

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-

343. ¿Cuándo debe la mujer ejercer su derecho de opción y de retiro? En principio, el que tiene un derecho puede ejercerlo durante treinta años. Se puede, pues, decir que la mujer tiene treinta años para declarar su voluntad. Pero sucede con este derecho absoluto lo que con el del sucesible que tiene treinta años para aceptar ó repudiar. Esto supone que no hay otras partes interesadas que tengan derecho de exigir que la sucesión ó la mujer manifiesten su voluntad. Y cuando la comunidad se disuelve, el marido ó los herederos tienen derecho é interés en la liquidación y reparto de los bienes comunes. Para que la comunidad pueda ser repartida, es necesario que se sepa cuáles son bienes propios y cuáles gananciales. El marido ó sus herederos tienen el derecho de obligar á la mujer á que se pronuncie. Es inútil insistir en este punto que es seguro; todos están acordes en el fondo, aunque los autores discuten en apariencia; el debate solo versa acerca de la forma más ó menos absoluta del pensamiento. (1)

344. ¿Qué sucede con el inmueble cuando la mujer no ejerce el retiro ó declara renunciarlo? El inmueble quedará lo que era. Diremos más adelante que, en nuestra opinión, el inmueble adquirido por el marido en el caso previsto por el art. 1,408; es una ganancial desde el momento de la adquisición; para que se haga propio es menester que la mujer lo retire de la comunidad, esta es la expresión de la ley; si no lo retira, lo deja en la comunidad; el inmueble es, pues, una ganancial. (2) Troplong dice, al contrario, que si el derecho de opción pereció por la prescripción de treinta años, «el inmueble adquiere *al más alto grado* el carácter que la tá dividida, y las sentencias en pro y en contra tienen poca importancia. Véase Denegada, 25 de Julio de 1844, y Lyon, 20 de Julio de 1843 (Dalloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núms. 837 y 832). Burdeos, 15 de Mayo de 1871 (Dalloz, 1871, 2, 237).

1 Duranton, t. XIV, pág. 277, núm. 210. Marcadé, t. V, pág. 483, número 4 del artículo 1,408. Aubry y Rau, t. V, págs. 394 y siguientes, notas 102, y 103. Colmet de Santerre, t. VI, pág. 87, núm. 37 bis V.

2 Aubry y Rau, t. V, pág. 315 y nota 104, y las autoridades que citan.

ley *presume* en él. (1) Es singular el lenguaje, y aun más singular la idea. ¿Hay, por acaso, varios grados de propios? ¿Y en dónde está la ley que *presume* la calidad de propio en el inmueble adquirido por el marido? Si la ley lo presumiera, ¿tendría aún necesidad la mujer de hacer una declaración de retiro? El inmueble sería propio, salvo declaración contraria; mientras que la ley dice que el inmueble no se vuelve propio sino mediante declaración de la mujer.

345. ¿Puede la mujer renunciar al derecho de opción? En regla general, se puede renunciar á cualquier derecho cuando es de interés privado; y tal es el derecho que el art. 1,408 concede á la mujer. ¿Cómo debe hacerse la renuncia? Se está bajo el imperio del derecho común, puesto que la ley no lo deroga. La mujer puede, pues, renunciar desde que se abre el derecho; en nuestra opinión, lo puede hacer durante la comunidad; en la opinión que no permite á la mujer ejercer el retiro sino cuando la disolución de la comunidad, se debe decidir que solo puede renunciar á partir de ese momento. La renuncia puede ser expresa ó tácita, siempre en virtud del derecho común. ¿Cuándo será tácita? Es ordinariamente esta renuncia la que da lugar á dificultades. El principio no es dudoso: la mujer renuncia á su derecho de opción cuando hace una acta que implica necesariamente su intención de renunciar. Tal sería el caso en el que consintiera en la venta del inmueble á título de ganancial, ó si confirmase dicha venta. Hay una sentencia en sentido contrario de la Corte de Besançon. La mujer había vendido, juntamente con su marido y dándole el nombre de ganancial, un inmueble que el marido había adquirido en las circunstancias previstas por el art. 1,408. La Corte dijo que la *enunciación* de ganancial no equivale á una renuncia al derecho que la ley asegura á la mujer, sin otro motivo. Ha-

1 Troplong, t I, pág. 233, núm. 680.

bía más que una renuncia, había concurrido de la mujer en una acta de venta. ¿Por qué concurrió á la venta? No era necesario, puesto que en la opinión común, el marido tiene el derecho de enajenar á reserva de resolución. Si la mujer figura en el acta como parte, solo puede ser para impedir la resolución; esto es decir que renuncia á su derecho de retiro, cuando menos para con el adquirente. La Corte de Casación lo sentenció así en un caso en el que la mujer había declarado terminantemente que creería hacer un acto de mala fe reclamando bienes vendidos por su marido á terceros de buena fe. Se pretendía que la renuncia de la mujer no concernía sino á los inmuebles que había rehusado reivindicar. La Corte decidió, en principio, que si nadie se presume de renunciar á sus derechos, no sucede así cuando la renuncia es terminante y consta por escrito. En efecto, la Corte admite la interpretación que la Corte de Lyon había dado á la renuncia de la mujer sentenciando que se aplicaba indistintamente á todas las ventas hechas por el marido. (1)

Se supone que la mujer, cuando la disolución de la comunidad, declara simplemente que renuncia á su derecho de opción: ¿qué sucederá con la adquisición del marido? ¿Formará un propio ó una ganancial? En nuestra opinión, el inmueble era una ganancial en virtud de la adquisición que el marido habría hecho; si la mujer renuncia á su derecho, esto es decir que no puede retirarlo; luego el inmueble queda á la comunidad. (2)

IV. Efecto de la opción. Del retiro de la indivisión.

346. El art. 1,403 dice que la mujer puede abandonar el efecto á la comunidad. Si opta por el abandono, el inmueble estará comprendido en la masa como ganancial. Re-

1 Denegada, 1.º de Mayo de 1860 (Dalloz, 1860, 1, 511).

2 Compárese Marcadé (t. V, pág. 485, núm. 6 del art. 1,403) que no admite esta solución sino en el caso en que el marido adquirió la totalidad del inmueble.

sulta que todas las actas de disposición que el marido ha hecho son válidas. No puede haber duda acerca de este punto. La ley agrega que la comunidad se vuelve entonces deudora hácia la mujer por la porción que pertenece á ésta en el precio. Esto supone, como lo hemos dicho (núm. 341), que el marido adquirió la totalidad del inmueble. Si el marido no adquirió la totalidad del inmueble sino solo la porción indivisa que pertenecía al copropietario de la mujer, la comunidad no debe ninguna compensación á la mujer, puesto que ésta no le abandona su parte en el inmueble.

La mujer puede también retirar el inmueble, dice el artículo 1,408. Este derecho es el que se llama *retracción de indivisión*. Esta expresión pudiera dejar creer que el inmueble está indiviso en el momento en que la mujer lo retira. Lo está, en efecto, cuando el marido solo adquirió una porción indivisa; si ha comprado la totalidad, la indivisión ha cesado por el hecho de la adquisición. No es, pues, por razón de la indivisión en que se encuentra el inmueble como se califica de retiro de indiviso al derecho de la mujer; se le llama así porque la ley lo da á la mujer por razón del derecho indiviso que posee en el inmueble; si la mujer retira el inmueble, esto es para hacer un propio con él: la mujer adquiere con este título la porción indivisa que pertenecía á sus copropietarios. La ley dice que la mujer reembolsa á la comunidad el precio de la adquisición, no se explica acerca del efecto del retiro: el inmueble será propio por el todo de la mujer, pero ¿á partir de qué momento? ¿Será desde la adquisición que hizo el marido, ó á partir del momento en que la mujer ejerce su derecho de retiro? En la opinión general, el inmueble está como habiendo sido siempre propio de la mujer. Esta doctrina nos deja con muchas dudas.

347. Un primer punto nos parece seguro: el inmueble es una ganancial en el momento en que el marido hace su adquisición. En efecto, el marido lo adquiere á título oneroso