mandatario legal investido con poder para hacer todos los actos de administración en nombre de la mujer; y comprar es un acto de administración, el mejor empleo que pueda hacer el marido en interés de la mujer, con el dinero que le es propio. Es, pues, natural que el marido intervenga cuando se trata de reemplazar dinero procedente de la enajenación de un propio de la mujer. ¿Quiere esto decir que la mujer no pueda hablar en el contrato? Es seguro que la mujer puede comprar con la autorización de su marido, y en su nombre propio, un inmueble para que le sirva de reemplazo de aquel que vendió; este inmueble será un propio de la mujer si ésta hace la doble declaración prescripta por la ley. Este es el medio más sencillo de hacer el reemplazo; la mujer no necesita, en este caso, de aceptar la adquisición á título de reemplazo, puesto que lo estipuló ella misma.

369. El art. 1,435, dice: «la declaración del marido,» etc.