

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.

te indivisa. Para garantizar el ejercicio de este derecho, el Código le da la elección de dejar el inmueble en la comunidad ó de retenerlo por su cuenta. Solo que el ejercicio del derecho permite á la mujer mejorarse á expensas de la comunidad, lo que no es justo; hubiera debido fijar un plazo á la mujer para hacer su elección; esto bastaría para garantizar sus derechos y sus intereses. (1)

334. El carácter excepcional del art. 1,408 da lugar á una dificultad. Se pregunta si la mujer puede prevalecerse del derecho de opción cuando no está casada bajo el régimen de la comunidad. La doctrina y la jurisprudencia se han pronunciado por la afirmativa. Si los esposos han adoptado el régimen de la comunidad de gananciales ó cualquiera otra cláusula de la comunidad convencional, la cuestión no es dudosa. Es de principio que la comunidad convencional quede sometida á las reglas de la comunidad legal para todos los casos en que no se deroga por contrato (art. 1,528). Y la comunidad de gananciales no deroga al art. 1,408, lo que decide la cuestión. En nuestro concepto, las partes contratantes ni siquiera podrían derogar al art. 1,408, pues esta es una de las disposiciones que tienden á garantizar á la mujer contra el abuso del poder casi absoluto que la ley concede al marido bajo el régimen de la comunidad. La Corte de Pau lo decidió así implícitamente, sin siquiera discutir la cuestión. (2) La solución es la misma cuando los esposos, al casarse bajo el régimen dotal, han estipulado una sociedad de gananciales; esta sociedad es una cláusula de comunidad convencional; luego debe aplicarse el principio de interpretación establecido por el art. 1,528; esto es decir que la mujer puede prevalecerse del art. 1,408. La Corte de Casación lo sentenció así implícitamente, y en realidad no hay duda. (3)

1 Compárese Rodière y Pont, t. I, pág. 539, núm. 622.

2 Pau, 6 de Junio de 1860 (Daloz, 1860, 2, 198).

3 Denegada, 30 de Enero de 1850 (Daloz, 1850, 1, 171).

¿Pasará lo mismo cuando los esposos están casados bajo el régimen dotal, sin sociedad de gananciales? Nó, en nuestro concepto; la disposición del art. 1,408 es excepcional bajo todos conceptos; luego es de estricta interpretación y no se puede extender ni siquiera por vía de analogía. El texto de la ley resiste á toda interpretación extensiva. Se trata de saber si un inmueble es propio ó ganancial; y solo hay propio y ganancial bajo el régimen de la comunidad. ¿Cuál es el derecho que el art. 1,408 da á la mujer? Tiene un derecho de opción que implica el retiro de la indivisión; estos derechos no se conciben sino cuando hay comunidad: ¿cómo pudiera la ley abandonar un inmueble á una comunidad que no existe? ¿y cómo retiraría un inmueble de una comunidad cuando no la hay? Se objeta que la disposición del art. 1,408 ha sido tomada del derecho escrito. Es verdad; en el derecho romano había una disposición análoga, pero tenía otro carácter y otros efectos; esta disposición el Código Civil no la mantuvo; desde luego, quedó abrogada lo mismo que todo el derecho romano; el Código solo reprodujo la regla de costumbres, y ésta solo concernía al régimen de la comunidad. Se dirá en vano que existen los mismos motivos para decidir. Nó, el poder del marido bajo el régimen de la comunidad es mucho mayor que bajo el régimen dotal; la mujer está en él sin derecho, y el marido es señor y dueño. Se objeta que es administrador, en ambos regímenes, de los bienes de la mujer y que el art. 1,408 tiene por objeto un acto de administración. Esto es verdad, y el legislador hubiera debido reproducir para la mujer dotal la disposición del derecho de costumbres como reprodujo la disposición del derecho escrito en favor de la mujer común en bienes. No lo hizo, y el intérprete no tiene el derecho de hacerlo extendiendo al régimen dotal una disposición que implica la comunidad; al extenderla se ve uno obligado á alterarla, y esto se llama hacer la ley.

335. La ley da á la mujer el derecho de opción y el de retiro. Se pregunta si los herederos de la mujer tienen el mismo derecho. La afirmativa es segura. Todo derecho, en regla general, se transmite á los herederos y otros sucesores universales, porque es como si hubiese sido estipulado para sí y para sus herederos y legatarios; el art. 1,122 agrega una restricción; á no ser que lo contrario resulte de la naturaleza de la convención. La cuestión está, pues, en saber si la convención tácita del art. 1,408 da á la mujer un derecho que ella solo pueda ejercer. Hemos contestado de antemano á esta cuestión, determinando la naturaleza del derecho. Es un derecho pecuniario que la mujer ejerce según su interés; y el interés de los herederos es idéntico al de la mujer; nada impide, pues, que este derecho les sea transmitido. Se objeta que la ley solo se lo da á la mujer por consideraciones enteramente personales, por razón de la dependencia en que se haya respecto á su marido. Contestamos que poco importa la causa del derecho, esto no influye sobre su naturaleza. Hay derechos más importantes que la ley concede á la mujer común en bienes, como compensación del poder absoluto de su marido, y los concede, no obstante, á sus herederos; tal es el derecho de renunciar á la comunidad (artículo 1,466). Lo mismo sucede con todos los privilegios de que goza la mujer común: son derechos patrimoniales, y con este título pertenecen á los herederos. La doctrina está unánime en este punto, y parece que nunca esto haya sido contestado ante los tribunales. (1)

336. Otra es la cuestión de saber si los acreedores de la mujer pueden ejercer el derecho de opción y de retiro; está muy controvertida; la hemos examinado en otro lugar (tomo XVI, núm. 428).

337. Casi no vale la pena de preguntar si el marido tie-

1 Duranton, t. XIV, pág. 272, núm. 203. Toullier, t. VI, 2, pág. 176, número 169. Rodière y Pnot, t. I, pág. 543, núm. 632. Aubry y Rau, t. V, pág. 313, nota 98. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 95, núm. 37 bis XV.

ne el derecho de opción y de retiro, suponiendo que la mujer adquiriera un inmueble del que el marido es copropietario por indiviso. La negativa es segura; el marido no puede reclamar privilegios que la ley concede contra él á la mujer, por razón de la dependencia de ésta y del poder absoluto del marido; así, el marido no puede renunciar á la comunidad. Por la misma razón no puede ejercer el derecho de opción y de retiro. El inmueble adquirido por la mujer será, pues, una ganancial. ¿Pero será válida la adquisición por el todo? Sí, si no adquirió más que las partes de los copropietarios del marido. Nó, si también adquirió la parte del marido; la adquisición sería nula por esta parte, puesto que la ley prohíbe la venta entre esposos. (1)

338. Para que la mujer tenga los derechos que le concede el art. 1408, es menester que el marido se haga solo y en su nombre personal, adquirente ó adjudicatario. El marido debe adquirir la porción indivisa ó la totalidad del inmueble. Si la mujer hace la adquisición, ya no se encuentra en el caso del segundo inciso del artículo; se le aplica, pues, la regla establecida por el principio del mismo artículo; esta regla es general: *uno de los esposos*, dice el texto; luego la mujer, tanto como el marido, por consiguiente, el inmueble le será propio por efecto del contrato de adquisición, ya no puede tratarse de optar y dejar el inmueble en la comunidad: éste es propio por el todo de la mujer y le permanece propio.

El art. 1,408 supone que el marido se ha hecho solo adquirente ó adjudicatario; si la mujer ha concurrido al acto, no se está ya en el caso previsto por la excepción; luego se entra bajo el imperio de la regla, el inmueble será propio de la mujer por efecto del contrato; ya no puede tratarse de abandonarlo á la comunidad. Decimos que el inmueble es propio de la mujer en virtud del acta en que figura como adquirente ó adjudicatario del inmueble. Ésta es la

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 96, núm. 37 bis XVI, y todos los autores.

opinión de Pothier, así como de los autores modernos, y está consagrada por la jurisprudencia. Hay, sin embargo, un motivo de duda. El marido figura en el contrato no para autorizar á la mujer, sino como parte; luego como adquirente; y el marido no puede invocar el beneficio del art. 1,408, puesto que no es propietario por indiviso del inmueble; luego hace una adquisición ordinaria, y por tanto, respecto de él, el inmueble es una ganancial: y si es ganancial para con el marido. ¿No debe concluirse que ambos esposos al comprar en común han entendido comprar para la comunidad y no para la mujer? Pothier contesta que la presencia del marido en el contrato recibe además otra interpretación. Tiene el goce de la parte perteneciendo á la mujer, y tendrá el goce de la porción indivisa que la mujer adquirirá á título de propio; á este respecto, está interesado en la adquisición, mientras que si la adquisición debiera formar una ganancial, la presencia de la mujer no se explicaría; el marido solo debiera figurar en el acta, siendo la mujer extraña á todo lo que concierne á la comunidad. Luego es más natural interpretar el contrato en el sentido de que la mujer entendió aprovechar del derecho que le da el art. 1,408 y que el marido concurrió al acta por razón del goce que tiene en el propio de la mujer. El Código ha consagrado implícitamente esta doctrina disponiendo en el art. 1,408, que la mujer tiene el derecho de opción y de retiro cuando el marido *solo* es adquirente; lo que implica que cuando la mujer es adquirente con su marido, ya no se está en la excepción; luego se entra en la regla. (1)

Puede suceder, sin embargo, que el inmueble adquirido por ambos esposos no se vuelva un propio de la mujer. El derecho que el art. 1,408 le concede es un privilegio de que la mujer está libre de usar ó no; puede renunciar al bene-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 152 y todos los autores modernos (Aubry y Rau, t. V, pág. 312, nota 96). La jurisprudencia está en este sentido (Dallez, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 845).

ficio de la excepción como lo diremos más adelante, y dejar la adquisición bajo el imperio del derecho común. El caso se ha presentado ante la Corte de Bruselas. En el caso, la mujer era propietaria por indiviso; durante el matrimonio adquirió la porción indivisa perteneciendo á su copropietario; ambos esposos declararon que esto era por cuenta común; es decir, para la comunidad. Desde el fallecimiento del marido, la porción adquirida fué considerada como ganancial por la mujer y aun por sus herederos cuando éstos reclamaron después el inmueble como propio; la Corte les opuso que el art. 1,408 estaba fuera de causa, ambos esposos habiendo querido adquirir una ganancial. (1)

339. El art. 1,408, agrega: *y en su nombre personal*. Esto quiere decir que el marido obra como jefe de la comunidad, como obra regularmente cuando hace una adquisición, puesto que toda adquisición se hace en nombre de la comunidad y se vuelve ganancial. Pero el marido, bajo nuestro régimen, tiene además otra calidad, es administrador de los bienes de su mujer, y como tal, debe vigilar sus intereses, así como un buen padre de familia vigila sus propios intereses. Y en el caso, puede ser del interés de la mujer adquirir las porciones indivisas del inmueble del que es copropietario, con el fin de poseer todo el inmueble á título propio. Si el marido obrando en interés de la mujer declara, al adquirir las porciones indivisas del inmueble del que ella es copropietaria, que él hace esta adquisición en el nombre de su mujer, ¿cuál será el efecto de esta declaración? ¿Será la adquisición un propio de la mujer en virtud del primer inciso del art. 1,408? ¿ó será una ganancial ó reserva de que la mujer use del derecho que le da el segundo inciso para retirar el inmueble de la comunidad y hacerlo propio? Lo cuestión está controvertida. A primera vista se está inclinado á creer que la adquisición no puede ser una ganancial, puesto que el marido no obró en nombre de la comu-

1 Bruselas, 31 de Diciembre de 1847 (*Pasicrisia*, 1849, 2, 305).

nidad; y si el inmueble no es una ganancial, hay que inducir que es un propio de la mujer en nombre de la que fué adquirido. Pero hay un principio de derecho que se opone á que la mujer se haga propietario por la única declaración de su marido; éste no puede adquirir la propiedad sino cuando ella lo consiente, no pudiendo nadie ser propietario á pesar suyo. Cuando, pues, no figura en el acta de adquisición, no puede adquirir sino en virtud de un mandato; y se supone que no dió mandato á su marido; si la mujer quiere en este caso aprovechar de la adquisición hecha en su nombre, debe ratificar lo que hizo el marido en su nombre, pero sin mandato; la ratificación equivale al mandato (art. 1,998).

Llegamos á la consecuencia de que la adquisición hecha por el marido en nombre de la mujer, no es un propio para la mujer que no ratifica. Troplong dice que la adquisición forma un propio, pero da razones bastante malas en apoyo de su opinión. Al adquirir en nombre de la mujer, dice, el marido atesta que hay mandato, y estaría mal en la mujer negar la existencia de un mandato atestado por su marido. (1) Nó, el marido no dice ser mandatario, y aunque lo dijera, esto no comprometería á la mujer, pues no puede ser mandante á pesar suyo; y si realmente no confirió mandato, puede negar su existencia; que esto le esté bien ó no, poco importa. No se trata aquí de consideración, sino de derecho.

Si la mujer ratifica, se está bajo el imperio del derecho común, la ratificación equivaliendo al mandato, el inmueble será un propio de la mujer. ¿Pero qué sucederá con el inmueble si la mujer no ratifica? ¿Será una ganancial? Esta es la opinión general. Troplong objeta, y en esto tiene razón, que la comunidad no puede hacerse propietaria de una cosa que nunca tuvo el marido la intención de adquirir para ella. Creemos que debe aplicarse el derecho común. El

1 Troplong, t. I, pág. 290, núm. 472.

marido no quiso adquirir para la comunidad, declaró adquirir para la mujer; el vendedor entendió vender á ésta; y si no ratifica, resulta que no habrá concurso de consentimiento, y, por lo tanto, no habrá contrato; no habrá, pues, propio ni ganancial. Desde luego, no puede tratarse de aplicar el segundo inciso del art. 1,408; la mujer no puede abandonar el inmueble á la comunidad, pues ésta nada adquirió, y no depende de la mujer hacer la comunidad propietaria. La mujer tampoco podrá retirar el inmueble de la comunidad, puesto que el inmueble no ha caído en ella. Solo tiene un derecho; el de ratificar si quiere adquirir el inmueble; pero la ratificación es enteramente otra cosa que el derecho de opción y de retiro.

La doctrina y la jurisprudencia están contrarias. Se admite generalmente que el inmueble es una ganancial y que la mujer tiene el derecho de opción y de retiro que le da el art. 1,408. (1) Hay una sentencia de la Corte de Casación que admite un mandato tácito y declara, en consecuencia, al inmueble propio. La Corte comienza por sentar en principio que para hacer reputar propio á aquel de los esposos que era ya propietario por indiviso de una parte de un inmueble, la adquisición de la otra porción, basta que dicha adquisición haya sido hecha á título de licitación ó de otra manera durante el matrimonio. Estos son los términos de la ley; pero para que haya adquisición, es necesario que haya un adquirente, y para que haya un adquirente es preciso una declaración de voluntad. La cuestión está, pues, en saber si hay declaración de voluntad cuando la mujer no habla en el contrato y que su marido declara adquirir por ella. En el caso, el marido había dicho que compraba tanto para él como para su mujer. La Corte hace acerca de es-

1 Duranton, t. XIV, pág. 273, núm. 204. Rodière y Pont, t. I, pág. 541, núm. 627. Aubry y Rau, t. V, pág. 313, núm. 97.

to un singular raciocinio; del principio que toda adquisición de una porción indivisa forma un propio, concluye que con más razón debe ser así cuando el marido declara comprar tanto para él como para su mujer. El argumento cojea; no hay argumentación *á fortiori* de donde pueda inducirse que la mujer quiso adquirir la porción indivisa. Cuando la mujer no habla en el acta, no puede ser parte en ella sino en virtud de un mandato. Y el mandato exige un consentimiento; ¿en dónde ve la Corte este consentimiento? La sentencia dice que puede *presumirse* que el marido, obrando con el objeto de no dar lugar á la indivisión que la licitación había hecho cesar, estipuló en interés de la mujer en virtud de un mandato tácito al que debe dársele fuerza. (1) Así, la Corte *presume* un mandato tácito. He aquí una verdadera herejía. ¿Se presume acaso un consentimiento? ¿Hay contratos presumidos? ¿Y en qué se funda la presunción de un mandato dado por la mujer? ¿En lo que el marido ha hecho? Sin duda puede haber mandato tácito, pero para esto es necesario primero probar que el mandante tuvo conocimiento de lo que quiso hacer el mandatario y después que lo consintió tácitamente; esto no se presume, esto se prueba. La sentencia de denegada fué pronunciada por la Sala Civil bajo la presidencia de Troplong. La Corte dió la razón á su presidente; creemos que ha sentenciado mal.

340. El art. 1,408 supone que el marido se hace adquirente en su nombre personal. ¿Qué debe decidirse si el marido adquiere sin decir en qué calidad lo hace? Pothier contesta que inclina á pensar que aunque no se diga en el acta que el marido obra en calidad de tal y en nombre de la mujer, se debe fácilmente presumir que el marido obró en nombre de ésta más bien que en nombre propio. La razón es, dice, que siendo el marido administrador de los bienes de la mujer, es natural pensar que es con este título como con-

1 Denegada, Sala Civil, 2 de Diciembre de 1867 (Dalloz, 1867, 1, 469).

trató, cuando se trataba de una adquisición que la mujer tenía interés de hacer. Pothier concluye que el inmueble será propio de la mujer, á no ser que ésta no apruebe lo que el marido hizo. (1) ¿Debe seguirse esta opinión bajo el imperio del Código? Los principios se oponen á ello y el mismo texto de la ley lo resiste. Cuando el marido habla solo en el contrato, sin decir que obra en nombre de su mujer, sin siquiera decir que obra en calidad de marido, adquiere por su cuenta; es decir, para la comunidad; el inmueble será, pues, una ganancial, á reserva de que la mujer use de su derecho de opción y de retiro. Para que fuera de otro modo, sería menester que hubiese un mandato ó ratificación. Pero no hay mandato, y no pudiera haber ratificación puesto que la mujer no puede ratificar lo que, no se hizo en su nombre. Si la presunción que Pothier invoca fuera fundada, debiera inducirse, no que la mujer está ligada si no desaprueba, sino que está ligada si aprueba. Pero esta presunción, si se podía admitirla en el derecho antiguo, no se puede admitir ya hoy; el art. 1,408 la rechaza. En efecto, el caso supuesto por Pothier entra en la hipótesis prevista por el segundo inciso del art. 1,408: cuando el marido adquiere solo, y sin decir que obra como marido, trata por esto mismo en su nombre personal; lo que hace el inmueble una ganancial, según el art. 1,408, y da á la mujer el derecho de opción y de retiro. La jurisprudencia se ha pronunciado en este sentido. (2)

340 *bis*. ¿Tiene la mujer el derecho de opción cuando el marido se ha hecho adjudicatario en un embargo practicado contra la mujer y sus copropietarios por una deuda que tenía el inmueble? Fué sentenciado que la mujer no tenía el derecho de opción; (3) creemos que la decisión es buena, pe-

1 Pothier, *De la comunidad*, núm. 151.

2 Nancy, 9 de Junio de 1854 (Dalloz, 1855, 2, 251). Denegada, 24 de Julio de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 456).

3 Burdeos, 10 de Agosto de 1870 (Dalloz, 1871, 2, 153).

ro está mal motivada. La Corte supone que la mujer tiene el derecho de opción, porque da á su marido el mandato tácito para adquirir el inmueble. Si hubiese mandato tácito para adquirir, el inmueble sería propio en virtud de la regla establecida por el primer inciso del art. 1,408, y ya no se trataría del derecho de opción. Para que haya lugar á este derecho, es necesario que la adquisición haya sido hecha por el marido en su nombre personal. ¿Por qué, en el caso, no hubo lugar al derecho de opción, aunque el marido haya adquirido en su nombre personal? Fué porque la mujer no podía adquirir el inmueble en calidad de deudora embargada, no pudiendo el embargado hacerse adjudicatario (Cód. de Proc., art. 711); y si la mujer no puede directamente hacerse propietario del inmueble, tampoco puede adquirirlo por vía de retiro.

341. El art. 1,408 dispone que la mujer tiene el derecho de opción y de retiro cuando el marido se hace solo y en su nombre personal adquirente de una *porción* ó de la *totalidad* de un inmueble perteneciendo por indiviso á la mujer. Cuando el marido adquiere la totalidad del inmueble, la ley se aplica sin dificultad alguna: la mujer puede abandonar el *efecto* á la comunidad; es decir, todo el inmueble que el marido ha adquirido y que se ha vuelto una ganancial; ó puede retirar el inmueble hecho ganancial por el todo para hacer de él un propio. En el primer caso, la comunidad debe compensación á la mujer por la parte que le pertenecía en el precio; en el segundo caso, es la mujer la que debe compensación á la comunidad por el precio de la adquisición que la comunidad ha pagado y de la que la mujer se supone ha recibido su parte.

¿Pero cómo pasarán las cosas cuando el marido se hizo solo adquirente de la porción indivisa perteneciendo al copropietario de la mujer? (1) Esta tiene igualmente la elec-

1 Las opiniones de los autores son muy diverjentes. Hemos seguido la in-

ción. Puede, pues, abandonar el *efecto* á la comunidad. Pero, ¿qué se entiende en este caso por *efecto*? ¿Es todo el inmueble comprendiendo la parte indivisa de la mujer? Así se ha pretendido, pero esto es inadmisibile. La mujer no debe abandonar á la comunidad sino solo lo que la comunidad adquirió; y el marido solo adquirió una porción indivisa, es esta porción la que ha entrado en la comunidad y que la mujer deja en ella conservando la que es propia. ¿Tiene la mujer en este caso derecho á una compensación? Nó, pues no abandona su parte á la comunidad, por lo que ésta no se enriquece á expensas de la mujer; luego nada le debe. El texto no dice lo contrario; el art. 1,408 dice que la comunidad, en caso de abandono del efecto, se hace deudora hácia la mujer por *la porción del precio que pertenece á ésta*; y cuando el marido no adquirió la parte indivisa de la mujer, nada se debe á ésta en el precio; luego la mujer no tiene derecho á ninguna compensación, según el texto; lo que prueba que conserva la parte indivisa que le pertenecía y no la abandona á la comunidad. Si la mujer prefiere retirar el inmueble de la comunidad para hacer de él un propio, retirará la porción indivisa adquirida por el marido y que se habrá hecho una ganancial; deberá, en este caso, dice el artículo 1,408, reembolsar á la comunidad *el precio de la adquisición*; lo que también prueba que el derecho de opción solo tiene por objeto la porción indivisa que el marido ha comprado, es esta porción la que la mujer abandona ó vuelve á tomar; si la retira, reembolsa el precio que la comunidad ha pagado. Solo hay una sola objeción en contra de la interpretación literal de la ley que estudiamos, es que comprendemos bajo el nombre de *inmueble* la porción indivisa del inmueble que el marido adquirió. La objeción es insignificante bajo el punto de vista legal, pues la porción indivisa de un inmueble es

interpretación literal del texto que dan Aubry y Rau (t. V, pág. 313, nota 100, pfo. 507), y aun mayor, Colmet de Santerre, t. VI, pág. 94, núm. 37 bis XIV. Véanse en sentido diverso los autores citados por Aubry y Rau.

seguramente un inmueble en el lenguaje jurídico, lo que prueba que la ley entendió la palabra *inmueble* en su sentido más lato, ella es la que emplea la palabra *efecto* como sinónimo.

III. *¿Cuándo puede y cuándo debe la mujer ejercer su derecho?*

342. El art. 1,408 dice que la mujer puede hacer su elección *cuando la disolución de la comunidad*. ¿Quiere esto decir que la mujer no tenga derecho durante la comunidad? La cuestión está controvertida. Creemos que debe distinguirse. El derecho de opción propiamente dicho, no puede ser ejercido durante la comunidad; se trata de saber si el inmueble adquirido por el marido debe ser comprendido en la masa repartible á título de ganancial, ó si la mujer lo retirará á título de propio. Esto supone que la comunidad está disuelta y que se trata de liquidarla. Solo entonces es cuando importa saber cuáles son los propios y cuáles los gananciales. He aquí por qué la ley dice que la mujer tiene la elección *cuando la disolución de la comunidad*.

¿Es esto decir que la mujer no tiene ningún derecho durante la comunidad? Si su intención es abandonar á la comunidad, no tiene ningún interés en declararlo mientras la comunidad dura, puesto que ningún derecho tiene en los bienes comunes; solo tiene derecho á ellos si acepta, y solo puede aceptar cuando la comunidad se disuelve. Pero si la mujer tiene intención de retirar el inmueble para convertirlo en propio, tiene interés en hacerlo inmediatamente. Diremos mas adelante que, en nuestro concepto, el marido puede enajenar el inmueble y que la mujer no tiene ninguna acción contra los terceros; si se admite esta opinión, se entiende que la mujer tenga el mayor interés en retirar el inmueble cuanto antes. Aun en la opinión contraria que es la que generalmente se sigue, la mujer está interesada en ejer-

cer el retiro desde luego. Todos están acordes en este punto. La dificultad está en saber si tiene el derecho de hacerlo así. Creemos que sí. Se supone que el marido adquirió el inmueble en nombre personal; la mujer tiene el derecho de hacer con él un propio. Cuando la ley da un derecho, se le puede ejercer desde luego, á no ser que la misma naturaleza del derecho se oponga á ello. Y nada impide á la mujer declarar, desde que el marido hizo la adquisición, que la toma por su cuenta y que entiende que el inmueble le sea propio. La ley hace la aplicación de este principio en materia de reemplazo: la mujer debe aceptarlo si quiere que el inmueble le quede propio, si no queda ganancial. ¿Cuándo puede hacer esta aceptación? Inmediatamente. ¿El art. 1,408 se opone á ello cuando se trata del derecho de retiro? Esto sería una derogación al derecho común, y la excepción está consagrada en términos formales en estas palabras: *Cuando la disolución de la comunidad*. Hemos contestado de antemano á la objeción.

Es verdad que el derecho de opción, en tanto que comprende una alternativa, no puede ejercerse sino en la disolución de la comunidad, porque el abandono á la comunidad no se puede hacer antes; pero cuando únicamente se trata de declarar que la mujer entiende tener el inmueble en propio, esta declaración puede hacerse desde luego. ¿Se dirá que esto es realmente hacer una elección, y que la mujer estando bajo la influencia del marido, no está libre para obrar según le interesa? Esta objeción no detuvo al legislador cuando dió á la mujer el derecho de aceptar el reemplazo tan luego como el marido ha hecho la adquisición; no debe pues, detener al intérprete cuando se trata de reconocer á la mujer un derecho que los principios generales le dan. (1)

1 Colmet de Santerre, t. VI, pág. 36, núm. 37 bis III. Aubry y Rau, t. V, pág. 314, nota 101 y los autores que citan. En sentido contrario Rodière y Pont, t. I, pág. 546, núm. 634 y los autores que citan. La jurisprudencia también es-