

TITULO VIII.

(TITULO VII DEL CODIGO CIVIL.)

DEL CAMBIO.

§ I.—ANALOGIA Y DIFERENCIAS ENTRE LA VENTA Y EL CAMBIO.

611. El art. 1,702 define el cambio en estos términos: «El cambio es un contrato por el cual las partes *se dan*, respectivamente, una cosa por otra.» La palabra *dar* está tomada aquí en el sentido que le daban los romanos para señalar una translación de propiedad. Al decir que en el cambio las partes *se dan* una cosa por otra la ley entiende decir que las partes *se transmiten* inmediatamente la propiedad de las cosas que forman el objeto del cambio. No debe inducirse de esto que la translación inmediata de la propiedad sea de la esencia del cambio. Amenudo la propiedad será transferida por el solo hecho del contrato; así sucederá en todos los casos en que el cambio verse sobre cosas determinadas, lo que seguramente es la cosa general. Sin embargo, uno de los cambistas pudiera ofrecer una cantidad, y la propiedad de las cosas indeterminadas no se transfiere por el solo efecto del contrato, es necesaria una deter-

minación de la cosa, lo que de ordinario se hace por la entrega. (1)

Se ha hecho también otra crítica de la definición que el art. 1,702 hace del cambio; la mayor parte de los autores la modifican reemplazando la palabra *dar* por las palabras *se obligan á dar*. El Código parece reproducir la definición del derecho romano que consideraba el cambio como un contrato real, de modo que la simple convención de cambiar no bastaba para que hubiera cambio. Bajo el imperio del Código la promesa ó la obligación de cambiar es un cambio, sin que la entrega de la cosa sea necesaria para perfeccionar el contrato. El art. 1,703 lo dice: «El cambio se opera por el solo consentimiento, de la misma manera que la venta.» El cambio es, pues, un contrato consensual y está perfecto desde que hay concurso de voluntades acerca de las cosas que deben ser entregadas por los cambistas. Un autor que gusta mucho de criticar tanto al Código como á los autores tomó el partido del Código contra las críticas. Creemos inútil entrar en este debate. Se ha probado que el que acusa á todo el mundo de error también se ha equivocado, y no vemos por qué un error evidenciado por un autor deba ser enteramente refutado. (2)

612. El Código, después de algunas disposiciones referentes á la evicción y á la rescisión por causa de lesión, agrega (art. 1,707): «Todas las demás reglas prescriptas para el contrato de venta se aplican además al cambio.» Faure, el Relator del Tribunado, dice que la venta sólo es un cambio perfeccionado. Ambos contratos difieren sólo en que en la venta una de las partes da á la otra una suma de dinero para obtener el objeto que desea, mientras que en el cambio ambas partes dan y reciben una cosa parti-

1 Colmet de Santerre, t. VII, pág. 224, núms. 150 bis I y II.
2 Marcadé, t. VI, pág. 407, núm. II del art. 1703. Véase la refutación en Mourlón, t. III, pág. 285, nota.

cular que no es dinero. Además, continúa el Relator, las reglas casi en todos sus puntos son las mismas para ambos contratos. Por esto es que el Código sólo contiene un corto número de disposiciones acerca del cambio. Lo que se hubiese agregado, dice Faure, no hubiera sido más que la repetición de las disposiciones contenidas en el título *De la Venta* ó de las consagradas por el de las obligaciones convencionales en general. (1) Haremos lo que el Código: es enteramente inútil repetir lo que acabamos de decir.

Nos conformaremos con señalar el complemento que el Código ha recibido por la Ley Hipotecaria belga. Siendo el cambio un contrato translativo de propiedad, como la venta, resulta que el acta en que consta tiene que ser registrada cuando el cambio tiene por objeto unos inmuebles (art. 1.º) De aquí una consecuencia muy importante en lo que se refiere á la forma. Entre las partes contratantes se aplica el principio de que el contrato queda perfeccionado por sólo el concurso de consentimiento; si se hace un escrito es únicamente para ministrar las partes interesadas una prueba literal de sus convenciones (art. 1,582). No sucede lo mismo con los terceros cuando el cambio es inmobiliario; para que tenga efecto para con ellos el acta debe ser registrada y nuestra ley sólo admite al registro las actas auténticas ó las que le son asimiladas (art. 2.º) De allí la necesidad para las partes de hacer constar el cambio por acta notariada si quieren que la adquisición de la propiedad resultante del cambio pueda oponerse á los terceros.

Nuestra Ley Hipotecaria completa la asimilación que el Código Napoleón hace de la venta y del cambio en lo que se refiere al privilegio ligado á los créditos que nacen de ambos contratos. El Código Civil da al vendedor un privilegio en el inmueble vendido para el pago del precio (ar-

1 Faure, Informe al Tribunado, núms. 1 y 2 (Loché, t. VII, pág. 125).

título 2,103, 1.º) No habla del cambio. La Ley Hipotecaria belga llenó el vacío concediendo un privilegio á los copermutantes en los inmuebles que cambian recíprocamente, para el pago de los saldos y guantes, así como para la suma fija que determinase el acta á título de daños y perjuicios en caso de evicción (art. 27, 2.º) Volveremos á hablar del privilegio del cambista en el título que es el sitio de la materia.

613. Hay algunas diferencias entre la venta y el cambio. El Código señala una: Según el art. 1,706, la rescisión por causa de lesión no tiene lugar en el contrato de cambio. Este es el único punto en el que los oradores del Gobierno y del Tribunado se detienen en sus discursos; Bigot Prémeneu recuerda los motivos por los que el Código Civil da al vendedor de un inmueble el derecho de pedir la rescisión del contrato si está lesionado por más de los siete doceavos en el precio; es para impedir que la codicia abuse de la necesidad que amenudo obliga al vendedor á enajenar á vil precio. La ley no admite la rescisión en provecho del comprador, porque éste nunca contrata bajo el imperio de la necesidad. Otro tanto puede decirse de los cambistas; el cambio nunca es el resultado de la angustia. Si el copermutante estuviera en la necesidad vendería, no cambiaría. El motivo que hace admitir la rescisión en interés del vendedor no existe, pues, en el contrato de cambio. Los oradores agregan que los cambistas son á la vez vendedores y compradores; la confusión de ambas calidades hace imposible la rescisión; en efecto, el favor que reclamaría el cambista como vendedor tendría que serle negado á título de comprador. (1)

614. El art. 1,593 dice que los gastos de actas y otros accesorios de la venta están á cargo del comprador. Como

1 Bigot-Prémeneu, *Exposición de los motivos*, núm. 4. Faure, *Informe número 5* (Loché, t. VII, págs. 124 y 126).

ambos copermutantes son á la vez vendedores y compradores, debe concluirse que uno y otro deben soportar los gastos, lo que equivale á decir que los gastos se dividen por mitad. (1)

615. Según el art. 1,602, todo pacto obscuro ó ambiguo se interpreta contra el vendedor. Es imposible aplicar esta disposición al cambio, puesto que ambos copermutantes son uno y otro vendedores y que el uno no impone la ley más que el otro, pues el cambio se hace por conveniencias recíprocas. El art. 1,602, tal cual se explica, deroga las reglas generales que rigen la interpretación de los contratos; como no es aplicable al cambio, este contrato queda bajo el imperio del derecho común.

616. Se admite generalmente que el art. 1,619 no es aplicable al cambio; hé aquí en qué sentido. Se trata de saber si hay lugar al pago de un saldo más ó menos considerable cuando uno de los fundos tiene un contenido más ó menos grande que el indicado en el contrato y, por consiguiente, cuando hay lugar á la resolución del contrato. En materia de venta la solución depende de la cifra exacta del excedente de contenido ó de su déficit; esto se entiende, porque hay una relación exacta entre el precio y el contenido. En materia de cambio ya no existe esta relación. El cambio se efectúa por razón de conveniencias; luego no está sometido á la igualdad rigurosa que reina para la venta cuando el contenido está indicado. Naturalmente el juez debe tener en cuenta esta diferencia entre ambos contratos, consultando ante todo la intención de las partes contratantes y las circunstancias en las que se hace el cambio; la cuestión será pues, una cuestión de hecho más bien que de derecho. (2)

1 Duvergier, t. II, pág. 522, núm. 425.

2 Denegada, t. II, pág. 522, núm. 425. Marcadé, t. VI, pág. 412. Compárese Troplong, *Del arrendamiento*, pág. 50 (edición belga), núm. 34 del *Tratado del cambio*.

617. Como hay diferencias entre la venta y el cambio importa distinguir si un contrato es un cambio ó una venta. En general la distinción es fácil porque hay un elemento esencial de la venta que falta en el cambio: es el precio en dinero; y es precisamente para que se puedan distinguir ambos contratos por lo que la doctrina exige que el precio consista en dinero. Pero sucede amenudo que los fundos cambiados no tienen el mismo valor; el copermutante que recibe un fundo de valor superior al que da en cambio paga entonces á título de guantes una suma en dinero que se llama saldo. De ahí la dificultad de saber si el cambio con saldo continúa, no obstante, siendo un cambio ó si es un contrato mixto participando á la vez de la naturaleza de ambos contratos, de los que toma sus elementos. ¿O será una venta si el saldo es considerable? En los cambios hechos de buena fe el saldo es ordinariamente de poca importancia, es un elemento muy accesorio del contrato y que no puede modificar su naturaleza. El cambio, aunque con saldo, permanece cambio. El Código Civil lo decide así en materia de comunidad (art. 1,407). Pero el saldo puede ser considerable, ya sea porque las partes hayan tenido la intención de un cambio, ya porque hayan calificado de cambio un contrato que es realmente una venta, con el fin de substraerse á una disposición de la ley referente á la venta, por ejemplo, con el fin de sólo pagar 2 p. ₮ en lugar de 4 p. ₮ por derecho de registro.

La cuestión se agitaba ya en el derecho antiguo á ocasión del retiro de linage que se admitía para la venta de una herencia mientras que no se admitía para el cambio. Las costumbres tenían diversas disposiciones y los autores estaban divididos. Pothier admite la decisión de la costumbre de Orleans según la cual el contrato era considerado como una venta cuando el saldo valía más que la mitad de la herencia adquirida por aquel que lo debía á título de retiro. Esta

opinión se funda en un principio jurídico: es que la naturaleza de un contrato se determina según los elementos que prevalecen en él. ¿Cuál es el carácter distintivo de la venta? Es que el vendedor vende para recibir el valor de la cosa en una suma de dinero. Si, pues, una herencia es cedida por una suma de dinero y por otra heredad de menos valor que la suma de dinero, debe ser reputado contrato de venta, pues la suma es la que predomina; la heredad está principalmente enajenada por una suma de dinero, luego hay venta; en cuanto á la heredad que se da con la suma de dinero sólo forma un accesorio del precio, y no es el elemento accesorio el que puede determinar la naturaleza de un contrato. Esta opinión está generalmente seguida por los autores modernos con una restricción, sin embargo: es que no conteniendo el Código disposición análoga á las de las antiguas costumbres no se puede admitir como regla legal que el contrato se haga necesariamente venta cuando el saldo sobrepasa el valor de la heredad dada en cambio. Se concluye de esto que el juez debe y puede tener en cuenta otro elemento: la intención de las partes contratantes; si es realmente por una razón de conveniencia que el cambio se hizo, habrá que decidir que el contrato no es una venta aunque el saldo exceda el valor de la cosa. (1) Esta modificación traída á la opinión de Pothier nos deja una duda. Es verdad que la voluntad de las partes desempeña un gran papel en los contratos, pero no depende de ellos el cambiar la esencia de las cosas, porque no pueden lo imposible; declararían en vano que entendieron hacer un cambio cuando el contrato presentase los caracteres esenciales de la venta, su declaración no cambiaría la naturaleza de las cosas. Es, pues, necesario atenerse al principio de Pothier y decidir la dificultad según el elemento que domina en el contrato.

1 Duvergier, *De la venta*, t. II, pág. 501, núm. 406. Compárese Marcadé, tomo VI, pág. 407, núm. II del art. 1703.

La cuestión ha sido sentenciada en este sentido por la Corte de Casación de Bélgica. En el caso las partes habían declarado cambiar un dominio de 101 hectáreas con un producto de 11,500 francos por una hectárea de pradera cuyo producto era sólo de 100 francos más un saldo de 228,000 francos. El registrador percibió el derecho del cambio sobre el pie de 2 p. S , pero la administración, habiendo reconocido en el acta los caracteres de una venta, lanzó contra el adquirente un apremio por el suplemento de derechos levantada al 4 p. S , lo que hacía una diferencia de 8,400 francos. El Tribunal de Mons se pronunció contra el fisco, su decisión fué casada. No es, dice la Corte de Casación, según la calificación que las partes juzgan conveniente dar á una acta, sino según la naturaleza de las convenciones que contiene, como debe determinarse su verdadero carácter. ¿Y cuál es el principio que sirve para conocer la naturaleza del contrato? La Corte contesta que «los contratos toman su substancia y su denominación de lo que domina en ellos y es su principal objeto.» Aplicando este principio á la convención litigiosa la Corte comprueba que el acta presentaba, en lo que hacía el objeto principal de la convención, todo lo que caracteriza un contrato de venta; es decir, una cosa y un precio. Había, es verdad, un elemento de cambio, pero una hectárea recibida en cambio de cien sólo forma un elemento muy accesorio que no puede cambiar la naturaleza de la convención principal. (1) La Corte de Casación de Francia ha sentenciado de un modo más preciso y conforme con la opinión de Pothier que el contrato por el cual se da un fundo por otro toma la naturaleza de venta según que el saldo es superior ó inferior al valor del fundo tomado en cambio. (2)

1 Casación, 8 de Agosto de 1850 (*Pasicrisia*, 1850, 1, 388).

2 Denegada, Sección Civil, 19 Nivoso, año XII (Daloz, en la palabra *Cambio*, núm. 9).

618. El cambio produce un efecto particular. En el derecho antiguo se admitía que la cosa recibida en cambio estaba subrogada de plano á la que el copermutante daba en cambio en el sentido de que toma las calidades intrínsecas que éste tenía. (1) Este principio tenía una gran importancia en una época en la cual el derecho variaba según la calidad de los bienes. Ha sido mantenido por el Código Civil en materia de comunidad: el bien recibido en cambio de un propio se vuelve propio de plano (art. 1,407); mientras que un inmueble adquirido con dinero de un propio enajenado sólo se vuelve propio cuando las condiciones prescriptas para el reemplazo han sido observadas. La heredad adquirida en cambio de un fundo dotal se vuelve también dotal (artículo 1,559). (2) Se presentan, en este caso, dificultades particulares que han sido examinadas en el título *Del Contrato de Matrimonio*.

§ II.—DEL CAMBIO DE LA COSA AJENA Y DE LA EVICCIÓN.

Núm. 1. Cambio de la cosa ajena.

619. El art. 1,599 dice que la venta de la cosa ajena es nula. Este principio recibe su aplicación al cambio. Se puede contestar la teoría de la nulidad que el art. 1,599 establece; trasladamos á lo que fué dicho en el título *De la Venta*. Pero una vez admitida la teoría se debe aplicar al cambio porque hay identidad de motivos. Cada cambista se compromete á transferir la propiedad de la cosa que entrega en cambio de la que recibe; y en el sistema del Código aquel que no es propietario, no pudiendo transmitir la propiedad, el acta de enajenación es nula, sea una venta ó un cambio. (3)

1 Pothier, *De la venta*, núm. 629.

2 Troplong, *Del cambio*, núms. 11-13.

3 De Folleville, *De la venta de la cosa de otro*, pág. 130, núm. 135. Denegada, 16 de Enero de 1818 (Daloz, en la palabra *Cambio*, núm. 19, 1.º)