

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 (*Pasivaria*, 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.ª 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.

las convenciones que les convengan siempre que no sean contrarias á las buenas costumbres ni al orden público, y que no sean prohibidas por la ley. En cuanto á prohibición, no la hay; la ley no se ocupa del reemplazo obligatorio; por este solo hecho de no prohibirlo lo autoriza, puesto que nada tiene de común con el orden público y las buenas costumbres. ¿Se dirá que deroga á la libertad que tienen los esposos bajo el régimen de la comunidad, para disponer de los bienes como les acomode? Es seguro que la cláusula limita y restringe el derecho que tiene la mujer para realizar sus valores inmuebles en interés de su marido y de la comunidad; pero tal es el derecho de los esposos; la mujer pudiera estipular que sus propios son inenajenables (núm. 127), con más razón podrá estipular que sus propios serán reemplazados, en caso de enajenación, por otros propios.

Queda la dificultad de hecho. ¿Cuándo puede decirse que el reemplazo es obligatorio? Como esto es una excepción á las reglas de la comunidad, deberá ser estipulada por el contrato de matrimonio; esta es una cláusula de la comunidad convencional, lo que implica una voluntad terminantemente expresada. Decimos que la dificultad es de hecho más bien que de derecho. En efecto, se trata de interpretar una convención y de decidir cuál ha sido la intención de las partes contratantes. Estas cuestiones no pueden ser resueltas *a priori*, (1) dependiendo todo de los términos de la convención; es imposible establecer reglas en este punto, éstas solo serían probabilidades á las que la realidad da un mentís lo más de las veces. El juez examinará, en cada caso, cuál ha sido la intención de las partes. Todo cuanto puede decirse, en teoría, es que no basta que el reemplazo esté estipulado en el contrato para que el marido esté obligado á hacerlo por interés de la mujer. La Corte de Casación se ha pronuncia-

1 Los autores lo hacen sin embargo así. Aubry y Rau, t. V, pág. 307 y nota 79. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 196, núm. 79 bis IV.

do en este sentido en un caso en el que el contrato decía que si un inmueble propio de los esposos era enajenado, se emplearía el dinero en la compra de otros bienes. ¿Era esto una cláusula obligatoria? Nó, pues la cláusula no imponía ninguna obligación al marido; en efecto, ponía el reemplazo del marido en la misma línea que el de la mujer; y no se diría seguramente que el marido estuviera obligado á reemplazar el precio de sus bienes enajenados, y mucho menos aún que la mujer fuese obligada á ello; y si el reemplazo no era obligatorio para los bienes del marido, no lo era más para los bienes de la mujer. La convención solo expresaba, pues, la voluntad que los esposos tenían de conservar los propios inmuebles y de reemplazarlos en caso de enajenación; esta intención no basta para dar un derecho á la mujer en contra del marido. (1)

385. Decimos que la mujer debe tener un derecho contra el marido; es decir, una acción para obligarlo á hacer el reemplazo, para que el reemplazo esté obligatorio. En efecto, toda obligación implica una acción correlativa. Cuando, pues, el contrato de matrimonio dispone que el marido estará obligado, en caso de enajenación de un propio de la mujer, á hacer el reemplazo, ésta tendrá acción contra él. Se creería que no puede haber duda acerca de este punto, tal es así de elemental. Es, en verdad, la opinión común, pero está fuertemente combatida por Troplong. «El marido, dice este autor, es juez soberano del partido que debe tomar, y el *derecho* de la mujer á un reemplazo no le da *acción* durante el matrimonio.» He aquí un derecho de nuevo cuño y una obligación asaz, singular. Lo que caracteriza á las obligaciones y á los derechos jurídicos, es que hay un acreedor y un deudor, y que el acreedor tiene acción contra el deudor; un derecho sin acción no es un derecho. La acción se-

1 Denegada, 1.º de Febrero de 1848 (Daloz, 1851, 5, 465). Rodière y Pont, t. I, pág. 598, núm. 695.

ría inconveniente, dice Troplong, y sería causa de discordia entre el marido y la mujer. ¿Qué se entiende por esto? ¿No podrá tener la mujer ninguna acción contra el marido sin que se le acuse de faltar á las convenciones? El Código Civil no conoce este culto supersticioso de la autoridad marital; da acción á la mujer contra el marido para pedir la disolución de la comunidad, lo que supone lo más á menudo una mala gestión; he aquí una acción mucho más escandalosa que la de la mujer tendiendo á obtener un reemplazo. Como se ha dicho muy bien, el reemplazo evitará una causa de separación, garantizando á la mujer la posibilidad de volver á tener sus propios; evita el escándalo, pues, en lugar de darle nacimiento. (1) Troplong concluye diciendo que la cláusula de reemplazo es más bien *indicativa* que *imperativa*. Una cláusula es una convención; toda convención implica un derecho y una obligación; luego una acción judicial. ¿Qué es una *convención indicativa*? Una palabra desnuda de sentido. (2) Lo que Troplong dice del reemplazo obligatorio es un tejido de contradicciones. Después de haber escrito que la cláusula solo es *indicativa*, agrega que es un *cargo*, un *mandato*. ¿Será que un *cargo* no da derecho de obrar en ejecución del cargo? ¿Será que el *mandato* solo es para el mandatario una *indicación*, y lo dejará libre para hacer lo que quiera, y aun de no hacer nada? Troplong solo hace una reserva á su teoría de una cláusula que no es una convención, de un encargo que no es un encargo; conviene en que la mujer tiene algunas veces interés en que el reemplazo se haga luego; le permite estipular una pena en caso de que el marido faltase á su obligación. (3) Esto es una nueva contradicción: ¿Puede haber una pena sin obligación principal? ¿Y cuando la obligación principal es nula, esta

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 196, núm. 79 bis IV.

2 Troplong, t. I, pág. 333, núm. 1,109, y pág. 334, núm. 1,114.

3 Troplong, t. I, pág. 207, núm. 575, y pág. 324, núms. 1,072 y 1,073.

nulidad no arrastra la nulidad de la cláusula penal? (artículo 1,227).

386. Hay una dificultad cuando la convención, al estipular que el reemplazo será obligatorio, no contiene plazo en el que debe hacerse. La doctrina y la jurisprudencia están acordes en decir que, en este caso, el marido puede hacer el reemplazo hasta la disolución de la comunidad, y que aún podría hacerlo después de la disolución. Esta última proposición es inadmisibile, la disolución de la comunidad fija la situación de las partes; la mujer cuyo inmueble ha sido enajenado sin reemplazo, solo tiene ya derecho á una compensación (art. 1,476). Aun nos parece muy dudoso que el marido pueda esperar hasta la disolución del matrimonio para hacer el reemplazo, en el sentido de que la mujer no tenga ninguna acción contra él para obligarlo á hacerlo antes. La mujer, se dice, nunca puede pretender que el marido ha faltado á su obligación, puesto que goza de un término indefinido para el reemplazo. (1) Cuando las partes no estipulan plazo, no resulta que el deudor goce de un término indefinido (arts. 1,900 y 1,901). Una oportunidad se presenta para hacer el reemplazo, éste es un término tácito convenido por los esposos; si el marido no satisface su obligación, la mujer debe tener el derecho de promover contra él para obligarlo. La Corte de Caen invoca el art. 1,176, según el cual la condición de que un acontecimiento sucederá, puede siempre cumplirse cuando no hay tiempo fijo. (2) Creemos que el art. 1,176 es inaplicable, pues no se trata de una condición, se trata de un plazo, y el plazo puede ser tácito.

Si el contrato estipula un plazo, la mujer debe tener acción contra el marido. Aun en este caso Troplong mantiene su doctrina: la cláusula, dice, es más bien *indicativa* que *limitativa*. Sin duda, si ninguna ocasión se ha presentado pa-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 196, núm. 79 bis IV.

2 Caen, 27 de Mayo de 1840 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 1,447), y 26 de Febrero de 1845 (Daloz, 1845, 2, 81).

ra hacer el reemplazo, el marido no tendrá la culpa: pero se supone que se presenta una oportunidad y que el marido descuida, no obstante, de hacer el reemplazo; pretender que la mujer no tendrá derecho de promover contra él, se viola la ley del contrato. Decir, como lo hace Troplong, que el marido es administrador de los propios de la mujer y que en la letra del contrato tiene mucha latitud, no es decir algo; estas son afirmaciones que contradice el contrato: ¿qué sucedería con las convenciones si así se les interpretasen? (1)

Si la mujer no usa de su derecho durante la comunidad, lo renuncia por esto mismo; en este sentido cuando menos, que después de la disolución de la comunidad, no tiene ya derecho sino á la compensación de su precio. (2) Pudiera suceder que no hubiese renunciado; la mujer tendría derecho, en este caso, á daños y perjuicios; esta es la consecuencia de toda obligación que no puede ya ser cumplida por culpa del deudor, y suponemos que hubo negligencia por parte del marido (art. 1,147).

387. ¿Tiene efecto contra terceros la cláusula de reemplazo? Se supone que el contrato de matrimonio dice que en caso de enajenación de un propio de la mujer, el marido debe hacer el reemplazo. ¿Resultará que el reemplazo sea una condición prescripta para la validez de la enajenación, de manera que si el reemplazo no se hace la mujer tendrá derecho para promover la resolución de la venta? La simple cláusula de reemplazo no puede tener efecto contra los terceros; es una garantía que la mujer estipula contra su marido; esta garantía no impone ninguna obligación á los terceros que contratan con el marido; no están, pues, obligados á cuidar de que se haga el reemplazo. La razón de esto es que los terceros adquirentes no pueden estar obligados en virtud de una cláusula que no se dirige á ellos. Sin duda deben ha-

1 Troplong, t. I, pág. 325, núm. 1,074. En sentido contrario, Colmet de Santerre, t. VI, pág. 196, núm. 79 bis IV.

2 Angers, 18 de Marzo de 1868 (Dalloz, 1868, 2, 82).

cerse presentar el contrato de matrimonio para asegurarse de los derechos del marido. Pero la simple cláusula de que se hará reemplazo, no altera los derechos de los esposos. Casada bajo el régimen de la comunidad, la mujer conserva el derecho de enajenar sus propios, y el reemplazo que debe hacer el marido no impide que esté capaz para enajenar. Es solo después de la enajenación cuando nace para el marido la obligación de hacer el reemplazo; en este momento los terceros adquirentes solo tienen una obligación, la de pagar el precio, y deben hacerlo en manos del marido, como administrador de los bienes de su mujer, sin poder exigir que el marido haga reemplazo. Estando sin derecho, están también sin obligación. Diremos más adelante que sucede de otra manera cuando los esposos están casados bajo el régimen dotal; la mujer dotal no puede enajenar los bienes dotales; si el contrato permite la enajenación á cargo de reemplazo, los terceros están en la obligación de cuidar que éste se haga, pues el reemplazo es la condición bajo la que el inmueble puede ser enajenado. Bajo el régimen de la comunidad, al contrario, la enajenabilidad es la regla, y la cláusula de reemplazo no deroga á la regla, no prohíbe á la mujer el enajenar, ni al marido el recibir el precio; está, pues, sin efecto con relación á los terceros.

La doctrina es contraria en este sentido, (1) y la jurisprudencia, después de algunas hesitaciones, ha consagrado la opinión enseñada por los autores. Hay sentencias que han decidido que la obligación de empleo constituye una condición de *capacidad* para la mujer, de manera que la mujer común se volviera incapaz para enajenar sus propios. Esta es sin duda la tradición romana del régimen dotal, lo que extravió á las cortes; la mujer común es capaz para enajenar,

1 Aubry y Rau, t. VI, págs. 307 y siguientes, y nota 82, y las autoridades que citan. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 197, núm. 79 bis V.

