

curso de la mujer. Esta, aceptando el reemplazo, ratifica, lo que equivale á un mandato. En este sentido retrotrae la aceptación. Por consiguiente, la mujer estará como si fuera parte en el contrato en el que el marido ha hecho su declaración de reemplazo; el inmueble le será, pues, propio á partir de la adquisición. De esto, consecuencias muy graves en cuanto á las actas de disposición que el marido ha hecho antes de la aceptación de la mujer; estas actas caerán, puesto que el marido no tenía derecho para haberlas hecho.

En la teoría de la oferta no se tienen estas consecuencias, pero con perjuicio de la mujer. El inmueble es una ganancial á pesar de la declaración de reemplazo, no siendo esta declaración más que una oferta de dar el inmueble en pago del precio del inmueble enajenado por la mujer. La oferta no concierne, pues, á la mujer; ésta queda extraña en las relaciones del marido con los terceros; respecto de éstos, el marido es propietario y tiene poder para disponer; si enajena, la enajenación es válida, puesto que es la enajenación de una ganancial, y el marido dispone de ella como señor y dueño. La mujer diría en vano que tiene derecho para aceptar el reemplazo y que su aceptación debe retrotraer si no su derecho sería ilusorio. El marido le contestaría que la declaración de empleo solo es un ofrecimiento que podía revocar mientras ella no lo había aceptado, y que lo revocó al enajenar el inmueble. Que si el marido ha concedido derechos reales en el inmueble, la mujer podrá todavía aceptar el reemplazo, pero deberá respetar las hipotecas; en efecto, su aceptación es una donación en pago; luego una venta, y la enajenación del inmueble no perjudica de ningún modo á las hipotecas que lo gravan. (1)

Estas dos opiniones contrarias proceden de principios con-

1 Moulon, *Repeticiones*, t. III, pág. 64, núm. 158, 1.º-4.º Aubry y Rau admiten el principio de la oferta y, no obstante, enseñan que la aceptación de la mujer retrotrae (t. V, pág. 306, pfo. 507). Creemos inútil detenernos en esta opinión que ha quedado aislada. Véase la refutación en Colmet de Santerre, t. VI, pág. 204, núms. 79 bis XIV y XV.

trarios que dividen á la doctrina. Nosotros hemos admitido la teoría tradicional; debemos, pues, admitir la consecuencia que Pothier deduce de ella, porque es irresistible. Si se prevalecen de estas consecuencias como de objeción contra el principio de la ratificación, contestaremos que la crítica se dirige al legislador, quien sabía lo que hacía, puesto que tenía á la vista la doctrina de Pothier; juzgó bien consagrarla á pesar de los inconvenientes incontestables de la retroacción. Hubiera podido prescribir á la mujer un plazo dentro del cual tuviera la obligación de optar; podía también permitir al marido apremiar á la mujer para pronunciarse. No lo hizo; debemos tomar la ley tal cual es. Los peligros que presenta para los terceros han sido disminuidos por las leyes nuevas que han prescripto la publicidad de las transacciones inmobiliarias. Cualquiera acta translativa de propiedad inmueble, debe ser registrada para tener efecto para con los terceros; es, pues, necesario que el acta de adquisición conteniendo la declaración de reemplazo, sea hecho público para que la mujer pueda oponerla á los terceros; éstos, teniendo conocimiento de la declaración de reemplazo, deben esperarse la aceptación y los efectos que producía la retroacción. No trataron, ó trataron estipulando garantías.

Por lo demás, la cuestión de saber cuál es el sistema de la ley, es independiente de los inconvenientes que resultan de ella. Los editores de Zachariæ invocan la discusión del consejo de Estado acerca de la aceptación de la mujer, para inducir que el marido puede revocar su ofrecimiento enajenando el inmueble que había adquirido en reemplazo del propio de la mujer. Esta es una de las discusiones más confusas que haya tenido lugar, y no condujo á ninguna votación, sino á la devolución del artículo á la sección de legislación. Treilhard opinaba que la aceptación de la mujer debía tener lugar en el momento mismo de la adquisición. Jolivet quería que la mujer pudiera aceptar el reemplazo, aun

después de la disolución de la comunidad. Se ve que la discusión era extraña á nuestra cuestión; ¿cómo hubiera decidido el consejo una cuestión en la que no estaba llamado á deliberar? Fué incidentalmente como Tronchet expresó la opinión que el inmueble adquirido por el marido en reemplazo del propio de la mujer era una ganancial. (1) Esta opinión aislada ¿se apoyaba en el derecho antiguo, ó en el proyecto del Código Civil? No se sabe; lo cierto es que es contraria á la doctrina tradicional que Pothier ha formulado (número 372), y es inconciliable con los principios que ha consagrado el Código. Es imposible que el marido, y, por consiguiente, la comunidad, se vuelvan propietarios haciendo la adquisición de un inmueble en nombre de la mujer; el marido no quiere hacerse propietario y no puede uno ser propietario á fuerza. Y como la mujer no ha consentido, se necesita, dice Pothier, que la propiedad quede en suspenso (núms. 371 y 373); vamos á decir en qué sentido.

377. Queda una dificultad: ¿qué sucede con el inmueble adquirido por el marido con declaración de reemplazo en provecho de la mujer, cuando ésta no lo acepta? Pothier contesta que el inmueble será una ganancial. (2) No hay ninguna duda acerca de este punto. Pero, ¿cómo explicar que un inmueble que el marido adquirió en su nombre entre en la comunidad? He aquí, se dice, á la comunidad que se hace propietaria sin quererlo; y si esto sucede por haberse negado la mujer á aceptar el reemplazo, ¿por qué no lo sería en el momento de la adquisición? No hay que perder de vista, y esto sucede á menudo, que el reemplazo es una ficción; para que la ficción produzca su efecto, es necesario que la mujer acepte el reemplazo que el marido declaró hacer en su nombre. Si la mujer rehusa, la declaración de reemplazo está como si no se hubiera hecho; la ley vuelve á

1 Sesión del consejo de Estado del 13 vendimiario, año XII, núm. 16 (Locré, t. VI, pág. 356).

2 Pothier, *De la comunidad*, núm. 200.

la realidad de las cosas; es decir, á una adquisición hecha por el marido durante la comunidad; luego el inmueble siempre fué una ganancial. La ficción en la que se funda el reemplazo implica, por consiguiente, que el inmueble adquirido para servir de reemplazo á la mujer, será propio de ésta si acepta, y ganancial si lo rehusa. Es en este sentido como queda en suspenso la naturaleza del inmueble.

378. A menudo se ha comparado la aceptación de reemplazo con el retiro de indiviso que el art. 1,408 concede á la mujer cuando el marido ha comprado en su nombre propio un inmueble del que la mujer era propietaria por indiviso. Se admite generalmente que el retiro retrotrae, y la opinión tradicional es también que la aceptación de la mujer retrotrae. Hemos enseñado que el retiro de indivisión no retrotrae, mientras que admitimos la retroacción de la aceptación de reemplazo. ¿No es esto una contradicción? No, hay una razón de esta diferencia. Cuando el marido adquiere un inmueble del que la mujer tiene la propiedad indivisa, entiende adquirir en su nombre propio; es decir, por cuenta de la comunidad; la adquisición forma ganancial desde el principio; esta ganancial se transforma en propio por el retiro de indivisión, el inmueble sale del dominio de la comunidad para entrar en el de la mujer: Hay una nueva transmisión de propiedad, la que no retrotrae, de manera que las actas de disposición del marido subsisten. Pasa muy distintamente cuando la mujer acepta el reemplazo que el marido hizo para ella; en este caso el marido no quiere adquirir para la comunidad, quiere reemplazar el propio enajenado de la mujer por otro propio; el inmueble no puede, pues, volverse ganancial cuando la adquisición; no es ni propio ni ganancial; el marido quiere, en verdad, hacerlo propio de la mujer, pero sabe que ésta tiene derecho para rehusar el reemplazo, que, en este caso, la declaración cae, y, por consiguiente, el inmueble será una ganancial. La naturaleza de

la heredad adquirida en reemplazo queda en suspenso hasta que la mujer se haya pronunciado. La aceptación de la mujer es una ratificación; como tal, debe retrotraer; mientras que el retiro de indivisión, lejos de ser una ratificación, tiene lugar contra la voluntad del marido, la mujer haciendo un propio del inmueble que el marido pretendía hacer ganancial.

379. ¿Qué sucede si las condiciones prescriptas para el reemplazo no han sido observadas? Si no hay declaración del marido de que el inmueble fué adquirido para servir de reemplazo, es evidente que el inmueble será una ganancial. Decimos que esto es evidente, y así sucedería si se tratase de un reemplazo hecho por el marido en su nombre. El reemplazo es una ficción, y ninguna ficción legal existe sino bajo las condiciones determinadas por la ley; si falta una de estas condiciones, ya no hay ficción, se está bajo el imperio de la realidad. Esto es decir que el inmueble quedó lo que siempre fué, una ganancial. Esto es tan elemental que parece inútil hacerlo notar. Si lo hacemos es porque leemos en una sentencia de la Corte de Casación: "que no siempre es necesario para establecer el reemplazo, con respecto al marido, que exista una declaración de su parte; que este empleo puede resultar de las circunstancias;" (1) es decir, que puede ser tácita; y si puede ser tácita para el marido ¿por qué no lo sería respecto á la mujer, siendo idéntica la ley para ambos esposos? Esto conduce á borrar del Código los artículos 1,434 y 1,435 y abandonar la ficción del reemplazo al arbitrio del juez. No conocemos mayor herejía jurídica. Basta señalarla, se refuta por sí misma. El error solo se encuentra en un considerando, pero es tan enorme que hemos debido señalarlo.

Es casi inútil agregar que si la mujer no ha aceptado el reemplazo terminantemente; es decir, de una manera expre-

1 Denegada, Sala Civil, 3 de Agosto de 1852 (Daloz, 1852, 1, 257).

sa, el inmueble será también una ganancial. La declaración del marido cae cuando no ha sido aceptada; y cuando no hay declaración de reemplazo, el inmueble es una ganancial.

III. Como se hace el reemplazo.

380. ¿En qué bienes debe hacerse el reemplazo? Siempre hemos supuesto que el reemplazo se hace en inmuebles; esta es la suposición de la ley, y esta suposición es una condición. No se conciben reemplazos en objetos muebles cuando se trata de un inmueble propio enajenado. El objeto del reemplazo es reemplazar el inmueble vendido en el patrimonio del esposo que enajenó uno de sus propios; y para que el esposo saque la misma ventaja del reemplazo, es necesario que el inmueble vendido esté reemplazado por otro inmueble; los muebles no dan á la mujer las garantías que le dan los inmuebles. El marido no puede enajenar los inmuebles, mientras en opinión bastante generalizada, se le permite enajenar sus muebles propios. Y aunque no se le reconociese este derecho, la mujer no podía reivindicar los muebles corporales que el marido vendiera, la reivindicación de objetos muebles no siendo admitida en derecho francés (artículo 2,279). Además, los inmuebles aumentan de valor, mientras que los objetos muebles corporales se desprecian con el tiempo ó por el uso que se hace de ellos. Es precisamente por razón de estas ventajas por lo que la ley ha consagrado la ficción del reemplazo; no tuviera razón de ser si se limitaba á reemplazar el precio procedente de la enajenación de un propio inmueble por otros valores mobiliarios. (1)

La Corte de Casación ha sentenciado que el reemplazo hecho en objetos muebles es nulo, pero que la mujer solo puede prevalecerse de la nulidad. (2) Hay una sentencia de la Corte de Bruselas en el mismo sentido. (3) He aquí cómo

1 Troplong, t. I, pág. 840, núm. 1,142.

2 Denegada, 21 de Junio de 1842 (Daloz, en la palabra *Sociedad*, núm. 204).

3 Bruselas, 10 de Julio de 1871 (*Pasicrisia*, 1871, 2, 346).