

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 Rôdière 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 adquiriera 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 atenderse 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 reemplaze 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*, 1850, 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.

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. Esta 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 (Dalloz, 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).