

1.2. Familia

¿Cuándo comienza a regir la comunidad universal matrimonial del Fuero del Baylío? La difícil interpretación, e integración, de una norma —aún— consuetudinaria (comentario a la RDGRN de 6 de mayo de 2015)

When double begins to govern the Baylío's universal community? Difficult interpretation, and integration, of a customary law (analysis of the RDGRN of May 6, 2015)

por

GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA

Catedrático (acr.) de Derecho Civil

Universidad de Sevilla

RESUMEN: Desde hace mucho tiempo sigue siendo una cuestión debatida decidir el momento en que comienza a regir el régimen matrimonial de comunidad absoluta del denominado Fuero del Baylío. Recientemente, la Dirección General de los Registros y del Notariado, en su resolución de 6 de mayo de 2015, cree que aquel comienza con la disolución del matrimonio. En cambio, el autor de este comentario considera que son muchas las razones para creer que aquel régimen comienza con la misma celebración del matrimonio; y cree, en cualquier caso, que la cuestión está todavía abierta al debate ante la inexistencia sobre ella de verdadera jurisprudencia, que solo podría proceder del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura.

ABSTRACT: Longtime remains a debated issue decide when it begins to govern the matrimonial regime of absolute community called Charter of Baylío. Recently, the Directorate General of Registries and Notaries, in its resolution of May 6, 2015, believes that begins with the dissolution of marriage. Instead, the author of this comment believes that there are many reasons to believe that that regime begins with the same celebration of the marriage; and believes, in any case, the question is still open to debate in the absence of her real jurisprudence, which could only proceed from the High Court of Extremadura.

PALABRAS CLAVE: Matrimonio. Comunidad. Gananciales. Costumbre. Fuero del Baylío. Interpretación e integración de las normas.

KEY WORDS: Marriage. Community. Conjugal. Custom. Jurisdiction of Baylío. Interpretation and integration of laws.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: LA PROBLEMÁTICA QUE AÚN HOY SUSCITA EL LLAMADO FUERO DEL BAYLÍO.—II. LA CONSIDERACIÓN —AÚN HOY— DEL FUERO DEL BAYLÍO COMO NORMA CONSUEUDINARIA: Y SU PARENTESCO CON LA CARTA DE MITAD PORTUGUESA. 1. LA REAL CÉDULA DE CARLOS III, DE 20 DE DICIEMBRE DE 1778, Y LA NOVÍSIMA RECOPILACIÓN, DE 15 DE JULIO DE 1805: EL FUERO DEL BAYLÍO Y LA CARTA DE MITAD COMO COSTUMBRES —SIMPLEMENTE— RECONOCIDAS EN AQUELLOS TEXTOS. 2. LA POSIBILIDAD DE PROBAR EL CONTENIDO DEL FUERO DEL BAYLÍO EXTREMEÑO POR SU HERMANAMIENTO CON LA CARTA DE MITAD PORTUGUESA, DESDE SU INTERPRETACIÓN ACTUALIZADA; Y LA CONSIGUIENTE DETERMINACIÓN DEL MOMENTO EN QUE COMIENZA A REGIR LA COMUNIDAD UNIVERSAL EN QUE CONSISTE EL FUERO DEL BAYLÍO. 3. LA APLICACIÓN —SUPLETORIA O ANALÓGICA— DEL RÉGIMEN DE GANANCIALES CONTENIDO EN EL CÓDIGO CIVIL COMO MECANISMO DE INTEGRACIÓN DEL FUERO DEL BAYLÍO; Y, DE NUEVO, LA DETERMINACIÓN INICIAL DE SU VIGENCIA COMO COMUNIDAD UNIVERSAL. UNA CUESTIÓN —TODAVÍA— HUÉRFANA DE VERDADERA JURISPRUDENCIA —FORAL—.—III. BIBLIOGRAFÍA (ESPECÍFICA SOBRE EL FUERO DEL BAYLIO).

I. INTRODUCCIÓN: LA PROBLEMÁTICA QUE AÚN HOY SUSCITA EL LLAMADO FUERO DEL BAYLÍO

Frente al conocido régimen económico-conyugal de gananciales, que es de comunidad relativa o atemperada, pues junto al patrimonio común o ganancial hay patrimonios privativos de uno y otro cónyuge (*cfr.*, arts. 1346 y sigs. del Código Civil), el denominado Fuero del Baylío hace referencia a un régimen económico-matrimonial de comunidad absoluta, universal o, como también se llama, de hermandad en el que, en principio, todos los bienes —muebles e inmuebles— adquiridos mediante cualquier título —oneroso o gratuito— por los cónyuges antes o después de celebrado el matrimonio se hacen comunes, de ambos esposos¹. Hay un dicho popular en Alburquerque, donde el Fuero del Baylío parece regir, que lo sintetiza como solo la sabiduría del pueblo sabe hacerlo: «¿Qué es el Fuero del Baylío? Que lo mío es tuyo, y lo tuyo mío»². Esto es, que solo existe lo nuestro entre marido y mujer. Mayor expresión económica del amor no cabe ser imaginada.

En esta idea, tan básica, coincide toda la doctrina científica que estudia el Fuero del Baylío. Pero en lo demás, casi todo en torno al llamado Fuero del Baylío son problemas. Uno de ellos concierne a su propio contenido activo y pasivo —si realmente todo, sin excepción, se hace común entre los cónyuges o hay ciertos bienes y deudas que escapan a esa regla—; otro punto conflictivo, consecuencia del anterior, ataña al concreto régimen de gestión de dicho patrimonio; otro, sin duda el que constituye el mayor de todos y que es el abordado por la RDGRN de 6 de mayo de 2015 que aquí comento, es el del comienzo mismo de este régimen matrimonial —si se hace efectivo con la celebración del matrimonio o con su disolución—. Mas, ¿por qué casi todo en torno al Fuero del Baylío es polémico, incierto, casi enigmático? Por los propios rasgos que siempre lo han caracterizado, incluso hoy; especialmente, por ser un Fuero —aún hoy— municipal y consuetudinario. Así lo ha venido a advertir, en cierto modo, la RDGRN de 6 de mayo de 2015: «Pero habida cuenta que la fuente del Derecho que regula este Fuenro, es la costumbre, el contenido del mismo, ciertamente está lleno de lagunas del Derecho en este punto, tales como si sus efectos jurídicos comienzan al momento de la celebración del matrimonio o en el momento de la disolución, si recae sobre bienes muebles o inmuebles o incluso todo tipo de bienes y derechos sean patrimoniales o no».

Ciertamente, en su origen y en sus primeros avatares, todos los Fueros de España fueron municipales, pero con el tiempo la mayoría de ellos o perecieron por su desuso, por no extenderse territorialmente, o se extendieron geográficamente para imperar en enteras regiones o provincias (los Derechos Civiles Forales aragonés, balear, catalán, navarro... que hoy conocemos). Pero el del Baylío, a pesar de sobrevivir a lo largo del tiempo, nunca consiguió expandirse a una íntegra provincia. Suele, vulgar y equivocadamente, decirse que el del Baylío es un fuero que se aplica en Extremadura, cuando, en verdad, solo parece regir en algunos pueblos o municipios, en concreto, de Badajoz; mas en ninguno de Cáceres³.

Además, el Fuero del Baylío es norma consuetudinaria, costumbre, norma no escrita. También es cierto que casi todos los Fueros antiguos, como casi todo el Derecho en su origen, fueron consuetudinarios, pero con el tiempo fueron convirtiéndose en norma escrita, en Ley. Así sucede con casi todos los Derechos Forales hoy vigentes en España. No ha sucedido así con el Fuero del Baylío, con la dificultad que ello implica para conocer su exacto contenido y su propia vigencia, todo lo cual, veremos más adelante, ha de probar quien pretenda la aplicación de dicho Fuero (*cfr.*, arts. 1.3 y 13.2 del Código Civil). Esta era, en opinión de don Federico DE CASTRO (en su *Derecho Civil de España*, pp. 248 y 249), la cuestión fundamental.

Otro rasgo que hace problemático este Fuero es su carácter inmemorial, es decir, el ser una costumbre tan remota, tan antigua, tan usada durante tanto tiempo, que se desconoce su origen, que no se tiene noticia cierta de su inicio. Lo advierte en varias ocasiones la RDGRN de 6 de mayo de 2015: «El Fuero llamado del Baylío es una costumbre, de cuyos remotos orígenes no hay constancia cierta»; «El origen del Fuero del Baylío es una incógnita, habiéndose elaborado por la doctrina científica multitud de teorías». Y he aquí, precisamente, el problema principal, la cuestión clave a resolver y que arrojará la luz necesaria para, a su vez, aclarar todos los demás problemas antes citados. Aun reconociendo que ello es polémico, la RDGRN de 6 de mayo de 2015, acertadamente en mi opinión, aunque sin alegar razonamiento ninguno, parece aceptar, al menos, su hermanamiento con la Carta de meatade portuguesa, cuando dice (*in extenso*): «La opinión generalizada es que el Fuero del Baylío «...es una carta puebla facilitando el asentamiento en las tierras y lugares conquistados...». Se dice que el origen de los fueros y las cartas pueblas está en el intento de atraer durante la Reconquista, a zonas despobladas o fronterizas, personas que solo accederían a ello si se les concedían determinados privilegios. Así se entiende por «Derecho privilegiado local el conjunto de normas que con independencia de las generales, ya sea consuetudinarias o escritas, regulan la vida jurídica de los habitantes de una localidad o de varias de ellas, y las relaciones que existen entre esos habitantes con el rey, el señor u otras localidades. El Derecho local así entendido es privilegiado, esto es, que se debe aplicar con preferencia al Derecho general». (...) Sea una carta o un fuero, el contenido del Fuero del Baylío se refiere únicamente a determinados efectos económicos sobre el patrimonio de los cónyuges. (...) La sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz número 127/93, considera al Fuero del Baylío como la versión castellana de la llamada «carta de meatade» portuguesa y dice: «Mayores problemas plantea fijar el tiempo en que puede iniciarse en territorio extremeño la aplicación de la costumbre de "meatade", de neto e indudable "influo portugués"».

Sin embargo, según parece a la RDGRN de 6 de mayo de 2015, tal afirmación no va a tener ninguna repercusión práctica, al considerar que el Fuero ha perdido ya hoy aquella naturaleza consuetudinaria por haber sido convertido en

ley. Es esta última afirmación, en mi opinión, la que contiene un error, que será, según creo, desencadenante del error que, luego, comete aquella resolución en la solución del principal problema que el Baylío plantea. Veámoslo.

II. LA CONSIDERACIÓN —AÚN HOY— DEL FUERO DEL BAYLÍO COMO NORMA CONSUEUDINARIA: Y SU PARENTESCO CON LA CARTA DE MITAD PORTUGUESA

1. LA REAL CÉDULA DE CARLOS III, DE 20 DE DICIEMBRE DE 1778, Y LA NOVÍSIMA RECOLA Y RECOPILACIÓN, DE 15 DE JULIO DE 1805: EL FUERO DEL BAYLÍO Y LA CARTA DE MITAD COMO COSTUMBRES —SIMPLEMENTE— RECONOCIDAS EN AQUELLOS TEXTOS

Para conocer el posible origen histórico y, en parte, el contenido del Fuero del Baylío se han de tomar, como punto de partida, los dos únicos textos oficiales que en España existen sobre el mismo: por un lado, la —mal— llamada Pragmática de Carlos III, de 20 de diciembre de 1778; y, por otro, la Ley 12 del Título IV del Libro X de la Novísima Recopilación, promulgada el 15 de julio de 1805, bajo el reinado de Carlos IV, cuando ya por entonces en algunos países de Europa, como Prusia o Francia, se había iniciado el proceso codificador. A ambos textos hará referencia la RDGRN de 6 de mayo de 2015, pero, según creo, malinterpretándolos en su trascendencia y en su particular contenido.

Por lo que ahora y aquí importa, decía el primero de los documentos indicados, la «Pragmática» de Carlos III: «Don Carlos, por la gracia de Dios, rey de Castilla, de León, de Aragón, etc. Sabed: Que por don Alejandro Gutiérrez Durán, como Procurador Síndico, personero de la villa de Alburquerque, en la provincia de Extremadura, se me representó que habiéndose observado en dicha villa de tiempo inmemorial el Fuero nominado del Baylío, conforme al cual todos los bienes que los casados llevan al matrimonio o adquieren por cualquier causa, se comunican y sujetan a partición como gananciales... por mitad, sin consideración de lo que cada uno de los dos casados llevó al matrimonio o hubo durante él como antes de contraerse no se haya capitulado casar a Fuego de León», lugar donde regía el régimen dotal de separación. En este fragmento reproducido queda constatado que el Fuero del Baylío hace referencia a un régimen de comunidad absoluta, que es presunto, pues no requiere de pacto para regir el matrimonio⁴, e inmemorial o de origen tan lejano como ignorado. Y en un pasaje posterior seguía diciendo aquel texto de Carlos III: «...que, aunque no se encuentra el privilegio de dicho Fuego —de nuevo, su carácter inmemorial—, resulta que se observa en la citada villa de Alburquerque, ciudad de Jerez de los Caballeros, valles de su comarca —he aquí el carácter municipal del Fuego del Baylío— y en el vecino reino de Portugal con el título de ley de a metade, que fue concedido a la villa de Alburquerque por Alfonso Téllez, su fundador, yerno de Sancho II, Rey de Portugal⁵; y que semejantes Fueros no están derogados por las leyes del Reino; antes bien se hallan preservados en ellas, especialmente por la I y VI de las —Leyes— de Toro» de 1505, que, respectivamente, se referían a la posible vigencia de fueros —municipales, incluidos—⁶ y de costumbres. Y terminaba diciendo algo más adelante aquel texto: «...se acordó expedir esta mi céduela, por la cual, apruebo la observancia del Fuego denominado del Baylío, y mando que todos los Tribunales de estos mis reinos se arreglen a él para la decisión de los pleitos que sobre particiones ocurran en la citada villa de Alburquerque, ciudad de Jerez de los Caballeros y demás pueblos donde se ha observado hasta

ahora, entendiéndose sin perjuicio de providenciar en adelante otra cosa si la necesidad y transcurso del tiempo acreditasen ser más conveniente que lo que hoy se observa en razón del citado Fuenro, si lo representasen los pueblos». Por su parte, la Novísima Recopilación no hace sino extractar y compendiar algunos pasajes de la Pragmática ahora reproducidos; de ahí la oportunidad de ahorrar su transcripción aquí en texto⁷.

A la vista de ambos textos, ante todo resulta imprescindible aclarar que no por la proclamación por escrito en ellos del Fuenro del Baylío, este dejó de ser costumbre foral para convertirse en ley común, como en cambio llega a decir la RDGRN de 6 de mayo de 2015: «Algunos de los primeros problemas que se nos presentan al hablar del Fuenro del Baylío es el de determinar su naturaleza jurídica y comienzo de la comunidad, así como si estamos ante una ley en sentido amplio o ante una costumbre, ante un derecho consuetudinario. Con carácter general, se ha dicho que el Fuenro del Baylío es una costumbre, que trata de tiempo inmemorial y que el pueblo ha venido observando a través de los siglos. Efectivamente, ello es cierto. Pero también lo es que en un determinado momento esta costumbre recibe el reconocimiento y la sanción por parte del Rey Carlos III, quien ordenó que todos los tribunales lo tuvieran en cuenta para la resolución de los pleitos que sobre particiones se les presentaran. Posteriormente, reinando Carlos IV, el Fuenro del Baylío fue incorporado a la Novísima Recopilación. Siendo este, a juicio de varios autores, el momento en el que la costumbre adquiere rango de norma legal». Lo que de ser así, habría que estimar que las lagunas del Fuenro, que en un texto anterior (antes transcrto) las estimaba como de una costumbre, lo son, en realidad, de una ley: una estricta laguna legal.

En mi opinión, no fue ello así. La propia Pragmática: por un lado, amén de que denomine al Baylío en varias ocasiones como Fuenro solo aplicable en ciertas villas extremeñas, en su referencia a las Leyes I y VI de las Leyes de Toro de 1505 proclama la vigencia del Baylío como fuenro local y como costumbre. Por otra parte, dicho texto de Carlos III no convierte al Fuenro en ley, en norma escrita, porque, aunque suela hablarse de la «Pragmática» de Carlos III no es tal, sino Real Cédula, como a veces ella misma se denomina. No es, por tanto, ley regia, sino documento o instrucción que reconoce, respeta y ratifica —que no concede, ni crea *ex novo*—, para darle fijeza y prueba, la existencia previa y la vigencia, o subsistencia, posterior de una costumbre en ciertos lugares⁸.

No puede, desde luego, decirse lo mismo de la Novísima Recopilación, que sí fue Ley y, además, común, para todo el Reino de España, pero recopiladora de muchos fueros consuetudinarios (catalán, alavés, guipuzcoano, aragonés, navarro, vizcaíno, gallego, mallorquín...), que no por ello, como explica con detalle DE CASTRO, dejaron de ser norma foral ni costumbre⁹. No en vano, muchos de ellos sobrevivirían en 1889 a la promulgación del Código Civil cuando en su artículo 1976 quedaba derogado todo el Derecho Común, que por entonces era el de Castilla, incluida la Novísima Recopilación¹⁰.

Observada la pervivencia del Baylío como fuenro municipal consuetudinario, la cuestión clave, para conocer su contenido, concierne a su propio origen. Tal cuestión es eludida en los textos indicados. Mas no debe haber objeción a tal silencio. La Real Cédula de Carlos III, que la Novísima Recopilación se limitó a extractar, no se dictó para determinar el origen del Fuenro del Baylío, que ella misma confiesa ignorar al indicar varias veces su carácter inmemorial; ni siquiera se dictó para concretar su exacto contenido y alcance, sino para resolver un problema más concreto, el de la aplicabilidad del Fuenro del Baylío en Alburquerque: ambos documentos hablan de la «villa de Alburquerque, ciudad de Jerez de

los Caballeros, valles de su comarca y —añaden— demás pueblos donde se ha observado hasta ahora»; o sea, que hay más lugares donde se admite la vigencia del Fuero del Baylío, pero que la Real Cédula no cita por innecesario, porque no es la cuestión en ella a resolver¹¹. La cita, añadida, hecha en ella de Jerez de los Caballeros es por lo indudable de su sometimiento al Fuero del Baylío. Pero la cita, casi aislada, de Alburquerque obedece a la disputa que en esta villa se originó y que Carlos III zanjó; por entonces, durante la segunda mitad del siglo XVIII, los Tribunales de Alburquerque se habían venido negando a aplicar el Fuero del Baylío en lugar del Fuero de León, que regulaba un régimen económico-matrimonial dotal de separación¹².

Mas, ¿por qué fue un problema el de aplicar el Fuero del Baylío en Alburquerque? Porque esta villa nunca perteneció al Bayliato de Jerez de los Caballeros, sino, según cada momento histórico, a Portugal o a Castilla-León.

Y es, precisamente, su pertenencia al Reino de Portugal durante algunos períodos de su historia la que explica que en Alburquerque rija, incluso hoy día, un régimen económico-matrimonial de comunidad universal, la llamada Carta de meatade portuguesa, a la que la propia Real Cédula de Carlos III se refería en un pasaje arriba transcrita, cuando dice que el Fuero del Baylío se observa en algunas comarcas extremeñas «y —también, dice— en el vecino reino de Portugal con el título de a meatade, que fue concedido a la villa de Alburquerque por su repoblador, Alfonso Téllez, yerno de Sancho I, Rey de Portugal». Lo mismo puede decirse, según parece, de otros lugares, como La Codosera, como Ceuta, que fue portuguesa desde 1415 hasta 1640, o como Olivenza, donde se produce el litigio que llega a la RDGRN de 6 de mayo de 2015, y que en el año en que se dictó la Real Cédula, 1778, y ya desde 1297 hasta 1801, era portuguesa; de ahí su omisión en la Real Cédula, y en los expedientes, todos ellos de 1778, que precedieron a su redacción. En tales lugares, por tanto, nunca rigió el llamado Fuero del Baylío, sino la Carta de Mitad portuguesa.

Así parece admitirlo la RDGRN de 6 de mayo de 2015 (antes transcrita en este sentido); pero, en mi opinión, lo hace sin aprovechar ese dato para la solución del problema principal planteado en el caso, relativo al momento en que comienza a regir la comunidad universal en que aquel Fuenro, y aquella Carta, consisten. Incluso llega a decir que tal cuestión es irrelevante: «Sea una carta o un fuenro...».

2. LA POSIBILIDAD DE PROBAR EL CONTENIDO DEL FUERO DEL BAYLÍO EXTREMEÑO POR SU HERMANAMIENTO CON LA CARTA DE MITAD PORTUGUESA, DESDE SU INTERPRETACIÓN ACTUALIZADA; Y LA CONSIGUIENTE DETERMINACIÓN DEL MOMENTO EN QUE COMIENZA A REGIR LA COMUNIDAD UNIVERSAL EN QUE CONSISTE EL FUERO DEL BAYLÍO

En casi todos los estudios existentes sobre el Baylío suele respirarse cierto aire pesimista por la dificultad de conocer y de probar el contenido de dicho régimen matrimonial en las zonas de Extremadura donde rige. Suele afirmarse que en Extremadura, para acreditar el contenido del Fuero del Baylío, sus vecinos civiles cuentan solo con aquellos dos textos —ya vistos arriba—: uno es la Ley 12, del Título IV del Libro X de la Novísima Recopilación, cuyo único mérito reside en compendiar otro texto, el de la Real Cédula de Carlos III de 1778, que si bien es más amplio que el de la Novísima, dado que su objeto fue el de resolver la aplicabilidad del Baylío en Alburquerque, contiene muchas lagunas y algunos equívocos, cuando no equivocaciones (*v. gr.*, su referencia a Alfonso Téllez), que,

precisamente, son los que han originado los problemas de interpretación de ambos textos que tanto atormentan.

Ahora bien, de admitirse, como parece hacer la RDGRN de 6 de mayo de 2015, la filiación natural que, por su común origen Franco-Borgoñón, existe entre el Fuero del Baylío extremeño y la Carta de Mitad portuguesa, que incluso fue la aplicada, con esa denominación, en algunos territorios de Badajoz (Alburquerque, Olivenza, La Codosera), además de los documentos españoles anteriores, ¿por qué no cabe acudir también para conocer el contenido del Baylío a las Ordenanzas portuguesas —a todas ellas (las Alfonsinas —las dos—, las Manuelinas, las Felipinas y también las Juaninas)—, e incluso al propio Código Civil portugués de 1867¹³, que recogía esa tradición consuetudinaria lusitana, transformándola —en este caso sí— en escrita, en Ley¹⁴? Ciertamente, estando ya derogadas todas esas normas y siendo, además, foráneas o extranjeras —por no ser españolas— para Extremadura, la única traba radicaría en la necesidad de alegar y probar su contenido, pues tampoco —como es sabido— para el Derecho extranjero, mucho más si ya está derogado en su país de origen, rige el principio *iura novit curia* (*cfr.*, arts. 1.3 del Código Civil y 281.2 LEC). Pero, ¿qué problema hay en la necesidad de probar el contenido de esas normas, tan exhaustivas y ricas al describir y regular el régimen matrimonial de hermandad, en comparación con el de contar solamente con los escuálidos e imprecisos documentos españoles de los Carlos (III y IV)?

El principal problema que siempre ha planteado el Fuero del Baylío en los lugares extremeños donde se aplica, y que ha sido la preocupación y el objeto específicos de la mayoría de los estudios doctrinales existentes sobre dicho Fero, se refiere al propio comienzo del régimen económico-matrimonial de comunidad universal, al momento mismo en que todos los bienes y todas las deudas se hacen comunes entre los cónyuges. El germen del problema radica, precisamente, en la equivocidad de la propia Real Cédula de Carlos III, cuando dice —reproduciéndolo así también la Novísima Recopilación— que «todos los bienes que los casados llevan al matrimonio, ó adquieren por cualquier razon, se comunican y sujetan á partición como gananciales». A la vista de esta frase, la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1892 (Col. Leg., tomo de 1892, núm. 34), única que se ha pronunciado sobre esta espinosa cuestión —no creadora, por tanto, de jurisprudencia—, pero secundada por parte —la minoritaria— de la doctrina, por numerosas sentencias de Audiencias Provinciales extremeñas (aunque no por otras), y por la unanimidad de resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (incluida la que aquí comento, de 6 de mayo de 2015), entendió que la comunidad empieza con la disolución del matrimonio, que por aquel tiempo, y prácticamente hasta la reforma del Código Civil en 1981, solo podía operar por la muerte de uno de los cónyuges, no ya, por supuesto, por el divorcio, ni siquiera por la declaración de fallecimiento (*cfr.*, los antiguos artículos 52 y 195.3 del Código Civil y el vigente artículo 85 del Código Civil)¹⁵.

Decía, íntegramente, la STS de 8 de febrero de 1892: «Considerando que la observancia mandada guardar por la Ley 12, Título 4.º, Libro 10 de la Novísima Recopilación del Fuero del Baylío en la villa de Alburquerque, ciudad de Jerez de los Caballeros y demás pueblos en que era costumbre, no consiste, según los términos de la citada ley, en la comunidad de los bienes desde el instante del matrimonio, sino en comunicarlos y sujetarlos todos á partición como gananciales, ó sea al tiempo de disolverse la sociedad, que es el momento en que, con arreglo á la legislación común, se determina este carácter en los que excedan de las peculiares aportaciones de los cónyuges, y, por lo tanto, que durante el ma-

rimonio pueden los sometidos á dicho Fuero disponer libremente de los bienes de su particular patrimonio».

Con razón, en mi opinión, la mayoría de la doctrina, y también algunas sentencias de las Audiencias Provinciales extremeñas (como reconoce la propia RDGRN de 6 de mayo de 2015), han venido criticando tal interpretación de aquel pasaje de la Pragmática y de la Novísima Recopilación, entendiendo que el régimen económico-matrimonial, que no es solo régimen sucesorio o de partición hereditaria, contenido en el Baylío, comienza en el momento mismo de celebración del matrimonio¹⁶.

Con la intención de no dejar exhausto al lector con un gran listado de juristas que así piensan, baste aquí con apuntar sucintamente las más importantes razones que a la casi unanimidad de la doctrina lleva a criticar la opinión anterior: en cuanto a la expresión —del todo desafortunada, por equívoca— de la Cédula Real y de la Novísima Recopilación —la de que «se comunican y sujetan á partición como gananciales»—, suele hacerse la siguiente precisión gramatical: en dicha frase se contienen dos verbos y una conjunción copulativa que denota la existencia de dos momentos, y de dos efectos, distintos en la vida matrimonial: el primero, el «se comunican», que se refiere a los efectos del matrimonio tras su celebración; y, el segundo, el «se sujetan...», que se refiere a los efectos tras la disolución del matrimonio¹⁷. Además, conviene no olvidar, como quedó ya advertido (en el epígrafe II.1), que la razón de tal Cédula regia no fue la de hacer acopio escrupuloso del entero régimen del Baylío, sino la de pronunciarse acerca de su aplicabilidad en Alburquerque.

En lo sustancial, se alega por esta doctrina que ningún régimen matrimonial de comunidad universal —nacional o extranjero, pasado o actualmente vigente— ha fijado jamás el inicio de dicha comunidad en el momento de disolución del matrimonio¹⁸. Lo contrario es ilógico, irracional. El del Baylío, como cualquier otro sistema económico conyugal, aunque no sea el de comunidad absoluta, es régimen económico-matrimonial, no de sucesión o *mortis causa* (aunque la RDGRN de 6 de mayo de 2015 lo califique como «una comunidad *post mortem*»), sino por y para el matrimonio, entre los cónyuges y para los cónyuges, cuyo fin es —hoy más que nunca por su constitucionalidad (art. 14 CE)— la igualación patrimonial de los cónyuges. De admitirse la interpretación del Tribunal Supremo, y de los que le siguen, se llegaría al absurdo de que la comunidad solo surte efectos en el interregno comprendido entre la disolución del matrimonio —que por entonces, insistimos, solo podía ser por muerte de uno de los cónyuges— y el momento de formalizarse las operaciones de liquidación de la comunidad. Se comunicarían, entonces, bienes cuando ya no hay cónyuges entre los que comunicar nada, pues la comunicación se haría entre el cónyuge supérstite o viudo —si lo hay— y los herederos del cónyuge premuerto. Y que si hubiera simultaneidad en la muerte de ambos cónyuges (*cfr.*, art. 33 del Código Civil), sería, entonces, un régimen económico matrimonial que regiría solo para los herederos de los cónyuges.

Estas son, en síntesis, las razones que mueven a buena parte de la doctrina a considerar que el régimen económico del Baylío, como cualquier otro régimen económico-matrimonial, principia con la celebración misma del matrimonio.

Sin la pretensión de añadir por nuestra parte nada nuevo a esta cuestión ya muy tratada, y en cierto modo manida, sobre la cual —como suele decirse— se han derramado ya ríos de tinta y vertido montañas de papel, hay un dato que, en nuestra opinión, ha pasado desapercibido para esta doctrina, y que abunda en la interpretación que ella mantiene: la de que la STS de 8 de febrero de 1892

es producto de su tiempo. Y es que por entonces, recién promulgado el Código Civil en 1889 y a lo largo de algún tiempo, casi toda la jurisprudencia formada en torno al régimen económico-matrimonial de comunidad, incluida la de gananciales o de comunidad limitada, entendía que dicho régimen comenzaba con la disolución del matrimonio. Comprensible puede resultar que así lo entendiera la STS de 1892, dada la equivocidad textual de la Novísima Recopilación; y recuérdese que dicha sentencia dice que el régimen del Baylío comienza «al tiempo de disolución de la sociedad —añadiendo— que es el momento en que, con arreglo a la legislación común —la del Código Civil!—, se determina este carácter». Porque en este punto el Código Civil, desde su origen —en 1889— y hasta prácticamente 1981 en que fue reformado, se mostraba también equívoco sobre el comienzo del régimen de gananciales al decir en su artículo 1392: «Mediante la sociedad de gananciales, el marido y la mujer harán suyos por mitad, al disolverse el matrimonio —decía!—, las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de los cónyuges durante el mismo matrimonio». Y ello así a pesar de que el artículo 1393 del Código Civil —antes de su reforma en 1981— dijera con claridad que «la sociedad de gananciales empezará precisamente en el día de la celebración del matrimonio». Sin duda, también el texto codificado podía provocar interpretaciones dispares, cuando no erróneas, como así le sucedió en un principio al Tribunal Supremo al entender que también el régimen de gananciales comenzaba con la disolución del matrimonio. Aquella redacción del Código Civil no sería modificada hasta 1981, en que se mejora en cierto modo (*cfr.* art. 1344 del Código Civil vigente). Pero la corrección de fondo, para entender que el régimen de gananciales comenzaba con la propia celebración del matrimonio, se hizo ya mucho antes por el propio Tribunal Supremo en repetida y ya consolidada jurisprudencia, y ello sin necesidad de que se cambiara la redacción del antiguo y ya hoy derogado artículo 1392.

Así mismo, de acudirse al régimen documentado sobre la Carta de Mitad para conocer su mellizo, el Fuero del Baylío, no existiría ningún problema o, de haberlo, quedaría zanjado, despejado. Según las Ordenanzas Alfonsinas, las de 1446, y las Juaninas, de 1640, el régimen de comunidad o hermandad plena y universal entre cónyuges de la costumbre de Mitad se iniciaba con la consumación del matrimonio, esto es, con la cópula carnal¹⁹. Por supuesto, de regir hoy esta norma no habría de ser entendida al pie de la letra, sino entender que el comienzo del régimen coincide, en principio, con el himeneo, con el momento de celebración del matrimonio —como así dijo, adaptando aquella costumbre de consumación a su tiempo, el artículo 1117 del Código Civil portugués de 1867²⁰— conforme a los requisitos del Código (arts. 49 y sigs. del Código Civil), salvo que los contrayentes fijasen otro momento de inicio, siempre posterior a las nupcias, conforme a lo permitido en el artículo 1345 del Código Civil sobre gananciales, cuyo antecedente, el artículo 1393 del Código Civil (redactado en 1889 y vigente hasta 1981), fijó ya el inicio del régimen de comunidad ganancial en el instante de celebración del matrimonio frente a las normas anteriores que exigían la convivencia —el consuno— de los cónyuges para que comenzara a regir la sociedad de gananciales (*v. gr.*, Ley 17, Título II, Libro IV del Fuenro Juzgo, y Ley 1.^a, Título IV, Libro X de la Novísima Recopilación). Esta interpretación actualizada de las Ordenanzas portuguesas obedece a que las costumbres, en cuanto normas jurídicas, pueden también interpretarse, como permite el artículo 3.1 del Código Civil, adecuándose a la realidad social del momento en que se aplican²¹. Obsérvese, además, como razón de lo prescrito en las Ordenanzas, que por entonces el Derecho Civil matrimonial era prácticamente coincidente, por

inspirarse en él, con el Derecho Canónico matrimonial, y que hasta el Concilio de Trento de 1523 el matrimonio no se perfeccionaba hasta que no se consumara la cónyula carnal.

Por igual razón, cabe incluir hoy como momento de disolución, y de posible liquidación, del régimen del Baylío, no solo el de la muerte de algún cónyuge, sino también cuando la disolución del matrimonio se produzca mediante el divorcio²². Así lo dice, aunque al principio y de pasada, la propia RDGRN de 6 de mayo de 2015, al considerar que en virtud del Fuero del Baylío «Todos los bienes que los cónyuges aportan al matrimonio, antes o después de su celebración, se convierten en comunes, como si fueran gananciales, y se parten por mitad —dimidio— llegado su fin, esto es, llegado el momento de la disolución de la sociedad conyugal, como consecuencia de separación, divorcio o muerte de uno de los cónyuges».

Otro de los problemas que suele plantear el Fuero del Baylío, a la hora de conocer su régimen, se refiere a la gestión (administración y disposición) del patrimonio común. Según la sentencia del Tribunal Supremo antes citada, la de 8 de febrero de 1892, dado que según ella el Fuero del Baylío no rige hasta la disolución del matrimonio por muerte, antes de dicha disolución regiría el principio de gestión individual, por cuya virtud cada cónyuge gestionaría sus propios bienes, a salvo posibles limitaciones legales (como la del antiguo art. 1413 del Código Civil, o como hoy sería la del actual art. 1320 del Código Civil), o convencionales²³. También es la posición adoptada por la RDGRN de 6 de mayo de 2015: «En consecuencia, el Fuero del Baylío... genera en el momento de la disolución por fallecimiento de uno de los cónyuges una comunidad universal; es decir, si bien en vida de ambos cada uno de los cónyuges puede libremente disponer de sus bienes privativos, fallecido uno cualquiera de ellos se hacen comunes todos los bienes y derechos de contenido patrimonial que pertenecieran a uno y otro».

Muy criticada también ha sido esta idea por la casi unanimidad de la doctrina —siendo por ello innecesario citarla—; dado que para ella la comunidad se inicia con la celebración de las nupcias, ha de regir, como regla, la cogestión, la gestión conjunta o en mano común de todos los bienes, precisamente por ser estos desde un principio comunes para ambos cónyuges. Tampoco hay aquí lugar a la disputa de recurrir a la hermana gemela del Baylío, la Carta de Mitad portuguesa.

Al haber, conforme a las Ordenanzas portuguesas, un único patrimonio, que es común a ambos cónyuges, desde el momento mismo de contraerse matrimonio, para la administración y disposición de tal patrimonio —decían las dos Ordenanzas Alfonsinas— rige el principio de cogestión o gestión conjunta, o en mano común, que ha de ser realizada o consentida por ambos esposos, quedando siempre a salvo la potestad doméstica o de las llaves (art. 1319 del Código Civil)²⁴. En esto, puede decirse sin incurrir en anacronismo ninguno, la Carta de Mitad, y por ende también el Fuero del Baylío correctamente interpretado, han sido revolucionarios, han ido siempre muy por delante del Derecho Común de Castilla, de inspiración romana, y de nuestro propio Código Civil, que hasta 1981 no aboliría para la gestión de los bienes gananciales la autoridad y la licencia maritales que reflejaban, e imponían, la superioridad —personal y económica— del marido sobre la mujer para su protección por ser la esposa el cónyuge más débil (*cfr.*, los antiguos, y ya derogados, arts. 57 a 61 del Código Civil frente a los arts. 1322, 1375 a 1377, entre otros, del Código Civil vigente). Quizá por ello el del Baylío fue un régimen adelantado, por precipitado o inadecuado incluso, a la realidad social de su tiempo.

Hacer otra interpretación del Fuero, no solo sería contrariar su propio contenido, sino también el impuesto legalmente por el del Código Civil en materia de gananciales, y para cualquier régimen de comunidad. Me explico:

3. LA APLICACIÓN —SUPLETORIA O ANALÓGICA— DEL RÉGIMEN DE GANANCIALES CONTENIDO EN EL CÓDIGO CIVIL COMO MECANISMO DE INTEGRACIÓN DEL FUERO DEL BAYLÍO; Y, DE NUEVO, LA DETERMINACIÓN INICIAL DE SU VIGENCIA COMO COMUNIDAD UNIVERSAL. UNA CUESTIÓN —TODAVÍA— HUÉRFANA DE VERDADERA JURISPRUDENCIA —FORAL—

Otro de los problemas que concierne al Fuero del Baylío ha sido el modo de colmar sus vacíos o lagunas. O, dicho de otro modo, amén de que al régimen del Baylío sean aplicables las normas pertinentes sobre el régimen primario (*v. gr.*, arts. 1315 y 1317 a 1323 del Código Civil), ¿cuál es el régimen supletorio o subsidiario del Fuero del Baylío? La doctrina responde, casi en unanimidad, siendo uno de los primeros en afirmarlo MADRID DEL CACHO (*op. cit.*, p. 17), que, por la analogía existente entre el régimen del Baylío y el de gananciales —pues ambos son de comunidad, aunque el primero universal y el otro limitado— (*cfr.*, art. 4.1 del Código Civil) y por la aplicación supletoria del propio Derecho común para suprir las lagunas de los Derechos Forales (arts. 13.2 del Código Civil —fiel trasunto del originario art. 12.2 del Código Civil de 1889— y 149.3 CE), habrá que acudir a las normas del Código Civil español que regulan el régimen económico-matrimonial de gananciales, con las correspondientes adecuaciones para el régimen del Baylío. Así ya lo dice expresamente y con alcance general, para el Derecho portugués, el artículo 1734 de su vigente Código Civil²⁵.

Dicha aplicación normativa, sea analógica o supletoria, sin duda, me parece acertada: en principio, en el régimen del Baylío todo es común, cualquiera que sea la fecha de adquisición —antes o después de celebrado el matrimonio—, y cualquiera que sea la procedencia —onerosa o gratuita—, la naturaleza —mobiliaria o inmobiliaria— y la situación —el *locus*— de lo adquirido por cualquiera de los cónyuges²⁶. Sin embargo, cierta doctrina discute, acerca del Baylío, si hay o no que excluir de esa masa patrimonial común los bienes vinculados y los bienes personalísimos²⁷. Tal duda no existiría de acudir a la Carta de Mitad. En principio, como dicen todas las Ordenanzas regias lusitanas, el artículo 1108 del Código Civil portugués de 1867, e incluso el artículo 1732 del Código Civil portugués vigente, y como ya se advertía en los expedientes e informes previos a la Real Cédula de Carlos III, todo bien pertenece a ambos esposos en mano común²⁸. Pero junto a esta regla hay, sin lugar a la hesitación ni al debate, excepciones. Como decía el artículo 1109.1.^º y 5.^º del Código Civil portugués de 1867, y mantiene hoy el artículo 1733.1 del Código Civil portugués vigente, quedan excluidos de la masa patrimonial común: por un lado, los bienes personalísimos (*cfr.*, para su significado, los números 5.^º a 7.^º del artículo 1346 del Código Civil español sobre el régimen de gananciales); y, por otro, los bienes vinculados, que por aquel entonces, durante el siglo XVIII y principios del XIX, era los mayorazgos, las capellanías y los patronatos²⁹. No obstante, habiendo ya desaparecido tales vinculaciones, hoy habría que estimar como bienes vinculados y, por tanto, como excluidos del activo patrimonial común, como así dice el artículo 1733.1 del Código Civil portugués vigente —en nota anterior reproducido—: las sustituciones fideicomisarias verticales (las de los arts. 781 a 785 del Código Civil español), las explotaciones agrarias familiares y las reservas hereditarias (las de los arts. 811 y 968 a 980 del Código Civil español).

Y así lo reconoce la RDGRN de 6 de mayo de 2015 cuando, sin acudir al Derecho portugués, aplica por analogía los artículos 1346 y 1347 del Código Civil para entender que, aun en el régimen del Baylío hay algunos bienes privativos (como los derechos y bienes personalísimos): «Por analogía, en los artículos 1346 y 1347 del Código Civil, reguladores de la calificación de los bienes privativos y comunes en el régimen de la sociedad de gananciales, observamos que tanto los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles *«inter vivos»*, así como los adquiridos por resarcimientos y ejercicio de determinados derechos (*v. gr.*, retracto), son de carácter privativo; ciertamente que en la comunidad del Fuenro de Baylío se hacen comunes todos, pero de lo que se trata es de determinar si puede ser configurado el derecho de transmisión como un bien susceptible de propiedad o como un derecho personalísimo exclusivo en cualquier caso de los herederos de la fallecida que lo hizo sin aceptar o repudiar. Lo cierto es que el legislador los consideró como privativos por la difícil configuración de los mismos como comunes, lo que en el supuesto de este expediente, se pone claramente de manifiesto».

Pero, siendo ello así, ¿por qué la RDGRN de 6 de mayo de 2015 no ha aplicado también por analogía los artículos 1344 y 1345 del Código Civil para determinar el comienzo de la comunidad en el régimen del Baylío? Negar la aplicación de tales normas, para mantener la que solo literalmente se extrae de aquellos equívocos textos regios tan antiguos de Carlos III y de Carlos IV, sería mantener la aplicación de una norma que, errónea o acertada, legal o consuetudinaria, contraría lo dispuesto en una norma, sin duda, de rango legal y posterior en el tiempo, que se consagra en aquellos artículos 1344 y 1345 del Código Civil. Ni el carácter foral de aquella, ni su —pretendida— interpretación jurisprudencial, salva dicho obstáculo. A este último efecto, para que hubiera una —auténtica— jurisprudencia que por sí sola fuera bastante para mantener la interpretación que hoy hace la RDGRN de 6 de mayo de 2015, ya sea para mantener su sentido histórico (extraído de aquellos textos reales), ya sea como prueba de su posterior consolidación (a modo de una suerte de interpretación sociológica del Fuenro del Baylío desde la jurisprudencia como manifestación de una nueva *«realidad social»*, que permite el art. 3.1 del Código Civil)³⁰, habría de ser una jurisprudencia legítima en su origen, y uniforme o constante en su interpretación. Pero nada de ello acontece en el caso del Baylío: solo hay una STS (la de 1892) que se pronuncie sobre la cuestión, en la *«jurisprudencia menor»* extremeña hay disparidad de criterios, y aunque haya unanimidad en la *«jurisprudencia registral»*, estrictamente, ninguna de ellas es origen legítimo de verdadera jurisprudencia sobre el Fuenro del Baylío. Solo cabría que así lo hubiera si emanara del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, cosa que hasta la fecha, si no yerro, aún no ha sucedido, aunque la propia discrepancia habida entre las Audiencias Provinciales extremeñas hace ya tiempo que justificaría la interposición de un recurso de casación foral al respecto (*cfr.*, los arts. 9.1.4.^º y 50.2.b] de la Ley Orgánica 1/2011, de 28 de enero, de reforma del Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Extremadura³¹).

Habrá, pues, que tener paciencia, y esperar que sea esta la que ponga fin a un debate que ya dura demasiado tiempo. Solo entonces habrá una solución oficial al problema, y con independencia de que esta sea o no compartible, al menos habrá venido a poner un poco de orden, de seguridad jurídica, a la cuestión.

Así parece hasta reconocerlo la RDGRN de 6 de mayo de 2015, cuando finalmente parece secundar la posición *«jurisprudencial»* por mero mimetismo

hasta que otro pronunciamiento diga lo contrario: «... Y en virtud de las últimas sentencias de la Audiencia Provincial de Badajoz, y hasta que se produzca otra resolución judicial, que con otros razonamientos se pronuncie en distinto sentido, hemos de concluir en que los efectos del Fuero del Baylío comienzan a la hora de la disolución del matrimonio».

III. BIBLIOGRAFÍA (ESPECÍFICA SOBRE EL FUERO DEL BAYLÍO)

- ACEDO PENCO, A., El Fuero del Baylío como expresión del Derecho civil tradicional vigente en Extremadura: aproximación y propuesta legislativa, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2007, pp. 107-125.
- ARRIBA PORTALES, P., Algunas anomalías del Fuero del Baylío y de su aplicación conjunta con instituciones del Código Civil, en *RCDI*, 1945, pp. 262-268.
- BECERRA PEÑAFIEL, E., Historia y Derecho en Ceuta: la pervivencia de la legislación y las instituciones portuguesas. El fuero del Baylío, en la obra colectiva *Ceuta en los siglos XVII y XVIII*, Ceuta, 2004, pp. 31-42.
- BENÍTEZ LÓPEZ, F., Extremadura y su Fuero del Baylío, en *Revista de Extremadura*, 1889, T. I.
- BORRALLO SALGADO, T., *El Fuero del Baylío. Estudio histórico-jurídico*, con prólogo de R. GÓMEZ DE VILLAFRANCA, Badajoz, 1915.
- BOZA VARGAS, J., El Fuero del Baylío, Fregenal, 1898 (recensionado por J. Morell y Terry, en *RGLJ*, 1898, p. 555).
- BUYLLA, J., El Fuero del Baylío y el Código Civil, en *Anales de la Universidad de Oviedo*, 1902-1903, T. II.
- CARVALLO, W. J., *Fuero del Baylío. Necesidad de una aplicación uniforme por los Registradores*, Madrid, 1879.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G.: El Fuero del Baylío: Su pervivencia y contenido en parte de Extremadura, en *RCDI*, 2003, pp. 2655-2698.
- El Fuero del Baylío: ¿Es aplicable hoy para los ceutíes?, en la obra colectiva *Ceuta en los siglos XIX y XX*, en la que se recopilan las IV Jornadas de Historia de Ceuta, editada por el Instituto de Estudios Ceutíes, Ceuta, 2004, pp. 345-384.
- CERRO SÁNCHEZ-HERRERA, E.: *Aportación al estudio del Fuero del Baylío*, Madrid, 1964.
- Algunas puntualizaciones sobre el Fuero del Baylío, en *RDP*, 1973, pp. 109-126.
- *Investigación sobre el Fuero del Baylío*, Madrid, 1974.
- El Título Preliminar del Código Civil y el Fuero del Baylío, en *RDP*, 1976, pp. 185-204.
- FERNÁNDEZ DÍAZ, J., El Fuero del Baylío, en *Revista de Extremadura*, 1906, T. VIII.
- FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, J., Acercamiento histórico-jurídico y propuesta de regulación del derecho foral de Extremadura: el Fuero del Baylío, en *La Ley*, 1999-2000, pp. 1702-1731.
- GARCÍA GALÁN, A., Antecedentes históricos del Fuero del Baylío, en *Poder Judicial*, 1990, pp. 53-72.
- HERRERO JIMÉNEZ, M., El Fuero del Baylío: origen histórico y vigencia, en *Revista de estudios económicos y empresariales*, 1996, pp. 133-146.
- JUANES PECCES, A., El Fuero del Baylío: capacidad normativa de la Comunidad Autónoma de Extremadura para legislar sobre dicho Fuerro, en *Poder Judicial*, 1990, pp. 73-76.

- MADRID DEL CACHO, M., *El Fuero del Baylío. Un enclave foral en el Derecho de Castilla*, con prólogo de A. De Cossío y Corral, Córdoba, 1993.
- MAHÍLLO SANTOS, J., Estudios sobre el Fuero del Baylío, en *Revista de Estudios Extremeños*, 1958, T. XIV.
- MARTÍNEZ PEREDA, M., El Fuero del Baylío, residuo vigente del Derecho Cel-tíberico, en *RCDI*, 1925, pp. 213-222 y 353-363.
- MINGUJÓN, S., Fuero del Baylío, en *NEJ*, T. X, pp. 301-303.
- MOUTÓN Y OCAMPO, L., Fuero del Baylío, en *EJE*, T. XVI, pp. 694-699.
- PERALTA CARRASCO, M.: El llamado Fuero del Baylío: historia y vigencia del fuero extremeño, en *Cuadernos de investigación histórica*, 2000, pp. 7-18.
- La liquidación en la comunidad universal de bienes del Fuero del Baylío, en *Anuario de la Facultad de Derecho*, 2011, pp. 267-284.
- RAMÍREZ JIMÉNEZ, M., El Fuero del Baylío y su vigencia en Ceuta, en *ADC*, 1962, T. XV, pp. 999-1023.
- RODRÍGUEZ GIL, M., Fueros y desigualdades jurídicas entre ciudadanos: el Fuero del Baylío, en *Foro: Revista de ciencias jurídicas y sociales*, núm. 10, 1999, pp. 33-54.
- RUIZ GONZÁLEZ, F., Algunas cuestiones sobre el Fuero del Baylío, en *La Ley*, 1999, T. II, pp. 1680 y 1681.
- SÁNCHEZ-ARJONA Y MACÍAS, J.: ¿Por qué es necesario legislar el Fuero del Baylío?, en *AC*, 2000, T. II, pp. 503-526.
- De nuevo, el Fuero del Baylío, en *AC*, 2006, pp. 1781-1800.
- Los fundamentos generales del Fuero del Baylío y de los demás regímenes de comunidad universal de bienes en el matrimonio, en *AC*, núm. 1, 2013.
- El necesario punto de inflexión en la consideración del Fuero del Baylío, en *AC*, núm. 3, 2014.
- SILVA SÁNCHEZ, A., Ensayo sobre el régimen económico matrimonial en el Fuero del Baylío, en *Revista de Derecho*, 2005, pp. 9-24.
- UREÑA, R., Derecho Foral», en *EJE*, T. XI, pp. 138-146.
- VILLALBA LAVA, M., *El Fuero del Baylío como derecho foral de Extremadura*, 2 vols., 2009.
- VILLARREAL, I., El Fuero del Baylío, en *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, 1929, T. LXIII.
- VVAA, *Panorama y sociedad: anuario de ciencia jurídica y sociología de la Asamblea de Extremadura. Jornadas sobre el Fuero del Baylío*, 1999.
- *Estudios sobre el Fuero del Baylío en memoria de D. José Soto García-Camacho*, Pamplona, 2012.
- YZQUIERDO TOLSADA, M., El Fuero del Baylío, vigente pero no viable, en *AC*, 1991, T. II, pp. 239-256.

NOTAS

¹ Como hace tiempo explicaban GARCÍA GOYENA, F. y AGUIRRE, J., *Febrero ó librería de jueces, abogados y escribanos*, T. II, Madrid, 1841, p. 74, «en los pueblos en que está vigente el Fuero del Baylío... se comunican por mitad los cónyuges los bienes...de cualquiera de ellos, reputándose todos gananciales aun cuando uno de los dos no llevase al matrimonio cosa alguna». No es, desde luego, el del Baylío el único régimen de comunidad universal que, con ciertas variaciones comparado con él, ha existido o aún existe en España. Así, por ejemplo, destacan el Fuero de Vizcaya (hoy vigente en los artículos 47 a 49 de la Compilación de Vizcaya y Álava); el Fuero de Evitico (actualmente consagrado en las

Leyes 101 y 102 del Fuero Nuevo de Navarra); las Costumbres de Tortosa (con el llamado «*agermanament*» o «*matrimoni di migper mig*»); las costumbres catalanas de Gerona (con la llamada «*querimonia*») y del Valle de Arán (con el denominado «*mitja guadanyería*»); y los pactos de hermandad en Aragón y Navarra.

² Así lo expresó el Alcalde de Alburquerque, don Ángel VADILLO, en las Jornadas sobre el Fuero del Baylío celebradas los días 12 y 13 de noviembre de 1998 en Olivenza, otro lugar donde supuestamente rige dicho Fuero, y en que se produce el litigio que llega a la RDGRN de 6 de mayo de 2015.

³ Con exclusión *hic et nunc* de Ceuta, por no haber sido nunca extremeña, y siguiendo un estricto orden alfabetico, la casi unanimidad de la doctrina, siendo por ello innecesario citarla, dice que el Fuero del Baylío ha regido y rige en: Alburquerque, Alconchel, Atalaya, Burguillos —del Cerro—, Codosera, Cheles, Fuentes de León, Higuera de Vargas, Jerez de los Caballeros —antes llamado Jerez de Badajoz—, Oliva de la Frontera —antes llamado de Jerez—, Olivenza, Santo Domingo, San Jorge, San Benito, Táliga, Valencia del Mombuey, Valencia del Ventoso, Valverde —de Burguillos—, Valle de Matamoros, Valle de Santa Ana, Villanueva del Fresno, Villarreal, y Zahínos.

⁴ Así quedó ya advertido en el Informe de los Fiscales del Consejo de Castilla, Camponeses y Floridablanca, de 30 de julio de 1778, remitido al rey Carlos III: el Fuero del Baylío rige «salvo si al tiempo de contraer se contratare o pactare a otro fredo», añadiendo luego que «el Fuero del Baylío está en arbitrio de las partes, una vez que es voluntario contraer matrimonio y pactar con arreglo á otro fredo o ley, según resultara sin la precisión de ceñirse a lo que dispone el citado Fuero del Baylío». Y así seguiría siendo a lo largo del tiempo, como lo prueba que a mediados del siglo XIX insistían en ello GARCÍA GOYENA, F. y AGUIRRE, J., *op. cit.*, p. 74, al decir que «en los pueblos en que está vigente el Fuero del Baylío —este— tiene lugar si no hubiera intervenido pacto en contrario».

⁵ En esa referencia a Alburquerque, la Real Cédula de Carlos III, por secundar en este punto lo dicho en el Informe de los Fiscales del Reino, yerra al decir que el Fuero del Baylío fue «concedido a la villa de Alburquerque por Alfonso Téllez, su fundador, yerno de Sancho II, Rey de Portugal», cuando, como hoy es sabido por historiadores, Alfonso Téllez fue repoblador, no fundador, de Alburquerque, y difícilmente pudo ser yerno de Sancho II, cuando este no tuvo hijas legítimas; con quien contrajo matrimonio Alfonso Téllez, en segundas nupcias, fue con una hija de Sancho I, de Portugal.

⁶ Ya en la Ley 1.^a de las Leyes de Toro de 1505, se decía: «Son fueros municipales que cada ciudad, villa, ó lugar tuviere en lo que son, ó fueren usadas y guardadas en los dichos lugares».

⁷ No así en nota. Decía la Ley 12 del Título IV del Libro X de la Novísima Recopilación: «Apruebo la observancia del fredo denominado del Baylío, concedido á la villa de Alburquerque por Alfonso Téllez, su fundador, yerno de Sancho II, Rey de Portugal, conforme al qual todos los bienes que los casados llevan al matrimonio, ó adquieren por qualquiera razon, se comunican y sujetan á partición como gananciales; y mando, que todos los Tribunales de estos mis reinos se arreglen á él para la decisión de los pleytos que sobre particiones ocurrran en la citada villa de Alburquerque, ciudad de Xerez de los Caballeros, y demás pueblos donde se ha observado hasta ahora; entendiéndose sin perjuicio de providenciar en adelante otra cosa, si la necesidad ó transcurso del tiempo acreditarase ser mas conveniente que lo que hoy se observa en razon del citado fredo, si lo representasen los pueblos».

⁸ Recuérdese cómo terminaba la Real Cédula de Carlos III de 1778: «...se acordó expedir esta mi cédula —no dice mi Pragmática—, por la cual, apruebo —no dice concedo, otorgo...— la observancia del Fuero denominado del Baylío, y mando —que rija— en la citada villa de Alburquerque, ciudad de Jerez de los Caballeros y demás pueblos donde se ha observado hasta ahora», o sea, como fredo consuetudinario ya existente desde antes. A mayor abundamiento, no aparece en el texto de Carlos III la cláusula estilo, de apertura o de cierre, propia por entonces de cualquier auténtica Pragmática: «bien así como si fuese hecha e ordenada e establecida e publicada en Cortes».

⁹ DE CASTRO, F., *op. cit.*, pp. 248 a 250. Refiriéndose, en concreto, al Baylío, decía DE COSSÍO en su prólogo a la obra de MADRID DEL CACHO, M. (*El Fuero del Baylío*.

Un enclave foral en el Derecho de Castilla, Córdoba, 1993, p. 4), que este Fuero «encuentra su consagración no tanto en la escueta norma de la Novísima Recopilación, como en la costumbre ininterrumpida de las gentes que desde hace siglos vienen aceptando el régimen de comunidad universal de bienes en sus matrimonios y que constituye una manifestación concreta de la fuerza creadora de los actos jurídicos, cuando los mismos gozan del universal asentimiento».

¹⁰ Rigiendo la Novísima Recopilación, el Tribunal Supremo, en el Considerando 1.^º de su sentencia de 30 de junio de 1869 (Col. Leg., tomo de 1869, núm. 196), ya decía que la Real Cédula de Carlos III era meramente «aprobatoria de la observancia del Fuero del Baylío en Alburquerque y otros pueblos de Extremadura, donde ya regía». Por su parte, una vez ya promulgado el Código Civil en 1889, dirá la STS de 8 de febrero de 1892 (Col. Leg., tomo de 1892, núm. 34) que la Novísima Recopilación como ley simplemente reconocía la vigencia de un Fuero que aún entonces «era costumbre»; y como «régimen consuetudinario matrimonial» sobrevive al Código Civil en 1889, dice la RDGRN de 10 de noviembre de 1926.

¹¹ Buena cuenta tuvo Carlos III de esas otras villas donde venía aplicándose el Fuero del Baylío. Para redactarse la Real Cédula de 1778, se tuvieron en cuenta: la petición o recurso, de 1777, de don Alejandro Gutiérrez Durán (*supra*, en el mismo texto de la Real Cédula citado); el expediente de 25 de febrero de 1778, del Alcalde Mayor y Gobernador interino de Jerez de los Caballeros, don Miguel Antonio Bernabeu; el expediente de 21 de marzo de 1778, del Alcalde Mayor de Alburquerque, don Juan Antonio de Mata y Vallejo; y el Informe de los Fiscales del Consejo de Castilla, los señores Campomanes y Floridablanca. Y en tales documentos se decía ya, sin ánimo exhaustivo, que el Fuero del Baylío venía rigiendo en: Alburquerque, Burguillos —del Cerro—, Codosera, Fuentes de León, Higuera de Vargas, Jerez de los Caballeros —antes llamado Jerez de Badajoz—, Oliva de la Frontera —antes llamado de Jerez—, Valencia del Mombuey, Valencia del Ventoso, Valle de Matamoros, Valle de Santa Ana, y en Zahínos.

¹² La ciudadanía se opuso a dicha regla en sustitución de la comunidad universal que implicaba el Baylío. Ante ello, don Alejandro Gutiérrez Durán, Procurador síndico y personal de Alburquerque, recurrió en 1777 a Carlos III para que resolviese la cuestión en favor de la aplicación del Fuero del Baylío en aquella villa; como así se hizo. Así lo demuestran dos fragmentos de la Real Cédula de 1778: el primero, antes ya reproducido, con el que se comenzaba (recuérdese: «Don Carlos... Que por don Alejandro Gutiérrez Durán...»); y el segundo rezaba así: «Que dudándose al presente en algunos Tribunales de estos mis reinos sobre la subsistencia del referido Fuero, por decirse no estar aprobado por mi Real persona y ser contrario a las leyes, se da motivo para ruidosos pleitos y a que se reclamen las particiones consentidas...»

¹³ En efecto, aquella costumbre portuguesa fue reconocida y respetada —que no creada— en diversas Ordenanzas («Ordenações») de Reyes portugueses, cuyo valor jurídico equivalía al de nuestras Reales Cédulas antes explicado; de tal modo que no por tales resoluciones regías la Carta dejó de ser costumbre. Destacaron al respecto: las Ordenanzas Alfonsinas del siglo XIII, cuya fecha concreta se ignora, pero que se sabe fue obra de Alfonso III, rey de Portugal desde 1246 a 1279; las Ordenanzas Alfonsinas de 1446, de Alfonso V (1438-1481), llamado el «Africano» por ser sobrino del Infante Enrique el Navegante, conquistador de Ceuta en 1415; las Ordenanzas Manuelinas de 1521, otorgadas por Manuel I (1495-1521), llamado el «Afortunado»; las Ordenanzas Felipinas de 1595, de Felipe II, rey de España y de Portugal, cuando ambos reinos se unen desde 1580 a 1640; y, por último, las Ordenanzas Juaninas de 1640, obra de Juan IV, es decir, del Duque de Braganza proclamado Rey de Portugal tras rebelarse contra España y separarse, ya definitivamente, de ella en aquel mismo año de 1640.

Sin la necesidad de detenerse, por ahora, con detalle en el contenido de dichas Ordenanzas, tal vez haya que destacar dos ideas sobre ellas, y que en su lugar oportuno serán de utilidad: al principio, en las dos Ordenanzas Alfonsinas se dice que la Carta de meatade rige solo como régimen económico matrimonial pactado —que requiere de pacto entre los cónyuges para que rija su vida económica—²¹ y que, geográficamente, solo es aplicada en parte de la Extremadura portuguesa, en el Alemtejo y en el Algarbe, o sea, en el sur de Portugal, mientras que en el norte rige el sistema de gananciales con arras²². En efecto,

en el Título XI del Libro X de las Ordenanzas Alfonsinas del siglo XIII se dice que «todo homen que quysier non casará por arras segunda ha costume de vulla se nom quysier, maus cassará a meyade así como falarey...». Por su parte, el Título XII del Libro IV de las Ordenanzas Alfonsinas de 1446 comenzaba diciendo: «Costume foi en este Regnos, logamente usado e julgado, que honde o casamento he feito antre o marido e a moler per Carta de meetade...». En cuanto a su ámbito espacial de aplicación, así lo explicaban las Ordenanzas Manuelinas en su inicio, cuando reproduce la petición de redactar unas nuevas ordenanzas ante los cambios experimentados por la Carta de Mitad: «Otro sí, Señor, sabrá V. A. Que en nuestros reinos, a saber, en Extremadura, en Alem-tejo y en el Algarbe, había una muy Santa costumbre... lo que Señor era muy al contrario en las comarcas de Beira, y entre Douro y Miño, y Trallos Montes».

Luego, sin embargo, respondiendo al exitoso y generalizado uso de dicho régimen, según las Ordenanzas Manuelinas, Felipinas y Juaninas, la Carta de Mitad regirá ya en toda Portugal, haciéndolo como régimen patrimonial conyugal presunto, para cuando no hay pacto entre los cónyuges sometiéndose a otro régimen económico o para cuando, aun habiéndolo, el pacto es defectuoso. El Título VII del Libro IV de las Ordenanzas Manuelinas, de 1521, y casi reproduciéndolo el Título 46 del Libro IV de las Ordenanzas Felipinas de 1595, decía: «Todos os casamentos que forem feitos em nossos Reynos, e Senhorios, se entendem seer feitos per Carta de metade, salvo cuando entre as partes outra cousa for acordada e contratado, porque entonce se guardará o que entre ellos for concertado» («contratado», dirán, como único cambio en su redacción, las Ordenanzas Felipinas). Y así, como régimen presunto o de primer grado y con dicha extensión geográfica, se consagrará la Carta de Mitad en el Código Civil portugués de 1867 (arts. 1098 y 1099). Decía el artículo 1098 del Código Civil portugués de 1867: «Cuando falte este pacto, se entiende que el matrimonio se ha llevado a cabo según la costumbre del Reino...». Y añadía el siguiente precepto, el artículo 1099: «Si los esposos declarasen expresamente en su contrato que pretenden casarse según la costumbre del Reino, se atenderá a lo dispuesto en los artículos 1108 y 1124»; en el primero de estos últimos, el artículo 1108, se sintetizaba el contenido de la costumbre de mitad: «El matrimonio, según la costumbre del reino, establece entre los cónyuges la comunidad de bienes presentes y futuros no exceptuados por ley». Y en diversos lugares se refiere el Código Civil portugués de 1867 a la Carta de Mitad como «la costumbre del reino», ya de toda Portugal (*v. gr.*, arts. 1098, 1099, 1108,...). Entre nosotros, explicaba la STS de 28 de enero de 1896 (Col. Leg., tomo de 1896, núm. 30), que conforme «á la legislación portuguesa, que en razon á ser dichos bienes libres, son comunicables entre los esposos, nacidos y casados en aquel país, por ser dicha comunicación de derecho en los matrimonios de dicha nacionalidad, salvo pacto en contrario». No será ya así en el Código Civil portugués vigente (de 1966), donde el régimen de «comunidad general, como a partir de entones se llama la antigua Carta de Mitad, solo es pactado (art. 1732 del Código Civil), mientras que, al igual que sucede en nuestro Código Civil (*cfr.*, arts. 1316 y 1435.2.^º del Código Civil español), el régimen legal supletorio de primer grado es el de gananciales, funcionando el de separación como régimen económico legal supletorio de segundo orden.

¹⁴ No en vano, ni por casualidad, el régimen del Baylío que ha sido en varias ocasiones proyectado legislativamente por algunas comisiones extremeñas (recuérdense, los Proyectos de ley de 1972, de 1978 y de 1993) coincide, en esencia, con el existente ya en las normas portuguesas, y no solo porque se hayan tomado estas y otras normas como modelo para redactar aquellos borradores de ley o de compilación, sino porque, como venimos reiteradamente diciendo hasta la saciedad, el Fuero del Baylío y la Carta de Mitad son dos significantes con igual significado.

¹⁵ Tal tesis es seguida, entre otras, por las RRDGRN de 19 de agosto de 1914 y de 11 de agosto de 1939, considerando esta última «que la institución jurídica conocida por Fuenro del Baylío produce, según la jurisprudencia (sic), la comunicación de todos los bienes existentes en el momento... de la disolución del matrimonio y su división y adjudicación entre el sobreviviente y los herederos del premuerto, a virtud del acto jurídico particional». La primera de ellas, la de 1914, decía en su Considerando 1.^º que, «según lo declarado por el Tribunal Supremo en la expresada sentencia —de 1892—, la observancia del Fuero del Baylío en los pueblos en que es costumbre, no consiste en la comunidad de los bienes

desde el instante del matrimonio, sino en comunicarlos y sujetarlos todos a partición como gananciales al disolverse la sociedad conyugal». A ellas, se sumarán las RRDGyN de 9 de enero de 1946 y la más reciente, que aquí comento, de 6 de mayo de 2015. En los tribunales extremeños secundan esta interpretación, entre otras, las sentencias de la AP de Badajoz, de 10 de mayo de 1993, de 4 de mayo y de 16 de junio, ambas de 2000, de 3 de abril de 2002,... En la doctrina siguen esa interpretación, BOZA VARGAS, J., *El Fuero del Baylío*, Fregenal, 1898, p. 26; VILLARREAL, I., *El Fuero del Baylío*, en *Revista de los Tribunales y de Legislación Universal*, 1929, p. 747 y sigs.; MAHÍLLO SANTOS, J., Estudios sobre el Fuero del Baylío, en *Revista de Estudios Extremeños*, 1958, T. XIV, p. 159, y MOUTÓN Y OCAMPO, L., *Fuero del Baylío*, en *EJE*, T. XVI, p. 698. Tal vez esta interpretación de la Real Cédula de 1778 se deba también, tal vez —insistimos—, a la equívoca explicación que al respecto dio el tan seguido por todos GARCÍA GOYENA, F., *op. cit.*, p. 74, al decir que en virtud del Baylío «se comunican por mitad entre los cónyuges los bienes que se encuentren á la muerte de cualquiera de ellos, reputándose todos gananciales aun cuando uno de los dos no llevase al matrimonio cosa alguna». No queremos decir que don Florencio opinase de la forma señalada por la STS de 1892, pero sí que quizás, solo quizás, en esa frase se encuentre el germen de la errónea interpretación hecha luego por aquella STS, y por las que la siguieron, sobre el equívoco pasaje de la Real Cédula de Carlos III.

¹⁶ Entre las sentencias que estiman el inicio de la comunidad de bienes y deudas con la misma celebración del matrimonio, destacan las sentencias de la AP de Cáceres, de 2 de noviembre de 1989, de 31 de diciembre de 1991 y de 10 de mayo de 1993, y la sentencia de la AP de Badajoz, de 19 de diciembre de 2000.

¹⁷ Añádase a ello que, en verdad, tal frase («se comunican y sujetan á partición como gananciales»), aunque tomada de la Real Cédula de Carlos III, no es propia de este, ni siquiera del Informe de sus Fiscales del Consejo de Castilla, Campomanes y Floridablanca, sino que son manifestación propia de don Alejandro Gutiérrez Durán, el Procurador y Personero Síndico de la villa de Alburquerque, en su expediente que promovió y dio como resultado aquella cédula regia.

¹⁸ En concreto, dice como compendio MADRID DEL CACHO, M., *op. cit.*, p. 109: «En el Derecho histórico nacional y extranjero, en los casos en que actuaba la comunidad universal, se daba la siguiente casuística: (...) 1.^o Comunidad iniciada al celebrarse el matrimonio: Fuero de Vizcaya (sic), Fuero del Baylío, Ordenações portuguesas, Costumbre de Sens y Costumbre de Auxerre —ambas francesas—. En cuanto a la comunidad universal paccionada, esta se consideraba iniciada con el matrimonio en la hermandad llana aragonesa y en el agermanamiento de Tortosa. (...) 2.^o Comunicación originada con la consumación del matrimonio con la uñitas carnis: Costumbre de Palermo y Costumbres de la Alta Alsacia llamadas de la Ferrette. (...) 3.^o Comunicación producida al año y día de matrimonio: Fuero de Evico. (...) 4.^o Comunicación causada al nacer un hijo: Costumbres de Cerdeña, Corleone, Messina, Istria y Friuli, Costumbres de Flandes y Artois y Costumbres de Vrenin. (...) Así, pues —concluía— hay todo un elenco de soluciones; mas ninguna de ellas, añadimos nosotros, atiende al momento de disolución del matrimonio.

¹⁹ Decían las Ordenanzas Alfonsinas de 1446, en el segundo párrafo del Título XII de su Libro IV: «E este costume foi fundado em razon, ca pois que per bem do dito cotume, tanto que o casamento he consumado, a moler he feita meeira en todos os beés, que ambos han...». Por su parte, las Ordenanzas Juaninas de 1640, decían en el apartado primero del Título XLVI de su Libro IV: «E quando o marido, e mulher forem casados por palavras de presente a porta da Igreja, ou por licença do Prelado forra della, havendo copula carnal, serão meeiros em seus bens, e fazenda. E posto que elles queirão provar, e provem que forão recebidos á porta da Igreja, ou forra della com licença do Prelado, naô seráô meeiros».

²⁰ Decía el artículo 1117 del Código Civil portugués de 1867, ya derogado: «El dominio y posesión de los bienes comunes pertenece a los dos cónyuges ya durante el matrimonio...». Y, entre nosotros, la propia RDGRN, de 28 de enero de 1896, dirá que «el matrimonio en Portugal, siguiendo lo establecido en el Fuero del Baylío —sic—, produce la comunicación *ipso facto* entre los cónyuges de todos sus bienes presentes y futuros». Y así lo decía la STS de 28 de enero de 1896 (Col. Leg., tomo de 1896, núm. 30), aunque también refiriéndose al Derecho portugués y haciéndolo, no en sus Considerandos, sino en uno de sus Resultandos,

lugar donde —como es sabido— antes las sentencias del Tribunal Supremo hacían acopio y reproducción de las alegaciones de los litigantes. Y así se ha previsto en los diversos borradores legales extremeños del Baylío; decía el artículo 2 del Proyecto legal de 1972, dirigido por MADRID DEL CACHO (y así también el artículo 4 del Proyecto legal de 1978 dirigido por CERRO SÁNCHEZ-HERRERA): «A virtud de la comunicación foral, se harán comunes por mitad entre marido y mujer, por el solo hecho de la celebración del matrimonio, todos los bienes muebles e inmuebles de cualquier procedencia, pertenecientes a uno de los cónyuges, tanto los que se aportasen al matrimonio como los adquiridos durante su vigencia, y ello independientemente del lugar en que estén sitos los bienes muebles o inmuebles».

²¹ Soy consciente, sin embargo, de que hace tiempo SALVADOR CODERCH (en su Comentario al art. 3.1 del Código Civil, en *Comentarios al Código Civil*, dir. M. ALBALADEJO GARCÍA y S. DÍAZ ALABART, p. 523), negaba que el artículo 3.1 del Código Civil pudiera aplicarse a las costumbres, como tampoco a los principios generales del Derecho, porque «ni son palabras a las que quepa atribuir sentido ni son texto que tenga un contexto». En su contra, y siguiendo al maestro DE CASTRO (p. 459), creo que toda norma es interpretable, y la costumbre y los principios, que son normas, también son susceptibles de interpretación, aunque por su carácter no escrita, «ofrecen sus propias dificultades interpretativas» (según decía el maestro). Que generalmente solo se hable de la interpretación de la ley, decía allí DE CASTRO, «se explica porque lo que más preocupa a la doctrina es el valor que en la organización jurídica tiene la ley y porque, en suma, por lo que se lucha en las discusiones teóricas es por la manera de asegurar o debilitar el monopolio jurídico del legislador». De ahí que en tantas ocasiones el Derecho se refiera en sentido amplio a la «ley», para entender incluida en ella a cualquier norma jurídica. Lo que, por cierto, no sucede con el artículo 3.1 del Código Civil al emplear la expresión de «*norma*» (aunque tampoco de este dato, meramente literal, creo que deba hacerse argumento). Más delicado, aún, es admitir que la costumbre pueda ser interpretada sociológica o evolutivamente, conforme a la «realidad social» a que se refiere el artículo 3.1 del Código Civil. Con tal afirmación, sin embargo, no pretendo entrar aquí en la comparación entre costumbre y realidad social, cuestión en la que la doctrina defiende varias opciones (entre quienes, sobre todo en Francia —como SALEILLES y GENY, a quien aquel prologa [*Método de interpretación y fuentes del Derecho privado positivo*, con Prólogo de R. Saleilles, Madrid, 1925]—, las identifican, y quienes, en España sobre todo —como CASTÁN, LACRUZ...; y con mayor detalle PÉREZ ÁLVAREZ [*Realidad social y jurisprudencia. Diez tesis sobre la realidad social en cuanto canon de interpretación de las normas*, Madrid, 2005, pp. 63 y sigs., y 118 y sigs.]— las diferencia al ver en la costumbre una norma, no un mero hecho, que sirve para integrar lagunas legales, no para interpretar leyes ya existentes). Sin negar, por mi parte, que la realidad social contiene un concepto más amplio que el de costumbre, tampoco niego que la costumbre sea expresiva de una realidad social que, por su reiteración, uniformidad..., se convierte en norma (no escrita), y que, como tal expresión o reflejo del consenso social, también pueda aquella cumplir una función interpretadora de la ley, de igual modo en que dicho reflejo social puede encontrarse imbuido en cualquier otra norma (escrita o no), que la regule (*cfr.*, el art. 3.1 del Código Civil con el segundo párrafo del art. 1.3 del Código Civil, con ejemplos que la propia jurisprudencia proporciona). No es casual, a tal respecto, que cuando en Francia SALEILLES y GENY, a quien aquel prologa (pp. 33 y sigs.), defienden el papel de la costumbre como conformadora de la realidad social, no existiese en el *Code* norma alguna que le concediera a la costumbre papel alguno, ni interpretativo, ni tan siquiera integrador de la ley escrita. Al propósito de este trabajo, lo que sí cabe admitir es que la costumbre, como norma, también puede ser interpretada conforme a la nueva realidad social. Frente a la opinión contraria en tal sentido de SANTI ROMANO («*Interpretación evolutiva*», en *Fragmentos de un Diccionario Jurídico*, trad. S. SENTIS MELENDO y M. AYERRA REDÍN, Buenos Aires, 1964, p. 212), así lo admiten, en Alemania, LARENZ, K. (*Metodología de la Ciencia del Derecho*, trad. y revisión de M. RODRÍGUEZ MOLINERO, Barcelona, 1994, pp. 354 y sigs.), diciendo que, a diferencia de la interpretación de la ley, en la de la costumbre «no se trata de la interpretación de un texto previamente dado, se trata más bien de formular lingüísticamente la norma indicada por la conducta social», y que esta puede hacerse desde la propia jurisprudencia como expresión de la convicción de

la opinión pública; así también, en Italia, autores como DEGNI (*L'interpretazione della legge*, con prólogo de B. Brugi, 2.^a ed., Nápoles, 1909, pp. 2 y 3), o BETTI (*Interpretación de la Ley y de los actos jurídicos*, trad. y prólogo de J. L. De Los Mozos, Madrid, 1975, pp. 306 y sigs.), o, entre nosotros, DUALDE (*Una revolución en la lógica del Derecho (Concepto de la interpretación del Derecho privado)*, Barcelona, 1933, pp. 252 y sigs.). Decía, en efecto, BETTI (pp. 306 y 307): «Si el comportamiento consuetudinario, considerado en su tipicidad social, es informado por una máxima de conducta insertable en el ordenamiento jurídico, y si tal máxima se inspira a su vez en un criterio de valoración que constituye su *ratio iuris*, reflejando la *opinio necessitatis*, es claro que los criterios hermenéuticos para la interpretación de la ley en general encuentren, sin duda alguna, aplicación a las normas consuetudinarias... Al examinar la cuestión es preciso tomar en cuenta, también, a la sociedad contemporánea, al intérprete, no solo aquella en que la costumbre tuvo su génesis». Nuestra propia jurisprudencia muestra ejemplos de ello: uno es el de la STS de 20 diciembre 1984 (costumbre de comunidad germánica gallega), cuando afirma, en su Cdo.4.%: «Que lo precedentemente expuesto, conducente a la estimación del motivo segundo en que se apoya el recurso de casación de que se trata, viene corroborado por el resultado obtenido en juicio ya resuelto definitivamente con relación a otras de las parcelas afectadas por la indicada división realizada en el año mil ochocientos noventa y dos, reveladora de continuidad posesoria de adjudicatario en ella; aparte que si a tenor de lo normado en el párrafo primero del artículo séptimo del Código Civil, tienen amparo los derechos que se ejerciten conforme a las exigencias de la buena fe, teniendo la consideración de costumbre «los usos jurídicos que no sean meramente interpretativos de una declaración de voluntad», cual establece el párrafo segundo del número tres del artículo primero del citado Código, unido a que en la aplicación de las normas jurídicas, como pone de manifiesto el párrafo segundo del artículo tercero del mencionado Cuerpo legal sustantivo, haya de considerarse la realidad social del tiempo en que son aplicados, atendido fundamentalmente el espíritu y finalidad de aquellos, es de apreciar que la singularidad de una distribución de dominio del monte en cuestión, con asignación de parcelas mediante operaciones particionales llevadas a cabo hace más de un siglo, con posesión indiscriminada entre los adjudicatarios de las parcelas asignadas conforme al ámbito temporal de disfrute que el terreno posibilitaba según sus características, no es significativo más que de una situación fáctica emanante de una manifestación comunitaria de disfrute en modalidad germánica arraigada en Galicia y singularizada, a efectos de atribución de dominio, mediante secuencias sucesorias y reflejo en partijas y transmisiones documentadas pública o privadamente y con efectividad provocada con actividades posesorias continuadas o intermitentes adaptadas a las características de la finca, su producción y posibilidades de disfrute». Y otro caso es el de la STS de 7 de marzo de 1992 (sobre solidaridad en el aval, o fianza mercantil), que se fundamenta en la «práctica mercantil», entre otros fundamentos, al decir, en parte de su Fto. D.^o 3.%: «...además debe tenerse en cuenta el carácter mercantil de la fianza al estar constituida por una entidad crediticia dentro de las actividades de su tráfico mercantil, lo que determina su carácter solidario «según la práctica mercantil y la jurisprudencia —sentencias de 4 de diciembre de 1950, 7 de diciembre de 1968, 25 de abril de 1969 y 16 de junio de 1970—, siendo su consecuencia que el fiador mercantil carece de los beneficios de excusión y de división de que goza el fiador civil. Sin que por ello se desconozca cierta corriente jurisprudencial que entiende que la fianza mercantil no goza del carácter de solidaria en nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de la corriente casi unánime de la doctrina científica que lo entiende así; criterio este último que debe apoyarse en nuestra época, al amparo del artículo 3, párr. 1, del Código Civil, dada la necesidad de garantías firmes en las transacciones mercantiles y el auge que tiene la obligación solidaria en otros ámbitos jurídicos (por ejemplo, en materia de seguros, y de las obligaciones extracontractuales), precisamente en beneficio de la seguridad jurídica en la realidad social de nuestro tiempo caracterizada por la complejidad y multiplicidad de variantes en las relaciones jurídicas, tanto dentro del comercio como fuera de él» [sentencia de 20 de octubre de 1989]...».

²² No se queda ahí RUIZ GONZÁLEZ, F. («Algunas cuestiones sobre el Fuero del Baylío, en *La Ley*, 1999, T. II, pp. 1680 y 1681); también añade que puesto que ahora cabe la disolución del matrimonio no solo por muerte, sino también por divorcio, para evitar que los

cazadotes se amparen en el Fuero del Baylío, en cuya virtud hay que repartir todos los bienes por mitad para su liquidación, propone como solución que para los casos de separación o de divorcio, la liquidación de la masa patrimonial común se posponga hasta la disolución matrimonial por muerte. En mi opinión, sin embargo, no existe tal peligro. Sobre todo, pudiendo ser tan cercana la ruptura a la celebración del matrimonio, si el interés en el divorcio es puramente económico, también lo fue el del propio matrimonio. Por eso, para evitar el engaño del cazadote, o de quien en general se case por conveniencia (sometiéndose al régimen del Bailío o cualquier otro de gananciales), basta con que el cónyuge demandado por aquel reconvenga pidiendo la nulidad matrimonial (por error, simulación,...), en cuyo caso siendo además de mala fe el cónyuge demandante, no podrá este beneficiarse del llamado matrimonio putativo (del art. 79 del Código Civil). No en vano tal posibilidad de reconvenCIÓN fue reforzada con la ley 15/2005 (en su reforma del art. 770.2.^a LEC).

²³ Decía literalmente esa STS que «durante el matrimonio pueden los sometidos á dicho Fuero disponer libremente de los bienes de su particular patrimonio» (*idem* la RDGRN de 19 de agosto de 1914), y añadía: «Considerando que esta inteligencia de la observancia citada —reproducida ya antes— es además conforme al principio de que el libre uso de la propiedad no debe entenderse limitado sino por las disposiciones expresas de las leyes ó por los pactos particulares y á la interpretación estricta de los fueros y costumbres contrarios al derecho común».

²⁴ En concreto, sobre la disposición de los bienes inmuebles, dice el Título XI del Libro IV de las Ordenanzas Alfonsinas de 1446, siguiendo el Título XI del Libro X de las Ordenanzas Alfonsinas del siglo XIII: «Mandamos que o marido não possa vender nem alhegar bens alguns de raiz sem procuraçao o expresso consentimento de sua moler...».

²⁵ Que dice: «Son aplicables a la comunidad general de bienes, con las necesarias adaptaciones, las disposiciones relativas a la comunidad de gananciales». Y así lo preveía, entre nosotros, el artículo 10 del Proyecto de Ley del Baylío de 1972, hecho en Extremadura bajo la dirección de MADRID DEL CACHO: «Para lo no previsto regirán como subsidiarias todas (sic) las normas de la comunidad de gananciales del Derecho Común».

²⁶ Así lo decía, recuérdese, la Real Cédula de Carlos III de 1778, reproducida en este extremo por la Novísima Recopilación: «...el denominado Fuenro del Baylío, conforme al qual todos —dcelos bienes que los casados llevan al matrimonio, ó adquieren por cualquier razon, se comunican y sujetan á partición como gananciales... por mitad, sin consideración de lo que cada uno de los dos cónyuges llevó al matrimonio o hubo durante él». Ya a finales del siglo XVI, ANTONIO AYERVE DE AYORA (*op. cit., loc. cit.*), decía que en el Reino de Portugal y en algunos lugares del Reino de Castilla «como es la villa de Alburquerque y la Codosera, y otras de aquella comarca, que están pobladas al Fuenro de Portugal, se guardan non las leyes de Castilla, sino la Costumbre y Fuenro de Portugal, que todos los bienes que se ganan y adquieren por cualquier título entre el marido y la *muguer* son comunes; y lo mismo es en la dote de la *muguer*, y en otros cualesquier bienes que el marido y la *muguer truxeren*, o heredaren de sus capitales, todos son comunes, y se han de partir entre el marido y la *muguer* y sus herederos». Y es que incluso todo lo adquirido por cada esposo antes de casarse se convierte *ipso iure* en patrimonio común por sucesión universal. Así, también, se preveía en el artículo 2 del Proyecto legal de 1972, dirigido por MADRID DEL CACHO (y así también en el artículo 4 del Proyecto legal de 1978 dirigido por CERRO SÁNCHEZ-HERRERA): «A virtud de la comunicación foral se harán comunes por mitad entre marido y mujer, por el solo hecho de la celebración del matrimonio, todos los bienes muebles e inmuebles de cualquier procedencia, pertenecientes a uno de los cónyuges, tanto los que se aportasen al matrimonio como los adquiridos durante su vigencia, y ello independientemente del lugar en que estén sitos los bienes muebles o inmuebles».

²⁷ Creen que si han de excluirse tales bienes, para estimarlos como privativos de uno u otro cónyuge, CASTÁN TOBENAS, J., *op. cit.*, p. 874; LACRUZ BERDEJO, J. L., *Derecho de Familia*, 2.^a edición, Madrid, 1974, p. 353, y VILLALBA LAVA, M., El Fuenro del Baylío: el Derecho Foral de la Comunidad de Extremadura, en *AC*, 1996, T. III, pp. 665 y 666. Y en la jurisprudencia menor, así lo dice la sentencia de la AP de Badajoz, de 19 de diciembre de 2000.

²⁸ En cuanto a las Ordenanzas, como síntesis de todas ellas, dirá el apartado tercero del Título XLVI del Libro IV de las Ordenanzas Juaninas, de 1640: «...queremos que comuniquen

entre si todos os bens, que tiverem ao tempo do contrato do matrimonio, e todos os mais, que despois acquirirem, como se ambos fossen católicos». Mucho más tarde, dirá el artículo 1108 del Código Civil portugués de 1867: «El matrimonio, según la costumbre del reino, establece entre los cónyuges la comunidad de bienes presentes y futuros no exceptuados por ley». Y, actualmente, dice el artículo 1732 del Código Civil portugués vigente: «Si el régimen de bienes adoptado por los cónyuges fuese el de comunidad general, el patrimonio común estará constituido por todos los bienes presentes y futuros de los dos cónyuges, que no sean exceptuados por ley».

²⁹ El Código Civil portugués de 1867, tras decir en su artículo 1108 que: «el matrimonio, según la costumbre del reino, establece entre los cónyuges la comunidad de bienes presentes y futuros no exceptuados por ley», a continuación, decía en su artículo 1109: «Se exceptúan de esta comunión: 1.º Los censos, mientras no hayan adquirido la calidad de perpetuos... 5.º Los vestidos y ropas de uso personal de los esposos y las joyas esponsalicias entregadas por el esposo antes del matrimonio». Y, actualmente, el Código Civil portugués vigente, tras decir en su artículo 1732 que: «si el régimen de bienes adoptado por los cónyuges fuese el de comunidad general, el patrimonio común estará constituido por todos los bienes presentes y futuros de los dos cónyuges, que no sean exceptuados por ley»; añade en su siguiente norma, el artículo 1733: «Están exceptuados de la comunión: ...b) los bienes donados o dejados con cláusula de reserva o fideicomisaria, a no ser que la cláusula haya caducado; c) el usufructo, el uso o habitación, y demás derechos estrictamente personales; d) las indemnizaciones debidas por hechos verificados contra la persona de cada cónyuge o contra sus bienes propios; e) los seguros vencidos a favor de la persona de cada uno de los cónyuges o como cobertura de riesgos sufridos en bienes propios; f) los vestidos, ropas y otros objetos de uso personal y exclusivo de cada uno de los cónyuges, así como sus diplomas y su correspondencia; g) los recuerdos de familia de escaso valor económico». En cuanto a los documentos precedentes de la Real Cédula de Carlos III de 1778, el expediente de 25 de febrero de 1778, de don Miguel Antonio Bernabeu, Alcalde Mayor y Gobernador interino de Jerez de los Caballeros, decía: «por el contrato matrimonial, así como se comunican los cuerpos de los contrayentes, igualmente se comunican los bienes... a excepción de los vinculados»; por su parte, el expediente de 21 de marzo de 1778, de don Juan Antonio de Mata y Vallejo, Alcalde Mayor de Alburquerque, hablaba del «Fuero del Baylío —sic—, reducido a hacerse comunes entre los cónyuges todos los bienes libres...». Y, finalmente, el Informe de 30 de julio de 1778, de los Fiscales del Consejo de Castilla, Campomanes y Floridablanca, se refería a la comunidad de «todos los bienes (excepto los vinculados)».

³⁰ A ello se refería, en general, LARENZ, K., *op. cit.*, pp. 354 y sigs., creyendo que la costumbre puede interpretarse desde la jurisprudencia, que es a su vez expresión del derecho consuetudinario siempre que dicha jurisprudencia se fundamente en la convicción jurídica de la opinión jurídica (en su efectivo comportamiento social), y no solo en la de los juristas.

³¹ Dice, en efecto, en su artículo 9.1: «La Comunidad Autónoma de Extremadura tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:... 4. Conservación, defensa y protección del Fuero de Baylío e instituciones de derecho consuetudinario». Y añade en su artículo 50.2: «El Tribunal Superior de Justicia de Extremadura conocerá de los asuntos y ejercerá las funciones que en materia de derecho estatal establezcan las leyes del Estado y, en los términos previstos por la Ley Orgánica del Poder Judicial, de las siguientes cuestiones:... b) De los recursos de casación y revisión relacionados con el Fuero del Baylío».