

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).

deben entenderse estas decisiones. El reemplazo en objetos muebles no es un reemplazo, es una donación en pago; y la ley admite que el marido ceda *bienes* á su mujer en reemplazo de sus inmuebles enajenados ó de dinero que le pertenecía; el art. 1,595, dice: *bienes* es lo que comprende á los objetos muebles. No hay que decir que si la mujer acepta semejante cesión, es válida; ya no puede, pues, tratarse de pedir su nulidad. La Corte de Bruselas dice que solo la mujer está admitida á criticar esta operación, como no siendo conforme á las reglas protectoras de sus derechos; que los terceros no pueden invocar una ilegalidad que solo concierne á la mujer. No vemos ilegalidad en hacer lo que el artículo 1,595 permite. Todo lo que resulta es que no habrá reemplazo, habrá una donación en pago.

381. Lo más á menudo hay una diferencia de valor entre el inmueble enajenado y el adquirido en reemplazo. Si el inmueble adquirido vale menos, no hay ninguna dificultad, la mujer queda acreedora de la comunidad por lo demás; lo mismo sucede con el marido. Pero ¿qué debe decidirse si el inmueble comprado vale más? ¿Será propio por entero? Pothier contesta que su heredad solo será propia por subrogación hasta la concurrencia del precio por el que fué enajenado el propio, y que lo demás será una ganancial. Esta decisión está fundada en la misma esencia del reemplazo. Es una subrogación, dice Pothier; es decir, una ficción; y la ficción solo está establecida para reemplazar al propio enajenado en el patrimonio del esposo que ha hecho la enajenación; lo que implica que el valor inmueble que ha salido de su patrimonio por la enajenación, vuelve á entrar en él por el reemplazo; más allá de este valor, el reemplazo no tiene ya razón de ser, se está en la realidad, el inmueble por lo excedente es una adquisición hecha durante el matrimonio, y, por consiguiente, una ganancial. Es verdad que la ley extiende la ficción en el caso del cambio que es también una

subrogación; el inmueble recibido en cambio es propio por el todo aunque tenga un valor más considerable. Pero la ley no dice lo mismo del reemplazo; luego se está bajo el imperio de los principios que rigen á las ficciones legales: son de la más estricta interpretación. Hay además una consideración de hecho que viene en apoyo de los motivos de derecho. Si el inmueble adquirido en reemplazo fuera propio por entero, el marido podrá crearse propios á expensas de la comunidad; es decir, de la mujer; vendería un propio, y haría nueva adquisición por el doble ó triple valor del inmueble enajenado; (1) para decir mejor, no habría ya límites para estas especulaciones interesadas.

Pothier, después de haber establecido el principio, le hace una excepción. «Si, dice, la suma de que excede el precio de la nueva adquisición al precio del reemplazo, fuera poco considerable, entiendo que se me debiera considerar como habiendo hecho la adquisición entera por mi cuenta, á reserva de compensar á la comunidad.» (2) ¿Puede admitirse esta excepción bajo el imperio del Código? La cuestión está muy controvertida, no vemos en ella la menor duda. Pothier se sale del rigor de su principio extendiendo la ficción de subrogación: el legislador hubiera podido hacerlo; el intérprete no tiene este derecho. Lo que prueba que Pothier hace la ley, es que admite un límite puramente arbitrario: ¿Cuándo puede decirse que la diferencia de valor es *poco considerable*? La ficción será extendida ó restringida, según el gusto del juez; lo que es contrario á todos los principios. El intérprete nunca puede crear disposiciones arbitrarias; no lo puede hacer, sobre todo, en materia de ficciones legales.

Los autores están muy divididos. Delvincourt y Bel-

1 Véase un ejemplo en una sentencia de Bruselas, 29 de Julio de 1850 (*Pasicripta*, 1851, 2, 147).

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

lot des Minières se apegan al texto, como se debe cuando se trata de una ficción. Desde que se aparta uno de la letra de la ley, todo se vuelve inseguro: por esto es que hay casi tantos pareceres como autores hay. Unos reproducen la distinción de Pothier, otros la abandonan. Estos últimos están igualmente en desacuerdo entre sí. Colmet de Santerre decide que el inmueble adquirido en reemplazo será propio por entero á reserva de compensación: esto es hacer decir á la ley más de lo que dice. Durantou aplica por analogía la disposición del art. 1,407 concerniente al cambio; esto es olvidarse que en materia de ficciones la interpretación analógica no se admite. Bugnet, según Pothier, hace otras distinciones; creemos inútil discutir las porque no reconocemos en los intérpretes el derecho de hacer la ley. (1)

382. ¿Quién sufre los gastos de reemplazo? Cuando la mujer acepta el reemplazo, está como si hubiese hablado en el contrato: ella compra; se le debe, pues, aplicar el artículo 1,593, según el cual los gastos de actas y otros accesorios de la venta están á cargo del comprador.

#### IV. Del reemplazo obligatorio.

383. ¿Está obligado el marido á hacer el reemplazo del precio del inmueble que la mujer enajena? Bajo el régimen de la comunidad legal, la negativa es segura. (2) Ninguna ley impone al marido la obligación de reemplazar el precio, y está en el espíritu del régimen de la comunidad que el marido goce á este respecto de entera libertad. La ventaja de este régimen consiste precisamente en la facultad que tienen los esposos de hacer servir los bienes de la mujer al aumento del crédito del marido. Cuando la mujer enajena es para ayudar al marido; es, pues, necesario que éste conserve la libre disposición del dinero; sería contradictorio que el ma-

1 Véanse las citaciones en Aubry y Rau, t. V, pág. 389, nota 86, pfo. 507 (4.<sup>a</sup> edición).

2 Lieja, 22 de Noviembre de 1855 (*Pasicrisia*, 1856, 2, 415).

rido estuviera obligado á reemplazar el propio de la mujer por un nuevo propio cuando la heredad, perteneciendo á la mujer, solo se enajenó para realizar el valor inmueble y ponerlo á la disposición del marido. Si los esposos quieren restringir esta libertad inherente al régimen de la comunidad, es menester que lo establezcan en su contrato de matrimonio, estipulando que el reemplazo será obligatorio para el marido.

Se pudiera objetar que el marido debe vigilar los intereses de la mujer, reemplazando el propio enajenado por un nuevo propio. Por esto es que la ley habla del reemplazo al tratar de la administración de los bienes de la mujer, y es también por esta razón por lo que el marido hace la declaración de reemplazo en nombre de la mujer. Contestamos que bajo el régimen de la comunidad, los intereses de los esposos se confunden, aunque tengan un patrimonio que les es propio; la mujer es asociada y es justo que realice sus valores inmobiliarios, cuando se trata de levantar el crédito de su marido ó de fortificarlo; ganará en ello por las utilidades que el marido tendrá y de las que ella aprovecha, puesto que caen en la comunidad. Así, la ley no dice que el marido deba reemplazar el dinero procedente de la enajenación de un propio de la mujer; la teoría del reemplazo implica la idea contraria. Si el marido estuviera obligado á hacer el reemplazo, esta obligación sería á la vez un derecho; trataría, pues, como mandatario de la mujer, y, por consiguiente, ésta no tendría el derecho de aceptar ó rehusar el reemplazo. Concediendo este derecho á la mujer, la ley decide implícitamente que el marido no obra como mandatario y que no está obligado á hacer el reemplazo. (1)

384. En principio, el reemplazo es, pues, facultativo. ¿Podría la mujer estipular que el reemplazo será obligatorio para el marido? Esto no es dudoso; los esposos pueden hacer

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 195, núm. 79 bis III.