

la mitad, la comunidad soportará la mitad de las deudas que la convención pone á cargo del esposo, y ella tendrá una compensación por la otra mitad; se debe, en efecto, proceder para el anticipo de herencia, como se procedería si la sucesión fuera vencida. (1)

Núm. 4. De la adquisición á consecuencia de indivisión.

I. El principio.

323. El art. 1,408, dice: «La adquisición hecha durante el matrimonio á título de licitación ó de otra manera, de parte de un inmueble del que uno de los esposos era propietario por indiviso, no forma una ganancial.» Esto es decir que el inmueble queda propio, aun por en parte adquirida por el esposo. La adquisición se hace á título oneroso; debiera, pues, formar una ganancial. ¿Por qué la ley hace de ella un propio? Pothier, y después de él la mayor parte de los autores, dicen que esta disposición es una consecuencia del principio establecido por el art. 883. En derecho francés, á diferencia del derecho romano, el reparto no está considerado como una adquisición, solo declara la parte que tiene cada heredero en la sucesión, de manera que cada heredero está como habiendo sucedido solo é inmediatamente á todos los efectos comprendidos en su lote y como no haber tenido nunca la propiedad de los demás efectos de la sucesión. *Inmediatamente*, dice el art. 883; Pothier explica este efecto de la partición que es decisivo para nuestra cuestión. «El difunto se considera como habiendo entregado en el momento de su muerte, á cada uno de los herederos, todas las cosas comprendidas en su lote.» Una consecuencia evidente de este principio es que los muebles que del reparto tocaron á uno de los herederos, son propios de sucesión por el todo; luego le son también por entero de la comunidad. El

¹ Véanse los pormenores en Colmet de Santerre, t. VI, pág. 75, núm. 34 bis IV y V.

art. 1,408 ni siquiera habla del reparto, sin duda porque esto pareció demasiado evidente al legislador; no menciona sino la licitación agregando *ó de otro modo*, lo que comprende, como lo diremos más adelante, toda clase de adquisición de la parte indivisa.

Si la ley menciona especialmente la licitación, es porque en el derecho antiguo había alguna duda acerca de este punto. Pothier decidía, y con razón, que se necesitaba aplicar á la licitación el principio que rige á la partición. Es verdad que la licitación es una venta; luego una adquisición á título oneroso, lo que parece hacer del inmueble licitado una ganancial. En realidad la licitación es una manera de salir de la indivisión. En efecto, ¿cuándo hay lugar á licitar un inmueble indiviso? El art. 1,686 que consagra la doctrina tradicional, contesta: «Si una cosa *común* no puede ser *dividida* cómodamente y sin pérdida, ó si en la *partición* hecha de lotes se encuentran algunos que ningún coparticipante no pueda ó no quiera tomar, la venta se hará por subasta.» Aquel de los comuneros que se haga adjudicatario, paga á sus coherederos el precio de la parte que tienen en el inmueble. La licitación entre coherederos, teniendo el mismo objeto y el mismo fin que el reparto, se considera, dice Pothier, como un acto que reemplaza la partición. De esto resulta que la licitación no sea considerada como un título de adquisición; solo determina la parte que cada heredero licitante tiene en la cosa licitada. El adjudicatario está como habiendo sucedido inmediatamente al difunto por el total de la herencia que se le adjudica y no haber adquirido nada de sus coherederos; éstos están como satisfechos del derecho determinado que tenían en la sucesión por la parte del precio que el adjudicatario está obligado á darles, y como si nunca hubieran tenido parte en la herencia licitada. De esto la consecuencia que la herencia adjudicada por licitación á uno de los herederos, le es propia por el total en materia de

sucesión; luego forma también un propio de comunidad. (1)

324. El sistema de Pothier, ¿es el de los autores del Código? Este punto tan importante para la explicación de la ley, es dudoso. En la discusión que tuvo lugar en el consejo de Estado, Tronchet ha reproducido los principios tal como habían sido expuestos por Pothier. Importa, dice, entender bien los motivos del art. 1,408. La ley decide primero que cuando uno de los esposos se hace adjudicatario de un inmueble comprendido en una sucesión abierta en su provecho, el inmueble le queda en propio, no solo por la parte que hubiese tenido si se hubiese repartido, sino por su totalidad. Esta disposición está fundada en el principio general admitido en materia de sucesión, que todo cuanto se recoge á título de herencia es propio, y que todo cuerpo hereditario adjudicado á uno de los herederos, está como si hubiese pasado á su poder por totalidad con este título. (2) Este es el principio de Pothier: el inmueble es un propio de sucesión; luego es un propio de comunidad. El testimonio de Tronchet es considerable; gozaba de gran autoridad en el consejo de Estado, y la merecía; su opinión no encontró ninguna contradicción. ¿Y cómo se le hubiese contradecido? Era el órgano de la tradición, pues la tradición para los autores del Código se reasumía en Pothier.

Sin embargo, la verdadera teoría es muy dudosa. Siméon, el orador del Tribunado, tiene otra explicación del artículo 1,408: «Uno de los esposos tiene en propio la mitad de un inmueble que posee por indiviso con un tercero. Este inmueble se licita; el esposo copropietario se hace adquirente de él. ¿La mitad por él adquirida entra en la comunidad? Parece deber entrar en ella, puesto que la adquisición hecha durante el matrimonio tiene el carácter de una ganancial de comunidad. Pero entonces la indivisión, que la licitación

1 Pothier, *De la comunidad*, núms. 140, 145 y 146.

2 Sesión del Consejo de Estado del 13 vepdlmiario, año XII, núm. 9 (Loché, t. VI, pág. 355).

debía hacer cesar, hubiera continuado; el esposo copropietario por la mitad y adquirente por la otra tendría en comunidad con su cónyuge la mitad adquirida. Se ha decidido que el esposo adquirente se hacía propia la parte comprada, á cargo de indemnizar á la comunidad por la suma que tomó de ella para su adquisición « (1)

La explicación de Siméon ha sido adoptado por los autores que no consideran la disposición del art. 883 como un principio absoluto, y lo desechan, en consecuencia, en materia de comunidad. Es seguro que el art. 883 establece una ficción, y toda ficción debe ser restringida á los límites de la ley, la que solo tiene derecho para crear ficciones: ¿Cuál es el objeto del art. 883? Impedir que las concesiones de derecho real, particularmente las hipotecas hechas durante la indivisión, graven el inmueble cuando por efecto de la partición se ha puesto en el lote de un coheredero de aquel que ha concedido la hipoteca. Se trata, pues, en el art. 883 de las relaciones de los coherederos entre sí y con los concesionarios de derechos reales. En el art. 1,408, al contrario, los coherederos están fuera de causa, y no se suponen concesiones de hipotecas; se trata de las relaciones del coheredero adjudicatario con su legatario á título de socio. Se está, pues, fuera de la hipótesis para la cual la ficción del reparto declarativo ha sido imaginada. Desde luego hay que apartarla y volver á la realidad de las cosas. ¿Se quiere una prueba segura de que el art. 883 no es aplicable en materia de comunidad? Si se aplicaba, habría que decir que el esposo adjudicatario por licitación no es adquirente, por lo tanto, sus coherederos que reciben su parte del precio serían como no habiendo recibido un precio de lo que no han vendido, recibirían, pues, un valor mobiliario, por consiguiente, este valor debería entrar en la comunidad. En vano se diría que ésta representa una parte del inmueble; sí, en realidad; nó, se-

1 Siméon, *Discursos*, núm. 22 (Loché, t. VI, pág. 462).

gún la ficción del art. 883, puesto que los coherederos nunca han tenido derecho en el inmueble. Y bien, esta consecuencia de la ficción está repudiada por todos, comenzando por Pothier. Luego debe apartarse la ficción cuando se trata de interpretar el art. 1,408. (1)

La jurisprudencia no se ha pronunciado en esta materia de una manera terminante. Cuando se invoca el art. 883 para interpretar el art. 1,408, se atiene al art. 1,408 apartando el art. 883 como ligándose á otro orden de ideas. (2) En otros términos, aplica el texto del art. 1,408 sin preocuparse de los motivos que lo hicieron dictar. Creemos que hace bien. ¿Cómo prevalecerse de los motivos cuando éstos se ignoran? Al testimonio de Tronchet se opone el de Siméon; es decir, que el consejo de Estado y el Tribunado están en oposición. Primera duda. ¿Se ocurrirá á la tradición? Hemos dicho en otro lugar que el sentido de la tradición, en lo que se refiere al art. 883, es muy dudoso. Acerca del punto de saber si el principio del reparto declarativo es aplicable á la comunidad, Pothier está en desacuerdo con Lebrun. Así, una tradición incierta y trabajos preparatorios también inciertos. Cuando el espíritu de la ley es dudoso, se hace muy peligroso valerse de él; es fuerza atenerse al texto.

325. La primera condición requerida por el art. 1,408 para que la adquisición se haga un propio, es que esté hecha por uno de los esposos que es propietario *por indiviso* en el inmueble. Es, pues, menester que la adquisición se haga en la indivisión. Si hubiese habido partición, el esposo sería propietario de una parte dividida que formaría un propio, y si adquiriría después la parte dividida de su coparticipante, esta parte formaría una ganancial como habiendo sido adquirida por venta durante el matrimonio. La Corte de Douai lo decidió así, y esto no tiene ninguna duda. En el caso,

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 82, núm. 36 bis III. Aubry y Rau, t. V pág. 310, nota 90, pfo. 507.

2 Denegada, 30 de Enero de 1850 (Dalloz, 1850, 1, 171).

el esposo era propietario de un quinto dividido por el lado materno; posteriormente adquirió los otros cuatro quintos. Había hecho construir en la heredad una casa después de la partición y antes de la nueva adquisición. Resultaba que el goce de ambas fracciones de la heredad estaba indiviso, lo que complicaba singularmente el hecho. En derecho, no había duda; la construcción de la casa no podía cambiar la naturaleza del terreno, puesto que las construcciones son accesorios y el terreno es principal. La Corte mantuvo el derecho y zanjó la dificultad de hecho ordenando la licitación. (1)

326. ¿Debe tomarse en cuenta la causa de la indivisión? La cuestión está en saber si se debe buscar de qué manera el esposo adquirió su derecho de copropietario en la herencia indivisa: Basta leer el texto para decidir la cuestión negativamente; el intérprete no puede establecer condiciones que la ley ignora. Los trabajos preparatorios no dejan ninguna duda acerca de la intención del legislador. El proyecto, tal como fué adoptado por el consejo de Estado, limitaba la disposición al "inmueble adquirido por *licitación en una sucesión vencida á uno de los esposos*, y de la que éste era copropietario por indiviso." Esta restricción no tenía ninguna razón de ser; se hubiera entendido en el derecho antiguo como consecuencia de la teoría de los propios de sucesión, pero esta teoría estando abandonada, importaba poco que sea el origen de la indivisión. El Tribunado lo hizo notar y emitió la opinión que "la disposición del art. 1,408 no debía tener lugar no solo cuando se trataba de una adquisición por licitación de un objeto procediendo de sucesión á uno de los esposos, sino también cuando se tratara de inmuebles indivisos, cualquiera que fuese el título que en ello tuviese uno de los esposos." (2) El consejo de Estado atendió la

1 Douai, 20 de Marzo de 1828 (Dalloz, *Contrato de matrimonio*, núm. 321).

2 Observaciones del Tribunado, núm. 8 (Loché, t. VI, pág. 377). Rodière y Pont, t. I, pág. 515, núm. 603.

observación, y, por consiguiente, la disposición fué redactada en términos generales que excluyen toda distinción.

327. Así mismo la época en la que la indivisión ha comenzado, es indiferente; no está requerido que haya comenzado antes del matrimonio. Todo cuanto exige la ley es que el derecho indiviso perteneciendo al esposo sea un propio; á este respecto hay lugar á distinguir. Cuando el esposo adquiere un derecho indiviso antes del matrimonio, este derecho le es necesariamente propio, puesto que todo derecho inmueble perteneciendo al esposo cuando la celebración del matrimonio, es un propio, ya sea que proceda de una sucesión ó de una adquisición á título oneroso. No sucede así cuando el esposo adquiere el derecho indiviso durante el matrimonio; lo debe adquirir en virtud de un título que constituye un propio; tales son los títulos de sucesión y de donación. Si lo adquiere por venta, la adquisición será una ganancial, lo que hace al art. 1.408 inaplicable. (1)

328. El art. 1.408 se aplica á toda adquisición hecha durante el matrimonio, de parte de un inmueble del que el esposo era copropietario por indiviso. Poco importa á qué título se haga la adquisición. El art. 1.408, dice: "á título de licitación ó de otro modo." El término *ó de otro modo*, comprende todos los modos de adquisiciones sin exceptuar uno. Ha sido agregado, por observación del Tribunado, de manera que no hay ninguna duda acerca del espíritu de la ley. El Tribunado dice que no había razón para limitar el derecho del esposo al caso en que hubiese adquirido la porción indivisa por licitación; su derecho debe ser el mismo en el caso de cualquiera adquisición voluntaria, porque hay paridad de motivos.

Pothier aplicaba igualmente la disposición que el artículo 1.408 ha consagrado á la venta de la porción indivisa

1 Rodière y Pont establecen muy bien este punto (t. I, pág. 515, números 604-606).

que el copropietario hace al esposo. Liga esta decisión al principio de la partición declarativa. La venta, dice, no es una verdadera venta, el objeto de las partes es hacer cesar la indivisión; esto es, pues, una partición, y el acta tiene sus efectos en lo que se refiere á la sucesión para con el esposo; luego constituye también un propio de comunidad. (1)

Debe decirse otro tanto de la adjudicación que se hace después de la expropiación forzada de un inmueble embargado al esposo y á sus copropietarios? La cuestión controvertida en el derecho antiguo, lo está aún en el derecho moderno. Sin embargo, la afirmativa tiende á prevalecer, y no nos parece dudosa bajo el punto de vista de los textos. Los términos del art. 1.408 son de tal manera absolutos que no permiten ninguna distinción. Se objetaba en el derecho antiguo que el heredero coparticipante obra como heredero, adquiere, pues, como tal, por lo tanto, el inmueble es un propio de sucesión; luego un propio de comunidad. Pero el heredero que se hace adjudicatario por expropiación forzada no difiere de los demás postores; vende como heredero, compra como todo tercero. Aquí está el error; los terceros no tienen ningún derecho al inmueble, mientras que el heredero tiene en él un derecho: ¿y cómo había de comprar la parte de que es dueño? Merlin contestaba con su admirable lógica: "Para que hubiera adquisición de su parte por el heredero, sería necesario que hubiese dejado de ser propietario cuando menos por algunos instantes y que hubiese después tomado el inmueble con diferente título. ¿Pero en qué momento debe asignarse la cesación de propiedad? ¿será en el momento de la adjudicación? ¿Se supondría que la justicia ha sido propietaria? Esto sería una suposición absurda, la propiedad de los ciudadanos no pasa á manos de la justicia. Pero si la propiedad del heredero no ha cesado

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 148.

un solo instante, es, pues, propietario al mismo título, antes como después de la adjudicación: posee, pues, siempre los bienes como heredero y con la calidad de propio. Este es el principio de Pothier: Todo propio de sucesión es un propio de comunidad. Pero ya no se puede argüir como Pothier lo hacía para la venta: aquellos que persiguen la expropiación forzada no lo hacen para hacer cesar la indivisión, tienen por objeto la realización de su prenda. Esto prueba que hay que hacer á un lado el principio de la partición declarativa. (1)

329. ¿Será necesario que la adquisición hecha por el esposo haga cesar la indivisión de una manera completa? Esta es una cuestión muy controvertida; los autores están divididos, así como las sentencias. Si se atiende uno al texto de la ley, art. 1,408, la solución no es dudosa. La ley no exige que cese la indivisión, todo lo que quiere es que el esposo adquiera durante el matrimonio una porción de un inmueble del que era propietario por indiviso. Esto es decisivo. Se objeta que el texto de la ley no debe estar separado de los motivos que la han hecho dictar. En tesis general, esto es evidente, y esto es lo que hacemos en este largo trabajo; nuestro objeto es atraer los principios y las controversias hácia el texto y el espíritu de la ley. ¿Pero cuál es el espíritu de la ley? ¿Cuáles son los motivos? Si se escucha á Pothier y á Tronchet, debe decirse que la adquisición del art. 1,408 debe equivaler á la partición; es decir, que debe hacer cesar la indivisión, luego si ésta subsiste, nos encontramos fuera del texto interpretado por la tradición. Nó, dice Lebrun, el principio del reparto declarativo no es aplicable en materia de comunidad. El orador del Tribunado agrega que el único objeto del art. 1,408 es favorecer la cesación del indiviso; y se le favorece haciéndolo cesar parcialmente; luego

1 Merlin, *Cuestiones de derecho*, en la palabra *Propios*, pfo. II, núm. 5. Rodière y Pont, t. I, pág. 530, núm. 615. Aubry y Rau, t. V, pág. 311, nota 93, pfo. 507.

debe aplicarse la ley desde que el esposo adquiere una parte indivisa de la herencia. Hé aquí dos soluciones enteramente diferentes que proceden la una de la otra y que pueden llamarse del espíritu de la ley; es decir, de la tradición y de los trabajos preparatorios. Es que el espíritu de la ley está incierto. En esta incertidumbre, creemos que debe atenerse uno al texto.

¿Qué se dice en la opinión contraria? Rodière y Pont que la defienden muy bien, hacen una confesión que nos parece decisiva en su contra: reconocen «que no hay en el texto indicación precisa, explícita, expresa de la condición á la que subordinan la aplicación del art. 1,408.» ¿Pueden los intérpretes prescribir una condición para el ejercicio de un derecho? Nó, seguramente; se necesita un texto, ó es necesario que la condición proceda de la naturaleza misma del derecho. Se confiesa que no hay texto. Se invoca el espíritu de la ley, pero lo que se dice prueba cuán arriesgado es este argumento. Rodière y Pont se prevalecen del discurso de Siméon, y hemos dicho que el discurso del orador del Tribunado es el gran argumento que la opinión contraria opone á Tronchet y á Pothier (núms. 323 y 324). Así, una sola y misma autoridad debe probar que el art. 1,408 debe ser interpretado por el art. 883 y que no debe interpretarse por este artículo; ¿como podrá verse en precedentes tan dudosos una autoridad que reemplace un texto y que baste para prescribir una condición que la ley no establece? (1)

La jurisprudencia es tan insegura como la doctrina, y se disputan las sentencias como se disputa la tradición. Una sola y misma sentencia es citada por unos para inducir que la adquisición no es un propio cuando no hace cesar la indivisión, y por los otros para establecer la tesis contraria. (2)

1 Compárese en diverso sentido, Aubry y Rau, t. V, pág. 311, nota 94, párrafo 507, y las autoridades que citan, y Rodière y Pont, t. I, págs. 519 y siguientes, núm. 609 y 610.

2 Denegada, 10 de Julio de 1850 (Daloz, 1851, 1, 26). Compárese Rodière y

Es seguro que la jurisprudencia está dividida, (1) y como no trae nuevas luces en el debate, es inútil discutirla.

330. Hay un punto en el que todos están acordes: el artículo 1,408 es aplicable cuando el esposo adquiere todas las partes de sus copropietarios, aunque esto se hiciera sucesivamente y por actas separadas. En la opinión que acabamos de enseñar, esto no es dudoso, puesto que cada una de las actas sucesivas forma un propio en provecho del esposo. En la opinión que exige que la indivisión cese completamente, hay una duda muy seria. Las primeras adquisiciones no haciendo cesar la indivisión sino parcialmente, no forman propios por sí; luego entran en la comunidad: ¿Cómo podrán estos gananciales ser transformados después en propios cuando la indivisión cesa completamente? Hay que suponer para esto que las diversas adquisiciones solo forman una sola y misma cosa; pero esta suposición es una ficción que solo el legislador puede crear. (2)

Hay una sentencia de la Corte de Rouen en este sentido, pero solo aumenta la confusión cuando se pesan los motivos. La Corte parte del principio que el art. 1,408 está fundado en la voluntad de las partes contratantes; dice que la ley presume que el esposo, comprando partes indivisas, tiene la intención, no de hacer una ganancial, sino de completar su propiedad personal. Esto supone que depende de los esposos hacer unos propios. Nó, tal no es el sistema del Código. Al casarse bajo el régimen de la comunidad, los esposos convienen tácitamente que toda adquisición durante el matrimonio formase á una ganancial; esta convención es una ley que no pueden cambiar á su gusto; no les está permitido de-

Pont, t. I, pág. 521, núm. 610; Marcadé, t. V, pág. 477, núm. 1 del artículo 1,408, y *Revista crítica*, t. I, págs. 528 y siguientes.

1 Véanse las citaciones en Aubry y Rau, t. V, pág. 312, nota 94. Debe agregarse, en el sentido de nuestra opinión, Burdeos, 15 de Mayo de 1871 (*Dalloz*, 1871, 2, 237), y Bruselas, 27 de Enero de 1855 (*Pasicrisia*, 1855, 2, 277). En sentido contrario, Bruselas, 20 de Mayo de 1848 (*Pasicrisia*, 1849, 2, 115).

2 Compárese Rodière y Pont, t. I, pág. 524, núm. 611, y Marcadé, *Revista crítica*, t. I, págs. 528 y siguientes.

clarar que una ganancial es un propio. El art. 1,408 está, pues, fundado en la voluntad del legislador y no en la del esposo. En el recurso de casación dirigido contra la sentencia del Tribunal de Rouen, la Corte de Casación ha pronunciado una sentencia de denegada apenas motivada: la ley, dice ésta, no estableció distinción entre el caso en el que la adquisición hubiese tenido lugar por varias actas distintas y sucesivas y el caso en que hubiese tenido lugar en una sola y misma acta. (1) Pero, ¿no resulta la distinción del mismo principio en que se funda el art. 1,408, si se admite que la indivisión debe cesar completamente? Este principio es, pues, el que debía comenzarse por discutir, ya sea para admitirlo ó para desecharlo.

331. El art. 1,408, ¿es aplicable cuando el esposo adquiere porciones indivisas en una sucesión parte muebles y parte inmuebles? Esta cuestión está muy controvertida y es dudosa. Creemos que la negativa resulta del texto de la ley, y todas las dificultades que se levantan en esta difícil materia deben decidirse por el texto, ya que el espíritu de la ley está inseguro. ¿Qué dice el texto? «La adquisición hecha durante el matrimonio, de una porción de un inmueble del que el esposo era propietario por indiviso, no forma una ganancial.» La ley supone, pues, que es un inmueble lo que está indiviso entre el esposo y un copropietario; y en el caso, no es un inmueble lo que está indiviso, es una universalidad. Sería menester una interpretación extensiva para extender á la adquisición de una porción indivisa en una sucesión lo que el art. 1,408 dice de la porción indivisa en un inmueble. Se ojea que la palabra *inmueble*, en el artículo 1,408, no designa un cierto cuerpo que solo está empleado en oposición al término *mueble* para indicar los objetos que, según su naturaleza, están excluidos de la comunidad.

1 Rouen, 10 de Marzo de 1849, y Denegada, 30 de Enero de 1850 (*Dalloz*, 850, 1, 171).

Contestaremos que esta interpretación es forzada. ¿De qué se trata en el art. 1,408 y en las disposiciones que lo preceden? Después de haber sentado como principio que los *inmuebles* adquiridos durante el matrimonio son gananciales según el art. 1,401, la ley hace excepciones á esta regla; y la excepción no puede referirse al objeto compensado en la regla. ¿Se aplica la regla del art. 1,401 á la adquisición de una parte indivisa en una sucesión? Nó, seguramente; la regla supone un inmueble determinado; luego lo mismo debe suceder con las excepciones: se trata siempre de saber si *tal inmueble* adquirido durante el matrimonio es un propio ó una ganancial. Esto es evidente en el art. 1,405, si se considera como una excepción al art. 1,401: las *donaciones de inmuebles* son donaciones de cosas inmuebles determinadas. Lo mismo sucede con los arreglos de familia de que habla el art. 1,046, con el inmueble adquirido á título de cambio con un inmueble propio. Hasta aquí la regla y sus excepciones solo se refieren á los inmuebles considerados como cuerpos ciertos. ¿Y se quiere que el art. 1,408, que es la continuación de estas disposiciones, tome la palabra *inmueble* en un sentido diferente! Todo el texto de la ley resiste á esta interpretación extensiva. El art. 1,408 supone que el inmueble está adquirido por licitación, y el proyecto solo comprendía á la licitación. ¿Se licita acaso toda una sucesión? El art. 1,686 contesta á nuestra cuestión: «Si *una cosa común* á varios no puede ser dividida cómodamente y sin pérdida, ó si en el reparto de bienes comunes se encuentran *algunos* que ninguno de los coparticipantes quiera ó pueda tomar.» Luego el mismo título en virtud del cual el esposo adquiere, implica que adquiere una porción indivisa en un inmueble determinado. El segundo inciso del art. 1,408 se sirve de la palabra *efecto* para designar al inmueble adquirido. ¿Se califica de *á efecto* la porción indivisa en una sucesión?

La cuestión que discutimos se presenta ordinariamente cuando la mujer quiere ejercer el derecho de opción que le concede el art. 1,408 en el caso en que el marido se ha hecho adquirente de una porción de un inmueble perteneciendo á la mujer por indiviso. Hay entonces un nuevo motivo de duda que confirma nuestra opinión. La opción que implica el derecho de retiro es una excepción, un verdadero privilegio que la ley concede á la mujer; esto es, pues, una facultad doblemente excepcional. ¿Puede extenderse fuera de los términos precisos de la ley? Nó. La ley permite á la mujer dejar el *efecto* en la comunidad ó retirar el *inmueble*; luego solo se trata de una cosa determinada, lo que es decisivo: no se extiende á los privilegios.

Se objeta que el espíritu de la ley resiste esta interpretación restrictiva. Sin duda que el legislador hubiera podido extender la excepción y el privilegio que resulta para la mujer; bajo el punto de vista legislativo, aun puede decirse que había motivo para hacerlo así. Pero no se trata de saber lo que los autores del Código pudieron ó debieron hacer, se trata de saber lo que han hecho. Y lo que hicieron está expresado claramente; y cuando la ley es clara, hay que atenerse á ella, si no la interpretación arriesga, ocurriendo al pretendido espíritu de la ley, de hacer decir al legislador otra cosa de lo que quiso decir. (1)

La jurisprudencia se ha pronunciado en favor de la opinión que hemos adoptado, (2) excepto una sentencia de la Corte de Riom. (3)

332. El inmueble adquirido en el caso previsto por el artículo 1,408 forma un propio en provecho del esposo; á reserva, dice el artículo, de indemnizar á la comunidad por la su-

1 Rodière y Pont, t. I, pág. 540, núm. 625; Odier, t. I, pág. 139, núm. 136. En sentido contrario, Troplong, t. I, pág. 231, núm. 676; Aubry y Rau, t. V, pág. 312, nota 95.

2 Véanse las sentencias citadas por Aubry y Rau. Debe agregarse, Montpellier, 5 de Abril de 1870 (Dalloz, 1870, 2, 226).

3 Riom, 15 de Noviembre de 1869 (Dalloz, 1869, 2, 231).

ma que ha ministrado por esta adquisición. Este es uno de los casos en los que se debe recompensa á la comunidad por el esposo que sacó de ello un provecho personal (art. 1,437). Regularmente la adquisición se hará con el dinero de la comunidad, puesto que bajo este régimen los esposos ponen en común su fortuna mueble presente y futura.

II. Del derecho de opción de la mujer.

333. El segundo inciso del art. 1,408 supone que el marido solo se hace, en su nombre personal, adquirente ó adjudicatario de la porción ó la totalidad de un inmueble perteneciendo por indiviso á la mujer. Esta tiene, en este caso, la elección de abandonar el efecto á la comunidad, ó de retirar el inmueble. Esto es lo que se llama el derecho de opción y el retiro de indivisión.

Esta disposición deroga al derecho común bajo muchos aspectos. Cuando el marido adquiere la porción indivisa perteneciendo á los copropietarios de su mujer, hace una adquisición á título oneroso; en virtud del art. 1,401, el inmueble así adquirido es una ganancial. Según el art. 1,408, al contrario, la mujer puede retirar este inmueble de la comunidad y hacer de él un propio. Así, una ganancial se transforma en un propio. Si el marido adquiere la totalidad del inmueble del que una parte indivisa pertenece á la mujer, la adquisición será nula; según el derecho común, para la parte de la mujer, pues la venta entre esposos está prohibida (art. 1,595); el art. 1,408 deroga también á este principio, manteniendo la venta por el todo; luego por la parte de la mujer; ésta puede volver á tomar todo el inmueble como si lo hubiera comprado, pero solo hubiera podido comprar la parte indivisa de sus copropietarios, mientras que el marido adquirió todo el inmueble; la mujer substituyéndose al marido, se encuentra, pues, haber comprado la parte que tenía en el inmueble.

Todo es anormal en el derecho conferido á la mujer: hay privilegio de hecho como de derecho. La mujer tiene la elección de abandonar el efecto á la comunidad ó de retirarlo de ella. Se determinará naturalmente según su interés; esperará para decidirse el resultado de la adquisición. Si es ventajosa, la mujer retirará el efecto; si es mala, abandonará el efecto á la comunidad. Resulta de esto que la mujer podrá aventajarse á expensas de la comunidad. El inmueble adquirido por el marido es una ganancial, aumenta de valor por la construcción de un ferrocarril, por el desarrollo que toma la industria; la mujer retirará el inmueble y quitará á la comunidad un beneficio de la adquisición del que debió el marido aprovechar tanto como la mujer. He aquí una nueva derogación al principio fundamental de nuestro régimen: la ley no quiere que uno de los esposos se mejore á expensas de la comunidad, y ella misma ofrece á la mujer una mejora á expensas de su asociado. (1)

¿Cuál es el motivo de estas derogaciones al derecho común, y de este privilegio? La ley concede muchos privilegios á la mujer por razón de la posición subordinada que tiene bajo el régimen de la comunidad; la excepción consagrada por el art. 1,408 tiene el mismo fundamento. La mujer es propietaria por indiviso de un mueble; supondremos que tenga interés en adquirir las porciones indivisas de sus copropietarios; quisiera hacerlo, pero el marido se le anticipa; á él tocaría, como administrador de los bienes de la mujer hacer la adquisición por ella y en su nombre; en lugar de cuidar de los intereses de la mujer, obra como jefe de la comunidad, con el fin de tener parte en la utilidad de la adquisición. La ley no pudo favorecer este cálculo que conduciría á quitar á la mujer el derecho que le da el art. 1,408 de adquirir como propio la totalidad del inmueble en el que tiene una par-

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 84, núm. 37 bis I y II.