

En torno a la muciana moderna del artículo 1.442 del Código Civil (*)

Por CRISTINA TORTORICI PASTOR

Profesora de Derecho Civil. Universidad de Barcelona

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. ORIGEN Y EVOLUCION DE LA PRESUNCION MUCIANA. DERECHO EXTRANJERO Y DERECHO FORAL: 1. Derecho romano. 2. *Ius commune*. 3. Codificación.—III. CONSIDERACION ESPECIAL SOBRE LA EVOLUCION DE LA MUCIANA EN EL DERECHO CIVIL COMUN Y EN EL DERECHO MERCANTIL. 1. Derecho histórico. A) Derecho civil común. B) Derecho mercantil. 2. Codificación. A) Código Civil. B) Código de comercio.—IV. EL NUEVO ARTICULO 1.442 DEL CODIGO CIVIL. 1. Ubicación del precepto. 2. La presunción establecida por el artículo 1.442. A) Sujetos. a) Sujeto perjudicado. b) Beneficiarios. B) Objeto. C) Ejercicio y enervación.—V. CONCLUSION.

I. INTRODUCCION

El artículo 1.442 C.c., nueva redacción por Ley de 13 de mayo de 1981, establece que «Declarado un cónyuge en quiebra o concurso, se presumirá, salvo prueba en contrario, en beneficio de los acreedores, que fueron en su mitad donados por él los bienes adquiridos a título oneroso por el otro durante el año anterior a la declaración o en el período a que alcance la retroacción de la quiebra. Esta presunción no regirá si los cónyuges están separados judicialmente o de hecho». Se trata de una norma cuya formulación se inspira en la denominada presunción muciana: *originariamente concebida como medio para salvaguardar la honestidad de la mujer casada, dicha presunción se convierte en una institución del Derecho concursal cuya finalidad es la de proteger a los acreedores frente a las colusiones*

(*) Trabajo concluido en febrero de 1990.

entre cónyuges. Se adscribe al régimen económico matrimonial de separación de bienes y destaca por su peculiar alcance: siendo un medio de prueba de la procedencia de los medios invertidos por el cónyuge no deudor en determinadas adquisiciones, afecta a los bienes adquiridos.

II. ORIGEN Y EVOLUCION DE LA PRESUNCION MUCIANA. DERECHO EXTRANJERO Y DERECHO FORAL

1. Derecho romano

La presunción muciana, así denominada por ser atribuida a QUINTO MUCIO SCAEVOLA, se halla plasmada en un texto de POMPONIO recogido en el Digesto 24, 1, 51 y confirmado por el Código 5, 16, 6: en la duda acerca de la procedencia de los bienes adquiridos constante matrimonio por la mujer, y para evitar respecto de ella la sospecha de un lucro reprobable, se consideraba «más verdadero y más honesto» presumir que le provenían de su marido. El significado originario de esta presunción no está claro. En la época clásica, habida cuenta de la prohibición de donaciones entre cónyuges, la falta de prueba en contrario determinaba la atribución al marido de la propiedad de aquellos bienes. El denominado Senadoconsulto de CARACALLA del año 206 atenuó la nulidad absoluta de las donaciones entre cónyuges, disponiendo que quedaban convalidadas si el donante fallecía antes que el donatario sin haberlas revocado; por lo tanto la no enervación de la muciana determinaba la atribución al marido de la propiedad de los bienes de procedencia dudosa sólo si aquél revocaba la donación o sobrevivía a su esposa (1).

Cuestión polémica es la del alcance de la muciana, siendo básicamente dos las teorías que se han formulado al respecto (2).

Según algunos autores (3), si la mujer aportaba un título de adquisición de la cosa, por ejemplo, una compraventa con tradición, pero no justificaba la procedencia del precio empleado en la adquisición, en virtud de la teoría de la subrogación real debía entenderse

(1) Cfr. P. JÖRS y W. KUNKEL, *Derecho privado romano*, Barcelona, 1965, trad. de L. Prieto Castro, pp. 352 y 402, nota 2, y J. IGLESIAS, *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*, Barcelona, 1972, p. 566 s.

(2) Un resumen completo de las tesis defendidas sobre el tema puede consultarse en R. M.^a ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, III, Barcelona, 1954, p. 197 ss.

(3) Como principal exponente de esta tesis merece destacarse F. VIRGILI SORRIBES, *La presunción muciana y los bienes adquiridos durante el matrimonio por mujer catalana*, en *Propiedad y matrimonio*, Colegio Notarial de Barcelona, Conferencias de los cursillos de los años 1948 y 1949, Barcelona, 1956, p. 195 ss., e ID, *Proyección de la presunción muciana en derecho común*, en «Anales de la Academia Matritense del Notariado», 1959, p. 277 ss.

que la cosa le había sido donada por el marido. El fundamento principal de esta doctrina es pues la confusión entre cosa y precio: si la mujer adquiría una cosa con dinero donado por el marido, la calificación del dinero se comunicaba a la cosa que lo había reemplazado y por tanto debía reputarse que la mujer tenía esa cosa a título de donación del marido. De ahí que éste, revocada la donación, podía reivindicar la cosa adquirida.

Para otros autores (4), si la mujer acreditaba la procedencia de la cosa adquirida pero no la del dinero invertido en su adquisición, debía entenderse que el marido sólo ostentaba contra ella un crédito pecuniario. El fundamento principal de esta tesis es el de que en el régimen económico matrimonial de separación de bienes, propio del Derecho romano, no cabe aplicar el mecanismo de la subrogación real porque en él no hay un patrimonio común, sino únicamente dos masas patrimoniales —el patrimonio privativo del marido y el patrimonio privativo de la mujer— entre las que no se da comunicación alguna; por tanto cada cónyuge sólo puede ser órgano de adquisición de su propio patrimonio. De ahí que si el marido revocaba la donación, podía reclamar el dinero que sirvió de precio pero no el bien adquirido, que quedaba de propiedad de la mujer.

2. *Ius commune*

La presunción muciana se mantuvo en vigor durante el medioevo en los países de tradición romana.

Los comentaristas se decantan claramente por la inadmisibilidad de la teoría de la subrogación real. En este sentido se pronuncian BALDO (5), BARTOLO (6), MENOCHIO (7), FABRO (8) y CANCER (9).

(4) Principal exponente de esta doctrina es R. M.^a ROCA SASTRE, *op. y loc.* citados.

(5) *Consiliorum sive responsorum Baldi Ubaldi Perusini iuriconsulti omnium consensu doctissimi pariter et acutissimi*, V, consilium LXVII, Francof. ad Moen, Sigis Feyrabendii, MDLXXXIX, p. 19: «Primo quod d. petia terrae empta a d. do. Magdalena praesumitur empta de pecunia viri... Secundo, quod dicta rem empta ab ea ipsius effecta et dictam rem ab ea emptam, haeredes viri vindicare non possunt, ut superius est ostensum. Sed dubium est nunquid possint agere ad pretium, vel quatenus ipsa et locupletior, per d.l. uxor marito et alia iura superius allegata. Et brevisiter dico que non in casu nostro... Sed donatio inter vir et uxor, si inteveniat traditio, vel aliud, quod pro traditione habeatur, morte donantis confirmatur...».

(6) *Intres posteriores codicis libros. Commentaria*, Liber X, De fide instr. et iure hastae fiscal., L. Duplex, Lex III, 6, Augustae Taurinorum, MDLXXXIX, p. 7: «Ultimo facit haec lex, quod si uxor alicuius emit aliquam rem, illa res sit uxoris. Non obstant leges identes, quod quicquid quarit uxor, praesumitur de bonis viri, ut l. etiam s. de don. inter vir et uxor et l. Quintus... Quia fateor quod praesumitur epta de pecunia viri, et uxor teneatur ad pretium viro, tamen res non erit viri, sed uxoris...».

(7) *De praesumptionibus Coniecturis. Signis et Iudicis*, parte I, libro III, presunción LI, núms. 42 y 43, Augustae Taurinorum, MDXCIV, p. 153: «Declaratur nono, ut non procedat haec praesumptio quo ad recuperationem bonorum. Et si enim essemus in casu dicta l. Quintus, attamen maritus, vel eius succesores, non possent recuperare bona ipsa ac-

La polémica se plantea con respecto a quiénes son los beneficiarios de la muciana. CANCER (10) afirma que sólo pueden valerse de ella el marido y sus herederos. En cambio FONTANELLA (11) entiende que también pueden utilizarla los acreedores del marido.

3. Codificación

La muciana romana desaparece del Derecho civil a raíz del movimiento codificador: no la recogen ni el Código de Napoleón de 1804, ni los Códigos civiles que le siguen a lo largo del siglo.

quisita, sed solummodo pretium numeratum... Et huius sententiae ea est ratio, quia res a te empta ex pecunia mea, non efficitur mea, sed tua, vero a te pecunia repetere possum⁷.

(8) *Codex fabrianus definitionum forensium et rerum in Sacro Sabaudiae Senatu tractatarum...*, libro IV, título XXXIV, definitio VII, Ludguni, Sumptibus Horatii Cardon, MDCX: «Nec ad re, pertinet quod iuris praesumptio fit emptam ex pecunia mariti: iuris enim praesumptio tantum illa est non etiam de iure, ut nostri luquantur, obidque probationem quae in contrarium afferri potest non excludit. Neque vero si constaret emptam ex pecunia mariti, tamen sufficeret ut mariti rem esse probaretur. Cum enim de rei dominio disputatur, non ex cuius pecunia sed cui rei empta tradita sit inspiciendum est...».

(9) *Variarum resolutionum iuris Caesarei, Pontifici et Municipalis Principatus Cathalauniae*, Pars. I, Cap. IX, núms. 77 y 78, Venetiis, Apud Remondini, MDCCLX, p. 136: «Circa hoc illud obiter attingam, emptum ex pecunia mea non esse meum, sed ementis: et sic non posse me rem illam ex pecunia mea emptam vindicare, sed tantum pecunia petere... Haec tamen regula fallit in milite, minore, et Ecclesia: res siquidem a tutore sive curatore ex pecunia pipilli vel a Praelatio Ecclesiae ex pecunia Ecclesiae empta, efficitur pupilli, et Ecclesiae, et sic potest per pupillum factum jam adultum, et per Ecclesiam vindicari... Et similiter si maritus ex pecunia dotali uxoris aliquid emat, licet res ita non efficitur uxoris, in subsidium tamen potest ad rem illam agere pro recuperatione dictae pecuniae dotalis... Ex quibus datur intelligi, haeredes mariti non posse agere ad recuperationem bonorum acquisitionum per viduam de bonis mariti, sed tantum posse agere ad pretium numeratum...».

(10) *Op. cit.*, Pars. III, Cap. I núms. 171 y 172, p. 16: «Dubitatum fuit hisce diebus in foro, an praesumptionem illam, quod acquisita per uxorem constante matrimonio, censeantur acquisita de bonis viri, gratia vitandae turpis suspicionis, iuxta leg. Quintus Macius, ff. de don. inter vir. et uxor., opponere posset alius, quam vir eiusdem haeredes. Et licet Dec. const. 237 in fin. teneat partem affirmativam, contrarium censeo... et est vera et communis sententia».

(11) *Tractatus de pactis nuptialibus, sive de capitulis matrimonialibus...*, II, cláusula VII, glossa III, pars XV, núms. 22 a 25, Genova, Sumptibus Cramer Perachon et Socii, MDCCXIX, p. 528: «De qua tamen non potest opponere tertius, et extraneus contra ipsam uxorem, vel illius haeredes, sed procedit duntaxat inter ipsos coniuges, et illorum haeredes... Dubitatum haec vidi, num appellatione extranei in hac materia veniat creditor mariti. Qua in re dic quod non. Imo ipse iuris sui tuendi gratia potest sine dubio opponere de d.l. Quintus Macius... Sed non puto quod Doctores quos isti scribentis allegant loquantur decedentibus de lege praedicta iuris sui tuendi gratia, et ex debitoris persona, excipientibus de iure debitori competente. Et ubi de eis loquerentur, non videtur mihi debere nos eorum opinioni adhaerere, nulla enim ratio patitur quod ius reprobet praentionem mulieris, et denegat creditoris, cuius multum interest, facultatem de hoc opponendi. Deinde, quae equitas suadet ut liceat hac via fraudare creditores, ac hos eorum claudere ne in tanto praeeiudicio beneficium legis possint allegari?».

En nuestro país deben exceptuarse de esta afirmación general Cataluña, Baleares y Navarra —esta última cuando se pactase el régimen de separación de bienes—, regiones en las que la muciana seguía vigente por aplicación del Derecho romano (12). Sin embargo, sólo el artículo 23 de la Compilación de Derecho civil de Cataluña de 1960 permitió la subsistencia hasta nuestros días de la presunción que nos ocupa en su versión originaria (13).

La muciana reaparece entonces en los Códigos de comercio como una institución propia del Derecho de quiebras. Se trata de una presunción que presenta notables diferencias con la muciana romana, pero que trae su origen de ella. Se aplica con independencia del régimen económico al que esté sometido el matrimonio; no presume una donación entre cónyuges, sino la pertenencia al marido de los medios invertidos por la mujer en las adquisiciones efectuadas durante el matrimonio; sus beneficiarios son exclusivamente los acreedores del marido; y su finalidad es la de evitar confabulaciones entre cónyuges en perjuicio de aquéllos. Esta versión moderna de la muciana se recoge por primera vez en el artículo 547 del *Code de commerce* de 1807: «*Sous quelque régime qu'ait été formé le contrat de mariage... la présomption légale est que les biens acquis par la femme du failli appartiennent à son mari, sont payés des ses deniers, et doivent être réunis à la masse de son actif, sauf à la femme à fournir la preuve du contraire*» (14). A raíz de la reforma por Ley de 28 de mayo de 1838, esta presunción pasó a ser recogida por el artículo 559 del *Code*, artículo que era una copia del antiguo artículo 547. El modelo francés fue seguido por Italia —art. 673 C. de c. de 1865 y artículo 782 C. de c. de 1882 (15)—, por Bélgica —art. 555 C. de c. de

(12) Cfr., M.^a ROCA SASTRE, *op. cit.*, p. 195, y A. PARA MARTÍN, *Presunción muciana y nulidad de donaciones entre cónyuges*, Barcelona, 1981, p. 58.

(13) Dicho precepto disponía que «Los bienes adquiridos por la mujer constante matrimonio, cuya procedencia no pueda justificar, se presumirán procedentes de donación del marido. A estas donaciones les serán aplicables los artículos 20 y demás comprendidos en este capítulo». Sobre esta norma, v. J. DELGADO ECHEVERRÍA, *El régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña*, Madrid, 1974 p. 168 y ss.; L. PUIG FERRIOL y E. ROCA TRIAS, *Fundamentos del Derecho civil de Cataluña*, II, *Derecho familiar catalán*, Barcelona, 1979, p. 88 y ss., y A. PARA MARTÍN, *op. cit.*

(14) Al parecer el propio Napoleón insistía en la necesidad de extender los efectos de la quiebra a la esposa del quebrado, pero proponía una solución extremista que implicaba desconocer los derechos patrimoniales de la mujer fuese o no culpable de la quiebra de su marido. En su discurso pronunciado en la Sesión del Consejo de Estado francés de 28 de julio de 1807 decía que: «Il serait à désirer aussi que la femme, dans tous les cas, partageat le malheur de son mari. Dans une communauté de biens et de maux, telle qu'est le mariage, il est inconcevable que le désastre du mari ne retombe pas d'abord sur sa famille, et que sa femme ne sacrifie pas tout ce qu'elle possède pour prévenir ou du moins adoucir les torts d'une personne avec laquelle elle est étroitement unie... Il répugne de voir la femme d'un failli étaler un luxe insolent auprès d'un malheureux créancier dont le dépouilles l'ont peut être enrichie. Ne serait-ce donc pas assez de réduire cette femme à des simples aliments? ...» (J. G. LOCRÉ, *La législation civile, commerciale et criminelle de la France ou commentaire et complément des Codes français*, XIX, Paris, 1830, p. 481).

1865 (16)—, por Alemania —parágrafo 45 de la Ley especial de quiebras de 1877 (17)— y por Méjico —arts. 1.549 y 1.550 C. de c. de 1884 y arts. 964 y 965 C. de c. de 1889 (18)—.

En la actualidad recogen la muciana moderna el artículo 70 de la *Legge fallimentare* italiana de 1942 (19) y el artículo 163 de la Ley mejicana de quiebras y suspensión de pagos de 1942 (20). En Francia, Alemania y Bélgica, en cambio, ha sido suprimida. Por lo que respecta al ordenamiento francés, cabe destacar que la muciana, acogida por el artículo 106 del Decreto de 20 de mayo de 1955 (21) y

(15) El artículo 673 del C. de c. de 1865 disponía que «Su tuttít gli altri casi, e quand'anche fra i coniugi fosse stata convenuta la comunione degli utili, si presume che i beni acquistati dalla moglie del fallito appartengano al marito e che siano stati pagati con danaro di lui, e debbono essere riuniti alla massa de fallimento. E ammessa in favore della moglie la prova contraria». El artículo 782 del C. de c. de 1882 reproducía casi literalmente el antiguo artículo 673.

(16) El artículo 555 del C. de c. belga era una copia del artículo 547 del C. de c. francés.

(17) Este precepto disponía que «Die Ehefrau des Gemeinschuldners Kann Gegenstände, welche sie während der Ehe erworben hat, nur in Anspruch nehmen, wenn si beweist dass dieselben nicht mit mitteln des Gemeinschuldners erworben sind».

(18) El artículo 1.549 del C. de c. de 1884 establecía que «Se reputarán pertenecer al fallido, excluyéndose también de su administración, los bienes cuya propiedad aparezca ser de su mujer, y que se encuentren en los siguientes casos: 1.º Los inmuebles adquiridos durante el matrimonio, cualquiera que sea el régimen bajo el cual se haya celebrado, por presumirse que no se han comprado con fondos pertenecientes a su esposa; 2.º Los muebles de uso del marido, y las alhajas, cuadros y muebles preciosos sean del marido o de la mujer»; y el artículo 1.550 del mismo C. de c. disponía que «La mujer tendrá derecho de reivindicar el dominio de los bienes a que se refiere el artículo anterior, si sobre el hecho de haberle pertenecido antes del matrimonio o de haberlos comprado durante él con dinero suyo, rindiere prueba plena con citación y audiencia del Síndico».

Los artículos 964 y 965 del C. de c. mejicano de 1889 reproducían literalmente los citados artículos del C. de c. de 1884.

(19) Establece este artículo que «I beni che il coniuge del fallito ha acqyistato a titolo oneroso del quinquennio anteriore alla dichiarazione di fallimento, si presumono di fronte ai creditori, salvo prova contraria, acquistati con denato del fallito e si considerano proprietà di lui. Il curatore è legittimato ad apprenderne il possesso. Se i beni stessi furono nel frattempo alienati o ipotecari, l revocazione a danno del terzo non può aver luogo se questi prova la sua buona fede».

(20) Este artículo dispone que «Frente a la masa se presumirá que pertenecen al cónyuge quebrado los bienes que el otro hubiese adquirido durante el matrimonio, en los cinco años anteriores a la fecha a que se retrotraigan los efectos de la declaración de quiebra. Para proceder a la ocupación de esos bienes, sin perjuicio de las medidas precautorias procedentes, el síndico deberá promover un incidente en el que para obtener la resolución judicial favorable, bastará que pruebe la existencia del vínculo matrimonial dentro de dicho período y la adquisición de los bienes durante el mismo. El cónyuge podrá oponerse probando en dicho incidente o en el que se promueve en los términos de la sección IV del capítulo cuarto, que dichos bienes los había adquirido con medios que no podrían ser incluidos en la masa de la quiebra por ser de su exclusiva pertenencia o que le pertenecían antes del matrimonio».

(21) Decía este artículo que «Les biens acquis pendant le mariage par le conjoint du commerçant son présumés avoir été acquis par le commerçant failli ou admis an reglement judiciaire avec des deniers provenant de l'exercice du commerce et doivent être réunis à la masse de son actif, sauf preuve contraire administrée par écrit sous réserve des dispositions de l'article 224 du Code civil».

reincorporada al C. de c. (art. 542) por la *Ordonnance* de 23 de diciembre de 1958, fue derogada por la Ley de 13 de julio de 1967; la Ley de 25 de enero de 1988, que regula el nuevo régimen de quiebras francés, no la ha restablecido. En cuanto al ordenamiento alemán, la sentencia de 24 de julio de 1968 del *Bundesverfassungsgericht* ha declarado la inconstitucionalidad del parágrafo 45 de la *Konkursordnung* por su contradicción con el artículo 6,1 del *Grundgesetz*; observa el Tribunal que la muciana, al extenderse a las adquisiciones realizadas a lo largo de toda la duración del matrimonio, puede resultar con frecuencia de imposible enervación, y, no siendo aplicable a los igualmente peligrosos supuestos de convivencia *more uxorio* pero sí en los supuestos en que los cónyuges estuviesen separados en el momento de la adquisición, carece del «más evidente fundamento de hecho» (*einleuchtender Sachgründe*) que requiere en cuanto medida perjudicial para el matrimonio (22). En Bélgica la muciana fue derogada por la Ley de 14 de julio de 1976.

El artículo 70 de la *Legge fallimentare* también ha sido objeto de una cuestión de inconstitucionalidad en relación a los artículos 3-1, 24 y 29-2 de la Constitución de 1947. Sin embargo esta cuestión ha sido declarada infundada: en su sentencia de 10 de julio de 1975, número 195, la *Corte costituzionale* afirma que la muciana no infringe el principio de igualdad, porque no afecta sólo a la esposa, sino al «cónyuge del quebrado», y no determina indefensión, porque sólo afecta a las adquisiciones realizadas durante los cinco años anteriores a la declaración de quiebra y admite prueba en contrario (23).

En nuestro país, ciñéndonos por el momento al Derecho foral, la muciana moderna se halla establecida por el artículo 23 de la Compilación catalana en su nueva redacción por Ley 13/1984, de 20 de marzo (24).

La lectura de las normas que consagran la muciana pone de manifiesto que la evolución de dicha presunción no se paralizó tras su

(22) La sentencia puede consultarse en «Neue Juristische Wochenschrift», 1968, II, p. 1771. Sobre esta resolución, v. N. SALANITRO, *Profili costituzionali della disciplina muciana*, en «Rivista di diritto commerciale», 1970, I, p. 324 y ss., y A. BORGIO LI, *Presunzione muciana, evoluzione sociale e costituzione*, en «Rivista de diritto civile», 1978, II, p. 579 y ss.

(23) La sentencia puede consultarse en «Giurisprudenza costituzionale». 1975, II, p. 1533 y ss. Sobre esta cuestión v. N. SALANITRO, *op. cit.*, p. 326 y ss. y A. BORGIO LI, *op. cit.*, p. 581 y ss.

(24) Establece este precepto que «En cas de fallida o concurs de creditors d'un del cónyuges, si aquests no estan separats judicialment o de fet, els béns adquirits per l'altre a títol oneros durant l'any anterior a la declaració o des de la data de la retroacció es presumiran donats pel primer, llevat que el segon, en adquirir o bé abans, disposés d'ingressos o de qualsevol altra classe de recursos suficients per a adquirir». Sobre esta norma, v. M. YSAS i SOLANES, en AA.VV., *Comentaris a les reformes del Dret civil de Catalunya*, I, Barcelona, 1987, p. 321 y ss., y LI. PUIG i FERRIOL y E. ROCA i TRÍAS, *Institucions del Dret civil de Catalunya*, Barcelona, 2.ª ed., 1988, p. 377 y ss.

inserción como institución del Derecho de quiebras en el *Code de commerce*. En este sentido hay que destacar que la Compilación catalana sigue partiendo de una presunción de donación entre cónyuges, donación que, siendo en la actualidad válida en cuanto tal (v. art. 12 Comp.), puede haberse realizado en perjuicio de los acreedores del cónyuge quebrado o concursado (v. arts. 23 y 340, 3 Comp.); en Italia, Méjico y Cataluña los beneficiarios de la muciana no son sólo los acreedores del marido, sino también los de la mujer (25); y en estos mismos países la eficacia de la presunción no se extiende a las adquisiciones efectuadas por el cónyuge no deudor a lo largo de toda la duración del matrimonio, sino sólo a las realizadas durante un determinado periodo anterior a la declaración de quiebra o concurso.

Una constante es la relativa al alcance de la muciana moderna: desde 1807 —«...la *présomption légale est que les biens acquis par la femme du failli appartiennent à son mari, sont payés des ses deniers...*»— se confunde expresamente el bien adquirido con los medios empleados en su adquisición (26). La doctrina italiana se ha preocupado de justificar esta confusión o identificación y ha formulado al respecto diversas teorías (27).

Para algunos autores (28), la muciana moderna contiene en realidad dos presunciones *iuris tantum*: una de simulación relativa subjetiva —se presume que el cónyuge *in bonis* actúa como testaferro del quebrado— y otra de pertenencia al quebrado de los medios invertidos en la adquisición. La enervación de la segunda presunción supondría también la de la primera, pero para evitar los efectos de la muciana bastaría enervar la presunción de simulación, es decir, probar que el cónyuge no deudor, si bien adquirió con medios presuntamente

(25) Idem artículo 106 del Decreto francés de 20 de mayo de 1955 y parágrafo 45 de la *Konkursordnung* tras su reforma por Ley de 18 de junio de 1957. Como se ha expuesto, el primero de tales preceptos está derogado y el segundo ha sido declarado inconstitucional.

(26) A pesar de su distinta formulación, la presunción del artículo 23 de la Compilación catalana se incluye en esta constante desde el momento en que su enervación sólo puede lograrse probando la procedencia privativa de los medios invertidos en la adquisición del bien. V. infra las consideraciones que se hacen al hablar de la enervación de la presunción del artículo 1.442 C.c.

(27) Se aludirá únicamente a las teorías más difundidas; en este sentido, v. F. SANTORO-PASSARELLI, *Struttura e funzione della presunzione detta muciana*, en «Rivista di diritto commerciale», 1936, I, p. 1936, I, p. 152 y ss., y L. TONNI, *Sulla natura giuridica della presunzione muciana*, en «Rivista di diritto commerciale», 1946, II, p. 226 y ss. Para un estudio más completo sobre esta cuestión, v. G. TEDESCHI, *Natura della presunzione muciana nel fallimento*, en «Rivista di diritto civile», 1934, p. 357 y ss., y c.d. nuestra doctrina, M. BROSETTA PONT, *La presunzione muciana y el derecho de quiebras (En torno a las repercusiones de la quiebra del marido sobre los bienes privativos de la mujer)*. Primera parte, en «Revista de Derecho mercantil», 1960, p. 322 y ss.

(28) G. BONELLI, *Del fallimento (Commento al Codice di commercio)*, II, Milano, 1923, p. 399 y ss. y A. FORMIGGINI, *La prova contraria alla presunzione muciana*, en «Rivista di diritto civile», 1956, p. 393 y s.

pertenecientes al quebrado, adquirió para sí mismo. Esta teoría ha sido objeto de numerosas objeciones, haciéndose siempre hincapié en que la muciana se aplica independientemente de la participación del tercero enajenante exigida por la simulación (29).

Otro sector doctrinal (30), acoge la teoría de la subrogación real. En contra de esta teoría, aparte de lo antes expuesto, se observa que el quebrado se convierte en propietario únicamente frente a sus acreedores y que por tanto no se da el traslado de propiedad que es condición necesaria para que pueda hablarse de subrogación real (31).

Según otra opinión, al parecer mayoritaria (32), la muciana no determina un traslado de propiedad de los bienes adquiridos por el cónyuge *in bonis* al quebrado, sino una extensión objetiva de la quiebra a bienes que no son propiedad del quebrado. Es decir, el cónyuge *in bonis* es el propietario de los bienes que adquiera con medios presuntamente pertenecientes al quebrado; sin embargo, la Ley, para evitar los posibles perjuicios a los acreedores, dispone que esos bienes se incluyan en la masa de la quiebra.

La exposición que precede revela un acusado disfavor hacia la muciana moderna: tres países la han eliminado de sus respectivos ordenamientos y en Italia ha dado lugar a una cuestión de inconstitucionalidad. Si es cierto que esta cuestión ha sido desestimada, también lo es que la misma se inserta en una problemática más amplia: la crisis que la muciana está atravesando en Italia. En este país se plantea, en efecto, otra cuestión que es la de la compatibilidad entre la presunción en estudio y el nuevo Derecho de familia (33). A raíz de la reforma del *Codice civile* por Ley de 19 de mayo de 1975, número 151, el régimen económico matrimonial legal ya no es el de separación, sino el de *comunione*. Según la doctrina mayoritaria, esta Ley ha derogado de forma tácita y parcial el artículo 70 de la *Legge fallimentare*: éste ya sólo sería aplicable a algunos de los bienes privativos de los cónyuges en régimen de *comunione* (v. art. 179 *Codice civile*) y en los supuestos en que los cónyuges hayan pactado el régimen de separación de bienes. La jurisprudencia oscila entre esta opinión y la de los autores que sostienen la posibilidad de aplicar la muciana incluso a los bienes objeto de la *comunione*. Finalmente algunos autores afirman que el artículo 70 de la Ley de 1942 debe

(29) V. F. SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, p. 152 s.; G. TEDESCHI, *op. cit.*, p. 359 s.; L. TONNI, *op. y loc. citados*; y M. BROSETA PONT, *op. cit.*, p. 323 s.

(30) Así G. TEDESCHI, *op. cit.*, p. 362 ss.

(31) V. F. SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, p. 154; L. TONNI, *op. cit.*, p. 231; y M. BROSETA PONT, *op. cit.*, p. 325 y ss.

(32) F. SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, p. 154 y ss.; L. TONNI, *op. cit.*, p. 232; G. DE SEMO, *Diritto fallimentare*, Firenze, 1948, p. 301; F. FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1959, p. 317 s.; y M. BROSETA PONT, *op. cit.*, p. 327 s.

(33) Sobre esta cuestión, v. A. BORGIOI, *op. cit.*, p. 576 y ss. y bibliografía citada por este autor.

considerarse totalmente derogado, inaplicable incluso al régimen de separación de bienes: hay quien observa que en la actualidad este régimen es convencional y que la muciana sólo sería operativa si presumiera que la intención de defraudar a los acreedores se remonta a la elección del citado régimen (34); y hay quien argumenta *ex artículo 219,2 Codice civile* —«*I beni di cui nessuno dei coniugi può dimostrare la proprietà esclusiva sono di proprietà indivisa per pari quota di entrambi i coniugi*»— que «*la separazione, ove non possa darsi la prova della proprietà esclusiva dei beni, cede solo alla comunione*» (35).

III. CONSIDERACION ESPECIAL SOBRE LA EVOLUCION DE LA MUCIANA EN EL DERECHO CIVIL COMUN Y EN EL DERECHO MERCANTIL

1. Derecho histórico

A) *Derecho civil común*. La muciana en su formulación romana fue recogida por las Partidas 3, 14, 2: «...E otrosi dezimos, que cuando el marido muere, e fallan dineros, e ropa, e otras cosas en poder de su muger, que solia beuir con el, e pedian los herederos aquellas cosas en nome del finado, si la muger negare en juyzio, que aquellas cosas non eran de su marido, e las razonare por suyas, o que ha algun derecho en ellas, tenuta es de lo prouar; e si desto non pudiere dar proeua verdadera, deuen ser entregados todos aquellos bienes a los herederos del finado. E esto touieron por bien los Sabios antiguos por esta razón: porque sospecharon, que toda cosa que fallasen en poder de la muger, que era de los bienes del marido, fasta que ella

(34) F. CORSI, *La muciana: una presunzione dura a morire*, en «Giurisprudenza commerciale», 1978, II, p. 191 y ss. Crítica esta opinión G. OPPO, *Acquisti alla comunione legale e pregiudizio dei creditori personali*, en «Rivista di diritto civile», 1981, I, p. 158; según este autor «Per vero non si comprende perché la scelta convenzionale debba ostacolare la presunzione mentre non la ostacolava la scelta legale; meno ancora si comprende il riferimento della frode alla scelta del regime di separazione laddove la frode sa rebbe se maida collocare nell'*arquisto*, talché l'art. 70 la presumeva (secosí ci si vuole esprimere) anche quando il regime di separazione era legale».

(35) G. RAGUSA MAGGIORE, *Presunzione muciana, Novissimo digesto italiano, Appendice*, Torino, 1984, p. 1182. Contra G. OPPO, *op. cit.*, p. 158 y s., según el cual «Lungi dal porre una regola che si scontri con la muciana, l'art. 219 opera su tutt'altro piano, non tanto perché abbia efficacia interna ma perché governa —verosimilmente per i soli mobili (cfr. art. 195, ult. parte)— soltando l'onere della prova delle proprietà esclusiva, ponendola a carico di chi la afferma. L'art. 70 l. fall. non risolve (in modo diverso) alcun problema del genere; dà anzi per scontato che il bene sia stato acquistato *dal coniuge* e gli sottrae la proprietà, che sarebbe comprovata dall'acquisto, presumendo che questo sia avvenuto con denaro fallito. L'art. 70 l. fall. comincia cioè a operare quando è soddisfatto l'onere posto dall'art. 219 c.c.; se l'onere non è soddisfatto, l'art. 70 è inapplicabile perché il bene è comune, non perché la muciana sia inapplicabile in regime di separazione».

mostrase lo contrario; porque mas guisada razon es de sospechar, que poner dubda en los coraçones de los omes, que ella los ouisse ganado de mala parte. E esto se deve entender de aquellas mugeres, que non usan arte, o menester, de que lo pueden ganar honestamente: mas si tal arte usan, tenemos por bien, que no sea desapoderada de aquellos bienes, que ella dize, que assi gano; e deuen ser oydas las razones della, e de los herederos, en la manera que mandan las otras leyes deste nuestro libro, que fablan en esta razon» (36).

No obstante la costumbre era contraria a la muciana y a finales del siglo XIV la Ley 203 de las de Estilo la sustituye por otra presunción: «Como quier que en el derecho diga que todas las cosas que han marido, e muger, que todas presume el derecho que son del marido fasta que la muger muestre que son suyas. Pero la costumbre guardada es en contrario, que los bienes que han marido, y muger, que son de ambos por medio, salvo los que probare cada uno que son suyos apartadamente» (37). Esta presunción, que pasó a la Nueva Recopilación 5, 9, 1 (38) y a la Novísima Recopilación 10, 4, 4 (39), constituye el precedente de la presunción de ganancialidad.

B) *Derecho mercantil*. Según una opinión (40), un precedente de la muciana como institución del derecho de quiebras se encuentra en el apartado LIV del Capítulo XVII («De los atrasados, fallidos o alzados: sus clases y modos de procederse en sus quiebras») de las Ordenanzas de Bilbao: «Por quanto se ha experimentado que las mugeres de algunos comerciantes que han quebrado, o sus herederos en representación de ellas, se han opuesto a los concursos y cobrado sus dotes; y después, volviendo los tales comerciantes a tratar y comerciar de nuevo, quebrando segunda o más veces, y se ha repetido la misma acción por sus mugeres o quienes las representaban, diciendo haver quedado la dote cobrada en segunda o primera quiebra en poder de sus maridos, y la han vuelto a sacar; para evitar el perjuicio y fraude que en esto pueda haver contra los demás acreedores que han tratado a la buena fe, e ignorantes de semejante derecho, se ordena y manda que siempre que sucediere la quiebra de alguno y se sacare por su muger o sus herederos dote, se entienda que en adelante, aunque lo vuelva a dejar en su poder y comercie con ello, no se haya de poder pedir ni tener acción por su muger ni quien la represente; pues habiendo experimentado antes el mal cobro que le dio

(36) *Las siete Partidas del Sabio Rey Don Alonso el IX, con las variantes de más interés, y con la glosa del Lic. Gregorio López*, II, Barcelona, Antonio Bergnes, 1844, p. 274 y s.

(37) *El Fuero Real de España, diligentemente hecho por el noble Rey Don Alonso IX, glosado por Alonso Díaz de Montalvo*, I, Madrid, Pantaleon Aznar, MDCCLXXXI, p. 66.

(38) *Nueva Recopilación*, III, Madrid, Pedro Marín, MDCCLXXVII, p. 88.

(39) *Novísima Recopilación*, V, Madrid, 1805, p. 25.

(40) F. VIRGILI SORRIBES, *Proyección de la presunción muciana*, cit., p. 327 y s.

el marido de su dote, no debe fiarle otra vez su administración y gobierno» (41). A pesar de la posibilidad de la prueba en contrario introducida por la Real Confirmación de las Ordenanzas de Bilbao de 2 de diciembre de 1737 (42), no parece que este texto constituya un antecedente de la muciana moderna (43). Lo único que establece es que si la mujer ha detraído la dote de la masa de la quiebra del marido y éste vuelve a ejercer el comercio quebrando otra vez, aquélla no podrá exigir una nueva restitución de la dote a no ser que pruebe que efectivamente se la volvió a entregar, porque se presume que la primera quiebra ha creado en ella una desconfianza en la administración de la dote por el marido.

2. Codificación

A) *Código civil* (antes de la reforma por Ley de 13 de mayo de 1981). Siguiendo el precedente sentado por la Ley 203 del Estilo, lo que recogen tanto el Proyecto de C. de c. de GARCIA GOYENA de 1851 (art. 1.328) (44) como el C. de c. (art. 1.407; hoy art. 1.361) es la presunción de ganancialidad.

La desaparición de la muciana y la consagración de la presunción de ganancialidad es consecuencia de la evolución experimentada por el régimen económico matrimonial en el Derecho civil común. La muciana, en su concepción primitiva, respondía al régimen de separación de bienes. Este régimen, y con él la muciana, imperó en Castilla por influencia del Derecho romano. Cuando el régimen de gananciales desbancó el régimen de separación, la muciana es sustituida por la presunción de ganancialidad.

Cabe no obstante preguntarse si la muciana subsiste en el régimen, ya convencional, de separación de bienes. Del artículo 3.009 de una obra de GARCIA GOYENA y AGUIRRE (45) —«Encontrándose en poder de la mujer algunas cosas, y dudándose de donde ha podido adquirirlas, se presumía por decoro del matrimonio, que las había adquirido de su marido; y lo mismo habrá de decirse hoy,

(41) *Ordenanzas de la Ilustre Univesidad y Casa de Contratación de la M.N. y M.L. Villa de Bilbao (insertos sus reales privilegios), aprobadas y confirmadas por el Rey Nuestro Señor Don Phelipe Quinto*, Madrid, Pedro Marín, 1787, p. 149 y s.

(42) *Op. cit.* nota anterior, p. 296.

(43) Así lo afirman M. BROSETA PONT, *op. cit.*, p. 309, y A. PARA MARTIN, *op. cit.*, p. 57.

(44) *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código civil español*, III, Madrid, Sociedad Tipográfica-Editorial, 1852, p. 334: «Se reputarán bienes gananciales todos los bienes del matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la muger».

(45) *Febrero o Librería de Jueces, Abogados y Escribanos comprensiva de los Códigos civil, criminal y administrativo, tanto en la parte teórica, como en la práctica, con arreglo en un todo a la legislación hoy vigente*, Corregida y aumentada por Aguirre y Montalban, II, Madrid, Gaspar y Roig editores, 4.^a ed., 1852, p. 292.

sin perjuicio de la sociedad conyugal de ganancias en las cosas que la componen»— parece deducirse que la Ley 203 del Estilo descartó la muciana en el régimen de gananciales, pero no en el de separación de bienes. En cualquier caso el Código civil no recogía la muciana—de hecho, ni siquiera regulaba el régimen de separación— y ello basta para negar su vigencia: las presunciones son excepciones a la regla general en materia de prueba, dispensan a sus beneficiarios de probar el hecho presunto, y por tanto sólo una disposición legal expresa permite afirmar su existencia.

B) *Código de comercio*. La versión moderna de la muciana no se recoge en el Código de comercio de 1829.

En cuanto al Código de comercio vigente, se ha sostenido que su artículo 909, números 1 y 2 proclama implícitamente la presunción muciana (46). No compartimos esta opinión. El precepto en cuestión establece que determinados bienes dotales y parafernales ocupados al quebrado sólo podrán detraerse de la masa de la quiebra si constan inscritos en el Registro mercantil como bienes privativos de la mujer. Se trata por tanto de una norma que tiende a sustraer algunos bienes de la masa de la quiebra, mientras que la muciana tiende a la integración de dicha masa. Por otra parte, si el artículo 909, números 1 y 2 pretendiese, al igual que la muciana, evitar las confabulaciones entre cónyuges en perjuicio de los acreedores, debería permitir que la mujer demostrase su titularidad por cualquier medio admitido en Derecho; parece por tanto que la finalidad de este precepto es otra, concretamente la de proteger a los acreedores que concedieron sus créditos confiados en la apariencia de prosperidad creada en el comerciante por la detentación de los bienes de la mujer: de ahí que la exigencia de inscripción en el Registro mercantil, que desvirtuaría la apariencia de prosperidad, se eleve a requisito esencial para detraer de la masa los bienes privativos de la mujer del quebrado (47).

IV. EL NUEVO ARTICULO 1.442 DEL CODIGO CIVIL

La versión moderna de la muciana sólo se incorpora al ordenamiento español a raíz de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, por la que se modifican determinados artículos del Código civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

(46) F. VIRGILI SORRIBES, *Proyección de la presunción muciana*, cit., p. 329 y ss.

(47) V. M. BROSETA PONT, *op. cit.*, p. 342 y ss., e ID, *La presunción muciana y el derecho de quiebras (En torno a las repercusiones de la quiebra del marido sobre los bienes privativos de la mujer)*, Segunda parte, en «Revista de derecho mercantil», 1961, p. 77 y ss. Cfr. también J. PINTO RUIZ, *Los bienes puestos a nombre de la mujer en el Derecho civil de Cataluña*, en «Revista jurídica de Cataluña», número extraordinario, 1970, p. 242 y ss., y A. PARA MARTÍN, *op. cit.*, p. 53 y ss.

Hay que remitirse al nuevo artículo 1.442 C.c.: si es indudable que este precepto recoge la muciana moderna, también lo es que él mismo ha contribuido considerablemente a la evolución experimentada por dicha presunción desde su incorporación al Código de comercio de Napoleón.

1. Ubicación del precepto

La primera novedad es la inserción en el Código civil, inserción que se justifica por el ámbito de actuación que nuestro legislador atribuye a la muciana moderna: ésta no sólo opera en los supuestos de quiebra, sino también en los de concurso de uno de los cónyuges. En cualquier caso la ubicación más adecuada para esta presunción es la futura Ley concursal y así lo ha entendido la Ponencia Especial que ha redactado el Anteproyecto de Ley concursal de 27 de junio de 1983 (48).

Dentro del Código civil, la muciana se recoge concretamente en el Capítulo VI («Del régimen de separación de bienes») del Título III («Del régimen económico matrimonial») del Libro IV. Siguiendo pues el precedente romano, y a diferencia de lo que se prevé en los ordenamientos jurídicos extranjeros a los que se ha hecho referencia, la versión moderna de la muciana se consagra como una institución propia del régimen de separación de bienes. Se aplica también en el régimen de participación, que durante su vigencia funciona como el régimen de separación (v. arts. 1.412-1.414 C.c.).

Habida cuenta que en el sistema de derecho común el régimen económico matrimonial supletorio legal de primer grado es el de la sociedad de gananciales (art. 1.316 C.c.), la muciana sólo será aplicable cuando los cónyuges hayan pactado el régimen de separación o el de participación y en los supuestos contemplados por el artículo 1.435, números 2 y 3 C.c.

(48) V. *Ministerio de Justicia, Secretaria General Técnica, Anteproyecto de Ley concursal*, Madrid, 1983. La muciana moderna está prevista por el art. 264 del Anteproyecto: «Declarado el concurso de un cónyuge con régimen de separación de bienes, se presumirá, salvo prueba en contrario, en beneficio de la masa, que fueron donados por él los bienes adquiridos por el otro cónyuge, constante matrimonio, cuya procedencia no pueda justificar, siempre que la adquisición haya tenido lugar en el año anterior a la admisión a trámite de la solicitud del concurso o en el período a que alcance la retroacción, si éste fuese superior a aquél. Si el cónyuge del concursado justifica la adquisición pero no la del precio con que la hubiese verificado, se presumirá que el bien procede de donación del concursado. Se tendrá por justificada la procedencia del precio cuando el cónyuge titular percibiera sueldo, ejerciera profesión o, en general, tuviera a su disposición dinero suficiente para la adquisición en el momento de realizarla. Esta presunción no regirá si en el momento de la adquisición los cónyuges estuvieran separados judicialmente o de hecho. Los bienes adquiridos con pacto de sobrevivencia se considerarán divisibles en el concurso de uno de los cónyuges».

2. La presunción establecida por el artículo 1.442

Es una presunción *iuris tantum* cuyo hecho base son las adquisiciones onerosas realizadas por el cónyuge del quebrado o concursado durante el año anterior a la declaración de quiebra o concurso o en el período a que alcance la retroacción de la quiebra, y cuyo hecho presunto son donaciones entre cónyuges en fraude de acreedores: se presume, salvo prueba en contrario, que los bienes adquiridos a título oneroso por el cónyuge no deudor durante el período sospechoso indicado le han sido donados en su mitad por el quebrado o concursado.

La falta de enervación de la muciana no determina la automática incorporación de los bienes afectados a la masa de la quiebra o concurso, sino que se limita a abrir paso al ejercicio de las acciones rescisorias por fraude. De esta afirmación hay que excluir el caso en que la presunta donación haya sido realizada por el quebrado durante el período de retroacción absoluta (art. 878,2 C. de c.: nulidad de pleno derecho).

Se trata ahora de estudiar los elementos que componen esta presunción, haciendo hincapié en algunos de los problemas que puede suscitar.

A) *Sujetos*. La versión moderna de la muciana opera sin perjuicio del cónyuge *in bonis* y en beneficio de los acreedores del cónyuge declarado en quiebra o concurso.

a) *Sujeto perjudicado*. El artículo 1.442 utiliza el término «cónyuge». Ello significa por una parte que nuestro Código civil, atendido el principio de igualdad consagrado por los artículos 14 y 32,1 de la Constitución y siguiendo el ejemplo de las más modernas legislaciones de quiebras, ha establecido una muciana bilateral, una muciana que puede perjudicar tanto al marido como a la mujer.

Por otra parte la expresión «cónyuge» implica la necesaria existencia de un vínculo matrimonial. A este respecto hay que destacar que la presunción sólo afecta a las adquisiciones que tengan lugar constante matrimonio. Interpretado literalmente, el artículo 1.442 exige que el vínculo matrimonial exista también en el momento en que se produce la declaración de quiebra o concurso («Declarado un cónyuge en quiebra o concurso...»). Es cierto que el hecho de que el matrimonio no subsista al producirse dicha declaración puede excluir o reducir la aplicación de la muciana, pero sólo en algunos casos y siempre como consecuencia de la excepción prevista por el propio artículo 1.442 *in fine*. Se trata concretamente de los casos en los que el matrimonio se haya disuelto por divorcio o por declaración de fallecimiento (v. art. 85 C.c.): como quiera que estas causas de disolución van precedidas de una más o menos larga separación (v. arts. 86 y 193 ss. C.c.), será ésta la que, al cubrir en todo o en parte el período de sospecha legal, impedirá o restringirá el juego de la muciana.

Efectivamente el artículo 1.442 *in fine* excluye la aplicación de la presunción cuando los cónyuges están separados judicialmente o de hecho. Si bien hay que admitir que en los supuestos de separación falta la comunidad de vida que propicia las colusiones entre cónyuges y motiva la muciana, quizás hubiese sido preferible evitar esta excepción que abre una nueva vía al fraude a la Ley (49); con todo, la separación siempre podría haber sido considerada por el Juez como un dato más para apreciar la enervación de la presunción.

Aunque el artículo 1.442 no lo especifica, parece que la separación judicial o de hecho, excluye la aplicación de la muciana sólo si existe en el momento de la realización de las adquisiciones sospechosas. A este respecto hay tres posibilidades, es decir, la separación como excepción a la aplicación de la muciana puede entenderse referida al momento de la declaración de quiebra o concurso; al período sospechoso, exigiéndola ininterrumpidamente durante el mismo; o al momento de la realización de las adquisiciones afectadas por la presunción (50). La primera posibilidad debe ser descartada: de admitirse, caso de que los cónyuges se separasen poco antes de la declaración de quiebra o concurso, la presunción no podría desplegar su eficacia sobre unas adquisiciones claramente sospechosas, esto es, sobre las adquisiciones onerosas eventualmente efectuadas por el cónyuge no deudor cuando todavía perduraba la convivencia y ya había empezado el período al que alcanza la muciana. La segunda posibilidad parece excesiva: aunque el alcance temporal de la muciana es

(49) C. VÁZQUEZ IRUZUBIETA, *Régimen económico del matrimonio*, Madrid, 1982, p. 408, afirma que «La norma hubiera ganado en profundidad sin menoscabar para nada los intereses de los cónyuges, de haberse suprimido el período final que introduce una ruta al escape y una fuente legal para la puesta en marcha de acciones dolosas en contra de los intereses de terceros...».

La idea de introducir esta excepción al juego de la muciana también apareció en los trabajos de la Comisión para la reforma del Código de comercio italiano (v. «Rivista di diritto commerciale», 1908, I, p. 409 y s.). En contra de esta excepción se pronunció A. CANDIAN, *Prova contraria alla presunzione muciana*, En «Rivista di diritto commerciale», 1912, II, p. 626, según el cual «...non valeva la pena di cimentare i coniugi alla prova del fuoco fra il pericolo che corre la fama della loro coerenza familiare e il vantaggio di metter al sicuro una riserva per ogni eventuale accidente. Non è da pessimisti dire che cresceranno le statistiche delle separazioni coniugali. E allora la prova dovrà portarsi sulla sincerità o simulazione della separazione... tutto per la sobrietà e la brevità del giudizio!». La excepción no ha sido recogida por el art. 70 de la *Legge fallimentare*.

(50) Sobre esta cuestión L. DíEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de derecho civil*, IV, *Derecho de familia. Derecho de sucesiones*, Madrid 5.ª ed., 1989, p. 235, dicen que el art. 1.442 «No aclara si la separación legal o de hecho ha de existir en el momento de la declaración de quiebra o concurso o en el período al que alcanza la presunción. Nos inclinamos por esta última solución».

En relación al art. 23 de la Compilación catalana, M. YSÁS i SOLANES, *op. cit.*, p. 324, dice que «Creim que, per excloure l'aplicació de la presumpció farà falta que estiguin separats des de la data de retroacció o des d'un any abans de la declaració, i que segueixin d'aquesta manera fins a la declaració, de manera ininterrompuda. En cas contrari, actuarà la presumpció».

reducido, no se puede excluir la eventualidad de que durante el mismo los cónyuges atravesen períodos de separación y períodos de reconciliación y convivencia; entender que la existencia de estos últimos impide el juego de la excepción incluso con respecto a las adquisiciones onerosas realizadas por el cónyuge *in bonis* durante los períodos de separación, implica introducir una «excepción a la excepción» no prevista por el legislador. Por ello nos decantamos por la tercera posibilidad (51), posibilidad que por supuesto no impide a los acreedores probar el carácter fraudulento de una determinada separación ocurrida vigente la muciana y dirigirse contra las adquisiciones onerosas realizadas por el cónyuge no deudor durante dicha separación.

La muciana opera exclusivamente en los supuestos de declaración de quiebra o concurso. Su aplicación en caso de que la declaración afecte a uno de los cónyuges es indiscutible. La cuestión consiste en determinar si es igualmente aplicable en el supuesto en que ambos cónyuges sean declarados en quiebra o concurso. Para resolver este problema es necesario distinguir según los cónyuges sean declarados en quiebra o concurso contemporáneamente —como socios colectivos de una sociedad colectiva o de una sociedad comanditaria (arts. 127, 148 y 932 C. de c.), como socios de una sociedad irregular o incluso, aunque resulte improbable en la práctica, como empresarios individuales dedicados a actividades distintas— o sucesivamente.

En caso de que las declaraciones de quiebra o concurso sean contemporáneas, la muciana no puede operar: no tiene sentido presumir que la mitad de los bienes adquiridos a título oneroso por la esposa durante un determinado período de tiempo le han sido donados por el marido y que los bienes adquiridos a título oneroso por este último durante el mismo período le han sido donados en su mitad por la esposa (52).

(51) Esta es la solución expresamente acogida por el art. 264 del Anteproyecto de Ley concursal de 1983. V. *supra*, nota 48.

(52) En este sentido se ha pronunciado la Corte de casación italiana: en su sentencia de 12 de junio de 1957, núm. 2.916 (v. «Foro italiano», 1958, I, c. 929 y ss.) afirma que «...nei casi del genere ciascuna delle due presunzioni, astrattamente, por sè ammissibile, rimane in concreto neutralizzata dall'altra, non potendosi presumere che i beni di cui un coniuge figuri proprietario siano stati acquistati con denaro dell'altro coniuge, i cui beni dovrebbero a loro volta presumersi acquistati con denaro del primo, col risultato che ciascuno dei due abbia provveduto all'acquisto dei beni per l'altro anzichè per sè... ove la tutela medesima dovesse essere diretta contemporaneamente in due direzioni uguali e contrarie, essa nella sua obiettività non troverebbe alcuna giustificazione, onde l'inapplicabilità alla ipotesi dell'istituto particolare che, nella sua pratica applicazione, si rivela non soltanto inadeguato ma del tutto incongruente, e l'esigenza per l'interprete di fare ricorso agli istituti di carattere generale (simulazione, ecc.), se neriorrono gli estemi...». Comparten el criterio acogido por esta sentencia. A. DE MARTINI, *Fallimento di società irregolare fra coniugi e presunzione muciana*, en «Rivista di diritto commerciale», 1957, II, / 399 y ss., y F. FERRARA, *op. cit.*, p. 319.

Aunque incidentalmente, la Corte di Cassazione había acogido la solución contraria en su sentencia de 27 de septiembre de 1954, núms. 3.135 (v. «Foro italiano», 1955, I, c. 1.608): «...nel caso di fallimento di entrambi i coniugi, eventualita da restringersi

En caso de que las declaraciones de quiebra o concurso sean sucesivas, la muciana opera en la primera declaración. En cuanto a la segunda declaración —la del otro cónyuge—, la muciana operará solamente en la medida en que su período de sospecha no coincida con el de la presunción que ha operado en la primera declaración —y ello porque, como se ha expuesto, carece de lógica presumir que durante un período de tiempo los cónyuges se han estado donando bienes mutuamente por sistema— y en tanto las adquisiciones sospechosas hayan sido realizadas por el primer quebrado o concursado tras su rehabilitación —y ello porque, en caso contrario, tales adquisiciones serían nulas de pleno derecho (v. arts. 878 C. de c. y 1.914 C.c.) y así debería declararlo el Juez aunque la nulidad no fuese instada por los acreedores del primer quebrado o concursado— (53).

b) *Beneficiarios*. La muciana moderna sólo puede ser invocada por los acreedores del cónyuge declarado en quiebra o concurso y a este respecto no parece que pueda plantearse duda alguna.

B) *Objeto*. La muciana afecta a la mitad de los bienes adquiridos a título oneroso por el cónyuge *in bonis* durante el año anterior a la declaración de quiebra o concurso o en el período a que alcance la retroacción de la quiebra.

La limitación al cincuenta por ciento de los bienes afectados es otra de las innovaciones con las que nuestro legislador contribuye a la evolución de la versión moderna de la muciana.

Se ha observado que «La solución de presumir «medio fraude» es un tanto salomónica, pero está de acuerdo con el artículo 1.441, y en el fondo responde a una realidad bastante probable. Trata de evitar que el régimen de separación sirva de instrumento al fraude de acreedores, pero mediante un correctivo ecléctico en favor del otro cónyuge, que podría ser dueño efectivo de los bienes (no se ha probado que lo sea, pero tampoco que no lo sea él o que lo sea el deudor): correctivo que, como todas las soluciones intermedias, acaso no satisfaga a muchos» (54). Probablemente esta limitación objetiva responde al intento de conciliar la

in pratica alla sola ipotesi di coniugi soci a responsabilità illimitata di una società fallita, è da tenersi per fermo che ciascuna massa fallimentare può giovare della muciana verso l'altra, salvo quegli accorgimenti che la unicità del giudice delegato o del curatore potranno suggerire nei singoli casi concreti». En este sentido se pronuncian A. FORMIGGINI, *op. cit.*, p. 385 y ss., que opta por esta solución «non senza nascondere la scarsa soddisfazione che essa lascia» (p. 386), Y F. BATISTONI FERRARA, *Fallimento di entrambi i coniugi e presunzione muciana*, en «Foro italiano», 1958, I, c. 1684 y ss.

(53) F. FERRARA, *op. cit.*, p. 319, sostiene que la muciana tampoco se aplica en caso de que los cónyuges sean declarados en quiebra sucesivamente: «Se la presunzione avesse già trovato applicazione, resterebbe successivamente travolta del fallimento del coniuge, con la necessità di restituire al curatore del medesimo i beni che fossero stati appresi». A nuestro entender esta solución determina una notable inseguridad jurídica.

(54) J. L. LACRUZ BERDEJO, en J. L. LACRUZ BERDEJO, F de A. SANCHO REBULLIDA, A. LUNA SERRANO, y F. RIVERO HERNÁNDEZ, *Elementos de derecho civil*, IV, *Derecho de familia*, Fasc. 2.º, Barcelona, 3.ª ed., 1989, p. 569.

protección de los acreedores del cónyuge quebrado o concursado con la salvaguardia de los intereses del cónyuge no deudor. En cualquier caso no satisface a muchos: resulta emblemático en este sentido que el Anteproyecto de Ley concursal de 1983 no la prevea (55). Y el artículo 1.441 C.c. no impide su eliminación: la versión moderna de la muciana podría afectar en su totalidad a los bienes sobre los que recae sin que a ello se oponga el hecho de que el artículo 1.441 atribuya a cada cónyuge la mitad de los bienes cuya pertenencia exclusiva a uno de ellos no pueda acreditarse (56).

Los bienes afectados al cincuenta por ciento por la muciana moderna son los adquiridos a título oneroso por el cónyuge del quebrado o concursado. El carácter oneroso de la adquisición y la condición de adquirente del cónyuge *in bonis* son extremos que forman parte del hecho base de la presunción y por tanto deben ser probados por los acreedores del quebrado o concursado que pretendan valerse de ella. Quedan claramente excluidas del ámbito de afección de la muciana las adquisiciones a título gratuito realizadas por el cónyuge no deudor y las adquisiciones en las que no conste claramente cual de los cónyuges ha sido el adquirente. En cuanto a las primeras, los acreedores podrán ejercitar directamente la acción rescisoria por fraude (caso de donación realizada por el quebrado o concursado en favor de su cónyuge) o la acción de simulación (casos de puesta a nombre y de doble simulación). En cuanto a las segundas, operaría la presunción de cotitularidad *ex* artículo 1.441 C.c. Interesa destacar que las presunciones de los artículos 1.441 y 1.442 C.c. no se interfieren: la presunción de cotitularidad opera cuando no puede presentarse un título formal de adquisición a favor de uno sólo de los cónyuges (57); y

(55) V. *supra*, nota 48. El art. 1.438 del Proyecto de Ley de régimen económico matrimonial en el Código civil de 4 de octubre de 1978 no preveía este correctivo. Y tampoco lo prevé el art. 23 de la Compilación catalana.

(56) Sobre el art. 1.441 C.c., v. V. MAGARIÑOS BLANCO, *Cambio de régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores*, en «Revista crítica de derecho inmobiliario», 1982, P. 103 y ss.; A. L. REBOLLEDO VARELA, *Separación de bienes en el matrimonio (El régimen convencional de separación de bienes en el Código civil)*, Madrid, 1983, p. 85 y ss.; V. L. MONTÉS en AA.VV., *Comentarios a las reformas del derecho de familia*, II, Madrid, 1984, p. 1.948 y ss.; V. GUILARTE GUTIÉRREZ, *La regla de indivisión en régimen de separación de bienes (art. 1441 C.c.) y su alteración convencional*, en «Revista crítica de derecho inmobiliario», 1984, p. 309 y ss.; J. L. DE LOS MOZOS, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. albaladejo, XVIII, 3, Madrid 1985, p. 402 y ss.; L. DIEZ PICAZO y A. GULLÓN, *op. cit.*, p. 233 y s.; y J. L. LA-CRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 567 y s.

una presunción semejante a la del art. 1.441 C.c. la establecen el art. 3,3 de la Compilación de Baleares, la ley 103, c) de la Compilación de Navarra y el art. 49, 3 de la Compilación de Cataluña.

(57) Presentado dicho título, a diferencia de lo que ocurre con la presunción de ganancialidad (v. art. 1.361 en relación al art. 1.347, núm. 3 C.c.), la presunción del

la muciana moderna entra en juego precisamente cuando la presunción del artículo 1.441 no puede operar porque existe un título formal oneroso que acredita la adquisición exclusiva por parte del cónyuge no deudor (58).

Las adquisiciones realizadas por el cónyuge *in bonis* quedan afectadas por la muciana con independencia de que el transmitente haya sido el otro cónyuge o un tercero: no pueden haber dudas a este respecto «desde el momento en que el art. 1.442 contempla todas las adquisiciones onerosas del cónyuge no deudor sin distinguir quién ha sido el transmitente» (59).

art. 1.441 queda destruida sin que el adquirente deba probar además que los medios invertidos en la adquisición, por ejemplo, el dinero, era de su propiedad exclusiva. Así lo entiende la doctrina V. MAGARIÑOS BLANCO, *op. cit.*, p. 105 y ss.; A. L. REBOLLEDO VARELA, *op. cit.*, p. 93 y ss.; V. L. MONTÉS, *op. cit.*, p. 1.956; J. L. DE LOS MOZOS, *op. cit.*, p. 409; y LACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, pp. 407 y 568. L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *op. cit.*, p. 234, establecen una distinción: «Puede discutirse si en las adquisiciones posteriores a la celebración del matrimonio hay una subrogación real, de manera que el bien adquirido es del cónyuge a quien pertenecía la contraprestación, o de quien realiza la adquisición, con independencia, pues, de la naturaleza de la contraprestación. Este último criterio es el que debe prevalecer frente a terceros, y el primero en las relaciones internas entre los cónyuges»; a nuestro entender la solución debe ser la misma en ambos tipos de relaciones y ello porque en el régimen de separación de bienes cada cónyuge sólo puede ser órgano de adquisición de su propio patrimonio (v. art. 1.437 C.c.).

Interesa destacar la posición contraria mantenida por el Tribunal Supremo en relación a la presunción de cotitularidad establecida por el art. 3,3 de la Compilación de Baleares: en sus sentencias de 2 de noviembre de 1965 y 2 de marzo de 1977, el TS afirma que para enervar dicha presunción no basta con probar la adquisición exclusiva por parte de uno de los cónyuges, sino que también hay que demostrar la privatividad de los medios empleados en la adquisición; de no acreditarse este último extremo, el *bien adquirido* pertenece por mitad y pro indiviso a ambos cónyuges. Observa M. MASOT MIQUEL, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. Albaladejo, XXXI, 1, Madrid, 1980, p. 79, que esta interpretación del TS convierte la presunción del art. 3,3 Comp. en una «puerta falsa» que permite «la introducción solapada del régimen de gananciales» en Baleares.

La interpretación que acogemos no excluye la operatividad de la presunción de cotitularidad del art. 1.441 C.c. respecto de los medios empleados en la adquisición: si no se puede demostrar el carácter privativo del dinero, éste —y no el *bien adquirido* en relación a cual la presunción ya ha quedado enervada— corresponderá a ambos cónyuges por mitad. Por lo tanto los acreedores del cónyuge del adquirente podrían dirigirse contra este último por la mitad del dinero invertido en la adquisición del bien. V. V. MAGARIÑOS BLANCO, *op. cit.* p. 108, nota 120, y p. 113, nota 132.

La presunción de cotitularidad del art. 49,3 de la Compilación catalana no opera respecto del dinero empleado en la adquisición del bien; al contrario, acreditaba la adquisición exclusiva mediante un título formal, se presume *ius tantum* que el dinero de la inversión era privativo del adquirente. Dice en efecto este artículo que «Els béns adquirits per un del consorts durant el matrimoni l'adquisició dels quals no es pugui justificar es considerarà que pertanyen als dos consorts per meitat; però si en consta l'adquisició, es presumiran adquirits amb diner privatiu de l'adquirent». Sobre esta norma v. A. MIRAMBELL i ABANÓ, en AA. VV., *Comentaris les reformes del Dret civil de Catalunya*, I, Barcelona, 1987, p. 445 y ss., y LL. PUIG i FERRIOL y E. ROCA i TRIAS, *Institucions del dret civil de Catalunya*, cit., p. 328 y s.

(58) V., por todos, V. MAGARIÑOS BLANCO, *op. cit.*, p. 112.

(59) A. L. REBOLLEDO VARELA, *op. cit.*, p. 209, nota 302.

Finalmente hay que destacar que la muciana no afecta a todas las adquisiciones onerosas efectuadas por el cónyuge *in bonis* constante matrimonio, sino sólo a las que aquél haya realizado durante el año anterior a la declaración de quiebra o concurso o en el período a que alcance la retroacción de la quiebra. Originariamente el período de sospecha se extendía desde la celebración del matrimonio hasta la declaración de quiebra (v. art. 547 C. de c. francés de 1807); posteriormente este alcance temporal de la muciana se consideró excesivo y se redujo a los cinco años anteriores a la declaración de quiebra (v. art. 70 *Legge fallimentare* y art. 163 Ley mejicana de quiebras y suspensión de pagos); nuestro legislador lo ha reducido todavía más, fijándolo en el año anterior a la declaración o en el período de retroacción de la quiebra. Hay quien entiende esta disyuntiva en el sentido de que la muciana opera durante el año anterior a la declaración en los supuestos de concurso y durante el período de retroacción fijado por el Juez en los supuestos de quiebra (60). Sin embargo, cuando el artículo 1.442 habla del «año anterior a la declaración» no alude expresamente al supuesto de concurso y por lo tanto parece que dicha expresión debe entenderse referida tanto a la quiebra como al concurso. Lo que ocurre es que «el año anterior a la declaración» es el alcance temporal fijo de la muciana en los supuestos de concurso y el alcance temporal mínimo en los supuestos de quiebra. Entendemos en definitiva que la virtualidad de la referencia alternativa que el artículo 1.442 hace al «período a que alcance la retroacción de la quiebra» se circunscribe a los casos en que dicho período sea superior al año (61). La vigencia de la muciana es pues de un año, salvo en los supuestos de declaración de quiebra en los que el Juez determine que el estado de cesación de pagos del cónyuge deudor empezó antes. La localización en el tiempo de las adquisiciones, esto es, su realización durante el período de sospecha, completa el hecho base de la muciana y por tanto debe ser acreditada por los acreedores del cónyuge quebrado o concursado.

Con respecto a los supuestos de declaración de quiebra, ha surgido la cuestión acerca de si uno de los requisitos necesarios para que proceda la aplicación de la muciana es el de que las adquisiciones sospechosas hayan sido realizadas por el cónyuge *in bonis* cuando el otro cónyuge ya ejercía el comercio (62). En nuestro país este pro-

(60) L. DÍEZ-PICAZO y A. GULLÓN, *op. cit.*, p. 234, que reproducen el art. 1.442 C.c., en los siguientes términos «se presume que los bienes adquiridos a título oneroso por el cónyuge del quebrado o concursado durante el año anterior a la declaración (de concurso) o en el período a que alcance la retroacción (de la quiebra) fueron en su mitad donados por el concursado o quebrado».

(61) En este sentido se pronuncia V. L. MONTÉS, *op. cit.*, p. 1.958.

(62) La cuestión se ha suscitado en Italia. La resuelven en sentido afirmativo L. BOLAFFIO, *Dei diritti della moglie del fallito*, en «Rivista di diritto commerciale», 1909, II, p. 518 y s., y E. CUZZERI y A. CICU, *De la quiebra*, en *Derecho comercial*, obra completa coordinada por L. Bolaffio, A. Rocco y C. Vivante, trad. de J. Rodrí-

blema ni siquiera puede plantearse: en este sentido hay que tener en cuenta el reducido período de sospecha de la muciana, el hecho de que dicha presunción se aplica también en los supuestos de concurso y por tanto no circunscribe su finalidad a la evitación del fraude en perjuicio del comercio y la consideración de que, aún limitándonos a los supuestos de quiebra, el excluir del ámbito de afección de la muciana las adquisiciones anteriores al ejercicio del comercio supondría desconocer «la existencia de posibles acreedores anteriores que son tan dignos de tutela como los posteriores a la adquisición de la cualidad de comerciante. Máxime cuando la quiebra se declara en favor de todos los acreedores del quebrado, es decir, de los anteriores y de los posteriores al ejercicio del comercio, y cuando, además, en la masa de la quiebra concurren los acreedores por obligaciones mercantiles al lado de los que derivan sus créditos de relaciones obligatorias civiles. Si no existe un patrimonio civil al lado de otro mercantil en la masa activa de la quiebra, la distinción carece de objeto» (63).

C) *Ejercicio y enervación*. La muciana sólo produce efectos dentro del proceso: no basta con su mera alegación en el tráfico, sino que debe ser invocada en el curso de un proceso para que sea la autoridad judicial quien valore la prueba del hecho base y la desvirtuación de dicha prueba o la prueba en contrario.

La carga de la prueba del hecho base recae sobre quienes hacen valer la muciana, es decir, sobre los acreedores del cónyuge quebrado o concursado. Si el hecho base no queda completamente acreditado, la presunción no será admitida (art. 1.249 C.c.).

Frente a la alegación de la muciana se puede tratar de suministrar la contraprueba o al prueba en contrario. La contraprueba consiste en demostrar lo contrario del hecho base (ej. acreditar que la adquisición onerosa del cónyuge *in bonis* encubría una donación de su padre o no se efectuó durante el período de sospecha) y su logro determina la inadmisión de la muciana. La prueba en contrario consiste en demostrar lo contrario del hecho presunto y su logro determina la enervación o la destrucción de la muciana (64). Ambas vías conducen en definitiva a un mismo resultado, esto es, a la no aplicación de la muciana. La legitimación para aportar la contraprueba o la prueba en contrario no está limitada por el artículo 1.442 al cónyuge

guez Aime y S. Sentis Melendo, XVIII, 1, Buenos Aires, 1954, p. 652. Afirman estos últimos autores que «En realidad la finalidad del legislador es excluir la posibilidad de fraude en perjuicio del comercio y de aquellos con quienes el comerciante realizase negocios o contrajese obligaciones en previsión de la quiebra; y no puede hablarse de esta finalidad cuando la adquisición por la mujer se realizó en una época en que el marido no era comerciante». Contra, G. BONELLI, *op. cit.*, p. 406, texto y nota 6; F. SANTORO-PASSARELLI, *op. cit.*, p. 161; y R. PROVINCIALI, *Manuale di diritto fallimentare*, II, Milano, 1948, p. 132.

(63) Textualmente, M. BROSETA PONT, *op. cit.*, Primera parte, p. 311.

(64) M. SERRA DOMÍNGUEZ, *Normas de presunción en el Código civil y Ley de arrendamientos urbanos*, Barcelona, 1963, p. 155.

no deudor y por tanto parece posible extenderla a cualquier tercero interesado (ej. un acreedor del cónyuge *in bonis*, como el que le prestó el dinero invertido en la adquisición en cuestión).

Particular interés reviste la prueba en contrario. El hecho presunto de la muciana es una donación del quebrado o concursado a su cónyuge y por lo tanto la prueba en contrario consiste en demostrar la inexistencia de dicha donación. El artículo 1.442 no especifica como puede acreditarse este hecho, pero ya se ha puesto de relieve que «existe un único medio de probarlo: demostrando la procedencia privativa de los fondos con que se ha realizado la adquisición» (65). Hay que tener en cuenta que la prueba en contrario se valora cuando el hecho base ha quedado completamente acreditado sin que la contraprueba, en su caso, haya prosperado. Esto quiere decir que ya consta quién adquirió y cómo y cuándo lo hizo —el cónyuge no deudor, con carácter exclusivo y oneroso, durante el período de sospecha— y que por lo tanto sólo queda por demostrar la procedencia de los medios invertidos en la adquisición (66). Si el cónyuge *in bonis* logra probar el origen privativo de tales medios, la muciana habrá quedado enervada; si no lo logra, la muciana se aplicará. Y su objeto lo constituirán los bienes adquiridos (en su mitad), no los medios empleados en la adquisición. Como quiera que la muciana es una institución propia del régimen de separación de bienes y que en este régimen cada cónyuge sólo puede actuar de órgano de adquisición de su propio patrimonio (67), 'lo normal sería que, acreditada la procedencia del bien adquirido pero no la de los medios con los que se realizó la adquisición, se presumiese la donación de estos últimos. Sin embargo, el artículo 1.442 presume la donación del bien adquirido (en su mitad) y por lo tanto confunde dicho bien con los medios invertidos en su adquisición. En este punto nuestro legislador no innova: la versión moderna de la muciana ha venido operando esta confusión desde su incorporación al C. de c. de Napoleón. En cualquier caso, dado el carácter excepcional que reviste, quizás hubiese sido mejor establecerla más claramente, bien aludiendo expresamente al modo de enervar la presunción —como hace el artículo 23 de la Compilación catalana—, bien diciendo literalmente que «justificada la procedencia

(65) A. L. REBOLLEDO VARELA, *op. cit.*, p. 211.

(66) Dice J. L. L'ACRUZ BERDEJO, *op. cit.*, p. 569, que «La fórmula legal no es afortunada, porque presumir la donación por el esposo, de un bien que el otro ha adquirido a título oneroso de tercero, es ir contra la realidad más palmaria, que puede hacerse patente con la simple prueba de la adquisición onerosa del bien. La presunción del art. 1.442, para tener eficacia, habrá de entenderse referida a la procedencia del dinero empleado en la compra». V. también J. L. DE LOS MOZOS, *op. cit.*, p. 413.

(67) Sin perjuicio de que pueda probarse la existencia de un mandato no representativo o de una simulación por interposición de persona. V. A. L. REBOLLEDO VARELA, *op. cit.*, p. 115 y ss.

del bien adquirido pero no la del precio con que se hubiese verificado la adquisición, se presumirá que el bien procede de donación del cónyuge deudor» —como hace el artículo 264 del Anteproyecto de Ley concursal de 1983—.

La enervación de la muciana moderna es difícil y por lo tanto un excesivo rigor en su apreciación podría producir indefensión (v. art. 24,1 de la Constitución). La procedencia privativa de los medios invertidos debería considerarse acreditada si consta que el cónyuge *in bonis* disponía de dinero o de otros bienes suficientes para adquirir en el momento de realizar la adquisición. Los medios invertidos pueden consistir en bienes distintos del dinero porque la sospecha recae sobre todas las adquisiciones realizadas a título oneroso. El cónyuge no deudor podría acreditar la disponibilidad de tales medios a través del ejercicio de profesión o comercio o de la percepción de salario, rentas, rendimientos de bienes privativos (ej. dividendos), herencias o donaciones de terceros. Los medios deberían ser suficientes para cubrir el coste de la adquisición y disponibles en el momento de realizarla.

Si la muciana no es enervada, la donación presunta queda sometida a los artículos 878 y ss. C. de c. y 1.291 y ss. C.c. En la actualidad las donaciones entre cónyuges está permitidas (artículo 1.323 C.c.) y por lo tanto, salvo en el supuesto del artículo 878,2 C. de c., su ineficacia sólo adviene mediante el ejercicio de una acción de impugnación: la acción rescisoria por fraude (68).

Las adquisiciones sospechosas pueden ser plurales. En tal caso se discute si la presunción de donación puede alcanzar «alternativamente a la mitad de cada bien o a la mitad del conjunto» (69) o sólo puede referirse «a la mitad de cada uno de los bienes considerados individualmente» (70): nos acogemos a la segunda solución porque entendemos que la muciana afecta a la mitad de los bienes, no a la mitad de su valor.

V. CONCLUSION

El artículo 1.442 del Código civil recoge la versión moderna de la muciana y, siguiendo lo que es una constante en la historia de esta presunción, confunde el bien adquirido con los medios invertidos en su adquisición. Siendo la muciana una institución propia del régi-

(68) Sobre la relación entre el art. 1.442 C.c. y los arts. 879 y ss. C. de c., v. J. BISBAL, *Anotaciones mercantiles al nuevo régimen económico del matrimonio*, en «Revista Jurídica de Cataluña», 1982, p. 115 y s.

(69) L. Díez-PICAZO y A. GULLÓN, *op. cit.*, p. 234, seguidos por V. L. MONTÉS, *op. cit.*, p. 1.959.

(70) A. L. REBOLLEDO VARELA, *op. cit.*, p. 209.

men de separación de bienes, su alcance resulta de difícil justificación desde un punto de vista teórico. En cambio la explicación práctica parece evidente: evita a los acreedores el tener que demostrar la existencia de las complejas maniobras a través de las cuales los cónyuges realizan las transferencias fraudulentas del patrimonio del deudor al patrimonio del no deudor.

La presunción consagrada por el legislador español difiere considerablemente de la que todavía recogen algunos ordenamientos extranjeros: había que establecer una muciana que no incurriera en los excesos que han determinado su desaparición o su crisis. De ahí la excepción a su aplicación en caso de separación judicial o de hecho, la reducción del período de sospecha, la limitación a la mitad de los bienes afectados y el establecimiento de una presunción de donación que impide la automática incorporación de los bienes en cuestión a la masa de la quiebra o concurso. De todos estos recortes, y puesto que hay que reconocer que la excepción, siendo peligrosa, es lógica, sería conveniente obviar la limitación a la mitad de los bienes afectados que debilita demasiado la protección a los acreedores: así lo han entendido el legislador catalán y la Ponencia Especial que ha redactado el Anteproyecto de Ley concursal. El artículo 1.441 del Código civil no se opone a la supresión de esta limitación: la presunción de cotitularidad y la versión moderna de la muciana tienen alcances distintos y por lo tanto su coordinación no es necesaria.

