

“El régimen económico en el matrimonio romano y su relación con el régimen contemplado en el Fuero del Baylío”

“The economical regime in the ancient roman model of marriage and the similarities or not with the one content in the spanish *Fuero del Baylío*”

Fecha de recepción: 14 de junio del 2015

Fecha de aceptación: 18 de julio del 2015

Antonio Silva Sánchez *

RESUMEN

El presente trabajo trata de exponer, partiendo del concepto de matrimonio en el derecho romano, el requisito del consentimiento matrimonial (*affectio maritalis*) y del régimen económico matrimonial, su semejanza o no con el de comunidad universal de bienes que se recoge en el Fuero del Baylío extremeño (España). La importancia de la *affectio maritalis* se sustenta en este caso, en su falta, lo que produce la disolución matrimonial por divorcio, entrando en juego la división de los bienes matrimoniales.

Palabras clave: matrimonio, fuero, régimen económico matrimonial.

ABSTRACT

This work tries to be an exposition about the differences or similarities between the economic regime of marriage in Roma in contrast with the one recognized in the Fuero de Baylío. In order to reach a conclusion I start the work with the concept of marriage in Rome and the main requirement to have affects (*affectio maritalis*) because when it finishes, by divorce, starts the effects of the economic regime of the marriage as have to dissolve the common properties in force during it.



* Profesor de Derecho Romano y Derecho Privado Comparado, Área de Derecho Romano, Departamento de Derecho Privado, Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura, Avda. Universidad s/n, 10003 Cáceres (España). Email: asilva@unex.es, Tel. 00 34 927257070 (ext. 75313).

1. INTRODUCCIÓN

Este trabajo es fruto de mi intervención del día 28 de mayo de 2014 en el marco de las Jornadas celebradas en la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura (Cáceres, España) sobre el Fuero del Baylío, en la cual intervine con una conferencia titulada “*Los regímenes económico matrimoniales en el sistema jurídico de Roma. La comunidad universal de bienes*”. Es mi intención, por tanto, exponer el régimen económico matrimonial en Roma partiendo del concepto de matrimonio cuya esencia se basa sobre el consentimiento o *affectio maritalis* de los cónyuges, así como el contenido del régimen económico matrimonial en el Fuero del Baylío, finalizando con alguna referencia a la similitud del régimen económico matrimonial romano planteada por algunos autores, como precedente del Fuero del Baylío.

2. CONCEPTO DE MATRIMONIO: LA IMPORTANCIA DE LA *AFFECTIO MARITALIS* Y EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL EN ROMA

2.1. Introducción

El matrimonio es una institución social con relevancia jurídica, que consiste en una permanente situación de convivencia de dos personas de diferente o igual sexo, con la voluntad de ser marido y mujer.

Para los romanos, esta voluntad permanente se manifiesta en el hecho mismo de la convivencia por lo que el matrimonio romano dura mientras exista la llamada *affectio maritalis* y, faltando ésta, se disuelve el matrimonio, es decir, se produce el divorcio entendido como un final natural tras la desaparición de la *affectio maritalis*¹. Es, entonces, cuando entra en funcionamiento y cobra importancia, tanto en la antigüedad como hoy los diferentes efectos económicos según el régimen económico matrimonial establecido durante el matrimonio.

2.2. La *affectio maritalis*: desde Roma hasta la actualidad

Acaba de decirse unas líneas atrás, que la *affectio maritalis* se constituye como el requisito subjetivo más importante a la hora de celebrar el matrimonio romano,

¹ D.35.1.15. “*Cui fuerit sub hac conditione legatum: “si in familia nupsisset”, videtur impleta conditio statim atque ducta est uxor, quamvis nondum in cubiculum mariti venerit, nuptias enim non concubiuit, sed consensus facit*”. La mujer será considerada como tal en justo momento en el que es así tomada, independientemente de que se haya consumado el matrimonio, puesto que lo realmente importante que forma el matrimonio es el consentimiento. Esto mismo puede pasar al contrario, es decir, si marido y mujer han estado separados, pero teniéndose durante este tiempo por marido y mujer, seguirían considerándose como tal. D.24.1.32.13. “*Si mulier et maritus diu seorsum quidem habitaverint, sed honorem invicem matrimonii habebant, quod scimus interdum et inter Consulares personas subsecutum, puto, donationes non valere, quia duraverint nuptiae, non enim coitus matrimonium facit, sed maritalis affectio; si tamen donator prior decesserit, tunc donatio valebit*”.

si bien en sus primeras concepciones en el derecho arcaico eran los *paterfamilias*, hasta la época clásica, los que prestaban el consentimiento².

La *affectio maritalis* es una expresión latina que podemos traducir como “*afecto marital*” o “*afecto conyugal*”, o lo que es lo mismo, la situación de confianza y amor sobre la que ha de sustentarse el matrimonio y los sentimientos mutuos que ambos cónyuges se tienen. Es tal su importancia, que la ausencia de ésta conlleva automáticamente la disolución del matrimonio³. Debido a la importancia expuesta, la *affectio maritalis*, perduraba incluso en el caso de que uno de los cónyuges perdiera la cordura y por lo tanto, su plena capacidad consensual, siempre que el otro cónyuge mantuviese su plena voluntad y consentimiento de permanecer unidos.

Ahora bien, es necesario matizar respecto de la diferencia conceptual entre consentimiento (*consensus*) y *affectio maritalis*.

Según Núñez Paz⁴, cuando se habla de consentimiento se hace referencia sobre todo a la juridicidad de la relación, mientras que la *affectio* tiene una definición prevalentemente ética. Aún así, al ser el elemento psicológico lo realmente relevante, tanto el término *consensus* como *affectio* se usan de forma indistinta.

Por el contrario, en el derecho canónico, la *affectio maritalis* o el consentimiento matrimonial produce un compromiso indisoluble entre los cónyuges, que solo se entenderá disuelto por causa de muerte de alguno de ellos, lo que supone una diferencia fundamental frente el derecho romano.

Aún así, el derecho matrimonial canónico entiende de igual modo el consentimiento como el centro de la institución matrimonial y dentro del Derecho Natural, siendo esencial su concurrencia para darlo por iniciado, pero no continuado (*consensus continuus*⁵).

² D. 23.2.2: “*Nuptiae consistere non possunt, nisi consentiant omnes, id est, qui coeunt, quorimque in potestate sunt*”.

³ Según J. Guillén, “*Gayo y Paulo indican que la esencia del divorcio radica en la separación de las voluntades; luego el matrimonio consiste en la unión del afecto y de la voluntad*”. D. 2.2 pr.: “*Diortium autem uel a diuersitate mentium dictum est*”. D. 23.2.3: “*Diortium non est, nisi uerum, quod animo perpetuam constituendi dissensionem fit*”. Guillén, J. *Urbs Roma: vida y costumbres de los romanos. 1, La vida privada*, Salamanca, 1981, p. 138.

⁴ Núñez Paz, M^a. I., *Consentimiento Matrimonial y divorcio en Roma*, Salamanca, 1988.

⁵ El Código de Derecho Canónico establece en su canon 1.057,1 y 2: “*El matrimonio lo produce el consentimiento de la partes legítimamente manifestado entre personas jurídicamente hábiles, consentimiento que ninguna potestad humana puede suplir*”. “*El consentimiento matrimonial es el acto de la voluntad, por el cual el varón y la mujer se entregan y aceptan mutuamente en alianza irrevocable para constituir el matrimonio*”. La declaración de voluntad entre los cónyuges se encuentra fortalecida por la obligatoria necesidad de que tal declaración se celebre ante un ministro de Dios y bajo la voluntad de éste, al igual que el resto de los sacramentos. De no ser así, el matrimonio carecería de efectos jurídicos. Por otro lado, según López y Navarro-Valls (López, M.-Navarro-Valls, R., *Curso de derecho matrimonial canónico y concordado*, Madrid, 2010, p. 166), el Código de Derecho Canónico establece una serie de requisitos del consentimiento: a) verdadero e interno, b) libre, c) deliberado, con plena consciencia del acto que se va a realizar, d) proporcionado al objeto

Actualmente no existe un único concepto de consentimiento o *affectio maritalis*, lo que supone, doctrinalmente hablando, que surjan dificultades a la hora de su estudio⁶.

De manera general y mayoritaria, se entiende la *affectio maritalis* como la relación sentimental que une a las parejas, es decir, esos sentimientos de amor y cariño sobre los que se celebró el matrimonio y aún perduran y que suponen la existencia de una base robusta que impide que el matrimonio se disuelva por las pequeñas y esporádicas disputas o conflictos de intereses que surgen a lo largo de la vida matrimonial.

Por otro lado, una parte de la doctrina entiende la *affectio* como un elemento espiritual que sirve como elemento definidor de la base matrimonial, es decir, entendemos la *affectio maritalis* como “*el elemento estructural, espiritual y principal del matrimonio*”.

La falta de *affectio maritalis* actúa también como elemento determinante para la disolución del matrimonio, pudiendo encontrarnos antes un divorcio en el que se alegue como causa la falta de *affectio*, además de otras causas, como pueden ser malos tratos, violación de los deberes conyugales etc.

O por el contrario, que se alegue como causa de divorcio la mera falta de la *affectio maritalis*, en virtud del derecho de los cónyuges de poner fin a la relación matrimonial basándose en su simple consentimiento, cuando sea voluntad de alguno de ellos proceder al divorcio.

Han sido muchas las sentencias –anteriores a la Ley 15/2005 de 8 de julio sobre separación y divorcio– que han dictaminado en contra de la alegación de la falta de la *affectio maritalis* como única causa de separación y divorcio, pero al ser un alegato fácil para acceder a la disolución del matrimonio, los llamados matrimonios express, empiezan a ser cada vez más frecuentes, donde no se tiene en cuenta que se aleguen otras causas concretas y será responsabilidad de los cónyuges sin

del matrimonio, e) intencionado, f) positivo, g) bilateral, h) mediante signo sensible que sea inequívoco, i) recibido por la Iglesia). Cumplidos estos requisitos, los cónyuges pueden manifestar su consentimiento, que hasta ese momento no tendrán relevancia jurídica alguna, siendo esencial para el matrimonio canónico que sea expresado exteriormente.

⁶ La falta de la *affectio maritalis* es actualmente la principal causa de divorcio. Existe una extensa pluralidad de sentencias –anteriores a la Ley 15/2005, de 8 de julio sobre separación y divorcio– con calificaciones terminológicas diferentes. Algunos ejemplos de estas sentencias son: La Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense de 3 de mayo 1992, donde se dice que “*es criterio doctrinal consolidado que basta la mera desaparición de la affectio maritalis, abstracción hecha la de las causas motivadoras del deterioro de la convivencia conyugal*”. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra de 29 abril 1994 recoge que “*el Código Civil no admite como causa de separación la renuncia unilateral de un cónyuge a la institución del matrimonio (...) si que por el contrario puede y debe admitirse como causa de separación legal, la desaparición de la affectio maritalis entre ambos cónyuges (...)*”.

⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Toledo de 25 marzo 1992, Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 18 marzo, 1993.

objeto de investigación, pues permanecerán en su fuero interno y relación privada las causas que lo justifican⁸.

2.3. Concepto de matrimonio en Roma

Una vez establecida la importancia de la *affectio maritalis* ¿qué se entiende por matrimonio entonces en Roma?. Ante todo, decir que el término procede de *matris* y *munus*, entendiendo el significado de estas palabras latinas como carga o gravamen para la madre⁹.

Modestino, un jurista perteneciente a la época clásica romana, lo define en el *Digesto* diciendo:

*Las nupcias son unión del varón y la hembra, y consorcio de vida, comunicación del derecho divino y humano*¹⁰.

Pero tendrá especial relevancia y trascendencia social y para nuestro trabajo, otra definición de *Modestino*, donde viene a decirnos que el matrimonio está basado en la unión de un hombre y una mujer y la obligación de ambos de vivir en una sociedad indivisible:

*El matrimonio es la unión entre hombre y mujer con la intención de formar una comunidad de vida indisoluble*¹¹.

De las definiciones vistas, extraemos dos ideas principales:

- 1º. Los efectos del matrimonio son una unión entre dos personas. En el caso de Roma, un hombre y una mujer.
- 2º. Existe una comunicación, consorcio, pacto o sociedad de vida que, en el caso del matrimonio cristiano resulta, en principio, indivisible o indisoluble, como

⁸ Acedo, A., *Derecho de Familia*, Madrid, 2013, pp. 73 y ss.; Acedo, A.-Silva, A., “Essential aspects of marriage and divorce in Spain”, International scientific practical seminar about “family and social security law”, Kaunas University of Law and Economics, Kaunas, 2012, pp. 79-85; Acedo, A.-Silva, A., “The concept of marriage in the present Spanish legislation”, Material of the International scientific practical seminar, “Actualities of Modern Law International Context, Kaunas University of Law and Economics, Kaunas, 2013, pp. 54-60.

⁹ Aunque, como veremos, el vocablo *matrimonium* que emplea *Modestino* sea el más extendido, los romanos otorgaron otros términos para referirse a esta institución según las diferentes épocas: *consortium, coniunctio, communicatio, nuptiae, societas, pactum, etc.* Sanna, M.V., *Matrimonio e altre situazioni matrimoniali nel diritto romano classico: matrimonium iustum, matrimonium iniustum*, Napoli, 2012. Di Marzo, F., “Lezioni su matrimonio”, *SDHI* 1 (1919). Lévy-Bruhl, H., “Les origines du mariage sine manu”, *TR* 14 (1936). Orestano, F., “La struttura giuridica del matrimonio romano”, *BIDR* 47 (1940); Acedo, A., *op. cit.*, pp. 45 y ss; Petit, E., *Derecho Romano*, México, 2006, pp. 103 y ss.; Rascón, C., *Síntesis de Historia e Instituciones de Derecho Romano*, 4ª edición, Madrid, 2011, pp. 168 y ss.; Borkowski, A., *Roman Law*, 4ª edición, Bristol, 2010, pp. 119 y 121 y ss.

¹⁰ *D. 23.2.1: “Nuptia sunt coniunctio maris et feminae, et consortium omnis vitae, divini et humani iuris communication”.*

¹¹ *I.1.9.1: “Nuptiae autem sive matrimonium est viri et mulieris coniunctio, individuum consuetudine vitae continens”.*

expresa *Modestino*. Con la llegada del Cristianismo, puede apreciarse que se produce un notable cambio ya que el matrimonio pasa a considerarse, ante todo, una institución indisoluble, cuyo fin primordial es la procreación.

Pero ¿en qué consiste ese consorcio, pacto o sociedad de vida? No cabe duda que el matrimonio no sólo significa una unión de tipo físico entre dos personas, sino que también conlleva o tiene otras repercusiones o efectos: a) por ejemplo, en relación con la procreación como hecho natural o fruto de esa unión. En este sentido, *Ulpiano*, considera al matrimonio como “*la unión del hombre y la mujer con la intención de considerarse como marido y mujer, procrear y educar a los hijos*”, b) pero también, en cuanto a los efectos económicos que puede suscitar una unión matrimonial. Es, en este apartado, por razones obvias, en el que me voy a centrar.

- 3º. El régimen de los bienes en el matrimonio romano, variará según se trate de un matrimonio realizado: a) a través de una *conventio in manum*, o b) un matrimonio *sine manu*:
- a) En el primer caso, la regla general del Régimen de bienes estando la mujer in manu, será que se produce una absorción por parte del marido de los bienes que tenga la mujer; y si aquél está sometido a la *patria potestas* de otro, por parte de éste último. De tal modo que no existe sino un solo patrimonio. Debemos, sin embargo, distinguir: a') Si la *uxor in manu* había sido *filia*, su situación no variará, puesto que si bajo su *pater* no tenía capacidad patrimonial, tampoco la podía tener ahora; lo único que ocurre es que ha cambiado la titularidad del poder, que ahora reside en su marido, y si éste es *alieni iuris*, en el *pater* del que dependiere. b') Si la *uxor in manu* había sido *sui iuris*, pierde su capacidad patrimonial y su patrimonio y todo lo que adquiriese después será para el marido. Y siendo éste *alieni iuris*, para el *pater* de quien dependiere.
- b) En el segundo supuesto planteado, es decir, en el caso del matrimonio *sine manu*, la regla general del régimen de bienes es que cada uno de los cónyuges continúa manteniendo la situación patrimonial de que gozaba con anterioridad al matrimonio. Sin embargo, por la esencia comunitaria del matrimonio, el hombre mantendrá a su mujer en lo que ésta necesitare y, resultará usual que la mujer confíe a su marido la administración de su patrimonio (*bienes parafernales* -este tipo de “*dote accesoria*” corresponde en propiedad a la mujer, y si bien es administrada por el marido, éste debe restituirla una vez disuelto el matrimonio. Estos bienes parafernales estaban constituidos generalmente por muebles, joyas, vestidos y utensilios domésticos; si bien en algunos textos justinianos también se habla de bienes tales como *praedia* y créditos. Por último, en cuanto a la devolución de los bienes, ésta se llevará a cabo una vez disuelto el matrimonio- o *extra dotales* -dote o *dos*, consiste en una cantidad determinada de bienes que la

mujer, o un tercero, entregan al marido para cooperar en el mantenimiento de las cargas del matrimonio. Además de ésto, parece también haber tenido una función protectora de la mujer una vez disuelto el matrimonio, de manera que se pudiera encontrar con bienes para enfrentar la vida posterior. Hemos de decir, que en relación a la dote, no va a tener importancia la diferencia entre matrimonio *cum manu* y *sine manu*. En los primeros tiempos, el marido (o su *pater*) podía disponer libremente de los bienes dotales, porque se entendía que el objetivo de su establecimiento eran, como hemos dicho, las cargas del matrimonio. En una segunda etapa, se pondrá de relieve que, si bien están en poder del marido, son en realidad de la mujer¹²;) si bien con un inventario que permitirá la restitución de los mismos en el caso de la disolución del matrimonio (junto a los bienes procedentes de donaciones¹³. Su utilidad y finalidad fueron fundamentalmente la de restablecer la igualdad entre los cónyuges y aumentar los recursos de la mujer a la disolución del matrimonio; y que tendrán un régimen similar al de la dote).

En resumen, en Roma cabe la existencia de dos situaciones diferentes en relación con el régimen económico matrimonial: a) una absorción de los bienes de la mujer por el patrimonio del marido, b) un régimen basado en la separación de bienes aunque los pertenecientes a la mujer los administre el marido.

3. CONCEPTO, CONTENIDO Y RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL DEL FUERO DEL BAYLÍO

3.1. Concepto, ámbito de aplicación y origen

El Derecho de la alta Edad Media fue recogido parcialmente en textos de diversa naturaleza y contenido que reciben la genérica denominación de *fueros*¹⁴. La palabra *fuego* procede del vocablo latino *forum*¹⁵.

¹² Una *Lex Iulia de Fundo Dotali* estableció la prohibición de enajenar por parte del marido, los inmuebles itálicos dados en dote, sin el consentimiento de la mujer. En la etapa justiniana, si bien el marido continúa con la aprehensión de los bienes, se trata ya de un mero usufructo sobre ellos, siendo la nuda propiedad de la mujer, y pasando dicha propiedad a los hijos en caso de muerte de la mujer, quedando al marido un usufructo cualificado.

¹³ Se entiende por donación aquél “*acto de liberalidad por el que el donante (donator) se despoja voluntariamente de una cosa o cantidad de dinero en provecho de otra persona (donatario) que la acepta*”. Cabe plantear en Roma, en referencia al matrimonio, dos tipos: 1. Donaciones durante el matrimonio; la regla general es que toda donación efectuada entre marido y mujer es nula. Evitándose así que uno de los cónyuges se aproveche de la generosidad del otro. No considerándose como donación el regalo de pequeños obsequios, ni los actos que no proporcionan enriquecimiento en sentido estricto. 2. Donaciones antes del matrimonio; llamada antes de Justiniano *ante nuptias*, estaba integrada por los bienes que el futuro marido regalaba a la futura mujer antes de las nupcias e incluso durante el matrimonio (época de Justiniano), lo cual, lógicamente, constituía una excepción a la prohibición vista anteriormente.

¹⁴ *Partida I, título 2º*.

¹⁵ Plaza o mercado donde se reúnen los hombres a comprar y vender sus cosas.

En unos casos con dicho término se hacía referencia a uno o varios privilegios concretos que caracterizan a una comunidad determinada frente a las restantes, al derogar para ella algunos puntos particulares del Derecho general de la tierra.

Otras veces significaba el Derecho entendido en su totalidad como conjunto de normas, con independencia de que las haya establecido la autoridad legislativa o se hayan formado por vía consuetudinaria¹⁶; es decir, la costumbre seguida y continuada por largo tiempo sin oposición de la autoridad.

El ámbito de aplicación territorial del *Fuero del Baylío*, pese a la diversidad de conjeturas expuestas por algunos autores, se puede decir que afectaría a una comarca de Extremadura, en concreto, de la provincia de Badajoz y englobaría localidades como la villa de Alburquerque, Jerez de Badajoz¹⁷ y Olivenza, principalmente¹⁸.

La palabra *baylío* o *bayle* hace referencia a la autoridad que rige la *baylía* o *bayliato*, circunscripción de carácter local que comprende una villa o lugar y su término.

Para Román¹⁹, "*el Fuero del Baylío es un fuero municipal que surge en territorio sometido al Derecho común de Castilla y posteriormente al Código civil*". Por otro lado, según Cerro²⁰, "*se trata de una costumbre que dada la imposibilidad de encontrar textos originales ni copia auténtica del mismo, no puede determinarse su procedencia*". Por último, para Albaladejo²¹ "*el Fuero del Baylío sería un Derecho foral extremeño, entendiendo por tal aquella recopilación de costumbres o normas de aplicación en un territorio cualquiera con contenido distinto al Derecho común*". Sin embargo, no parece acertada la postura de Minguijón²² de incluir en el listado ofrecido a Fregenal de la Sierra, frente a opiniones como la de Cerro, para quien el error se debe a que en este pueblo no llegó a regir mientras que sí lo hizo en pueblos pertenecientes al partido judicial que aquél encabeza.

En resumen, puede concluirse que se conoce con el nombre de Fuero del Baylío aquel "*conjunto de normas o costumbres relativas a una materia concreta que rige parcialmente en el noroeste y, básicamente, todo el suroeste de la provincia de Badajoz*".

¹⁶ Gacto, E., *El derecho histórico de los pueblos de España*, 4ª edición, Madrid, 1994, p. 207.

¹⁷ En la actualidad, Jerez de los Caballeros.

¹⁸ Domingo de Morató, D.R., *Estudios de ampliación de la historia de los códigos españoles y de sus instituciones sociales, civiles y políticas*, 2ª edición, Valladolid, 1871; Castán, J., *Derecho Civil Español Común Foral*, Tomo I, vol. 1º Madrid, 2005, p. 311. Amplía esta relación a pueblos como Valencia del Ventoso, Burguillos Valencia de Burguillos, e incluso otros como Castán y Diez-Picazo incluyen Ceuta en dicha enumeración. Castán, J., *op. cit.*, pp. 310-311; Diez-Picazo, L., y Gullón, A., *Sistema de derecho civil*, vol. 1º, 10ª edición, Madrid, 2001, p. 103.

¹⁹ Román, A., "*Régimen económico matrimonial en el Fuero del Baylío*", *AFD 8 (1990)*, p. 439; Domingo de Morató, D.R., *op. cit.*

²⁰ Cerro, E., *Investigaciones sobre el Fuero del Baylío*, Madrid, 1974, p. 55.

²¹ Castán, J., *op. cit.*, p. 311

²² Minguijón, S., "*El Fuero del Baylío*", Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo X, Barcelona, 1960, pp. 301 y ss; Cerro, E., *op. cit.*, p. 14.

Pese que el objeto del trabajo se centra en el régimen económico matrimonial, debe comentarse, brevemente, las diversas teorías suscitadas sobre su origen, como aquellas que hablan de su supuesto origen portugués²³, celtibérico²⁴, franco-borgoñón²⁵, germánico²⁶ y, finalmente, de la posibilidad de haber sido introducido por la orden de los Templarios²⁷.

De las diferentes hipótesis relativas a su origen –no siendo ninguna definitiva– las más seguidas son la que propugna que lo introdujeron los Templarios y la que se inclina por su procedencia germánica. Sin embargo, frente a ellas, es de destacar, a mi juicio, la que sitúa la procedencia del *Fuero* en Portugal y ello por varias razones ya que en la *carta de a metade* se recoge el régimen de sociedad de gananciales como régimen económico matrimonial²⁸ al igual que en el *Fuero del Baylío*²⁹ de manera que, sin el mutuo consentimiento de ambos, no podrán enajenarse dichos bienes³⁰. Además, el ámbito geográfico de aplicación del *Fuero* no puede entenderse sin la existencia de un área específica de territorio portugués que sirva de vínculo de unión entre las zonas extremeñas afectadas por el *Fuero*³¹.

²³ De Ureña, cree que esta costumbre proviene de la *Carta de a Metade* (Libro IV, Título XII de las *Ordenações Alfonsinas* de 1446) en la que se recoge un régimen económico de comunidad de bienes. De Ureña, R., “*Derecho foral*”, *EJE X*/p. 146.

²⁴ Martínez, expone una tesis en la que llega a la conclusión de que la comunidad conyugal era practicada por los celtiberos, régimen que se sigue en el *Fuero del Baylío*. Martínez, M., “*El Fuero del Baylío*”, *RCDI 1925*, pp. 213 y 353.

²⁵ “*La comunidad universal de Portugal y zona del Baylío tienen el sello franco-borgoñón...*” “...ha surgido trasplantado de otro país por la acción de influencias externas al recibir lo que mucho antes había florecido en la Francia del Norte y Noroeste...”. Madrid del Cacho, fundamenta así el origen franco del *Fuero del Baylío*. Cerro, E., *op. cit.*, p. 52.

²⁶ Tal es la tesis que defiende Cerro apoyándose en autores como García y Martínez, para quienes, dado que el *Fuero del Baylío* trata de la comunidad de bienes como régimen económico matrimonial y dicho régimen no se hallaba en el Derecho romano, lo más probable es que se encontrara en el Derecho germánico. Cerro, E., *op. cit.*, p. 55; Benavente, P., *Naturaleza de la sociedad de gananciales legitimación individual de los cónyuges*, Madrid, 1993, p. 35; De Diego, C., *Instituciones de derecho civil español*, Tomo II, Madrid, 1959, pp. 485 y ss.

²⁷ Hipótesis aceptada por autores como Román, A., *op. cit.*, p. 446; Díez-Picazo, L., y Gullón, A., *op. cit.*, p. 103.

²⁸ *Ley de metade* (Libro III. 46): “*Todos os casamentos feitos em nossos Reinos é senhorios se entendem seven feitos po Carta de metade salvo quando entre as partes outra causa for acordada é contractada*”; (Libro IV, 48): “*Mandamos que o marido ndo possa vender neto alhear bems algunos de raiz sera procuração o expresso consentimento de sua muhlier; neto bems em que cada un de elles tenha o uso e fructo semente que sejião casado por carta de metade según do costume do Reino, que por lote e arras, o cual consentimento se não podera probar se não por escritura publica, e facendo lo contrario, habenda o alheação seja nenhuma sem effeito algum...*”.

²⁹ Artículo 1117 del Código civil portugués.

³⁰ Artículos 1118 y 1119 del Código civil portugués. Sistema que puesto en conexión con el artículo 1108 del Código civil portugués constituye por mero casamiento entre los cónyuges, la comunión de todos sus bienes presentes y futuros y, como consecuencia de ello, el dominio y posesión de dichos bienes por los dos cónyuges.

³¹ Así, por ejemplo, no puede entenderse el vacío geográfico existente entre Albuquerque o La Codosera con respecto a Olivenza, no rigiendo el *Fuero del Baylío* en Badajoz, Almendralejo o Mérida sin la existencia del nexo portugués. A finales del siglo XIII, reinando en Portugal D. Dionisio, Olivenza pasó a pertenecer a Portugal. Desde entonces la población se regía por las leyes portuguesas y, por tanto, si de antemano no se hallaba comprendida entre las zonas que disfrutaban del *Fuero del Baylío*, por el hecho de anexionarse a Portugal quedó sujeta a la *Ley de a metade*. El fundador de la villa de Albuquerque, D. Alfonso Téllez, de familia portuguesa –yerno de Sancho II, rey de Portugal–, concedió a dicha villa el *Fuero del Baylío* tal y como se recoge en diversas cédulas y resoluciones de la época de Carlos III.

En definitiva el Fuero del Baylío es una costumbre no recogida en texto alguno pero practicada desde tiempo inmemorial –lo cual se confirma por documentos matrimoniales de las diversas localidades, manifestaciones de autores regnícolas y escrituras particionales que se conservan– en una amplia zona pacense que abarca diferentes villas y localidades en ocasiones alejadas entre sí, cuya única conexión posible, geográficamente hablando, es a través del territorio portugués; razones que llevan a determinar la indudable procedencia portuguesa del Fuero del Baylío.

3.2. Vigencia, contenido y régimen económico del Fuero del Baylío

En cuanto a la vigencia y confirmación del Fuero, En lo que respecta a su confirmación, pese a no haberse encontrado *diploma o documento* llamado *Fuero del Baylío* éste puede ser confirmado tanto de forma expresa como tácita por determinadas leyes³² y recopilaciones de los siglos XVIII y XIX. Así, la Pragmática de Carlos IV recoge:

...habiéndose observado en dicha villa (Alburquerque) de tiempo inmemorial el Fuero nominado del Baylío... y observándose el mismo Fuero en la ciudad de Jerez de los Caballeros y pueblos de su comarca todas las particiones que hasta ahora se habían efectuado en dicha villa habían sido conforme al referido Fuero... por regla general se expone la observancia de tal Fuero...³³.

Más tarde, la *Novísima Recopilación (Libro 1.12)* establece:

...aprueba la observancia del Fuero denominado del Baylío...y mando, que todos los tribunales de estos mis reynos se arreglen á el para la decisión de los pleytos... en la citada villa de Alburquerque, Ciudad de Jerez de los Caballeros y demás pueblos donde se ha observado hasta ahora...

Por último, la Ley de 11 de octubre de 1820 sobre Vinculaciones, dispuso en su artículo 6º:

Así... se declara que en las provincias o pueblos en que por fueros particulares se halla establecida la comunicación en plena propiedad de los bienes libres entre los cónyuges, quedan sujetos a ella de la propia forma los bienes hasta ahora vinculados...

Por otra parte, en lo referente a su vigencia, la doctrina está dividida, hallándose algunos autores a favor de la consideración del *Fuero del Baylío* como derecho

³² Fernández, J., “Fuero del Baylío”, *RE* 8 (1906), pp. 195-196.

³³ Novísima Recopilación, Ley X, Título IV, Ley 12, promulgada el 15 de julio de 1805. Acedo, a., “El Fuero del Baylío como expresión del Derecho Civil Tradicional vigente en extremadura: aproximación y propuesta legislativa”, *AFD* 25 (2007), p. 113.

vigente³⁴ y otros en contra³⁵. Estos últimos, se apoyaron para fundamentar su posición en la disposición final derogatoria del artículo 1976 del Código civil que dice:

Quedan derogados todos los cuerpos legales, usos y costumbres que constituyen el Derecho civil común en todas las materias que son objeto de este Código, y quedarán sin fuerza y vigor, así en su concepto de leyes directamente obligatorias, como en el de Derecho supletorio. Esta disposición no es aplicable a las leyes que este Código se declaran subsistentes.

Del mismo modo afirman la vigencia del *Fuero del Baylío* varias sentencias del Tribunal Supremo³⁶ emitidas en este sentido, así como una sentencia de la Audiencia Provincial de Cáceres y diversas resoluciones dictadas por la Dirección General del Registro y del Notariado³⁷.

En conclusión, cabe afirmar que, pese a obstáculos como el de la disposición final derogatoria del artículo 1976 del Código civil, el *Fuero del Baylío* sigue vigente creyendo acertada la opinión de la mayoría de la doctrina (Lacruz, Díez-Picazo, Cerro, Román, etc), la jurisprudencia dictada por el Tribunal Supremo y otras sentencias y resoluciones emitidas en este sentido.

3.3. Régimen económico matrimonial en el Fuero del Baylío

La posición de la doctrina se encuentra dividida ante el régimen económico que se recoge en el Fuero del Baylío. En este sentido, algunos autores han

³⁴ Línea en que se encuentran, al menos, en un primer momento, autores como De Ureña y Castán.

³⁵ Lacruz, Espín, Sánchez, De Diego, Valverde y Román entre otros muchos que consideran vigente el *Fuero del Baylío* pese a la disposición final derogatoria citada, pues afirman que esa disposición puesta en conexión con el artículo 3.2 Cc, lo que hace precisamente es ratificar su vigencia. El citado artículo dispone: “En lo demás y con pleno respeto a los derechos especiales o forales de las provincias o territorios en que están vigentes, regirá el Código civil como derecho supletorio, en defecto del que lo sea en cada una de aquéllas, según sus normas especiales”. Castán, J., *op. cit.*, pp. 310 y ss. En una situación intermedia cabe encontrar a Barrachina y Batlle, a los que se sumó más tarde Castán. Sin embargo, Román los va a considerar contrarios a la vigencia del *Fuero del Baylío*. Batlle, M., “Sobre la determinación del régimen matrimonial de bienes en el caso de diversa regionalidad de los esposos”, *RDP 19 (1932-1933)*, pp. 255 y ss; Román, A., *op. cit.*, p. 439 y ss.

³⁶ Sentencia de 30 de junio de 1869 (se hace referencia a la vigencia del *Fuero del Baylío* al decir que éste no debe confundirse con el de Vicedo o Evicedo vigente en la villa de Laredo). Sentencia de 8 de febrero de 1892 (acerca del régimen económico matrimonial de la sociedad de gananciales como el recogido en el *Fuero del Baylío* y donde se establece tal *Fuero* como vigente en el territorio de Albuquerque, Jerez de los Caballeros y alrededores). Sentencia de 28 de enero de 1896 (aplicación incidental del *Fuero del Baylío*). Sentencia de 2 de noviembre de 1989, en la que se considera vigente el *Fuero del Baylío* en Valencia del Ventoso, lo cual no es contrario a la igualdad de los cónyuges. Además existen varias sentencias de Juzgados de primera instancia del partido judicial donde está vigente el *Fuero del Baylío*.

³⁷ Resolución de 19 de agosto de 1914 y de 10 de agosto de 1939 (reconocen la existencia y vigencia del *Fuero del Baylío* y se pronuncia sobre su contenido). Resolución de 10 de noviembre de 1926 (se refuerza la vigencia del *Fuero del Baylío* al citar algunos artículos del Código civil –arts. 9, 10 y 11– aplicables para la resolución de las cuestiones que surjan en la determinación de las personas a las que alcance el *Fuero*). Resolución de 9 de enero de 1946 (orientada a corroborar la vigencia del *Fuero*).

considerado que en determinados textos romanos contenidos en el *Digesto*³⁸ ya se hacían referencias sobre un sistema de comunidad convencional entre los cónyuges.

En este sentido, se suele citar la ya recogida definición de matrimonio de *Modes-tino*³⁹ que entendía por tal la “*unión del varón y de la hembra y consorcio de toda la vida, comunicación de derecho divino y humano*”.

En cualquier caso, esta teoría no es aceptable porque en Roma sí existió tal comunicación –llamada fusión de bienes– pero únicamente en función de un sometimiento a un poder (*patria potestas*) ejercido por el jefe de familia (*pater*) de manera que es éste quien tiene bajo su autoridad la masa patrimonial de los bienes que la mujer aporta al matrimonio y la administración de los bienes para-fenales⁴⁰. Más acertado sería el origen de la sociedad de gananciales basado en la comunidad germánica, tal y como expone De Diego⁴¹.

Posteriormente, este sistema se recogerá en el *Fuero Juzgo*⁴², *Fuero Real*⁴³, *Leyes de Estilo*⁴⁴ y *Leyes de Toro*⁴⁵, dando paso al texto contenido en el *Fuero del Baylío* sobre el régimen económico matrimonial, cabe exponer que el Alcaide Mayor y Gobernador interino de la ciudad de Jerez de los Caballeros con fecha de 25 de febrero de 778 dice:

... se comunican los bienes; y por disolución del matrimonio por muerte de alguno se parten igualmente los bienes ya sean traídos al matrimonio por ambos, o por cualquier de los dos o adquiridos durante él.

También en este mismo sentido ha de recogerse la opinión que expresa el Alcaide Mayor de Alburquerque (21 de marzo de 1778) que dice:

cada uno de los cónyuges adquiere el dominio en la mitad de todos los bienes indistintamente y de montón.

³⁸ D. 24.1.32.24: “*Si inter vium et uxorem societas donationis cusa contracta sit, iure vulgato nulla est (...)* quae tamen in commune tenuerunt, fine praestituto revocanda non sunt...”; D. 24.3.17.1; D. 34.1.16.3: “*Qui societatem omnium bonorum suorum quum uxore sua per annus amplius quadraginta habuit...*”.

³⁹ D. 23.2.1.

⁴⁰ Prueba de ello es que, en los casos de insolvencia económica del *pater*, se le embargaba el patrimonio en su conjunto sin hacer distinciones entre los bienes que en él se hallaban si bien, dejando al margen los bienes para-fenales de la mujer equivalentes a los hoy llamados privativos, es decir, que le pertenecían antes de contraer matrimonio. Silva, A., “*En torno al ordo iudiciorum privatorum*”, *AFD 12-13 (1994/95)*, pp. 499-500; Silva, A., “*Notas sobre el consentimiento como requisito matrimonial en el derecho español y comparado desde su origen en el derecho romano*”, *AFD 22 (2004)*.

⁴¹ De Diego, C., *op. cit.*, p. 486; Benavente, P., *op. cit.*, pp. 35 y ss.

⁴² *Libro II.2.17.*

⁴³ *Libro III.3.1.*

⁴⁴ *Leyes 202, 205, 206 y 207.*

⁴⁵ *Leyes 16 y 53.*

Igualmente la Pragmática de Carlos III declara:

...habiéndose observado en dicha villa (Alburquerque) de tiempo inmemorial el Fuero denominado del Baylío, conforme al cual todos los bienes que los casados llevan al matrimonio o adquieran por cualquier causa, se comunican y sujetan a partición como gananciales⁴⁶ ...;

Igualmente dividida se encuentra la doctrina entre los partidarios del régimen constitutivo del *Fuero* y el régimen liquidatorio del mismo. Así, entre quienes postulan que se trata de un modelo de constitución de sociedad de gananciales cabe citar a García de Gregorio⁴⁷ para quien “...*todos los bienes que los casados aportan al matrimonio o adquieren por cualquier título se comunican y sujetan a partición como gananciales*”.

Por su parte, Escosura, en un informe publicado el 10 de abril de 1888 como contestación a una consulta del Registrador de Olivenza, expone:

Al hablar el Fuero del Baylío de que los bienes se sujetan a partición como gananciales indica claramente que es sólo para los efectos de disolución del matrimonio (...) en (...) cuyo momento deberán equipararse a aquéllos; pero hasta que ese momento llegue, los bienes que los casados lleven al matrimonio (...) se comunican (...) se hacen (...) de la sociedad conyugal.

En esta misma línea se situarían Díez-Picazo y Gullón⁴⁸ que respecto al régimen del *Fuero del Baylío* dicen que “...*contiene en materia de derecho privado una única institución que es la comunidad universal de bienes del matrimonio (entendida desde que se contrae el mismo)*”.

Sin embargo, otros autores creen que el contenido del *Fuero* hace referencia a un sistema de liquidación del régimen económico matrimonial. Así, Villareal⁴⁹ dice:

En la fecha de disolución del matrimonio (...) los bienes (...) se comunican y sujetan a partición como gananciales, mezclándose en una comunidad que (...) produce la confusión de derechos, habiendo desaparecido el derecho de los partícipes, a cosas determinadas y concretas por un derecho proindiviso o de cuota.

⁴⁶ De 20 de diciembre de 1778, que ya hace referencia a su “*carácter inmemorial*”. Acedo, A., “*El Fuero del Baylío*”, *cit.*, p. 114. Texto recogido en parte por la ya citada Ley de Vinculaciones, ley de 11 de octubre de 1820 emitida con la finalidad de suprimir mayorazgos, fideicomisos y vinculaciones y que dispone: “*Provincias o pueblos en que por fueros particulares se haya establecido la comunicación en plena propiedad. Los bienes libres entre los cónyuges quedan sujetos a ella de la propia forma los bienes hasta ahora vinculados de que como libres pueden disponer los poseedores actuales y que existan bajo su dominio cuando fallezcan*”.

⁴⁷ También otros autores como Gómez de la Serna y Montalbán. Cerro, E., *op. cit.*, pp. 108 y 109.

⁴⁸ Díez-Picazo, L.,-Gullón, A., *op. cit.*, p. 103.

⁴⁹ Cerro, E., *op. cit.*, p. 111.

Por último, también en este sentido se pronuncian Mahillo y Román⁵⁰. Para el primero, “...el *Fuero del Baylío* establece una comunidad universal de bienes de la sociedad conyugal, en virtud de la cual los bienes que haya en ésta a su disolución se liquidan y reparten como gananciales”.

Román, matizando lo expuesto por Mahillo, concluye que

el sistema regulado por el Fuero del Baylío es el de liquidación como régimen de comunidad de bienes, pues si el Fuero regulase un sistema constitutivo de comunidad de bienes, se daría una comunicación universal y absoluta de éstos entre los cónyuges al inicio del régimen que no dejaría margen al posible desarrollo de un sistema mixto. Sin embargo sí habría dicho margen si el sistema contemplado fuese el de liquidación, lo que permitiría una eventual evolución legislativa a partir de la normativa del Fuero.

Llegados a este punto el problema que aquí se nos plantea es determinar si el *Fuero del Baylío* es un modelo de constitución de régimen económico matrimonial o de disolución del mismo. Resulta desde luego complicado dilucidar si el *Fuero* pertenece a uno u otro tipo, y más cuando ni la doctrina ni la jurisprudencia (que no es abundante) coinciden y se muestran tan distantes, e incluso cuando también dentro de una misma corriente doctrinal existe división entre los autores. Es por ello en dicho punto donde entra en juego la polémica.

No puede adoptarse una posición concreta con la seguridad de estar en lo cierto porque los textos disponibles en la actualidad son muy escasos, aunque parece adecuado adoptar una posición activa ante el problema, y así tras estudiar diferentes opiniones, textos, sentencias, resoluciones, etc., puede afirmarse que si bien es cierto que el contenido del privilegio consiste en un régimen absoluto y universal de bienes en el matrimonio, según el cual se fusiona en una masa patrimonial común todo el patrimonio aportado por cada cónyuge junto con todo el patrimonio adquirido por ambos con posterioridad a la celebración del matrimonio, igualmente cierto es que la comunidad absoluta de bienes que se establece en el *Fuero del Baylío* ha suscitado diferentes hipótesis acerca del momento en que ésta comienza a tener efectividad.

Desde el punto de vista histórico y considerando la práctica jurídica extremeña, cabe concluir que el *Fuero* objeto de estudio contiene un régimen constitutivo de comunidad universal de bienes a partir de las nupcias y que al llegar a su disolución deberán partirse los bienes en partes iguales.

Posición lógica –entre otros argumentos– porque si bien muchos textos recogen que los bienes se “*sujetan a partición como gananciales*” ninguno, salvo una sentencia del Tribunal Supremo de 1892, niega que exista comunicación antes

⁵⁰ Román, A., *op. cit.*, pp. 439 y ss.

de la liquidación del régimen. Sin embargo no cabe considerar que con ello se contravenga la jurisprudencia del Tribunal Supremo, porque lo único que existe es una sentencia que no constituye jurisprudencia.

Del mismo modo, parece oportuno recoger positivamente el concepto de comunicación de bienes que propone Cerro quien considera que una comunicación patrimonial en el momento de la disolución del matrimonio no hace partícipe al cónyuge, desvirtuando el efecto real del *Fuero*.

4. EFECTOS DEL FUERO DEL BAYLÍO EN RELACIÓN CON LOS BIENES MATRIMONIALES

Los efectos que pueden producirse son bien distintos dependiendo del enfoque que se conceda al contenido del *Fuero del Baylío* en cuanto a si es un modelo de constitución o de liquidación del régimen económico matrimonial. Como es sabido, los cónyuges han de establecer su régimen económico matrimonial en las capitulaciones⁵¹ que podrán otorgarse antes o después del matrimonio⁵²; si bien se establece en el Código el plazo de un año para otorgarlas en el caso de hacerse antes de la celebración del matrimonio de manera que, si en ese tiempo no se realizan las capitulaciones, quedan sin efecto⁵³.

Por tanto, todo matrimonio habrá de inscribirse en el Registro Civil⁵⁴ y en él constarán las capitulaciones matrimoniales y cualquier modificación de las mismas. En el caso de que los cónyuges aporten al matrimonio bienes inmuebles –y siguiendo el criterio de la comunicación de éstos establecido en el *Fuero del Baylío*– se inscribirán en el Registro de la Propiedad⁵⁵. Así, Escosura dice que “en los pueblos donde rija ese *Fuero* han de inscribirse los bienes que los cónyuges aporten a la sociedad, como propios de ambos, y si lo estuviesen a favor sólo de uno de ellos, se hará constar aquella circunstancia por medio de una nota marginal⁵⁶”.

En el supuesto de considerar que el *Fuero del Baylío* regula únicamente lo relativo a la liquidación del régimen matrimonial y aceptando la hipótesis de Román de que, partiendo de este caso, podríamos desarrollar un modelo mixto de régimen económico matrimonial⁵⁷, no haría falta ningún tipo de nota marginal en el

⁵¹ Artículo 131 Cc: “El régimen económico del matrimonio será el que los cónyuges estipulen en capitulaciones matrimoniales, sin otras limitaciones que las establecidas en este Código”.

⁵² Artículo 1326 Cc: “Las capitulaciones matrimoniales podrán otorgarse antes o después de celebrado el matrimonio”.

⁵³ Artículo 1334 Cc: “Todo lo que se estipule en capitulaciones bajo el supuesto de futuro matrimonio quedará sin efecto en el caso de no contraerse en el plazo de un año”.

⁵⁴ Artículo 1333 Cc.

⁵⁵ Artículo 1333 Cc.

⁵⁶ Art. 90 párrafo 2º RH.

⁵⁷ Basado en una separación de bienes constante matrimonio y comunicación de los mismos en el momento de la liquidación de dicho régimen.

Registro de la Propiedad, pues los bienes seguirían perteneciendo a los cónyuges separadamente como antes de contraer matrimonio.

Ello no es obstáculo para que se apliquen los artículos del Código civil referentes a las capitulaciones matrimoniales y su inscripción en el Registro civil.

Los efectos posteriores (administración y adquisición de los bienes matrimoniales) no presentan problema alguno desde la perspectiva de un régimen de comunicación absoluta de bienes por dos cuestiones: a) porque nada se dispone en el *Fuero del Baylío* en cuanto a la administración de los bienes aplicándose supletoriamente el Código civil y b) porque la reforma de la ley de 2 de mayo de 1975, la ley de 13 de mayo de 1983 y la Constitución española de 1978 en sus artículos 14 y 32, despejan la situación, dejando la administración de los bienes a cualquiera de ambos cónyuges⁵⁸ consagrando los principios de igualdad y libertad de los cónyuges en la gestión y administración de los bienes, desarrollados por la ley de 5 de octubre de 1990.

Tampoco habría problemas para considerarlo como un régimen económico matrimonial mixto, pues durante el matrimonio cada uno de los cónyuges administra su propio patrimonio libremente⁵⁹.

Por la aplicación del *Fuero del Baylío* los bienes se hacen comunes comunicándose también las deudas anteriores que tenían pendientes pasando a cargo del patrimonio de la comunidad. A este respecto Kipp y Wolff consideran que

el problema de la responsabilidad por las deudas de los cónyuges en el régimen de la comunidad universal de bienes, dentro del derecho español, ofrece dificultades graves (...) y salvo casos excepcionales de patrimonio exclusivo de los cónyuges⁶⁰ la comunidad será universal tanto del lado pasivo como activo, y, por ende, serán carga de ella todas las deudas que legalmente contraigan marido y mujer y las que hayan contraído antes del matrimonio⁶¹.

Otro punto especialmente complicado es el relativo a las enajenaciones voluntarias⁶² y forzosas por los cónyuges. En cuanto a las primeras, existieron históricamente dos posiciones encontradas: la que sostiene que puede disponer por sí sólo el marido, encabezada por Carvalho, posición sin sentido tras el reconocimiento

⁵⁸ Con las limitaciones establecidas en el Código civil del derecho de información por parte de ambos previsto en el artículo 1383 Cc.

⁵⁹ Art. 412 Cc, aunque también existen límites como, por ejemplo, el del artículo 1416 Cc: “Podrá pedir un cónyuge la terminación del régimen de participación cuando la irregular administración de otro comprometa gravemente sus intereses”.

⁶⁰ Que también se daría en el régimen mixto.

⁶¹ De otro modo, el matrimonio sería una forma de burlar los derechos de los acreedores.

⁶² Aquellas que tienen por objeto toda clase de bienes, excepto el dinero efectivo, que se pretende salgan del patrimonio comunitario por cualquier clase de contratos típicos o atípicos.

de la igualdad de derechos de los cónyuges en la Constitución de 1978 y la posterior reforma del Código civil de 1981, y la línea representada por la Redacción del Boletín oficial del Colegio Notarial de Cáceres (número 15 de febrero de 1880), que insertó una opinión razonada que estima más segura que concurren las mujeres de quienes procedan los bienes a los contratos que sobre ellos celebran sus maridos. En este sentido debe recordarse el artículo 1375 Cc que dispone que la gestión y disposición de los bienes gananciales corresponden a los cónyuges en régimen de igualdad.

Esta es la postura más lógica ya que si desde el momento de las nupcias los bienes se comunican, éstos han de ser gravados y enajenados como bienes comunes y, por tanto, con la conformidad y concurrencia de ambos cónyuges⁶³.

Por lo que respecta a las enajenaciones forzosas, desde que el Registro informa a terceros de que los bienes pertenecen a la comunidad foral, entra en juego la mecánica del condominio germánico y así, aunque el marido esté facultado para realizar actos de mera administración, se requerirá la intervención de ambos cónyuges para los de disposición y gravamen sobre inmuebles; sin que el patrimonio de la comunidad pueda ser objeto de apremio por responsabilidades civiles nacidas de delito o por las deudas personales de uno de los cónyuges. Únicamente podrá consignarse la traba correspondiente para su efectuación en el instante en que se produzca la disolución de la comunidad. Esto nos lleva a pensar que la comunicación de los bienes se realiza en el momento de la disolución del matrimonio, en perjuicio de los acreedores, que sólo podrían hacer efectivas las deudas sobre el patrimonio de la comunidad en el caso de disolución de la misma⁶⁴. Por ello creemos más acertado considerar que tanto las deudas de cada cónyuge como las producidas en interés y para la sociedad conyugal, pueden asegurarse mediante embargo y ejecutarse sobre cualquiera de los bienes que el vínculo matrimonial había comunicado, transformándose en comunes.

Otro efecto importante es la partición que el *Fuero del Baylío* produce tal y como se plasma en la Pragmática de Carlos III y la Ley XII de la Novísima Recopilación: "*todos los bienes se sujetan a partición como gananciales*".

Pero para que se produzca esa partición es necesario que exista una previa disolución del régimen matrimonial. En tal sentido Kipp y Wolff consideran que la sociedad de gananciales se extingue por diversas causas: a) ministerio de la ley, b) en los casos de disolución por muerte de cualquiera de los cónyuges, a los que

⁶³ En el caso de que surgieran discrepancias entre los cónyuges y no se alcanzara finalmente un acuerdo entre ellos habrán de acudir al juez para solucionar la controversia.

⁶⁴ En el caso de que las deudas sean contraídas antes de celebrarse el matrimonio, los cónyuges responderán con sus bienes privativos (artículo 1373 Cc), con la limitación que a continuación en el mismo artículo se cita.

se equiparan los de declaración de fallecimiento del causante y las declaraciones de nulidad del matrimonio; c) a petición de alguno de los cónyuges, cuando se solicita la separación de bienes por causa de interdicción civil, ausencia o divorcio.

A las causas vistas podría añadirse el punto 4º del artículo 1392 Cc:

"Cuando los cónyuges convengan un régimen económico distinto en la forma prevenida en este Código" (en este caso la sociedad de gananciales).

Finalmente, para completar las causas de disolución del matrimonio, ha de incluirse las recogidas en el artículo 1393 Cc.

Cerro⁶⁵ juzga evidente que las operaciones particionales deberían comprender tanto los bienes y derechos (art. 1397 Cc) del patrimonio matrimonial como las deudas que en el momento de la disolución del matrimonio pendieren a cargo de la comunidad foral (art 1398 Cc). Para ello, es necesaria la aplicación de los preceptos del Código civil referentes a los efectos de nulidad del matrimonio y separación de los cónyuges, dado el limitado contenido del *Fuero del Baylío* en lo relativo a este tema (arts. 1394 y 1395 Cc)⁶⁶.

⁶⁵ Cerro, E., *op. cit.*, p. 162.

⁶⁶ Tomando como referencia el Código civil, una de las causas de disolución del régimen económico matrimonial es la muerte de uno de los cónyuges. Dicho acontecimiento provoca el nacimiento de unos derechos hereditarios para el cónyuge superviviente de diferente naturaleza: legítima viudal, cualidad de heredero o legatario, heredero *ab intestato*. El primer supuesto se fundamenta en el Fuero Juzgo, Las Partidas y algunos fueros municipales. Estos precedentes de nuestro derecho fueron conservados en Aragón y Navarra, mientras, por otra parte, se habían borrado por el desuso en la vida jurídica de Castilla, donde sus leyes estaban huérfanas de precepto alguno protector del viudo en la aflictiva situación en que podía quedar con el fallecimiento de su cónyuge. Castán añade: *"Los legisladores modernos se encontraron frente a la necesidad apremiante de arbitrar medios jurídicos con que favorecer la suerte del cónyuge viudo, decidiéndose por concederle una reserva o legítima como la que ya la tradición romana aseguraba a favor de otros íntimos allegados"*. Así, en el Código civil, artículo 834 se dice: *"El cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto, si concurren a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora"*. Sin embargo, si no hubiere descendientes pero sí ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho al usufructo de la mitad de la herencia (art. 837 Cc): *"no existiendo descendientes ni ascendientes, el cónyuge sobreviviente tendrá derecho a usufructo de los dos tercios de la herencia"* (art. 838 Cc). El otro tercio iría a personas a quien el testador hubiere querido dejar bienes fuera del ámbito familiar. Por tanto, cabe considerar que el único *status* del cónyuge viudo sería el de legitimario y no heredero (salvo casos especiales). En este mismo sentido algunos autores opinan que habría que mantener la incompatibilidad entre cuota viudal y comunidad universal, en tal forma que la existencia de ésta excluya a aquélla y viceversa. Sería históricamente antagónico aplicar a la comunidad universal del *Fuero del Baylío* juntamente con el tercio de la herencia del premuerto, que otorga en usufructo al cónyuge viudo el artículo 834 Cc. Otros juristas consideran al cónyuge viudo como un heredero aunque rebajado de alguno de sus efectos normales.

Con respecto a la legítima, el *Fuero* no resuelve nada rigiendo, en los pueblos aforados, la legislación común. El cónyuge sobreviviente sujeto a dicho *Fuero* no tiene derecho a la legítima establecida para el mismo en el Código civil porque el *Fuero del Baylío* lo atiende en manera suficiente concediéndole la mitad del caudal relicto aunque no haya sido aportado en su integridad.

5. CONCLUSIONES

- 1º. El concepto romano de matrimonio encontrado en las fuentes, de época postclásica y de clara influencia del cristianismo, se apoya en los mismos requisitos que durante la edad media, esto es, en vigencia del llamado Fuero del Baylío, constituyéndose el consentimiento o *affectio maritalis* como un elemento esencial del mismo.
- 2º. No cabe duda de que el Fuero del Baylío, si bien resulta difícil precisar sus orígenes y en ocasiones hasta su ámbito de aplicación, es un texto con plena vigencia y consistente en un modelo de constitución de régimen económico matrimonial, si bien hay autores que lo ven más como un sistema de disolución del mismo. Dilucidar en este último caso una postura incuestionable resulta extremadamente difícil y más cuando ni la doctrina ni la jurisprudencia coinciden y se muestran tan distantes. Lo que sí puede afirmarse, tras estudiar las diferentes opiniones, textos, sentencias, resoluciones, etc., es que, si bien es consistente en un régimen absoluto y universal de bienes en el matrimonio, según el cual se fusiona en una masa patrimonial común todo el patrimonio aportado por cada cónyuge junto con todo el patrimonio adquirido por ambos con posterioridad a la celebración del matrimonio, igualmente cierto es que la comunidad absoluta de bienes que se establece en el *Fuero del Baylío* ha suscitado diferentes hipótesis acerca del momento en que ésta comienza a tener efectividad.
- 3º. En relación con la coincidencia entre el concepto romano de matrimonio y el recogido en el Fuero del Baylío, y sus requisitos y también a la referencia planteada por algunos autores en cuanto a si el régimen económico matrimonial romano es un precedente del regulado en el Fuero del Baylío, cabe decir que, suelen citarse algunos textos, más bien pocos, del *Corpus Iuris Civilis* de Justiniano (*D. 24.1.32.24*; *D. 24.3.17.1* y *D. 34.1.16.3*) para justificarlo, ya que en ellos parece que se recoge una comunidad universal de bienes. No debe olvidarse que tal hipótesis gira en torno a la concepción del Fuero como constitutivo del régimen económico matrimonial y no como liquidatorio (sobre lo que la doctrina incluso se encuentra dividida). Y también ha de tenerse en cuenta que la referencia a la *comunicación de derecho divino y humano* a que se suele aludir, es una referencia no a una comunicación de bienes de los esposos, sino a la conversión de un negocio civil a un sacramento que es como la Iglesia entiende el matrimonio ya en esa época. Esta posición se encuentra doblemente apoyada en los textos de *Modestino*, en donde, se habla de la indisolubilidad e indivisibilidad del vínculo matrimonial, que poco o nada tiene que ver con la regulación económica de los bienes en su concepción de matrimonio contenida en esos textos.
- 4º. A mi juicio, en realidad poco tiene que ver el derecho romano con el contenido del Fuero del Baylío como constitutivo del régimen económico matrimonial,

pues se trata de tan sólo de una referencia fundamentada simplemente en tres textos del *Digesto*, y sobre los que no cabe apoyar tal planteamiento pues en el derecho romano no se da tal comunicación de bienes, propia del fuero, sino una lógica absorción de los mismos debido al sometimiento a un poder paternal o *patria potestas* por parte de la mujer cuando ha contraído matrimonio *cum manu*.

- 5º. Por último y, para finalizar, hay que tener también en cuenta que todas las deudas de la mujer anteriores al matrimonio se extinguen, por la *capitis deminutio* que sufre la mujer cuando pasa a estar bajo la patria potestad del marido a través de la *manus*, lo que no ocurre en el caso de la comunidad de bienes que se recoge en el Fuero del Baylío ya que entran a formar parte de la misma.
- 6º. En el caso del Derecho romano sólo se absorben los activos, lo cual conlleva a que se produjeran situaciones de fraude de acreedores solucionadas, parcialmente, a través de la actividad del pretor que les concedía una *in integrum restitutio* por la que se tenía como no celebrada la *conventium in manu* en lo referente a los bienes de la mujer, de modo que los acreedores podían cobrarse en ello. Pero tampoco en este último caso estaríamos ante una situación semejante al Fuero del Baylío pues volveríamos a la situación de la separación de los bienes en el matrimonio como si se hubiera contraído *sine manu*.

BIBLIOGRAFÍA

- Acedo, A. (2007). "El Fuero del Baylío como expresión del Derecho Civil Tradicional vigente en Extremadura: aproximación y propuesta legislativa", *Anuario de la Facultad de Derecho*, N° 25, Universidad de Extramadura, pp. 107-125.
- Acedo, A. (2013). *Derecho de Familia*, Madrid, Dykinson.
- Acedo, A.-Silva, A. (2012). "Essential aspects of marriage and divorce in Spain", Ponencia presentada en el seminario "Family and social security law", University of Law and Economics, Kaunas.
- Acedo, A-Silva, A. (2013). "The concept of marriage in the present Spanish legislation", memorias seminario "Family and social security law", University of Law and Economics, Kaunas.
- Batlle, M. (1932). "Sobre la determinación del régimen matrimonial de bienes en el caso de diversa regionalidad de los esposos", *Revista de Derecho Privado*, Tomo XIX, 1932. Zaragoza, pp. 252-258.
- Benavente, P. *Naturaleza de la sociedad de gananciales legitimación individual de los cónyuges*, Madrid, Centro de Estudios Registrales.
- Borkowski, A. (2010). *Roman Law*, 4ª edición, Bristol, Oxford University Press.
- Castán, J. (2005). *Derecho Civil Español Común Foral*, Tomo I, vol. 1º, Madrid, Reus.
- Cerro, E. (1974). *Investigación sobre el Fuero del Baylío*, Madrid, Edersa.
- De Diego, C. (1959). *Instituciones de derecho civil español*, Tomo II, Madrid, Reus.
- Domingo De Morató, D.R. (1871). *Estudios de ampliación de la historia de los códigos españoles y de sus instituciones sociales, civiles y políticas*, 2ª edición, Valladolid.
- Domingo De Morató, D.R. (1877). *El derecho civil español con las correspondencias del romano*, 2ª edición, tomo I, Valladolid, Imp. y Lib. Nacional y Extranjera de Hijos de Rodríguez.
- Díez-Picazo, L.-Gullón, A. (2001). *Sistema de derecho civil*, vol. 1º, 10ª edición, Madrid, Tecnos.
- Fernández, J. (1906). "Fuero del Baylío", *Revista de Extremadura* 8, Universidad de Extremadura.
- Gacto, E. (1994). *El Derecho histórico de los pueblos de España*, 8ª edición, Madrid, Agisa.

- Guillén, J. (1981). *Urbs Roma: vida y costumbres de los romanos*. Salamanca, Sígueme.
- Iglesias, J. (1998). *Derecho Romano*, 13ª edición, Barcelona, Ariel.
- Lacruz, J.L. (2001). *Derecho de sucesiones*, tomo V, Barcelona, Ariel.
- Lapieza, A. E. (1983). *Manual de Derecho Romano*, Buenos Aires, Depalma.
- Lévy-Bruhl, H. (1936). “Les origines du mariage sine manu”, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis No 14*, Kluwer Academic Publishers.
- López, M.-Navarro-Valls, R. (2010). *Curso de derecho matrimonial canónico y concordado*, Madrid, Tecnos.
- Martínez, M. (1925). “El Fuero del Baylío, residuo vigente del derecho celtibérico”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*. Valdivia, pp. 213-222.
- Marzo, Di, F. (1919). “*Lezioni su matrimonio*”, Palermo, SDHI.
- Minguijón, S. (1960). “*El Fuero del Baylío*”, *Nueva Enciclopedia Jurídica, Tomo X*, Barcelona, Seix.
- Núñez Paz, María (1988). *Consentimiento Matrimonial y divorcio en Roma*, Salamanca, Universidad de Salamanca.
- Orestano, F. (1940). “*La struttura giuridica del matrimonio romano*”, *Bullettino dell'Istituto di Diritto romano 'Vittorio Scialoja' No 47*, Milano, dott A. Giuffrè editore
- Petit, E. (2006). *Derecho Romano*, México, UNAM.
- Rascón, C. (2011). *Síntesis de Historia e Instituciones de Derecho Romano*, 4ª edición, Madrid, Tecnos.
- Román, A. (1990). “Régimen económico matrimonial en el Fuero del Baylío”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, 8. Universidad de Extremadura.
- Silva, A. (1994/95). “*En tomo al ordo iudiciorum privatorum*”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura 12-13* (Universidad de Extremadura).
- Silva, A. (2004). “Notas sobre el consentimiento como requisito matrimonial en el derecho español y comparado desde su origen en el derecho romano”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura 22*. Universidad de Extremadura.

LISTA DE ABREVIATURAS UTILIZADAS

- ADC Anuario de Derecho Civil
- AFD Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura (España)
- Cc. Código Civil Español de 1889
- D. Digesta Iustiniani Augusti (Corpus iuris civilis, vol. I, ed. Mommsen y Krüger), Berlín, 1954.
- EJE Enciclopedia Jurídica Española
- NEJ Nueva Enciclopedia Jurídica
- RH Reglamento Hipotecario Español
- RCDI Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
- RDP Revista de Derecho Privado
- RE Revista de Extremadura
- RH Reglamento Hipotecario Español