

ENCARNACIÓ RICART MARTÍ
Catedrática de Derecho Romano
Universidad Rovira i Virgili (Tarragona)

DESVANECIMIENTO DE LA PRESUNCIÓN MUCLANA EN EL DERECHO FAMILIAR CATALÁN

I.- INTRODUCCIÓN

La presunción es un recurso deductivo de carácter técnico-jurídico, que se despliega en la fase probatoria del proceso, y que permite establecer situaciones a las que ordenamiento prevé consecuencias de relevancia jurídica. El Derecho Romano de la *cognitio extra ordinem* postclásica, conoció y desarrolló el recurso de la presunción, que, como tal, no fue desarrollada en la época del derecho clásico y en el ámbito del procedimiento formulario. Los motivos han sido reiterados por la romanística: en la fase *apud iudicem* del procedimiento formulario, el *iudex privatus* valora libremente las pruebas presentadas por las partes; la sentencia del procedimiento formulario se agota en sí misma, se limita a absolver o condenar al demandado, de acuerdo con la instrucción de la fórmula, pero no contiene motivación ni existe la posibilidad de apelación; tampoco se percibe en el derecho clásico una labor interpretativa y creadora sobre la carga de la prueba, aunque sí es evidente, p.ej., que los interdictos posesorios, previos a una acción vindicatoria, tenían también por finalidad, y en vía de consecuencia, establecer cuál de las partes en conflicto debía acarrear con el *onus probandi*.¹ Las *regulae: Melior est conditio defendentis*, y *Melior est*

¹ En el derecho clásico y para el procedimiento formulario no se vislumbra la creación de una disciplina sobre la carga de la prueba. Un texto de Ulpiano l.22 *ad ed* en sede de *iureiurando*, D.12,2,3 pr.niega que el pretor deba proteger el juramento de una parte cuando la otra no se lo había deferido; Ulpiano basa su interpretación en las palabras del edicto y en la constatación de que ello podría ser utilizado por la parte con la finalidad de evitarse la carga de la prueba: *alioquin facillimus quisque ad iusiurandum decurrens, nemine sibi deferente iusiurandum,*

*conditio possidentis*² son clásicas, y se refieren claramente a la carga de la prueba.

En el procedimiento formulario se conocieron y desarrollaron sin embargo reglas de experiencia, o incluso surgidas del conocimiento científico, que serán el germen de lo que después se conocerá como presunción. Se encuentran comentarios de juristas clásicos relativos a cuestiones como las presunciones de filiación³, presunciones de conmoriencia⁴, o presunciones de liberación de una deuda⁵, formuladas de manera primaria pero

oneribus actionum se liberabit. Este texto indica una preocupación jurisprudencial en el ámbito del procedimiento formulario por el tema, pero son pocos los textos del Digesto que inciden en tema de carga de la prueba. Incluso la expresión *onus probandi* u *onus probationes* es utilizada muy escasamente por los juristas; en dos textos de Celso y Paulo, D.31,22 y D.22,3,25,3 respectivamente, la doctrina considera la expresión interpolada, aunque no su sentido. El procedimiento formulario desconoce una jerarquía en la valoración de los medios de prueba, consecuencia intrínseca de su propia estructura.

² Ulpiano l.70 *ad Ed.* D.43,18,1,1 y Juliano a través de Ulpiano l.73 *ad De* D.20,1,10

³ En materia de filiación, son concidos sobre todo el texto de Paulo l.4 *ad de* D.2,4,5: (*mater*) *quia semper certa est, etiamsi vulgo conceperit, pater vero is est, quem nuptiae demonstrant*; y D.38,16,3,12 Ulpiano l.12 *ad Sab.* sobre nacimiento legítimo; el fundamento de esta última *interpretatio* está en el conocimiento científico, en este caso a partir de Hipócrates, citado en los textos.

⁴ Presunción de conmoriencia de los cónyuges en los casos en que ha habido donación, constante matrimonio, a los efectos de aplicar la *Oratio Severi* que se comentará seguidamente; D.24,1,32,14 Ulpiano l.33 *ad Sab.* por la que en caso fallecimiento de ambos en una catástrofe (no en cautividad, en cuyo caso debe atenderse al momento de entrar en cautiverio, con seguridad para aplicar la *fictio legis Cornelia*), y siempre cuando no existe la posibilidad de prueba, ... *et si quidem possit apparere, quis ante spiritum posuit, expedita est quaestio, sin vero non appareat...* entiende la conmoriencia de ambos cónyuges, y la donación por convalidada, con la finalidad de salvar la donación, *et magis puto, donationem valuisse et his ex verbis orationis defendimus; ait enim Oratio...*; a partir de este comentario de Ulpiano, se nos permite reconstruir algo más la literalidad de la *Oratio* de Caracalla; vid. *infra*; los mismo en D.34,5,8(9)pr. Paulo l.2 *Sent.* La presunción de premoriencia entre padre e hijo, cuando entre ambos hay expectativas sucesorias, y dependiendo de la pubertad del hijo, la comenta Trifonino en D.34,5,9(10) l. 21 *Disput.* Esta decisión tiene una base empírica.

⁵ Un texto de Modestino, D.22,3,24 libro 4 *reg.* habla de la presunción de liberación en documento quirografario cancelado; a pesar de ello el acreedor demandante puede aportar pruebas de la subsistencia de la deuda con la finalidad de

DESVANECIMIENTO DE LA PRESUNCIÓN MUCIANA...

que se pueden encuadrar sin problema en el ámbito aun no desarrollado de la presunción. La rúbrica del Digesto 22,3 es *de probationibus et praesumptionibus*, mientras que la del Codex es simplemente *de probationibus*, pero la sustantivización de *praesumere* para designar una figura procesal no se encuentra en el derecho clásico, y ha sido utilizada por la doctrina, en ocasiones, como signo de interpolación⁶.

II.- ITER DE LA PRESUNCIÓN MUCIANA EN DERECHO ROMANO⁷

El conocido texto de Pomponio, D.24,1,51, que se comenta *infra*, atribuye la creación de la figura, denominada después Presunción Muciana,⁸ al jurista republicano *Quintus Mucius Scaevola*, que había sido procónsul en Asia, y cónsul en el 95 a C. La Comisión compilatoria ha extraído el texto del libro quinto *ad Quintum Mucium (lectionum)*⁹, de Pomponio, extensa obra de comentario, formada por 39 libros.

La Comisión compilatoria ha situado el texto en la rúbrica *De donationibus inter virum et uxorem*, sede en la que ya se evidencia el cambio de finalidad de la figura que ahora nos interesa. De acuerdo con Max Kaser¹⁰ el jurista Quinto Mucio pretendió proteger a la *uxor in manu* frente al here-

derribar la presunción. La utilización en el texto del término *praesumptio* es considerada interpolada, aunque cabe su utilización por el jurista sin el carácter técnico que alcanzó después. De hecho todos los negocios jurídicos abstractos, que suelen ser formales, admiten contradicción por falta de causa, recurriendo a la inversión de la carga de la prueba, o a la *exceptio doli*.

⁶ La clasificación entre presunción *iuris tantum* y presunción *iuris et de iure* no se encuentra en las fuentes romanas, sino que es de los glosadores. Es lugar común entre los romanistas que el Derecho Romano desconoce cualquier presunción *iures et de iure*.

⁷ KASER, M. "Praesumptio Muciana" en *Studi in honore de De Francisci*, vol Y. p215-229 (1956). Este trabajo puede consultarse también en *Ausgewälte Schriften I*, p.317 a 327, Universidad de Camerino (1976). Vid también GARCÍA GARRIDO, M.J., *Ius uxorium. El régimen patrimonial de la mujer casada en derecho romano*, Roma-Madrid (1958) p.119 y ss. Sobre el tema se publicó en 1939 un trabajo de BALIS G, *Die Praesumptio Muciana*, en *Mélanges Sreit*, Atenas, y en 1933 DONATUTI había publicado un trabajo en *Rivista de diritto privato*,3,1

⁸ *Praesumptio Muciana* es una denominación que no se encuentra en el Derecho Romano; Vid. KASER M, *Das römische Privatrecht II*, pag. 332

⁹ *Lectio* no costa en la inscripción del texto en los manuscritos, pero MOMMSEN, en las *additamenta V* de la *editio maior*, indica que está añadido en el *index*.

¹⁰ KASER, M. *op.cit.* y GARCÍA GARRIDO, M.J., *op.cit.*

dero del marido, ante reclamaciones extemporáneas de éste relativas a bienes de los que la *uxor* disponía en vida del marido, pero le resultaba difícil, cuando no imposible, probar la procedencia de los mismos, ya que en la mayoría de los casos eran obsequios del marido, constante matrimonio. La paradoja estriba en que la figura creada por Quinto Mucio permaneció, pero variando totalmente su finalidad originaria, pues a quiénes prioritariamente protegía fue, en su evolución, a los terceros, acreedores del marido, o a los legitimarios, que podían ver burladas sus expectativas a causa de donaciones del marido a la mujer realizadas precisamente con esa finalidad.

Kaser, con acierto, observa que la comisión compilatoria extrae el texto de Pomponio de los comentarios del jurista relativos a los legados, y concretamente a los legados que el marido solía disponer a favor de su propia *uxor in manu*,¹¹ y que Ulpiano, haciendo referencia precisamente al comentario de Quinto Mucio y a los comentarios de Masurio Sabino *ad Vitellium*, denomina genericamente *quae uxoris causa parata sunt*¹²; puede tratarse de *penu legata*,¹³ que comprendía la despensa y sobre todo lo necesario para la conservación de alimentos; podía tratarse de legado de *mundus*, cuyo objeto son los útiles de embellecimiento de la mujer, excluidos los utensilios preciosos desde la época de Labeon y Trebacio¹⁴, o podía tratarse de legado de *vestimenta*. Quinto Mucio Escévola es anterior a Labeon (contemporáneo de Octavio Augusto), y muy posiblemente la figura que da lugar a la presunción fue creada precisamente para los objetos preciosos¹⁵. En los casos en que la mujer debía reclamar contra el heredero

¹¹ Es obvio que no tiene sentido hablar de prohibición de donaciones entre cónyuges en el matrimonio *cum manu* así como entre personas entre las que había relaciones de poder. El principio es claro: *donari non potest, nisi quod eius fit, cui donatur*. Sobre la extensión de la prohibición a los afines, y su origen, Vid. CASA-VOLA, F. *Lex Cincia Contributo alla Storia delle origini della donazione romana*, Nápoles (1960) p.160 ss. Vid. el apartado IV de este trabajo.

¹² D.33,9,3 pr. Ulpiano l.22 *ad Sab.* *quae dominici usus causa parata sunt*. MOMMSEN en la *editio maior* transcribe el texto de Aulo Gelio sobre el objeto del legado de *penus*.

¹³ El Digesto dedica a este legado una rúbrica específica, D.33,9: *De penu legata*.

¹⁴ D.33,10,11 Javoleno l.10 *post Lab.*

¹⁵ Los textos de D.33,10 son extraordinariamente interesantes pues proporcionan abundantes elementos para la interpretación de los negocios jurídicos; en todos los textos de la rúbrica se puede apreciar la íntima conexión entre teoría interpretativa y *usus comunis*. D.33,10,7,1 Celso l.19 *dig.* ha sido magistralmente trabajado por MIQUEL, J. en *Aenigma*, Universidad de La Laguna (1977). Sobre el legado de *Supellex*, CASADO, M.J., Valladolid (1977).

 DESVANECIMIENTO DE LA PRESUNCIÓN MUCIANA...

ro la entrega de estos legados, si éste ya había tomado posesión de la herencia, era a ella a la que correspondía probar que el objeto del legado comprendía todas las cosas que, de acuerdo con la interpretación jurisprudencial, estaban incluidas. Estas cosas muy probablemente ya eran utilizadas por la mujer, con exclusividad, en vida del testador, pero difícilmente podía probarlo, y mucho menos acreditar su procedencia. El problema se planteaba igual en casos en que la mujer dispusiera de *actio in rem* para reclamar un legado vindicatorio, como de la *actio ex testamento*; La mujer quedaba desprotegida al no disponer, en la mayoría de los casos, de pruebas suficientes. La realidad era que el heredero salía victorioso, frente a la viuda, en claro resultado contrario a la voluntad del testador, ya que el problema no residía en una disposición testamentaria ambigua, sino en una falta de elementos probatorios frecuentes en el *iter* normal de una vida matrimonial. No se olvide que la mujer era la actora en el proceso, y por tanto la que debía probar *apud iudicem* su afirmación *in iure*¹⁶. La cuestión se resolvió por Quinto Mucio incidiendo justamente en lo que debía resolverse, ya que se limitó a invertir la carga de la prueba, obligando al heredero a probar que su retención de los bienes en controversia era legítima ya porque la expresa disposición del testador los había excluido expresamente, ya porque los bienes habían sido adquiridos por la mujer sin consentimiento del marido, pero habían revertido en el patrimonio del marido al tener éste la *manus* sobre la mujer.

Pues bien, desde la época de Quinto Mucio el matrimonio continuó evolucionando paulatinamente a sus formas libres, en las que el régimen patrimonial era el de separación de bienes con aportación dotal, en el que la mujer, y para lo relacionado con los bienes dotales, estaba protegida con la

¹⁶ La expresión o regla *Actore non probante reus absolvitur*, se encuentra en C.2,1,4 Constitución de Antonino Caracalla del año 212, y es una regla de experiencia de aplicación natural.

¹⁷ La civilística ha distinguido tradicionalmente, dentro del régimen de separación de bienes, el sistema de separación absoluta y el sistema dotal, aunque se ha tendido a considerar el segundo como una modalidad del primero. La romanística ha considerado sin discusión que el régimen patrimonial del matrimonio libre era el de separación, acompañado de la dote. Aun así de ningún texto del Derecho Romano puede extraerse ni deducirse el requisito de la dote, pero sí existe una asimilación entre mujer pobre y *mulier indotata*, la cual es objeto incluso de una protección de Justiniano en la Novela 53. La dote simbolizaba la honorabilidad del matrimonio, y probablemente era el elemento que permitía distinguirlo de las otras uniones estables entre parejas heterosexuales libres, como el concubinato.

actio rei uxoriae, acción pretoria por excelencia y protectora de la mujer no contemplada o contemplada en menor cuantía en el testamento, o protectora de la mujer en la sucesión intestada. La mujer además, en el matrimonio libre, mantenía la disposición y administración de los bienes parafrenales, los administraba, y podía disponer o adquirir por actos *inter vivos y mortis causa*, con una también paulatina desintegración de la *tutela mulieris*, a partir de las leyes matrimoniales de Octavio Augusto, con lo que su autonomía fue adquiriendo un contorno definitivo.

Pomponio es un jurista del s. II d C., contemporáneo de Gayo; junto con Gayo inicia una nueva trayectoria en la jurisprudencia romana, al destacar sobre todo su interés sistemático en el tratamiento de los problemas casuísticos. Sus grandes comentarios *ad edictum*, *ad Quintum Mucium* y *ad Sabinum*, así lo acreditan. Pero su época es ya muy distinta de la de Quinto Mucio; probablemente su respeto a los grandes juristas antiguos explica que en el texto que nos interesa mantuviera la literalidad, y la ubicación del comentario de Quinto Mucio, aun a pesar de que la figura que tiene presente se refiera a un sustrato ya arcaico como el matrimonio *cum manu*. Las *leges Iulia de maritandis ordinibus et Papia Poppaea*, propuestas a la asamblea por Octavio Augusto un siglo antes, tienen presente el matrimonio libre en el que el régimen patrimonial entre los cónyuges es el de separación, normalmente con aportación dotal¹⁷. De hecho es evidente que la prohibición de donaciones entre cónyuges sólo tiene sentido en un régimen de separación de bienes¹⁸.

Pero el problema, en ámbito distinto, subsistía, sobre todo a partir de la conocida disposición del emperador Antonino Caracalla por la que, a pesar de la prohibición de donaciones entre cónyuges, la premoriencia del cónyuge donante sin haber revocado la donación, convalida ésta automáticamente, legitimando al cónyuge donatario a retener el objeto de la donación; De hecho la literalidad de la *Oratio* de Caracalla evidencia que el emperador pretendía favorecer al cónyuge donatario en la controversia entre éste y el heredero del cónyuge donante; es sintomática la mención *ulpinaea* en D.24,1,32,1 *...quasi testamento sit confirmatum...* que en definitiva quiere decir que si no hay impedimento para legar al cónyuge por testamento no debe haberlo tampoco para convalidar la donación hecha constante matrimonio. Esta mención nos da también la medida de la prohibición de donaciones entre cónyuges: la unidad familiar no era ámbito de re-

¹⁸ ASTOLFI, R., *La Lex Iulia et Papia*, 3ª ed. Padova (1995) p.160, objeta, con razones convincentes, la hipótesis sobre el origen de la prohibición en estas leyes matrimoniales.

DESVANECIMIENTO DE LA PRESUNCIÓN MUCIANA...

laciones jurídicas de transacción, y mucho menos existiendo el singular tratamiento de la masa dotal. El peligro estaba entonces en las donaciones fraudulentas que el marido podía hacer a favor de su mujer, con lo que los bienes permanecían en el ámbito de la familia pero no eran accesibles a los acreedores.

Así, la figura creada por Quinto Mucio se impuso por su practicidad, y permanece a lo largo de toda la evolución del Derecho Romano, aunque con finalidad totalmente distinta: ya no se pretende proteger a la mujer de las reclamaciones extemporáneas del heredero del marido, sino que se pretende proteger a los terceros de las donaciones del marido a la mujer con finalidad fraudulenta; estos terceros pueden ser acreedores o legitimarios. Para enfrentarse a ello el método es el creado por Quinto Mucio, la inversión de la carga de la prueba. Frente a la reclamación de los terceros de nulidad de la donación, aunque ésta sea disimulada por medio de compraventa u otro negocio jurídico, es la mujer la que debe probar que la adquisición lo ha sido con su propio patrimonio o que ha adquirido ella misma *mortis causa*. Con ello se cierra el sistema del régimen patrimonial del matrimonio libre: a) separación de bienes, con excepción de los bienes dotales que siguen su propio régimen, b) prohibición de donaciones entre cónyuges, amortiguada por la *Oratio* de Antonino Caracalla, c) presunción *iuris tantum* de donación, para aquellas adquisiciones hechas por la mujer, constante matrimonio, de las que no podía acreditar la procedencia propia. La efectividad de la figura, como instrumento de protección a terceros, explica que se mantuviera en el derecho postclásico, y que con Justiniano se realizara al incluirla en su compilación.

III TEXTOS DEL DERECHO ROMANO

a) D. 24,1 51 (rúbrica *De donationibus inter virum et uxorem*) Pomponius libro quinto ad Quintum Mucium : *Quintus Mucius ait, cum in controversiam venit, unde ad mulierem quid pervenerit, et verius et honestius est quod non demonstratur unde habeat existimari a viro aut qui in potestate eius esset ad eam pervenisse. evitandi autem turpis quaestus gratia*¹⁹ *circa uxorem hoc videtur Quintus Mucius probasse.*

Pomponio destaca en su comentario que el jurista Quinto Mucio se refería a bienes de los que disponía la mujer y sobre los que existía un pro-

¹⁹ MOMMSEN en aparato crítico de la *editio maior* cuestiona la secuencia [*evitandi...gratia*): *evitandae autem turpis quaestus quaestionis gratia*?

cedimiento en marcha. En caso de no ser posible probar la procedencia de estos bienes, debe considerarse que llegaron a manos de la mujer por el marido o por aquel bajo la potestad del cual estaba el marido. Finalmente Pomponio añade que debe entenderse que Quinto Mucio realizó esta propuesta con la finalidad de evitar cuestiones impropias acerca de la mujer.

Las secuencias tachadas de interpolación por parte de Siber (*et ...et honestius*), o por parte de Beseler y Siber (*evitandi... probasse*), deben aceptarse por su tono retórico impropia de un jurista como Pomponio. Pero estas observaciones no desvirtúan el contenido esencial del texto. En el proceso, es la mujer la que debe soportar la carga de probar la proveniencia de los bienes adquiridos constante matrimonio; en otro caso se entiende que es el marido quien los ha puesto a su disposición.. La motivación final del texto, ya propia de Pomponio, no debe considerarse un añadido compilatorio, por lo menos esencialmente, pues no parece que los compiladores en sus modificaciones alteren el texto seleccionado, atribuyendo incluso su propia interpolación a otros juristas, como es el caso. No hay inconveniente en aceptar que Pomponio consideró necesaria la motivación de la figura. Es importante destacar que Pomponio se refiere sintéticamente a la inversión de la carga de la prueba, sin entrar en mayores consideraciones.

En el discurso de Pomponio interesa destacar varias secuencias: *cum in controversiam venit*, lo que permite establecer que Quinto Mucio elaboraba su creación ubicándose en el proceso cuyo objeto eran unos bienes identificados por la titularidad pretendida sobre los mismos de la mujer; *existimari ... quod non demonstratur unde habeat* permite establecer que el jurista se refiere a la fase probatoria por lo que introduce su disciplina en el ámbito en el que el *ius honorarium* tiene poco a decir, pues el *iudex privatus* forma su voluntad libremente (“a su leal saber y entender” diríamos en expresión castiza), sin recibir instrucciones del magistrado en este sentido. Los *iudices*, que normalmente eran sugeridos por el magistrado a partir de una relación preexistente de posibles candidatos, tenían contacto con el mundo jurídico y debían actuar de acuerdo con criterios aceptados. En cualquier caso es claro que Quinto Mucio, a través de Pomponio, tiene presente una concepción sobre la carga de la prueba, y su creación varía la línea general en una cuestión puntual como la descrita, pero sentida como necesaria. La referencia explícita a la posibilidad de que la donación se haya hecho por el marido o por el *pater familias* del marido, debe entenderse en Pomponio, como una precisión, tal vez anacrónica, pero coherente. Pomponio continua ubicando la cuestión en tema de legados, pues así estaba en Quinto Mucio, pero ya con clara concien-

 DESVANECIMIENTO DE LA PRESUNCIÓN MUCIANA...

cia de que la inversión de la carga de la prueba por el comentada se ha resituado en un ámbito mucho más amplio que el tenido en cuenta por el jurista republicano.

b) C. 5,16,6 (rúbrica *De donationibus inter virum et uxorem et a parentibus in liberos factis et de ratihabitione*²⁰): *Imperator Alexander A. a Nepotiano : Etiamsi uxoris tuae nomine res quae tui iuris fuerunt depositae sunt, causa proprietatis ea ratione mutari non potuit, etsi donasse te uxori res tuas ex hoc quis intellegat, cum donatio in matrimonio facta prius mortua ea quae liberationem exceptit irrita sit. Nec est ignotum, quod, cum probari non possit, unde uxor matrimonii tempore honeste quaesierit, de mariti bonis eam habuisse, veteres iuris auctores merito credidissent.*

Contenido del texto del emperador Alejandro Severo (año 229):

“Aunque se hayan depositado a nombre tu mujer cosas que habían sido tuyas , no es ello motivo suficiente para cambiar la causa de la propiedad (llama la atención la utilización de la expresión *causa proprietatis*), y aunque alguno entienda por ello que tu hiciste donación a tu mujer de tus cosas, la donación es írrita, al haber hecho la donación durante el matrimonio, y haber fallecido antes que tu la que recibió la donación. Es conocido, y así lo creían con razón los antiguos juristas (en referencia sin duda a Quinto Mucio, pues Pomponio es un jurista anterior al emperador pero no lo suficiente como para merecer el apelativo de *vetus*), que todo aquello de lo que no puede probarse, sin que represente un descrédito, cómo llegó a la mujer durante el tiempo de matrimonio, se había hecho de la mujer por los bienes del marido”.

Por el tono de la constitución, estamos ante un rescripto de Alejandro Severo en el que el emperador recuerda al apelante la inversión de la carga de la prueba creada por los juristas antiguos para estos casos. El texto del emperador Alejandro es ya posterior a la *Oratio* de Antonino Caracalla contenida en D.24,1,32, 1 y 2, y por tanto tiene en cuenta los efectos de la premoriencia de la mujer donataria al marido donante, en el sentido de recordar que la donación, por este hecho, no ha sido convalidada. En este párrafo el texto examinado insiste sólo en los efectos de la secular prohibición de donaciones entre cónyuges, sin hacer referencia alguna a cuestiones procesales. En el segundo párrafo entra el texto en la referencia procesal que ahora interesa: se entenderá donado por el marido todo aquello de lo que no se presente cumplida prueba de proveniencia no marital. Aunque en el texto no hay referencia al *onus probandi*, incluso *cum pro-*

²⁰ Observar la diferencia entre la rúbrica del Digesto y la Del Codex

ENCARNACIÓ RICART MARTÍ

bari non potest está expresado en forma impersonal, se entiende que el emperador se refiere al proceso, y se entiende también que es la mujer o sus herederos la única que está en disposición de probar el cómo (*unde*) y el cuándo (*tempore*). Por tanto en el primer párrafo el emperador dice a su súbdito que como la mujer le había premuerto, la donación que pudo realizarse no es válida; en el segundo párrafo, y ya en términos generales, el emperador reitera el mismo resultado por otro camino: aunque la mujer no hubiera premuerto, y en caso de controversia, si ella no puede aportar cumplida prueba de su adquisición independiente, esa adquisición se tendría por donación del marido, y por tanto írrita. La reubicación de la figura, es clara ya en este texto.

Llama la atención que en la última parte de la constitución se mencione explícitamente la finalidad de la inversión de la carga de prueba, paralela a la mención sobre la finalidad que se encuentra en el texto de Pomponio comentada más arriba. La utilización de los adjetivos *turpis* u *honestus* respectivamente, tiene un origen común; ocurre sin embargo que en el texto de Pomponio la inversión de la carga de la prueba también puede favorecer a la mujer, pues ella puede permanecer inactiva en la fase probatoria, aunque sea la actora, y el demandado deberá correr con la pesada carga de probar hechos o situaciones en los que él, incluso, podía no haber participado; si no se presenta cumplida prueba, es la mujer la que sale favorecida al poder retener legítimamente, o tomar, bienes de la herencia del marido, que sin la inversión de la carga de la prueba, hubiera podido retener el heredero del marido. En la constitución de Alejandro Severo el problema planteado es el inverso; el marido, que no puede probar que los bienes que habían salido de su esfera patrimonial habían llegado a la esfera patrimonial de su mujer por causa distinta a la de la pura y simple donación, quedará perjudicado, y saldrán beneficiados sus acreedores al conseguir reconstruir el patrimonio del marido, ya que la donación presumida, no era válida.

c) Aunque el texto que ahora se aborda no hace referencia alguna a los aspectos probatorios del tema que nos ocupa, es el complemento imprescindible en Derecho Romano; D.24,1,32,1 y 2 Ulpiano libro 33 *ad Sabinum*, también en sede de donaciones entre marido y mujer:

Oratio autem Imperatoris nostri de confirmandis donationibus non solum ad ea pertinet, quae nomine uxoris a viro comparata sunt, sed ad omnes donationes inter virum et uxorem factas, ut²¹ et ipso iure res fi-

²¹ MOMMSEN en aparato crítico de la *editio maior* añade: *moriente eo qui donavit.*

 DESVANECIMIENTO DE LA PRESUNCIÓN MUCIANA...

*nat eius, cui donatae sunt et obligatio sit civilis*²², *et de Falcidia, ubi possit locum habere tractandum sit; cui locum ita fore opinor, quasi testamento sit confirmatum quod donatum est.*

*Ait Oratio: "fas esse, eum quidem, qui donavit*²³ *poenitere; heredem vero eripere forsitam adversus voluntatem supremam eius, qui donaverit, durum et avarum esse".*

Contenido del texto: la *Oratio* del emperador se refiere a la convalidación de las donaciones, pero no solo a las que son adquiridas por el marido a nombre de la mujer, sino a todas las donaciones hechas entre marido y mujer, para que *ipso iure* y por fallecimiento del donante, estas cosas se hagan del derecho de aquel a quienes fueron donadas, y la obligación sea civil (esta última secuencia ha sido tachada de interpolada, y es cierto que difícilmente Ulpiano utilizó una expresión, tan alejada de implicaciones procesales, que eran las que prioritariamente interesaban a los juristas. Es posible que el casi seguro añadido compilatorio pretenda poner de manifiesto el efecto retroactivo de la convalidación, para evitar controversias sobre gastos, o sobre frutos, o sobre cualquier otro aspecto accesorio al bien en sí mismo). El texto ulpiano continúa con una mención interesante, pues opina que la reducción de la donación por causa de la Ley Falcidia debe tener lugar, puesto que lo donado entre marido y mujer constante matrimonio, debe considerarse "como si" de una cláusula testamentaria se tratara.

El último párrafo también ha sido considerado interpolado; aunque sí es cierto que el derecho postclásico y justiniano se preocupó con mayor insistencia del régimen jurídico de las donaciones, aproximándolas en algunos aspectos a los legados, y es posible que la obligación de computarlas en la cuarta Falcidia no sea una decisión clásica, resulta improbable que la comisión compilatoria no sólo añada algo a un texto clásico, sino que lo razone, sobre todo cuando este razonamiento afecta al contenido general de la *oratio*. Hay además otra observación que puede tener interés; es sabido que las limitaciones para suceder impuestas por la Leyes matrimoniales de Octavio Augusto no consiguieron su propósito, pero en cambio sí propiciaron la creación de figuras nuevas, o la interpretación extensiva de otras existentes, con la finalidad de obviarlas; así, los bienes donados en vida de su titular, se sustraían de su masa hereditaria, con lo que se había conseguido evadir las leyes caducarias. No debe descartarse que en

²² (*et ...civilis*) secuencia considerada interpolada muy probablemente con razón.

²³ MOMMSEN en aparato crítico de la *editio maior* añade: *posse*.

ENCARNACIÓ RICART MARTÍ

la época de Ulpiano, el Fisco se hubiera percatado de la estratagema, y se interpretara a favor de someter las donaciones a la *vicesima hereditatis* en favor del Fisco, y a la cuarta Falcidia en favor del heredero.

Es importante destacar, en este párrafo primero del texto, que la referencia de la *Oratio* a la después llamada por la civilística “subrogación real” es clara: la convalidación se extiende a todas las donaciones entre marido y mujer, incluidas aquellas en que el marido adquiere para donar a su mujer (*quae nomine uxoris a viro comparata sunt*). Esta precisión no se planteó problemática en las fuentes romanas, pero sí advertida, lo que en ocasiones ha sido negado por la civilística.

Dice la *Oratio*: “es lícito que aquel que donó se arrepienta; pero es duro y avaro que el heredero arrebate aquello que se donó acaso contra la voluntad del testador”; la secuencia plantea el problema que se presenta en la controversia entre el cónyuge donatario y los herederos del cónyuge donante, cuando éstos pretenden retrotraer la donación por invalidez, para aumentar así la masa patrimonial. Con esta mención Ulpiano, reproduciendo un lenguaje retórico propio del estilo con el que el emperador se dirige al Senado, destaca los motivos formales de la *oratio*.

En el párrafo *principium* del extenso texto²⁴, Ulpiano concreta el ámbito externo de la fuente que se dispone a comentar; la *Oratio* tiene naturaleza de Senadoconsulto; la propuso al Senado el emperador Antonino Caracalla, siendo corregente de su padre Septimio Severo, y siendo cónsules Fulvio Emiliano y Numio Albino²⁵; el jurista tardo-clásico hace una mención breve e interesante: la propuesta del corregente al Senado pretendía *ut aliquid laxaret ex iuris rigore*, lo que permite entrever que la prohibición de donaciones entre cónyuges era percibida por el pueblo y por la propia cancillería imperial como inapropiada. Ulpiano pudo conocer incluso el momento en que la *Oratio* se propuso. Es interesante constatar que la propuesta de Antonino Caracalla tuvo un efecto enor-

²⁴ Los glosadores, para facilitar y “distinguir” las glosas, lo distribuyeron en 28 párrafos.

²⁵ La cita de los cónsules Fulvio Emiliano y Numio Albino permite datar la *Oratio* en el año 206. Marco Aurelio Antonino (con este nombre Septimio Severo proclamó Cesar a su hijo Basiano, en el año 196), continuó la política de su padre (fallecido en el 211), otorgando mayor protagonismo al ejército en detrimento de los órganos constitucionales como el Consulado y el Senado. A los efectos de este trabajo debe recordarse que Septimio Severo había derogado, en parte, la prohibición de *iustum matrimonium* para los soldados, de la época de Octavio Augusto, permitiendo el matrimonio en algunas legiones.

DESVANECIMIENTO DE LA PRESUNCIÓN MUCIANA...

mamente amortiguador de la prohibición pues convierte la prohibición en relativa. Uno de los efectos más importantes de la *Oratio* de Caracalla debió ser la erradicación de los procedimientos interpuestos por lo legítimos del donante contra el heredero del donatario, procedimientos que normalmente se substanciarían a través de la *querella inofficiosi testamenti*, que ya en esta época se encontraba evolucionada y admitía reclamaciones de herederos forzosos no contemplados suficientemente.

IV CODI DE FAMILIA DE CATALUNYA

El actual Codi de Família, Ley 9/1998 de 15 de julio del Parlament de Catalunya²⁶, es un conjunto normativo que recoge en un cuerpo unitario y sistemático todo lo relativo a los efectos del matrimonio y su régimen patrimonial, lo relativo a la filiación, a la adopción, a la potestad del padre y de la madre, a la tutela y la curatela, y a los alimentos entre parientes. Este articulado recoge, en el capítulo II del título I, relativo a las relaciones económicas entre cónyuges, el principio de libertad de contratación entre cónyuges²⁷:

Art. 11.- Els cònjuges es poden transmetre béns i drets per qualsevol títol i dur a terme entre ells tot tipus de negocis jurídics. En cas d'impugnació judicial, els correspon la prova del caràcter oneros de la transmissió.

Si la prohibición de donaciones entre cónyuges ha desaparecido ya del ordenamiento familiar de Catalunya, por ser contraria al principio constitucional de no discriminación y por estar alejada de la realidad transaccional de hoy, debe considerarse, en propiedad, que ha desaparecido tam-

²⁶ La Ley 8/1993 de 30 de septiembre, de modificación de la Compilación en materia de relaciones patrimoniales entre cónyuges, ya contenía la regulación que ahora se ha refundido en el Codi de Família.

²⁷ La denominación de *Codi*, aunque criticable por no responder su contenido semántico a la concepción autointegradora que, en propiedad, exige la idea codificadora, se debe al *desideratum* del Parlament de Catalunya; a través de la refundición de cuerpos legales parciales, aprobados paulatinamente -el *Codi de Successions per causa de mort en el dret civil de Catalunya* fué aprobado el 30 de diciembre de 1991- llegar al Codi de dret civil de Catalunya. Vid el preámbulo de la Ley 9/1998 de 15 de julio, en su punto I. De todas maneras, el *Codi de Família* no puede contener en su preámbulo lo que contiene el *Codi de Successions*, apartado I: *Aquesta llei conté una normativa autònoma, completa i global del dret successori català*, ya que la Constitución española declara la competencia exclusiva del Estado para legislar sobre las formas de matrimonio y sobre algunas otras cuestiones estructurales del derecho de familia.

bién la presunción muciana.²⁸ Permanece una reminiscencia de la presunción, pero han desaparecido sus premisas: no sólo las donaciones están permitidas, sino que el tratamiento legal del régimen económico, contempla simétricamente a ambos cónyuges, lo que representa una diferencia estructural con el sistema anterior, y el histórico.

A pesar de ello las donaciones entre cónyuges mantienen una especificidad, al recoger el art. 14:

Les donacions entre cònjuges fetes fora de capítols matrimonials són revocables en els casos generals de revocació de donacions, per bé que, en el cas de superveniència de fills, la revocació només té efecte si es tracta de fills comuns.

En donaciones hechas fuera de capítulo matrimoniales, el cónyuge donante puede revocar la donación en los casos previstos con carácter general para la revocabilidad. Estos casos están previstos en el Código Civil: a) sobrevivencia o sobreveniencia de hijos (art.644 Cc), b) incumplimiento de

²⁸ Es secular la constatación de la imposibilidad de ubicar con concreción el nacimiento de la prohibición en Derecho Romano. Cuyacio, *Opera Omnia*, tomo I, edición Nápoles 1758, columna 784, en un breve e interesante comentario, fundamenta la prohibición en el derecho consuetudinario; cita las leyes de Solón, y compara la prohibición con la creación, también consuetudinaria de la *patria potestas*, o de las limitaciones al declarado pródigo para disponer de su propio patrimonio. Cuyacio fundamenta la prohibición en la venalidad, en el riesgo de fraude, y cita la Novela 74 de Justiniano, capítulo 4 (Novela del año 538, en la que en su capítulo 4,pr efectivamente Justiniano hace una referencia *obiter dicta* al antiquísimo origen de la prohibición: *Denique in tantum etiam ante nos legislatores tales scierunt animorum affectus, ut etiam donationes constante matrimonio prohiberent....*) y cita también a Plutarco, *Quaestiones Romanae* VII y VIII. Resulta muy interesante leer el apartado que dedica R.ZIMMERMANN, *The Law of Obligations*, Cape Taw, Wetton, Johannesburg (1990) p.484 a 490. ZIMMERMANN habla sobre el origen de la prohibición de las donaciones entre cónyuges, el asentamiento de la prohibición en la concepción espiritual del matrimonio, en donde son esenciales la cita de Paulo en D.24,1,2 y 3 pr, y la cita de Plutarco, y la aplicación de la prohibición, en donde el autor destaca que no tiene relación con el *iustum pretium*. Destaca finalmente la impopularidad de esta prohibición, que en Oriente desapareció completamente, mientras que en Occidente, y sobre todo en la Europa continental, ha continuado presente en el derecho histórico. En la obra de ZIMMERMANN citada puede leerse que en Alemania, la prohibición fue derogada por el BGB, y en *Römisches Privatrecht*, (actualización de la misma obra de KUNDEL y otros) HONSELL, MAYER MALY, SELB, p. 403 (1987) puede leerse que el art.196 Abs.1 ZGB suizo contiene todavía la prohibición.

DESVANECIMIENTO DE LA PRESUNCIÓN MUCIANA...

condiciones impuestas por el donante (art.647 Cc), c) ingratitud del donatario (art. 648 Cc), d) inoficiosidad (Art.654 Cc), pero si se trata del supuesto a) el donante sólo podrá revocar la donación si se trata de hijos comunes con el donatario. Esta disposición resulta paradójica: se ha pasado de un sistema en el que las donaciones entre cónyuges estaban prohibidas, a un sistema en el que no sólo están permitidas sino que se ha dificultado su revocabilidad en relación a los casos generales de revocabilidad previstos en el Código civil. Ello tiene una explicación; si se tienen en cuenta que en la realidad sociológica actual, son frecuentes los divorcios en que uno de los cónyuges realiza una donación al otro, con la finalidad de facilitar la tramitación²⁹, esta precaución de la ley es aconsejable.

Volviendo al art. 11 citado y transcrito, puede decirse que mantiene el espíritu de la presunción muciana, pero no la misma presunción, que como tal, y en propiedad, puede considerarse derogada.; el 2º apartado del art. 11 del Codi mantiene la inversión de la carga de la prueba; son ahora los cónyuges, o uno de ellos, los que, en caso de impugnación de la transacción, deben aportar prueba suficiente sobre la onerosidad de la transacción, de donde se deduce que si la onerosidad no se acredita o no se acredita suficientemente, la transacción se reputará lucrativa y por tanto anulable si ha sido en fraude de terceros, de acuerdo con el art. 643 del Cc. La doctrina señala que la legitimación para interponer la acción de simulación corresponde no sólo a los acreedores de uno de los cónyuges, sino que también puede corresponder a los hijos del donante, para el cómputo de su legítima³⁰.

²⁹ Nótese que no estamos hablando de la transacción, pues ésta debe ser siempre onerosa, en otro caso es donación. Así era también en el Derecho Romano, D.2,15,1 Ulpiano l.50 *ad de.* Por otro lado es importante recordar también que el Derecho Romano, aunque naturalmente no con la finalidad de proteger la donación efectuada a un cónyuge, sino con la finalidad de proteger las expectativas sucesorias de los hijos de un matrimonio, frente a las generosas liberalidades del progenitor que contraía nuevas nupcias, permitió la *querella inofficiosae donationis de los perjudicados*; D'ORS, A. *Derecho Privado Romano*, pág.328 (§271) edición Pamplona (1991) cita Paulo l.14 *resp.* D.31,87,3, conectando el texto con la *querella*. La tradición jurídica limitó las donaciones entre cónyuges, en segundas nupcias, en perjuicio de los hijos, no sólo al cónyuge donatario y sus herederos sino también a sus parientes por consanguinidad: *Praesumitur fraus in donatione, si vir donet cognata uxoris*, CANCER, *Variarum Resolutionum*cap.7, párrafo 137. La limitación del Derecho Romano tiene un claro ligamen con la extensión de la obligación de colacionar.

³⁰ PUIG FERRIOL, L. y ROCA TRÍAS, E., *Institucions de Dret Civil de Catalunya*, vol III, capítulo X, pág.199 y ss., 4ª ed. Valencia (1994).

El Codi de familia impone un régimen especial para los casos de quiebra o concurso de acreedores de uno de los cónyuges³¹; la presunción de donación actúa en relación a todos los bienes adquiridos a título oneroso por el otro cónyuge durante el año anterior al concurso de acreedores o durante el periodo de retroacción de la quiebra, periodo que de acuerdo con las disposiciones del Código de Comercio y la Ley de Enjuiciamiento Civil habrá de estar fijado en la declaración judicial de quiebra. El cónyuge adquirente destruye la presunción probando que efectivamente realizó con sus propios medios la contraprestación adecuada, o que en el momento de la adquisición estaba separado judicialmente o de hecho. El redactado del art. es el siguiente

Art.12.- En cas de fallida o concurs de creditors d'un dels cònjuges, els béns adquirits per l'altra a títol onerós durant l'any anterior a la declaració o des de la data de la retroacció s'han de presumir donats pel primer, llevat que s'acrediti que, en el moment de l'adquisició, el matrimoni estava separat judicialment o de fet o que l'adquirent disposava d'ingressos o recursos suficients per a efectuar-la.

Adviértase además que la presunción funciona en un doble plano: en el propio, presunción *iuris tantum* de donación del cónyuge concursado al otro, como en el más genérico, al presumir que cualquier bien adquirido de terceros por el cónyuge no concursado, ha sido donación del otro cónyuge. Sorprende la intensidad de esta presunción al implicar incluso a las relaciones jurídicas del cónyuge no concursado con terceros, pero debe entenderse que pretende evitar las transacciones entre cónyuges a través de persona interpuesta, cuando uno de los cónyuges está sometido o teme estar sometido a un procedimiento de ejecución colectiva.³² Este artículo encuadra la problemática en sede de procedimientos concursales, por lo que la presunción sólo podrá alegarse dentro del procedimiento y sólo por los acreedores³³.

³¹ El art. 1442 del Cc, en sede del régimen de separación de bienes, prevé, para la misma situación, la inversión de la carga de la prueba; la diferencia esencial es que, en el Código Civil, el objeto de la presunción sólo alcanza a la mitad de los bienes adquiridos a título oneroso por el cónyuge no concursado.

³² Vid. CASANOVAS MUSSONS, A., *Comentari a la modificació de la Compilació en matèria de relacions patrimonials entre cònjuges*, pág.157 a 159, Barcelona (1995).

³³ Otra particularidad del régimen de libertad de negocios jurídicos entre cónyuges se encuentra en el art.13; en los casos de embargo de cuentas indistintas por deudas de uno sólo de los cónyuges, se invierte también la carga de prueba siendo

 DESVANECIMIENTO DE LA PRESUNCIÓN MUCIANA...

Es importante destacar que las disposiciones comentadas hasta ahora se encuentran en el título I relativo a los efectos del matrimonio, por lo que, en rigor y por una razón sistemática, son de aplicación a cualquier régimen económico matrimonial;

Ya en el título II relativo a los diversos regímenes económicos, en la sección primera, relativa al régimen de separación de bienes³⁴, el art. 39 contiene otra reminiscencia de la Presunción Muciana:

Art.39.- En les adquisicions fetes a títol onerós per un dels cònjuges durant el matrimoni, si consta la titularitat dels béns, la contraprestació s'enten pagada amb diner de l'adquirent. En cas que la contraprestació procedixi de l'altre cònjuge, se'n presumeix la donació.

Nos encontramos aquí ante una doble presunción: los bienes adquiridos por uno de los cónyuges a título oneroso, si la titularidad es indubitada, se entienden adquiridos con peculio propio del titular. Esta regulación es a todas luces contraria a la contenida antes en la Compilación de Derecho Civil de Catalunya (art.23), ya que ahora la presunción funciona a favor de lo hecho constar en la formalización del negocio jurídico de que se trate y no contradicho; así puede decirse que, en régimen de separación de bienes, si la mujer adquiere por causa onerosa, se presume que ha adquirido con sus propios recursos, mientras que en el régimen anterior, si la mujer había adquirido por cualquier causa, era a ella a quien correspondía acreditar la disposición de sus propios recursos, dado que la presunción actuaba en sentido contrario. Si la contraprestación procede del cónyuge no titular, se presume que ha sido donada por el cónyuge no titular y por ello la presunción no dará lugar a la retroacción de la donación, sino a la formalización de un derecho de crédito de un cónyuge frente al otro³⁵. En definitiva, lo pagado por un cónyuge para que el otro adquiriera, se entiende donado. Algunos autores han llegado a sostener que el 2º apartado del art. 39 contiene una presunción *iuris et de iure*, pero ello no se corresponde con una razonable interpretación, pues todas estas protecciones

el cónyuge no embargado el que debe acreditar la pertenencia propia de las cantidades que pretenda sustraer al embargo. Art. 13.- *En cas d'embargament de comptes indistints per deutes privatius d'un dels cònjuges, el cònjuge no deutor pot sotstreure de l'embargament els imports que acrediti que li pertanyen amb caràcter exclusiu, llevat que hagi consentit expressament l'obligació contreta pel cònjuge deutor.*

³⁴ Régimen que el art. 37 define: *cada cònjuge té la propietat, el gaudi, l'administració i la lliure disposició de tots els seus béns, dins els límits establerts per la llei.*

³⁵ PUIG FERRIOL, LL., y ROCA TRIAS, E., *op.cit.*

ENCARNACIÓ RICART MARTÍ

de terceros acogidas en el Codi de familia se limitan a invertir la carga de la prueba, que es en definitiva lo que debe entenderse que acoge este segundo apartado, ya que no hay inconveniente en que un cónyuge puede pagar para que otro adquiriera, pues este pago puede responder a la liberación de una deuda preexistente entre ambos; lo importante es que es a ellos o al donatario a quienes corresponde probar este extremo.

La cuestión que plantea el que un cónyuge pague para que el otro adquiriera nos sitúa frente al problema de la llamada “subrogación real”; la tradición jurídica catalana y la civilística actual había dado importancia, en tema de presunción muciana, a la idea de que *no es (sólo) lo adquirido lo que se presume como donado por el marido, sino el precio invertido en tal negocio jurídico*³⁶.

De hecho es cierto que la regulación de la Compilación de Derecho Civil de Catalunya, de 1960, contenía una presunción muciana doble: art. 23: *Los bienes adquiridos por la mujer constante matrimonio, cuya procedencia no pueda justificar, se presumiran procedentes de donación del marido. Si la mujer justifica tal adquisición, pero no la del precio con que se hubiese verificado, se presumirá que éste le ha sido donado por el marido.* Se ha dicho que el Derecho Romano había concebido la presunción muciana sólo en su sentido primario o primigenio, y que fue la doctrina posterior la que amplió su ámbito³⁷. Ello no es exacto, pues la referencia de la *Oratio Severi* relatada por Ulpiano en D.24,1,32,1 y ya comentada en este trabajo, lo es claramente a la subrogación real: *Oratio...donationibus non solum ad ea pertinet, quae nomine uxoris a viro comparata sunt* Sin embargo sí es cierto que no dió lugar a una elaboración interpretativa sobre la cuestión.

En cambio, un texto consuetudinario, que formó parte de las fuentes directamente aplicables en el territorio de Tortosa, antes de la Compilación de 1960, contiene la diferencia de manera clara.

Costums de Tortosa: costum 8, apartado 2, rúbrica 1 *de arres et de sponsaliciis*, del libro quinto ³⁸:

³⁶ GETE ALONSO Y CALERA, M.C., “Comentario al art. 23 de la Compilación de Derecho Civil de Catalunya”, en *Comentarios al Código Civil y a las Leyes Forales*, coord. ALBADALEJO, tomo XXX.

³⁷ GETE-ALONSO Y CALERA, M.C., op.cit. pág.426

³⁸ El texto del Costum está extraído de la versión de la extensa y documentada obra de BIENVENIDO OLIVER, *Historia del Derecho en Cataluña, Mallorca y Valencia. Código de las Costumbres de Tortosa*, del tomo IV, Madrid (1881), en reimpresión fototípica Tortosa (1996). Es interesante destacar que en el mismo cuerpo

 DESVANECIMIENTO DE LA PRESUNCIÓN MUCIANA...

On per ço si s'esdeve que ella ensems ab lo marit fa nuyl contrayt de compres o de vendes a d'altres contrayts, et el nom de la muller en les compres o els altres contrayts sia posat o entitolat, tota via es entes que tot es feyt dels bens del marit e comprat, e que la muller no y ha re donat ne pagat ne mes del seu propri, si no tot dels bens del marit, si doncs ella o sos hereus no provaven leyalment que ella del seu propri hi agues pagat. Exceptat aço, que pot venir a successio els bens del marit mort entestat, desfallentes³⁹ els davallants los ascendents et els collaterals, ans que nuly altre Fisc o altre.

La redacción del precepto es propia de un articulado consuetudinario, simple, falta de una terminología técnica que permita la abstracción para comprender el máximo de relaciones jurídicas a las que el precepto pretende referirse. Además mezcla, en un mismo precepto, instituciones distintas, como es la que interesa en este trabajo, y a la vez la delación a la mujer en caso de falta de parientes consanguíneos del marido.

El precepto dice que si conjuntamente marido y mujer realizan un contrato de compraventa o de cualquier otra clase, pero el bien adquirido queda formalmente a nombre de la mujer, debe entenderse que se han utilizado bienes del marido, a no ser que ella o sus herederos probasen⁴⁰ suficientemente que el pago se había realizado con bienes propios de la mujer. Dicho esto, la mujer puede ser llamada a la sucesión intestada⁴¹ del

consuetudinario estan prohibidas las donaciones entre cónyuges, costum I rúbrica IV *de donacions que seran feytes entre marit e muller estant lo matrimoni et de bonis parafernals*, del libro quinto: *Donació que sia feyta entre marit e muller depus lo matrimoni es feyt o acabat en faç d'Esglea, estant lo matrimoni, no val, mas confermas per testament o altra derrera volentat. Encara's conferma per la mort del donador, si la donació en la mort o dabans no la aura revocada, o altra volentat del donador contraria a aquella no aparra que parega, que volc revocar la dita donacio.*

³⁹ En la edición citada se cita la variante *desfallents*.

⁴⁰ El costum I, rúbrica X *de proves, seu probationes* (sic), libro cuarto establece: *En la ciutat de Tortosa prova hom tots feytes e tots contrayts*, la confesión, los testigos, o las cartas públicas.

⁴¹ En la sucesión testamentaria, la mujer sólo podrá reclamar el *escreix*, que viene a coincidir con la figura del Derecho Romano postclásico de la *donatio propter nuptias*, el *axovar*, que viene a coincidir con el ajuar doméstico y la dote. La mujer además podrá vivir en el domicilio conyugal durante *l'any de plor*, un año a contar desde la muerte, y durante este año ser alimentada y vestida a cargo del heredero.

ENCARNACIÓ RICART MARTÍ

marido, cuando falten descendientes, ascendientes o colaterales, antes que el Fisco o cualquier otro⁴²

Se aprecia en el precepto tortosino⁴³, una precisión importante al mencionar también a los herederos de la mujer para determinar sobre quienes pesa la inversión de la carga de la prueba. La mención resulta interesante, pues hace pensar en que el redactor del articulado consuetudinario tenía presente la posible controversia entre los herederos de la mujer, y el marido, tendiendo a favorecer a este último frente a los herederos -que podían ser incluso los hijos comunes-. De todas maneras, el redactado del precepto no excluye que la controversia se establezca entre los acreedores del marido y los herederos de la mujer.

Es interesante destacar que el precepto, probablemente sin proponérselo, hace referencia conjunta y explícita a la donación entre cónyuges por subrogación real. En todo caso, el redactado, de evidente voluntad omnicomprensiva, *contrayt de compres o de vendes o d'altres contrayts*, extiende la inversión de la carga de la prueba, aquí ya propia presunción legal, a las donaciones directas entre marido y mujer, y a las realizadas por subrogación.

Autores clásicos de la tradición jurídica catalana no hacen tampoco una referencia explícita, pues se limitan a comentar la presunción primigenia,

⁴² Resulta curioso que el articulado utilice el término Fisco tal como utilizaba el Derecho Romano *Fiscus Caesaris*, en el sentido de caja centralizada.

⁴³ El precepto contiene, sin paliativos, la figura creada por Quinto Mucio, comentada por Pomponio y mantenida a lo largo de la evolución del Derecho Romano: inversión de la carga de la prueba, pesando sobre la mujer o sus herederos la actividad probatoria que acredite que el bien se adquirió en su momento, *inter vivos o mortis causa*, exclusivamente por la mujer. El que un redactado consuetudinario contenga, sin paliativos, la figura creada por Quinto Mucio, es muy importante pues permite evidenciar, como en tantas otras ocasiones, que el Derecho Romano, a través de la legislación romano-bárbara, dejó sus sustrato en la conciencia colectiva; la inversión de la carga de la prueba es una figura refinada, y pensada para procedimientos bien estructurados, y parece muy improbable que de manera espontánea pueda surgir una solución análoga a la del Derecho Romano. La cuestión es controvertida, y debe aceptarse también que los redactores de los articulados consuetudinarios tenían formación jurídica, adquirida muchas veces en universidades prestigiosas, por lo que el *ius commune* penetró también en los articulados por la vía de sus redactores. Vid. sobre el tema mi trabajo "Anàlisi dels àmbits privatístics dels Costums d'Orta a la llum del Dret Romà", en las *Actes de les Jornades d'estudi dels Costums d'Orta de Sant Joan en commemoració del 700 aniversari*, p.147 a 168; Horta de Sant Joan (1997).

 DESVANECIMIENTO DE LA PRESUNCIÓN MUCIANA...

y sobre todo se preocupan de los problemas surgidos a causa de decisiones registrales en las que se denegaba la inscripción de un inmueble a nombre de la mujer si no constaba de manera fehaciente la procedencia del precio como propia de la mujer⁴⁴. Sin embargo, en la larga etapa preparatoria de la compilación se plantea el problema del ámbito o de la intensidad del objeto de la presunción: se presume *iuris tantum*, sin más, que el bien adquirido por la mujer proviene de donación del marido, y por tanto es esa relación jurídica la que en su caso debe retrotraerse, o la presunción funciona a dos niveles: a) lo que se presume donado es el bien en sí mismo, y por tanto la retroacción afecta a ese objeto; b) lo que se presume donado es el precio, por tanto no hay tal retroacción sino la formalización de un derecho de crédito del marido contra la mujer. La segunda alternativa sólo funciona de manera “subsidiaria”⁴⁵ en los casos en que lo que no se acredite suficientemente sea sólo la procedencia del precio⁴⁶. En la con-

⁴⁴ BORREL Y SOLER *Dret Civil vigent a Catalunya*, vol IV, p.355, Barcelona (1923); el autor critica que, para inscribir en el Registro de la Propiedad bienes a nombre de una mujer casada catalana, se hubiera introducido la exigencia de que hiciera constar la justificación de la preexistencia del precio. En lenguaje plástico, BORRELL dice: *..la mateixa prohibició de fer-se donacions els consorts, no produeix la seva nulitat, per més que ho digui la jurisprudència, sinò que les fa rescindibles a voluntat del donador*, y defiende que el único requisito exigible sería hacer constar en la inscripción la causa de su posible rescisión. Cita Sentencias de la segunda mitad del s. XIX y de principios del s. XX. BROCA, G.M^a. de, *Historia del Derecho de Cataluña, especialmente del Civil y Exposición de las Instituciones del Derecho civil del mismo territorio en relación con el Código civil de España y la Jurisprudencia*, vol I, p.846, en sede de *donaciones entre esposos que no se otorgan por razón de matrimonio* (Broca dejó inacaba su obra en relación a la parte del derecho de obligaciones, y por tanto extraemos estas notas a partir de lo dicho por el autor para los bienes parafernales). BROCA, citando interesantes sentencias de finales del s. XIX, que aplicaban directamente el Derecho Romano para Catalunya, defiende que la inscripción del bien adquirido por la mujer casada catalana debe ser admitida sin reservas, pues la presunción de donación actúa, pero las donaciones “no son nulas desde luego, sino anulables por el donante”, citando una Sentencia del Tribunal Supremo de 19 mayo de 1903.

⁴⁵ GETE-ALONSO Y CALERA, *op.cit.* pag.429.

⁴⁶ En la *Memoria* de Durán y Bas, art. 99 consta la presunción para los bienes o para su precio; el Proyecto oficial de 1851 habla de *los bienes ... incluso el dinero y demas bienes invertidos en la adquisición de otros*. GETE-ALONSO Y CALERA sitúa el momento álgido de la discusión en los diez años anteriores a la aprobación de la Compilación, que fue en 1960. La autora considera que en la Compilación se impuso la visión de ROCA SASTRE, *op.cit.*, pág.434. Puede verse

ENCARNACIÓ RICART MARTÍ

troversia previa a la Compilación se encuentra a faltar la auténtica visión romana de la presunción, que siempre se residenció en ámbito procesal, y que desplegaba sus efectos en la inversión de la carga de la prueba, nunca en el plano dogmático.

El art. 40 contiene una atribución *ex lege* de la propiedad o de la titularidad sobre un derecho, y una presunción de titularidad de uno solo de los cónyuges. Atribuye la propiedad o la titularidad de un derecho, por mitades indivisas, en los casos en que, planteado un conflicto, ninguno de los cónyuges pueda probar suficientemente la titularidad privativa. Presume la titularidad privativa de aquellos bienes muebles de utilización personal de uno solo de los cónyuges y que no sean de extraordinario valor. *En cas de dubte sobre a quin dels cònjuges pertany algun bé o dret, s'enten que correspon a tots dos per meitats indivises, llevat que es tracti de béns mobles que siguin d'us personal o que estiguin directament destinats al desenvolupament de l'activitat d'un dels cònjuges i que no siguin d'extraordinari valor, cas en el qual es presumeix que pertanyen a aquest.* La diferencia entre la atribución y presunción de este artículo y la de los comentados *supra* es que aquí se pretende sólomente proporcionar una solución legal en situaciones de conflicto entre los propios cónyuges, mientras que las presunciones comentadas pretenden sobre todo proteger a terceros.⁴⁷

El reciente régimen patrimonial del matrimonio ha aportado, a) la derogación de la prohibición de donaciones entre cónyuges, b) el tratamiento simétrico de ámbos cónyuges en cuestiones patrimoniales, premisas que habían permanecido en la secular evolución de la Presunción Muciana y por tanto debe considerarse que, en el derecho familiar catalán, la Presunción Muciana se ha desvanecido⁴⁸.

también en el trabajo de GETE-ALONSO Y CALERA las citas de CANCER y FONTANELLA en el sentido de distinguir y comprender en la presunción la cosa y el precio pagado por ella.

⁴⁷ En el mismo sentido el art. 1441 del Cc, que sin embargo no contiene la excepción para los bienes muebles de uso personal.

⁴⁸ Toda esta regulación precautoria, cuya finalidad prioritaria es evitar fraudes a terceros, facilitando la persecución de los bienes mediante acciones de simulación al invertir la carga de la prueba, no se encuentran en la Ley 10/1998 de *Unions estables de parella*. Efectivamente, el art. 3 de la citada Ley, apartado 2, inciso final, relativo a las parejas heterosexuales, dice *Cada membre de la parella conserva el domini, el gaudi i l'administració dels seus béns*; y el art. 2, apartado 2, ultimo inciso, relativo a las parejas homosexuales, dice: *Cada membre de la parella conserva el domini, el gaudi i l'administració dels seus béns*. Aquí sí que se

DESVANECIMIENTO DE LA PRESUNCIÓN MUCIANA...

puede hablar en propiedad de “ausencia de régimen”. La Ley no contiene una regulación específica de este régimen en lo relativo a las relaciones con terceras personas, sino que se limita, en los art. 5 y 24 respectivamente, a declarar la responsabilidad solidaria en relación a los gastos comunes, descritos a su vez en los art. 4 y 23. Aquí sí que se puede hablar en propiedad e “ausencia de régimen”, expresión que la civilística había utilizado, en ocasiones, y a mi parecer impropriamente, para designar el régimen de separación de bienes. Puede deducirse de todo ello que en la regulación del régimen económico del matrimonio ha pesado el derecho histórico, mientras que no ha sido así en el régimen de las uniones estables de pareja, que nacen al mundo jurídico libres de adherencias históricas (cuestión distinta es la de hallar paralelismos entre las uniones estables de pareja heterosexuales y el concubinato del Derecho Romano). El devenir cotidiano evidenciará el acierto o el error del legislador, pero el riesgo para terceros que pueden representar las transacciones en el seno del matrimonio, *ex hipotesi*, pueden encontrarse también en las uniones estables de pareja.

