

do adquiere por el intermedio de su marido que es su mandatario legal. Si la ley hubiera admitido todas las consecuencias de este mandato, hubiese podido decidir que la adquisición hecha por el marido en nombre de la mujer, basta para que un inmueble sea propio de esta última. Pero el mandato legal, en el caso, es una consecuencia del poder marital y de la subordinación en que se encuentra la mujer casada bajo el régimen de la comunidad. No es, pues, un mandato enteramente libre. De esto resulta que la ley no pudo considerar todo cuanto haga el marido como hecho por la mujer. El inmueble que el marido adquiere en reemplazo de un propio de la mujer puede no convenir á ésta; es, pues, de justicia que no esté obligada á aceptarlo.

371. Hay grandes dificultades acerca del punto de saber lo que es la aceptación de la mujer y cuáles efectos produce. Unos dicen que el marido, al declarar adquirir el inmueble en reemplazo para la mujer, es su gerente de negocios que, por consiguiente, la aceptación de la mujer es la ratificación de lo que el marido ha hecho por ella y en su nombre. Otros pretenden que el marido hace á la mujer un ofrecimiento que ésta puede aceptar ó repudiar. Diremos más adelante cuáles son las consecuencias prácticas que resultan de estas teorías; por ahora se trata de precisar la aceptación. La condición de aceptación está tomada del derecho antiguo que es necesario consultar. Se ratifica lo que otro ha hecho en nuestro nombre y sin mandato por nuestra parte; la ratificación equivale al mandato, de manera que la mujer, al ratificar el reemplazo, está como si hubiera sido parte en el contrato, de donde se sigue que el reemplazo retrotrae al día de la adquisición; el inmueble habrá sido un propio de la mujer desde que lo adquirió el marido. Esta es la teoría de la gestión de negocios. En la realidad de las cosas, el marido no es un gerente de negocios, es administrador en virtud de la ley, y esta ley no es otra sino el

contrato de matrimonio tácito que los esposos han consentido al casarse bajo el régimen de la comunidad legal; es como administrador; luego como mandatario como el marido obra, y al comprar un inmueble con el dinero procedente de la enajenación de un propio de la mujer, el marido no traspasa en principio los límites de su mandato legal. Pero la ley deroga el mandato que da al marido, en el sentido de que no le permite hacer un reemplazo para la mujer sin el consentimiento de ésta. Pothier tiene, pues, razón de decir que la aceptación de la mujer es una ratificación de lo que el marido ha hecho sin poder suficiente. (1)

372. Puesto que tal es la teoría de la tradición, debe uno atenerse á ella. Hay otra que encontró favor entre los autores modernos. Toma como punto de partida que el marido que adquiere un inmueble haciendo la declaración de reemplazo, lo adquiere para la comunidad. El inmueble es una ganancial, la declaración que hace el marido es solo el ofrecimiento de una venta; el marido, siendo deudor del precio del inmueble que la mujer enajenó, le ofrece en pago el inmueble que adquirió. Este ofrecimiento, como todas las ofertas, es un acto puramente unilateral, una manifestación de voluntad que el marido puede revocar si tiene en ello interés, mientras la mujer no ha aceptado. Es solo por la aceptación de la mujer como se forma el reemplazo; el inmueble pasa entonces del dominio de la comunidad al de la mujer; se opera una mera transacción por la que el inmueble que era una ganancial se vuelve propio. Como toda transmisión de dominio, esta enajenación no tiene ningún efecto en lo pasado, solo opera en lo venidero. (2)

¿En qué descansa esta teoría? No tiene otro apoyo más

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

2 Esta teoría del ofrecimiento se encuentra ya en Toullier; fué desarrollada por Mourlon (*Repeticiones*, t. III, pág. 63, núm. 157, y *Revista práctica*, 1857, t. III, págs. 66 y siguientes) y adoptada por Aubry y Rau, t. V, pág. 305, nota 73, con modificaciones.

que una palabra de Tronchet, quien dijo en el consejo de Estado que el inmueble adquirido por el marido con declaración de reemplazo se hacía ganancial. (1) Esta es una simple opinión que no tiene fundamento ni en la tradición, ni en los textos, ni en el espíritu del Código. La tradición la ignora. Pothier acaba de decirnos lo que son la adquisición del marido y la aceptación de la mujer. El art. 1,435 contiene la palabra *aceptación*. ¿Supone cualquiera aceptación un ofrecimiento? Cuando se dice que la mujer acepta la comunidad, no quiere decir esto, seguramente, que acepta un ofrecimiento. Manifiesta la voluntad de ser asociada y aprueba lo que hizo el marido como jefe de la comunidad. Tal es también la aceptación del reemplazo. El marido ha obrado como administrador de los bienes de la mujer; hizo por ella lo que su deber de administrador le mandaba, reemplazando un propio con otro propio; la mujer, aceptando, aprueba lo que hizo el marido y consiente en adquirir el inmueble á título de propio. La aceptación es, pues, una ratificación, como lo dice Pothier. He aquí la explicación del texto. ¿Será verdad que el inmueble era una ganancial y que se vuelve propio por una nueva transmisión de dominio? La adquisición fué hecha por el marido no para la comunidad, sino para la mujer; el marido no habló en el contrato como jefe de la comunidad, habló como administrador de los bienes de la mujer. ¿Cómo se haría la comunidad propietaria en virtud de una adquisición hecha para la mujer? El inmueble no es, pues, una ganancial. Esto basta para destruir la base de la teoría del ofrecimiento y de la aceptación. El marido hace más que una oferta de pago á la mujer, adquiere para ella; y solo falta una cosa á esta transmisión de dominio, el consentimiento de la mujer, lo cual da ésta aceptando el reemplazo. ¿Implica esta aceptación una transmisión de dominio? Nó, la comunidad nunca había sido pro-

1 Sesión del consejo de Estado del 13 vendimiario, año XII, núm. 16 (Lo-cré, t. VI, pág. 357).

pietaria; no puede, pues, transferir lo que no lo pertenecía. Aceptando, la mujer ratifica lo que hizo el marido para ella y se encuentra como si hubiese hablado en el contrato; así como aceptando la comunidad, se encuentra como si hubiese concurrido á todos los actos del marido que hizo como jefe de la comunidad. Ella es, pues, quien ha sido propietaria desde el momento de la adquisición, por tanto, el inmueble siempre ha sido un propio. (1)

373. La principal diferencia que existe entre ambas teorías, consiste en que, en el sistema del ofrecimiento, el marido puede revocar su oferta mientras la mujer no la ha aceptado. Esta revocación puede hacerse indirectamente por vía de enajenación, y parcialmente por concesión de derechos reales, en el sentido que si el marido enajena, es con lo que le pertenece, una ganancial, lo que no permite ya á la mujer aceptar el reemplazo. Y si el marido ha gravado el inmueble con derechos reales, tales como hipotecas, la mujer, al aceptar el reemplazo, debe respetar estos derechos. En la teoría de Pothier que, en nuestro concepto, es la del Código, no puede el marido volver sobre su declaración de reemplazo, pues esta declaración da un derecho á la mujer, el de ratificar lo que el marido ha hecho, y éste no puede quitar á la mujer un derecho que procede de la declaración de reemplazo. La doctrina está insegura acerca de este punto que es de capital importancia para la mujer y para los terceros que tratan con el marido. Toullier dice que el marido puede revocar el ofrecimiento, lo que es muy lógico toda vez que se ha admitido la teoría del ofrecimiento. Rodière y Pont comienzan por decir que el marido hace la declaración del reemplazo como *gerente de negocios*; después enseñan que el marido puede revocar su oferta. (2) Esto es contradictorio: ¿Acaso un gerente hace ofrecimientos? ¿Puede deshacer lo

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 203, núm. 79 bis XIII.

2 Toullier, t. VI, 2, pág. 312, núm. 360. Rodière y Pont, t. I, pág. 571, número 665. En sentido contrario, Battur, t. II, pág. 270, núm. 588.

que hizo en nombre de su amo? No es el gerente el que contrata, es el amo el que está como obrando por intermedio del gerente. No hay aquí oferta que retractar. Hay que ser consecuente y elegir entre ambas teorías. Si es una simple oferta la que el marido hace á la mujer, puede retractarla voluntariamente; si es como gerente de negocios como el marido hace la declaración de reemplazo, no puede tratarse de revocar lo que ha hecho en nombre de la mujer.

374. ¿Cómo debe hacerse la aceptación de la mujer? El art. 1,435 contesta que el reemplazo debe ser aceptado *terminantemente* por la mujer. Queda por saber lo que se entiende por la palabra *terminantemente*. Creemos que la ley exige una aceptación *expresa*. En efecto, la palabra implica una solemnidad; luego una expresión de voluntad hecha por palabras, lo que excluye la aceptación tácita. No puede decirse de aquel cuyo consentimiento es tácito que consiente *terminantemente*. La doctrina es muy insegura. Ya en el derecho antiguo los autores estaban divididos. Pothier se conformaba con una aceptación tácita cuando la mujer concurría en el acta de adquisición. Sí, dice, la mujer ha subscrito ó ha estado presente en el acta de adquisición por la que el marido declaró que adquirió el inmueble para que sirva de reemplazo á su esposa; aunque no se diga expresamente que la mujer aceptó, su presencia ó su firma es bastante como aceptación, y, por consiguiente, ninguna duda hay que el inmueble le sea propio. (1) Compárese este trozo con el texto del art. 1,435 y se convencerá uno de que los autores del Código se han apartado en este punto de la opinión de Pothier; la presencia de la mujer en el contrato no es seguramente una aceptación *formal*, ni siquiera su firma lo es. Había en el derecho antiguo otra opinión más rigurosa: Bourjon exigía que el reemplazo fuese aceptado *terminantemente* por la mujer; esta es la expresión del Código.

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

Lebrun dice que cuando el reemplazo está hecho para la mujer, debe consentirlo expresamente. (1) Creemos que tal es la verdadera teoría. Cuando la ley quiere asegurarse del consentimiento, exige que se dé expresamente; es decir, con palabras. Y en materia de reemplazo importa garantizar la libre voluntad de la mujer; el inmueble que el marido ha comprado puede no acomodarle, es necesario que tenga tiempo para pensarlo y verlo; inducir su aceptación de su presencia en el contrato, ó aun su firma, sería muy peligroso; por esto la ley exige una aceptación *formal* ó *expresa*.

Los autores modernos no ponen en la expresión de su pensamiento la precisión que es de desear. Se entiende la variedad de opiniones; en el derecho antiguo no había ley; nosotros tenemos una, hay que atenerse á ella. (2) Los señores Rodière y Pont comienzan por decir que los términos del art. 1,435 excluyen la aceptación tácita; concluyen de esto que la presencia de la mujer en el contrato no basta para que haya aceptación *formal*, y dan de ello una excelente razón, es el estado de dependencia de la mujer. Después agregan que las *circunstancias* pueden dar á la presencia de la mujer una autoridad que no tiene cuando este hecho está aislado. (3) Es decir, que la aceptación de la mujer puede resultar de las *circunstancias de la causa*, lo que es una aceptación tácita. ¿Y cómo una aceptación tácita podrá ser una aceptación *formal* tal cual la exige la ley? Quien dice *tácita* excluye toda forma. Colmet de Santerre está igualmente indeciso y contradictorio: admite que la aceptación puede ser inducida de las *circunstancias* en las que se pretendiera encontrar la prueba de la intención de la mujer: la voluntad debe aparecer en los *hechos* cumplidos con la intención de probar su existencia. (4) Una voluntad que está probada por

1 Bourjon, *Derecho común de la Francia*, 6. aparte, cap. II, núm. 62. Lebrun, *De la comunidad*, pág. 317, núm. 65.

2 Marcadé, t. V, pág. 473, núm. 3 del artículo 1,435.

3 Rodière y Pont, t. I, pág. 575, núms. 669-670.

4 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 207, núm. 79 bis XVIII.

los hechos, es una voluntad tácita, y la voluntad se induce de las circunstancias. Se gira aquí en un círculo vicioso de contradicciones. Troplong es el más nebuloso de los juriconsultos, se complace demasiado en las frases académicas para ser neto y preciso como lo requiere nuestra ciencia: «No gusto de supersticiones formalistas, dice, y no veo por qué no hubiera una aceptación *real*, en donde ésta existe sin declaración *sacramental*.» (1) ¿Quién piensa en una declaración *sacramental*? ¿No hemos dicho en cada ocasión que el derecho moderno ignora la superstición de las fórmulas? Pero la ley no se conforma con una declaración *real*, quiere una aceptación *formal*; luego con *forma*; luego con palabras. Inútil es continuar esta crítica; el lector puede hacerla preguntándose en cada frase cuál es la idea del autor, y demasiado á menudo solo encontraría palabras.

La jurisprudencia está dividida como la doctrina. Escribiendo en Bélgica, debemos citar una sentencia de la Corte de Bruselas que, en nuestro concepto, está muy mal redactada. Al exigir una declaración formal, dice la Corte, el art. 1,435 no quiso que la aceptación fuese hecha en términos *expresos ó sacramentales*. La Corte confunde dos términos que tienen una significación muy diferente. Se dice que una palabra es *sacramental* cuando esta palabra debe ser la empleada bajo pena de nulidad: la aceptación sacramental pediría que el acta emplease la palabra *aceptar* para marcar el consentimiento de la mujer, mientras que hay aceptación expresa desde que hay cualesquiera palabra que manifieste claramente la voluntad. La Corte de Bruselas concluye con Pothier que la mujer acepta *terminantemente* cuando está presente en el acta ó cuando firma. (2) Nosotros no entendemos que haya una aceptación *formal sin forma*.

1 Troplong, t. I, pág. 337, núm. 1,129. En el mismo sentido, Aubry y Rau t. V, pág. 305, nota 72, pfo. 507.

2 Bruselas, 22 de Abril de 1840 (*Pasicrisia*, 1840, 2, 109).

La Corte de Casación de Francia, se atuvo al texto. En una sentencia decidió que la resolución atacada estaba al abrigo de la casación, porque la Corte hablaba de los *términos del contrato* para concluir que el reemplazo está hecho y aceptado. (1) Había, pues, *términos*; al juez del hecho toca interpretarlos y decidir si son formales. Otra sentencia reciente es más explícita. La ley quiere, dice la Corte, que el reemplazo esté aceptado formalmente: «Si no existen términos sacramentales para expresar esta intención y esta aceptación del reemplazo, es menester cuando menos que resulten con certeza y sin variación posible en el porvenir de las *expresiones* y de las *cláusulas del acta*.» Como en el caso la sentencia atacada no probaba la aceptación por las mismas enunciaciones del acta, en términos expresos ó equivalentes, la Corte la casó por violación del art. 1,435. (2)

375. ¿Cuándo puede la mujer aceptar el reemplazo, y cuándo debe hacerlo? La mujer solo puede aceptar el reemplazo cuando el marido ha hecho la declaración prescrita por los arts. 1,434 y 1,435. En efecto, aceptar es ratificar, según la doctrina de Pothier; y la mujer no puede validar un reemplazo que no se ha hecho ó que es nulo. Si, pues, el marido hiciera la declaración de reemplazo posteriormente á la adquisición del inmueble, la aceptación de la mujer sería inoperante, pues hubiera aceptado un reemplazo que no existe. Desde que el reemplazo está hecho, la mujer puede aceptarlo; tiene interés en hacerlo, pues si tardase, la comunidad pudiera disolverse, y después de ésta, la aceptación ya no puede hacerse. Esto resulta del art. 1,435 que dice: «Si la mujer no ha aceptado el reemplazo *solo tiene derecho*, después de la disolución de la comunidad, á la compensación del precio de su inmueble vendido.» Las palabras *solo tiene derecho* marcan claramente la mente de la ley; no

1 Denegada, 17 de Agosto de 1813 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,429).

2 Casación, 26 de Julio de 1869 (Dalloz, 1869, 1, 455).

da opción á la mujer, como lo hace el art. 1,408, para el retiro de indiviso; la mujer debe optar mientras dura la comunidad; cuando está disuelta ésta, la mujer no tiene ya la elección entre la aceptación del reemplazo y el precio de su propio enajenado; tiene *solo* derecho á este precio; esto es, pues, un solo derecho. Si hubiera una duda, desaparecería cuando se consulta la tradición. En el derecho antiguo, la cuestión estaba controvertida. Pothier expone ambas opiniones: una permitía á la mujer aceptar, aun después de la disolución de la comunidad, mientras no había sido apremiada para explicarse; mientras Duplessis negaba el derecho de aceptar, una vez disuelta la comunidad. El Código ha zanjado la dificultad pronunciándose en favor de la doctrina de Duplessis. La doctrina (1) y la jurisprudencia están en este sentido. (2)

Si en derecho no hay ninguna duda, es difícil motivar la resolución del Código. Duplessis, cuya opinión ha sido consagrada por el art. 1,435, dice que no habiéndose explicado la mujer y habiendo dejado siempre la heredad á los riesgos de la comunidad, y habiendo siempre tenido el poder de rehusarlo si disminuyó de precio, no sería equitativo que pudiera aprovechar, cuando el reparto, del aumento de valor que hubiese sobrevenido. (3) El argumento es de aquellos que prueban demasiado: la mujer puede esperar para pronunciarse, hasta que la comunidad esté cerca de disolverse; puede, pues, esperar que el resultado de la adquisición haya probado si ésta fué buena ó mala; si puede esperarse durante años enteros, ¿por qué no había de esperar durante los pocos meses que siguen á la disolución de la comunidad, la liquidación ó partición debiendo hacerse desde que el mari-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 200, y los autores modernos citados por Aubry y Rau, t. V, pág. 306, nota 76. Hay que agregar Colmet de Santerre, t. VI, pág. 206, núm. 79 bis XVII. Rodière y Pont hacen una distinción (t. I, pág. 574, núm. 668) que es inadmisibile; véase la refutación en Aubry y Rau, t. V, nota 76.

2 Besançon, 11 de Enero de 1844 (Dalloz, 1845, 4, 452).

3 Duplessis, *De la comunidad*, t. I, pág. 447, libro II, sec. II.

do ó sus herederos lo solicitan? Troplong contesta que en la disolución de la comunidad las cosas no deben ya sufrir demoras, que es necesario que la calidad de los bienes esté arreglada, con el fin de que la partición no dependa de bases caprichosas ó inseguras. (1) Estos no son motivos, son palabras; un apremio basta para poner fin á la incertidumbre, y este apremio las partes interesadas tienen el derecho de hacerlo desde que la comunidad está disuelta.

¿Podrá el marido pedir el apremio durante la comunidad? Tendría interés en ello, pues la condición del inmueble quedando en suspenso, no sabe si es propio ó ganancial; no puede, pues, disponer de él, ó solo dispondrá de él bajo condiciones desventajosas. ¿Tiene el marido derecho de pedir el apremio? Así se pretende; (2) Mourlon dice que no puede admitirse que la mujer tenga el derecho de expresar, antes de decidirse á que puedan conocerse los riesgos de la operación. Treilhard emitió el mismo parecer en el consejo de Estado, pero hubiérase necesitado una ley para dar al marido el derecho de apremiar á la mujer en pronunciarse. En el silencio del Código, hay que atenerse al art. 1,435, que permite implícitamente á la mujer esperarse hasta la disolución de la comunidad.

376. ¿Cuál es el efecto de la aceptación? ¿Retrotrae al día de la adquisición, ó solo existe el reemplazo desde el momento en que la mujer acepta? En la teoría tradicional de la aceptación debe decirse que la aceptación retrotrae. Pothier lo dice, y esto no es dudoso. La aceptación es una ratificación, y ésta equivale al mandato. El art. 1,998 es aplicable al caso; supone un mandato del cual el mandatario se ha extralimitado. Y el marido es mandatario legal, pero excede los límites de su mandato al hacer el reemplazo sin el con-

1 Troplong, t. I, pág. 336, núm. 1,126.

2 Mourlon, t. III, pág. 62, núm. 155. En sentido contrario, Colmet de Santerre, t. VI, pág. 207, núm. 79 bis XVII.

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. Jollivet 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? Nó, hay una razón de esta diferencia. Cuando el marido adquiere un inmueble del que la mujer tiene la propiedad indivisa, entiendo 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).