

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. 230, 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 (Daloz, 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 (Daloz, 1855, 2, 251). Denegada, 24 de Julio de 1860 (Daloz, 1860, 1, 456).

3 Burdeos, 10 de Agosto de 1870 (Daloz, 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 porteneciendo 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 si. 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 Durantón, 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 concurso 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. 1,408) 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

durante el matrimonio; luego, según los términos del artículo 1,401, núm. 3, el inmueble entra en la comunidad. Tal es también la intención del marido que lo adquiere; él es el *único* adquirente y *en su nombre personal*, la mujer no concurre al acta y el marido no la representa; la consecuencia es que el marido se hace propietario, y todo inmueble que adquiere durante el matrimonio es una ganancial. La Corte de Casación lo sentenció así y esto no es dudoso. (1)

Troplong escribió, sin embargo, que esto es una idea falsa y peligrosa. No titubeamos en decir que la opinión de Troplong es uno de esos errores demasiado numerosos que se encuentran en su *Tratado acerca del contrato de matrimonio*. «Si consultamos el texto, dice que no hay un solo momento en que considere la cosa como ganancial antes de la opción de la mujer» ¡Y qué! el texto dice que el marido se hace *solo y en su nombre personal adquirente* del inmueble, y no será propietario, ¡y el inmueble que el marido adquiere no será una ganancial? ¡Cómo! El texto dice que, cuando la disolución de la comunidad, la mujer puede *abandonar* el efecto á la comunidad, ¡y este inmueble que deja á la comunidad no hubiera sido una ganancial? Hubiera sido propio de la mujer, sin que haya sido adquirente, ni su marido por ella. ¡Cómo! El texto dice que la mujer puede *retirar* el inmueble. ¿Retirarlo de dónde? De la comunidad; luego en el momento en que lo retira, está en la comunidad; y estaría en la comunidad sin ser una ganancial.

Troplong invoca también los principios; pero ¡qué principios! «El marido está *presumido* ser el *negotiorum gestor* de la mujer para hacer cesar la indivisión.» ¡Cómo! El artículo 1,408 es una disposición de desconfianza escrita contra el marido que, lejos de entender *gestionar* los negocios de la mujer, quiere adquirir el inmueble por su cuenta, y se nos

1 Denegada, 25 de Julio de 1844 (Daloz, en la palabra *Contrato de matrimonio*, núm. 837).

viene á decir que el marido está *presumido* ser el *negotiorum gestor* de su mujer. La adquisición del marido, continúa el autor, hace cesar la indivisión, y todo reparto retrotrae. «¿Cómo fuera posible que el inmueble no tuviera *primá fronte*, la naturaleza del propio?» (1). Así, el marido que no tiene ningún derecho en el inmueble y que obra *solo, en su nombre personal*, reparte el inmueble, ¡y este reparto tiene un efecto retroactivo! ¿Se divide acaso un bien del que no es copropietario? La mujer es quien es copropietaria; ella es quien tendría el derecho de repartir; y ésta no interviene en el contrato, el marido la aparta de él, se hace *único* adquirente en su nombre y por su cuenta; ¡y esto sería un reparto! (2)

348. El inmueble adquirido por el marido es, pues, una ganancial, y queda ganancial hasta que la mujer lo *retire*. Es por el retiro como deja de ser ganancial para volverse un propio. ¿No debe concluirse de esto que el inmueble solo es propio desde el momento del retiro? Entonces es cuando lo adquiere la mujer y se hace propietaria de él, á reserva de reembolsar el precio de la adquisición á la comunidad este retiro equivale á una compra, y la compra solo hace á la mujer propietaria desde el momento del contrato; luego solo desde ese momento el inmueble le es propio. Decimos que el retiro es una compra. El marido adquirió todo el inmueble. Ya no hay indivisión. La comunidad es propietaria; la mujer retira el inmueble: ¿es á título de copropietario por indiviso? ¡y el acto equivale á un reparto? Nó, la mujer ha vendido su parte indivisa, no tiene ya ningún derecho en el inmueble; si lo retira, no es como copropietario, ya no lo es, es en virtud de un beneficio de la ley. Ella vuelve á comprar el inmueble, el retiro es una recompensa; luego una nueva adquisición, una venta ordinaria, por lo tanto, el inmueble

1 Troplong, t. I, pág. 223, núm. 648.

2 Compárese Colmet de Santerre, t. VI pág. 88, núm. 37 bis VII VIII.

se vuelve propio en virtud del retiro, luego desde el retiro. Solo en el caso en que el marido adquirió una porción del inmueble indiviso, es como la mujer queda copropietaria por indiviso por su parte; en este caso, puede decirse que el retiro es un acto que hace cesar la indivisión y que equivale á un reparto; la mujer puede entonces invocar el principio del art. 883, es adquirente de un inmueble que posee por indiviso con la comunidad; el retiro hace cesar la indivisión, y ésta cesa retroactivamente. En esta hipótesis, el inmueble se hace propio desde el momento en que la indivisión ha comenzado.

Así, en nuestro concepto, debe distinguirse. Si el marido adquirió la porción indivisa del inmueble que pertenece al copropietario de la mujer, el único efecto de esta adquisición será el de poner á la comunidad en el lugar del vendedor; la indivisión continúa, la mujer posee el inmueble por indiviso con la comunidad; es decir, con el marido. Si ejerce el retiro, éste solo es un acto de adquisición que hace cesar la indivisión, por consiguiente, la mujer, al ejercer el retiro, usa del derecho que le está dado por el primer inciso del art. 1,408: el inmueble le es propio en virtud de un acto que equivale á una partición. La única diferencia entre el retiro de indivisión y la adquisición de que habla el primer inciso, es que el retiro es obligatorio para la comunidad copropietaria por indiviso; mientras que la adquisición hecha en el caso del primer inciso es voluntaria, en el sentido de que depende en general del copropietario el vender ó no vender; pero aun puede decirse que si la mujer pide el reparto, tiene derecho para ello, no pudiendo nadie quedar obligado á permanecer en indivisión (art. 815).

En la otra hipótesis, el marido se hace adquirente de la totalidad del inmueble. Ya no hay indivisión; los arts. 883 y 1,408, primer inciso, están fuera de causa; el segundo inciso es el sitio de la dificultad. El retiro ya no hace cesar

la indivisión, es una compra, una mera venta que crea un propio en virtud del beneficio de la ley, pero el inmueble no se hace propio sino desde el momento del acta. La opinión contraria está generalmente admitida; vamos á exponer los motivos en los que se funda, así como nuestras dudas.

349. En la opinión general se admite que la opción de la mujer tiene un efecto retroactivo; es decir, que el inmueble que la mujer retira está como si le hubiese sido propio siempre. Se dice que el derecho del marido es tradicional; Colmet de Santerre agrega que esto no es dudoso, y quizá es porque esto parece seguro, por lo que los autores dan apenas un motivo de su opinión. ¿Por qué es tradicional el derecho del marido? El marido no adquiere bajo condición resolutoria expresa, entiende adquirir definitivamente. La condición debe pues, ser tácita. No lo es en virtud de la ley, puesto que ésta nada dice; debiera, pues, serlo en virtud de la voluntad tácita de las partes contratantes. Vuelve aquí nuestra cuestión: ¿por qué se admite esta voluntad tácita? El marido sabe, sin duda, que la mujer podrá retirar el inmueble y que la ganancial que entiende adquirir para la comunidad podrá volverse un propio para su mujer. Pero de esto no se deduce que tenga intención de adquirir bajo condición resolutoria. Diremos más; tal no puede ser su intención, pues si solo es propietario bajo condición resolutoria, no podrá disponer del inmueble, y tendrá los cargos de la adquisición sin gozar de sus beneficios, el lado malo del negocio será para él y para la comunidad, y el bueno para la mujer; si la adquisición es buena, si el inmueble aumenta de valor, la mujer lo retirará; si la adquisición es mala, si el inmueble disminuye de valor, la mujer lo abandonará á la comunidad. Con estas condiciones mejor sería hacer la adquisición por cuenta de la mujer, haciéndola concurrir en el acta. Lo seguro es que no puede admitirse una intención