

tácita del marido contra su propio interés. Además, se olvida que la condición no puede resultar de la sola voluntad del marido, debería probarse además, que tales también la intención del vendedor, pues la condición siendo una cláusula del contrato solo puede resultar del concurso de consentimientos. Diremos más adelante que los copropietarios de la mujer tienen, al contrario, interés á que la adquisición del marido sea definitiva; luego no puede tratarse de una condición resolutoria fundada en la voluntad de las partes contratantes.

La condición resolutoria, si no es convencional, debe ser legal. No está escrita en la ley; debiera, pues, resultar de la voluntad tácita del legislador. En principio, nos parece difícil admitir una condición fundada en la voluntad tácita del legislador; se necesitaría para esto que la condición fuera una consecuencia necesaria de la disposición. Se dice que «in la retroacción del retiro, el derecho concedido á la mujer sería decisorio, el marido pudiendo de un momento á otro enajenar la ganancial, lo que haría imposible el ejercicio del retiro. Contestamos que en la interpretación que hemos admitido, la mujer puede retirar el inmueble durante la comunidad; luego inmediatamente después de la adquisición hecha por el marido. Es verdad que si la mujer no obra en seguida, su derecho puede perecer. Para resguardar enteramente sus intereses, el legislador hubiera debido declarar el retiro retroactivo; pero la cuestión está en saber si así lo hizo, y hasta aquí no hemos encontrado en el texto ninguna disposición de la que pueda inducirse la voluntad segura del legislador; y se necesita una voluntad manifiesta para que se pueda admitir una condición tácita.

El único argumento que tenga alguna apariencia jurídica consiste en decir que el retiro equivale á la adquisición que la mujer hubiere hecho del inmueble. Si lo hubiere adquirido, como para ello tiene derecho en virtud del primer in-

ciso del art. 1,408, el inmueble le sería propio, no solo desde la adquisición, sino desde el momento en que comenzó la indivisión. Y ¿cuál es el objeto del derecho de retiro? Es garantizar á la mujer el derecho que le da la ley en el caso en que el marido quisiera quitárselo; luego el retiro debe tener el mismo efecto que la adquisición del inmueble, por consiguiente, éste deber ser un propio en virtud del retiro, como lo hubiera sido en virtud de la adquisición; es decir, que debe tener un efecto retroactivo. Tal pudiera ser seguramente el sistema de la ley, si hubiere entendido garantizar los intereses de la mujer, con exclusión y en perjuicio del derecho de tercero. Pero lo repetimos, se trata de saber, no lo que debiera haber hecho el legislador, sino lo que ha hecho. La teoría que acabamos de exponer, ¿será la que consagra el art. 1,408? Esta implica una ficción: y es que un acto que no hace cesar la indivisión esté, sin embargo, considerado, en cuanto á los efectos, como un reparto. El retiro no hace cesar la indivisión en la hipótesis de la adquisición total por el marido; lo hemos probado (núm. 348), y puede decirse que la cosa es evidente: ¿Cómo haría cesar la indivisión el retiro cuando nada hay de indiviso? La realidad de las cosas es, pues, esta: la mujer *retira* el inmueble de la comunidad reembolsando el precio. Un acto de recompra no puede ser considerado como un acto de partición; se necesita para esto una ficción; la ley no la establece y solo el legislador puede crearla. En nuestro concepto, esto es decisivo. (1)

350. Se invoca la jurisprudencia en apoyo de la doctrina enseñada por los autores. A decir verdad, está dividida y tiene poca importancia, porque no hay sentencia de principio que haya previsto y resuelto las dificultades que presen-

1 Véase en sentido contrario, Troplong, t. I, pág. 224, núm. 651, pág. 225, núm. 654. Duranton, t. XIV, pág. 275, núm. 209. Rodière y Pont, t. I, página 177, núm. 170. Colmet de Santerre, t. V, pág. 89, núm. 37 bis IX.

ta la cuestión. Troplong cita el considerando siguiente de una sentencia de la Corte de Casación que, dice él, parece haber decidido lo contrario: "que del texto como del espíritu del art. 1,408 resulta que el marido, *sobre todo para con los terceros*, se hace propietario del inmueble por él adquirido, á reserva del ejercicio del derecho de opción ó de retiro reservado á la mujer." (1) Si el marido es propietario para con los terceros, las actas de disposición que haga serán inatacables: de donde resulta que el retiro de la mujer no retrotrae contra terceros, y de ellos es de quienes se trata. Troplong dice que se atreve á creer que la sentencia ha sido pronunciada en circunstancias que la absuelven, hasta cierto punto, de un error tan grave. Error para los unos, verdad para los otros: ¡así es nuestra ciencia! Lo seguro es que no se puede decir que nuestra opinión esté desechada por la jurisprudencia, cuando puede apoyarse en una sentencia de la Corte de Casación. Podemos también invocar una sentencia de la Corte de Nancy que decide que el inmueble indiviso del que es adquirente el marido, se vuelve una ganancial. (2) Esta es la base de nuestra teoría. Es verdad que hay tantas inconsecuencias en esta materia que siempre está uno expuesto á equivocarse prevaleciéndose de una decisión judicial, pues no es seguro que la Corte que la pronunció acepte sus consecuencias.

Es la opinión contraria á la nuestra la que reina en la jurisprudencia. Pero las sentencias solo tienen valor por sus motivos, y si se pesan los motivos, la importancia de la jurisprudencia en nuestra cuestión disminuye singularmente. Una de las sentencias más radicales es la que pronunció la Corte de Grenoble. No se conforma con decidir que el retiro tiene un efecto retroactivo, lo que cuando menos implica que el marido es propietario bajo condición resolutoria,

1 Denegada, 25 de Julio de 1844 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 837).

2 Nancy 9 de Junio de 1854 (Dalloz, 1855, 2, 251).

según lo enseñan los autores; la Corte pretende que la propiedad descansa en la persona de la mujer hasta el momento en que ésta usa de su derecho de repudiación. (1) Que se compare esta decisión con el texto del art. 1,408, y se convencerá uno de que la sentencia hace decir á la ley lo contrario de lo que dice. El artículo no dice que la mujer tiene el derecho de repudiar la adquisición, lo que implicaría que el inmueble le es propio, por esto solo que no manifiesta la intención de dejárselo á la comunidad, de manera que el silencio de la mujer bastaría para que el inmueble le fuera propio. ¿Esto es lo que la ley dice? No, seguramente; confiere una opción á la mujer; ésta tiene el derecho de elegir entre abandonar el efecto á la comunidad ó retirarlo de ella; una elección exige una declaración de voluntad, es menester que la mujer diga si quiere que el inmueble le sea propio que lo retire de la comunidad; luego el inmueble no le es propio en virtud de la adquisición que hizo de él el marido. La Corte de Grenoble dice también que el marido adquiere para la mujer y en interés de ésta; el art. 1,408 dice que el marido adquiere *en su nombre personal*; luego en interés suyo. Que se formule la interpretación de la Corte de Grenoble: conduce á decir que la mujer puede hacer un propio con el inmueble que el marido adquirió solo y *en su nombre personal*; luego por cuenta suya. La antinomia del texto y de la interpretación no pudiera ser más grande. En nuestro concepto, semejante jurisprudencia es un mal apoyo.

351. Llegamos á las consecuencias de las dos opiniones contrarias. El marido hace actas de disposición, enajena el inmueble, lo hipoteca, lo grava con derechos reales. Después la mujer retira el inmueble para hacer de él un propio: ¿que sucede con las actas hechas por el marido? Si se admite con la Corte de Casación que el marido es propietario para con los terceros, subsisten las actas de disposición, tu-

1 Grenoble, 18 de Agosto de 1854 (Dalloz, 1856, 2, 61).

vo el marido el derecho de hacerlas; la mujer no las puede atacar; debe, pues, respetar los derechos reales, y, en caso de enajenación, no puede ejercer el retiro contra el tercer adquirente.

En la opinión contraria, el marido solo tiene una propiedad resolutoria, y los derechos que concede á terceros están afectados de la misma condición. Si la mujer retira el inmueble, el derecho del marido está resuelto, así como todos los derechos por él consentidos en el inmueble. Los autores están unánimes en este punto, (1) y la jurisprudencia está en el mismo sentido. Sin embargo, ésta no se demuestra tan explícita como la doctrina. (2) La única sentencia pronunciada en un caso de enajenación, es la de la Corte de Riom; en el caso, los esposos estaban casados bajo el régimen dotal; el marido había adquirido derechos sucesivos de los que la mujer era copropietaria. Se debe considerar, dice la Corte, la adquisición como hecha en nombre de la mujer para acrecentar sus bienes dotales. Aquí detenemos á la Corte y le preguntamos: ¿en qué parte está esto escrito? Seguramente no es en el art. 1,408 que dice lo contrario, pues la adquisición no está hecha en nombre de la mujer, sino en el nombre personal del marido; luego por su cuenta. Del pretendido principio de que la adquisición se hace para la mujer, la Corte deduce la consecuencia de que el inmueble es dotal y que el marido no pudo enajenarlo. Se ve que la sentencia pronunciada por la Corte del Mediodía es una sentencia romana.

352. El principio en el que descansan la doctrina y la jurisprudencia tiene además otras consecuencias ante las que los autores y los tribunales han retrocedido. Si el retiro retrotrae al día de la adquisición hecha por el marido, solo puede ser esto en virtud de una ficción por la que la mujer

1 Aubry y Rau, t. V, pág. 315, nota 105, y los autores que citan.

2 Véase en cuanto á la resolución de las hipotecas, las sentencias citadas por Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 858.

que retira el inmueble está como si lo hubiese comprado. Ella será, pues, el adquirente, y, por consiguiente, deudora del precio para con los vendedores. La Corte de Lyon lo había sentenciado así y su decisión es muy lógica si se admite la ficción que implica la opinión general. Sin embargo, la sentencia fué casada. La Corte de Casación invoca el texto del art. 1,408, lo que es muy significativo, pues el texto ignora todo cuanto se le hace decir: la ley dice que la mujer que retira el inmueble está obligada á reembolsar el precio á la comunidad, es con esta última con quien ella trata al retirar un inmueble ganancial; no ha tratado con los vendedores del marido, no les debe, pues, nada. (1) Esto es verdad en nuestra opinión, que parece ser también la de la Corte de Casación. Pero esto no es exacto cuando se admite la opinión general. No obstante, los autores enseñan como la Corte, que la mujer no es deudora de los vendedores, que éstos solo tienen su privilegio y la acción por resolución. (2)

353. Solo un autor, el último que ha escrito acerca de la materia y uno de los mejores, ha sido herido por la contradicción entre el principio y la doctrina admitida por los autores y la jurisprudencia. La consecuencia lógica del principio conduce á decidir que la mujer es deudora de los vendedores. Pero esta vez puede decirse que la consecuencia testifica en contra del principio. Si la mujer es deudora resulta que está como si hubiese contratado con los vendedores; sin embargo, es extraña en el contrato, no consintió y los vendedores no consintieron en tratar con ella. Así se llega á un contrato sin concurso de consentimiento. La ficción llega hasta la herejía jurídica. ¿No es esto una prueba muy palpable de que el legislador solo hubiese podido consagrar la teoría que combatimos? (3)

1 Riom, 20 de Mayo de 1839 (Dalloz, *ibid.*, núm. 859).

2 Casación, 14 de Noviembre de 1854 (Dalloz, 1855, 1, 232).

3 Rodière y Pont, t. I, pág. 549, núm. 640. Aubry y Rau, t. V, págs. 315 y siguientes, y nota 106.

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 prescritas 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 unó atenderse 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. Zachariae, 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 pudiese 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.

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 prever 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.