



Roj: **SAP BA 61/2021 - ECLI:ES:APBA:2021:61**

Id Cendoj: **06015370022021100033**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Badajoz**

Sección: **2**

Fecha: **22/03/2021**

Nº de Recurso: **845/2020**

Nº de Resolución: **241/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **LUIS ROMUALDO HERNANDEZ DIAZ-AMBRONA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 2

BADAJOZ

SENTENCIA: 00241/2021

Modelo: N10250

AVDA. COLÓN Nº 8,2ª PLANTA

-

Teléfono: 924284238-924284241 **Fax:** FAX 924284275

Correo electrónico: ap2.badajoz@justicia.es

Equipo/usuario: 05

N.I.G. 06095 41 1 2018 0100357

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000845 /2020

Juzgado de procedencia: JDO.1A.INST.E INSTRUCCION N.1 de OLIVENZA

Procedimiento de origen: LSG LIQUIDACION SOCIEDADES GANANCIALES 0000455 /2018

Recurrente: Modesto

Procurador: SILVIA BERNALDEZ MIRA

Abogado: RAFAEL GOMEZ RODRIGUEZ

Recurrido: Sonia

Procurador: FRANCISCO JAVIER CALATAYUD RODRIGUEZ

Abogado: MARIA ANGELES UGALDE ORTIZ

SENTENCIA Nº 241/2021

ILMOS. SRES...../

PRESIDENTE:

DON LUIS ROMUALDO HERNÁNDEZ DÍAZ-AMBRONA (PONENTE)

MAGISTRADOS:

DON FERNANDO PAUMARD COLLADO

DON JUAN MANUEL CABRERA LÓPEZ

=====



Recurso civil número 845/2020.

Liquidación sociedad de gananciales 455/2018.

Juzgado de 1ª Instancia de Olivenza.

=====

En la ciudad de Badajoz, a veintidós de marzo de dos mil veintiuno.

Visto en grado de apelación ante esta sección segunda de la Audiencia Provincial de Badajoz, el presente recurso civil dimanante del procedimiento de liquidación de sociedad de gananciales 455/2018 del Juzgado de Primera Instancia de Olivenza; siendo parte apelante, don Modesto, representado por la procuradora doña Silvia Bernáldez Mira y defendido por el letrado don Rafael Gómez Rodríguez; y parte apelada, doña Sonia, que ha comparecido representada por el procurador don Francisco Javier Calatayud Rodríguez y defendida por la letrada doña María Ángeles Ugalde Ortiz.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Juzgado de Primera Instancia de Olivenza, con fecha 7 de mayo de 2020, dictó sentencia, cuya parte dispositiva, dice así:

<<Que, en nombre del rey, por la autoridad que me confiere la Constitución, ESTIMO PARCIALMENTE la demanda interpuesta por D^a Sonia, representada por el Procurador de los Tribunales D. FRANCISCO JAVIER CALATAYUD RODRÍGUEZ contra D. Modesto, y en consecuencia apruebo el inventario de la Sociedad Conyugal en los siguientes términos:

1º.- ACTIVO:

1. BIENES INMUEBLES.

- 1.A) 100 % del pleno dominio de la FINCA RÚSTICA DE OLIVENZA NUM000 del Registro de la Propiedad de Olivenza.
- 1.B) 50 % del pleno dominio de la FINCA RÚSTICA DE OLIVENZA NUM001 del Registro de la Propiedad de Olivenza.
- 1.C) 100 % del pleno dominio de la FINCA RÚSTICA DE OLIVENZA NUM002 del Registro de la Propiedad de Olivenza.
- 1.D) 100 % del pleno dominio de la FINCA RÚSTICA DE OLIVENZA NUM003 del Registro de la Propiedad de Olivenza.
- 1.E) 100 % del pleno dominio de la FINCA RÚSTICA DE OLIVENZA NUM004 del Registro de la Propiedad de Olivenza.
- 1.F) 50 % del pleno dominio de la FINCA RÚSTICA DE OLIVENZA NUM005 del Registro de la Propiedad de Olivenza.
- 1.G) 100 % del pleno dominio de la FINCA RÚSTICA DE OLIVENZA NUM006 del Registro de la Propiedad de Olivenza.
- 1.H) 25 % del pleno dominio de la FINCA RÚSTICA DE OLIVENZA NUM007 del Registro de la Propiedad de Olivenza.
- 1.I) 100 % del pleno dominio de la FINCA URBANA DE OLIVENZA NUM008 del Registro de la Propiedad de Olivenza.
- 1.J) 100 % del pleno dominio de la FINCA RÚSTICA DE OLIVENZA NUM009 del Registro de la Propiedad de Olivenza.
- 1.K) 100 % del pleno dominio de la FINCA RÚSTICA DE OLIVENZA NUM010 del Registro de la Propiedad de Olivenza.
- 1.L) 100 % del pleno dominio de la FINCA RÚSTICA DE OLIVENZA NUM011 del Registro de la Propiedad de Olivenza.
- 1.M) 20 % del pleno dominio de la FINCA RÚSTICA DE OLIVENZA NUM012 del Registro de la Propiedad de Olivenza.



1.N) 100 % del pleno dominio de la FINCA URBANA DE OLIVENZA NUM013 del Registro de la Propiedad de Olivenza.

1.Ñ) 33,33 % del pleno dominio de la FINCA RÚSTICA DE OLIVENZA NUM014 del Registro de la Propiedad de Olivenza.

1.O) 100 % del pleno dominio de la FINCA URBANA DE OLIVENZA NUM015 del Registro de la Propiedad de Olivenza.

1.P) 100 % del pleno dominio de la FINCA URBANA DE OLIVENZA NUM016 del Registro de la Propiedad de Olivenza.

1.Q) 100 % del pleno dominio de la FINCA RÚSTICA DE OLIVENZA NUM017 del Registro de la Propiedad de Olivenza.

1.R) 100 % del pleno dominio de la FINCA URBANA DE OLIVENZA NUM018 del Registro de la Propiedad de Olivenza.

1.S) 100 % del pleno dominio de la FINCA RÚSTICA DE OLIVENZA NUM019 del Registro de la Propiedad de Olivenza.

1.T) 50 % del pleno dominio de la FINCA RÚSTICA DE OLIVENZA NUM020 del Registro de la Propiedad de Olivenza.

1.U) 100 % del pleno dominio de la FINCA RÚSTICA DE OLIVENZA NUM021 del Registro de la Propiedad de Olivenza.

1.V) 100 % del pleno dominio de la FINCA URBANA DE OLIVENZA NUM022 del Registro de la Propiedad de Olivenza.

1.W) 33.33 % del pleno dominio de la FINCA URBANA DE BADAJOZ NUM023 del Registro de la Propiedad nº 1 de Badajoz.

1.X) 100 % del pleno dominio de la FINCA URBANA DE BADAJOZ NUM024 del Registro de la Propiedad nº 3 de Badajoz.

1.Y) 50 % del pleno dominio de la FINCA DE OLIVENZA NUM025 del Registro de la Propiedad de Olivenza.

1.Z) 50 % del pleno dominio de las Fincas Registrales de Olivenza NUM026 , NUM027 , NUM028 y NUM029 , adquiridas en virtud de escritura nº 266 del protocolo de la Notaría de Olivenza correspondiente 20 de marzo de 2013.

1.A2) 50 % del pleno dominio de las FINCAS DE OLIVENZA Nº NUM030 y NUM031 del Registro de la Propiedad de Olivenza, y Camino del Polvorín con REF. CATASTRAL NUM032 .

1.B2) 50 % del pleno dominio de la FINCA DE OLIVENZA Nº NUM033 del Registro de la Propiedad de Olivenza, Parque UA-22.

1.C2) 100 % del pleno dominio de la FINCAS DE OLIVENZA Nº NUM034 y NUM035 del Registro de la Propiedad de Olivenza, Huerta Ferrer.

1.D2) 50 % del pleno dominio de las FINCAS DE OLIVENZA Nº NUM036 y NUM037 del Registro de la Propiedad de Olivenza, Solar Morales.

2.-PARTICIPACIONES EN SOCIEDADES MERCANTILES.

2.A) 100 % del capital social, consistente en 255.000 participaciones de 5 € de valor nominal cada una, de la mercantil DIVERSO MOBILI, S.L., con CIF.- B06320980.

2.B) 100 % del capital social, consistente en 276.000 participaciones de 5 € de valor nominal cada una, de la mercantil OLKASA 2006, S.L., con CIF.- B06471429.

2.C) 100 % del capital social, consistente en 100 participaciones de 1.000 € de valor nominal cada una, de la mercantil STANZIA EXTREMADURA, S.L., con CIF.-B06597355.

2.D) 100 % del capital social, consistente en 750 participaciones de 100 € de valor nominal cada una, de la mercantil PERLASALUTE, S.L., con CIF.- B06610349.

3.-DERECHOS DE CRÉDITO.

3.A) Derecho de crédito reclamado en el procedimiento judicial ETJ Ejecución de Títulos Judiciales 208/2017 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Olivenza contra D . Florentino y otros, por importe de



600.000 € de principal, más 180.000 € presupuestados para intereses y costas de la ejecución, en el porcentaje que corresponda al matrimonio.

3.B) Derecho de crédito reclamado en el procedimiento judicial ETJ Ejecución de Títulos Judiciales 14/2017 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia nº 1 de Olivenza contra D. Indalecio y Dña. Angustia, por importe de 15.438 € de principal, más 4.000 € presupuestados para intereses y costas de la ejecución.

3.C) Derecho de crédito de la sociedad conyugal contra la mercantil STANZIA EXTREMADURA S.L. por importe de 600.423,85 €.

3.D) Derecho de crédito de la sociedad conyugal contra D. Modesto por importe de 485.462 €.

3.E) Derecho de crédito de la sociedad conyugal contra D. Juan por las rentas netas percibidas del arrendamiento de la finca registral NUM007 del Registro de la Propiedad de Olivenza, una vez descontadas las cargas, gravámenes y demás gastos de dicho bien, y en proporción a la participación de la sociedad conyugal en el mismo (25%).

3.F) DEVOLUCIONES DEL IRPF DEL EJERCICIO 2017 de las que resulten beneficiarios Dña. Sonia y D. Modesto

4.-SALDOS EN CUENTAS Y PRODUCTOS BANCARIOS.

4.A) Cuenta de LIBERBANK nº NUM038 con un saldo de 1.468,42 €.

4.B) Cuenta de BANCA PUEYO nº NUM039 con un saldo de 667,82 €.

4.C) Cuenta de BANCO POPULAR nº NUM040 con un saldo de 114,22 €.

4.D) Cuenta de BANCO POPULAR nº NUM041 con un saldo de 979,78 €.

4.E) Obligaciones subordinadas del Banco Santander FIDE 17-P por un valor efectivo a 31 de diciembre de 2017 de 26.469 €.

5.-BIENES SEMOVIENTES.

Diez ejemplares de ganado caballar de la explotación de D. Modesto, según refleja el informe del Director de Programas de Identificación, Registro de explotaciones y Coordinación de OVZ'S de la Consejería de Medio Ambiente y Rural, Políticas Agrarias y Territorio de la Junta de Extremadura, de fecha 30 de enero de 2019, sin incluir los ejemplares 724015140305235, 72401510308249 y 724015140308247, ni aquellos cuya "fecha fin" sea anterior a la disolución del matrimonio.

6.-VEHÍCULOS:

6.A) Coche FIAT TOPOLINO.

6.B) Vehículo marca AUDI modelo A8 con matrícula provisional G....FXF.

6.C) Vehículo marca Porsche modelo Panamera con matrículaKRR.

7.-MOBILIARIO: MOBILIARIO Y AJUAR DOMÉSTICO EXISTENTES TANTO EN LA VIVIENDA FAMILIAR COMO EN LA CASA DE CAMPO, FINCAS REGISTRADAS NUM018 Y NUM000, conforme a los inventarios presentados en el acto de la comparecencia de formación de inventario.

2º.- PASIVO:

1.Préstamo Hipotecario de Banca Pueyo con nº de referencia 0078-0060-4500-00125-7.

2.Crédito de D. Juan y Dña. Estrella contra la sociedad conyugal por importe de 70.000 €, correspondientes al pago aplazado por la compra del 50% indiviso de la finca registral NUM025.

3.Crédito de D. Juan y Dña. Estrella contra la sociedad conyugal por importe de 35.350,00 €, correspondientes al pago aplazado por la compra del 50% indiviso de la finca registral NUM026, NUM027, NUM028 y NUM029.

4.Crédito de D. Juan y Dña. Estrella contra la sociedad conyugal por importe de 38.500,00 €, correspondientes al pago aplazado por la compra del 50% indiviso de la finca registral NUM033.

5.Crédito de D. Juan y Dña. Estrella contra la sociedad conyugal por importe de 100.000,00 €, correspondientes al pago aplazado por la compra del 50% indiviso de la finca registral NUM042 y NUM035.

6.Crédito de D. Juan y Dña. Estrella contra la sociedad conyugal por importe de 83.000,00 €, correspondientes al pago aplazado por la compra del 50% indiviso de la finca registral NUM036 y NUM043, NUM044, NUM045, NUM037.

7. Derecho de crédito a favor de D. Modesto y contra la sociedad conyugal por importe de 12.062,97 €.

Sin especial pronunciamiento en materia de costas>>.

SEGUNDO. Por auto de 1 de junio de 2020, el Juzgado de Primera Instancia aclaró la sentencia en los términos siguientes:

<< Estimo la petición formulada por la parte demandada de subsanar y completarla sentencia dictada en el presente procedimiento, en el sentido que se indica:

En el FUNDAMENTO JURÍDICO PRIMERO "conformidad de las partes", SE AÑADE "in fine":

"7. Honorarios de profesionales, costas y gastos que se deriven de los procedimientos judiciales referidos en los derechos de crédito, sin perjuicio de que habrá que estar a su oportuna y correcta cuantificación".

En el FUNDAMENTO JURÍDICO SEXTO "pasivo de la sociedad", párrafo 30, se SUPRIME el inciso:

"Se exceptúa la partida número 9, dado su carácter futuro e incierto, no siendo posible conocer si dichos procedimientos darán lugar a honorarios, costas y gastos a su cargo".

En el fallo, dentro del epígrafe 2º.-PASIVO, SE AÑADE "in fine":

"8. Honorarios de profesionales, costas y gastos que se deriven de los procedimientos judiciales referidos en los derechos de crédito, sin perjuicio de que habrá que estar a su oportuna y correcta cuantificación">>.

TERCERO. Contra la expresada resolución se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por la representación de don Modesto .

CUARTO. Admitido el recurso por el Juzgado, de conformidad con lo establecido en la Ley de Enjuiciamiento Civil se dio traslado a las demás partes personadas para que en el plazo de diez días presentaran escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que les resultara desfavorable.

QUINTO. Doña Sonia se opuso al recurso. Tras ello, se remitieron los autos a este Tribunal, previo emplazamiento de las partes; donde se formó el rollo de Sala y se turnó la ponencia, señalándose para deliberación y fallo el día 27 de enero de 2020, quedando los autos en poder del ponente para dictar sentencia en el plazo previsto en el artículo 465 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

Ha sido ponente el magistrado don Luis Romualdo Hernández Díaz-Ambrona.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Primer motivo del recurso: error en la interpretación y, en consecuencia, en la aplicación del Fuero del **Baylío**.

El recurrente rechaza que pueda regir el Fuero del **Baylío**, dado que estamos ante un caso de liquidación de la sociedad matrimonial por divorcio. Rechaza por ello que se incluyan en el activo de la sociedad matrimonial sus fincas privativas. En concreto, se refiere a las fincas registrales NUM015 y NUM016 del Registro de la Propiedad de Olivenza. También interesa la no inclusión en el pasivo de un crédito suyo frente a la sociedad matrimonial por el importe actualizado de la suma de 84.141,69 euros. Aclara que obtuvo esta cantidad como resultado de la venta el 6 de marzo de 2003 de un inmueble privativo suyo.

Para empezar, no discute la vigencia del mencionado fuero, pero sí su aplicación a los supuestos de liquidación del patrimonio matrimonial por causa de divorcio. Sostiene no rige durante la vida del matrimonio, ni en los casos de su disolución por causa distinta al fallecimiento de uno de los cónyuges.

Para defender su postura y entre otros muchos argumentos, esgrime en síntesis los siguientes:

(i) Recuerda que, según el artículo 1.6 del Código Civil , la jurisprudencia la formará la doctrina que de modo reiterado establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho. Esto es, al menos, son necesarias dos sentencias con idéntico criterio para sentar jurisprudencia, lo que no concurre en este supuesto. Recuerda que, por ahora, en el ámbito casacional, solo existen dos resoluciones: la primera del Tribunal Supremo de 8 de febrero de 1892 y otra del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 5 de noviembre de 2015 . Y no son coincidentes, de modo que esta Audiencia Provincial no está vinculada por doctrina jurisprudencial alguna.

(ii) Partiendo de ahí, el recurrente acude a los antecedentes históricos del mencionado fuero, entre otros la pragmática de Carlos III de 20 de diciembre de 1778. Esta reconoce su existencia mandando que fuera



respetado y aplicado por los tribunales de justicia en la decisión de los pleitos que ocurrieran sobre partición de herencia entre casados.

(iii) En la medida en que alude a la partición de la herencia, el apelante defiende que el Fuero del **Baylío** no opera cuando la disolución del matrimonio tiene lugar por divorcio. Esa posibilidad, se viene a decir, es contraria a su naturaleza y finalidad.

(iv) Se hace hincapié en que se trata de una norma no escrita, norma de carácter especial, contraria al régimen general que resulta del Código Civil, norma común. Ese carácter conlleva que no pueda hacerse una interpretación extensiva de la misma, ampliándola a supuestos, no ya no contemplados expresamente en el mismo, sino ni siquiera previsibles. El divorcio no existía al tiempo de nacer este fuero, de modo que es un supuesto de hecho inimaginable cuando esa costumbre se hizo norma de aplicación, debiendo prevalecer los criterios de interpretación referidos a los antecedentes históricos, el espíritu y la finalidad de la norma, criterios recogidos igualmente en el artículo 3 del Código Civil. Se abunda en que una norma excepcional, por su propia naturaleza, no puede ser de aplicación a supuestos que ni siquiera existían al tiempo de su implantación.

(v) También se hace ver, por considerarse injusto y contrario al espíritu del fuero, que, en los supuestos de infidelidad, o por la simple desaparición de la *affecctio* marital, el matrimonio se disuelva y el responsable de dicha situación tenga como premio la mitad del patrimonio privativo del otro cónyuge.

(vi) Por el recurrente se acude también al derecho comparado, tanto al derecho foral, como al derecho extranjero. Se llama la atención sobre el hecho de que, en países con una regulación del divorcio muy anterior a la española, no se aplica la comunidad universal en los casos de divorcio, al reservarse solo a los supuestos de fallecimiento. Entre otras legislaciones, se citan la alemana, nórdica, portuguesa, etcétera.

(vii) Asimismo, se resalta la contradicción en la que incurre el propio Juzgado de Olivenza, pues, pese al criterio manifestado en su sentencia, jamás ha notificado demanda alguna o diligencia de embargo al cónyuge de aquel a cuyo nombre, como privativo, consta el bien al que se refiere la actuación judicial.

SEGUNDO. Contestación de la parte apelada: al ser los litigantes aforados, están sometidos al derecho foral, esto es, al Fuero del **Baylío**.

De entrada, doña Sonia ataca la base fundamental del señor Modesto. Entiende que, pese a tratarse de una costumbre, no puede ser ajena a la Ley de 7 de julio de 1981, que introdujo dos importantes reformas: la disolución del matrimonio por divorcio y la correlativa disolución del régimen económico matrimonial por igual causa.

Este hito, se dice, no puede ser obviado. Pues el hecho de que, con el devenir del tiempo, con el avance de la sociedad, se dicten nuevas normas que permiten el divorcio, hacen que la tradición oral del Fuero del **Baylío** deba interpretarse conforme al tiempo en el que debe ser aplicada, conforme al artículo 3 del Código Civil.

La apelada incide en que, según sus antecedentes históricos, el Fuero del **Baylío** despliega efectos con la disolución del régimen económico. A tal fin se cita la pragmática de Carlos III, según la cual todos los bienes que los casados llevan al matrimonio o adquieren por cualquier razón se comunican y someten a partición como gananciales. De esta afirmación, que es una interpretación de la norma consuetudinaria de tradición oral que supone el Fuero del **Baylío**, deduce la recurrida que, una vez llegado el momento de la disolución de la sociedad de gananciales, se reparten por mitad todos los bienes que los consortes tuviesen antes del matrimonio y los adquiridos constante el mismo por cualquier título. Su eficacia se despliega, pues, con la disolución, ya sea por muerte o por divorcio.

La señora Sonia hace suya la sentencia 2/2015 del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, en la que se interpreta la aplicación del Fuero del **Baylío** a la luz de la realidad social del tiempo en el que las normas han de ser aplicadas. Sentencia que, para la recurrida, debe tenerse muy presente dado que dicho tribunal es el máximo intérprete del derecho foral extremeño.

Por otra parte, se sale al paso de las alegaciones del recurrente en orden al modo de funcionar del fuero y el supuesto aluvión de escrituras nulas por las disposiciones unilaterales de bienes que pertenecen a la comunidad universal. Aclara que no es exigible a los aforados tener que modificar todas las escrituras y titularidades que posean o adquieran por cualquier razón o negocio jurídico para que los efectos del fuero le sean de aplicación. Se insiste en que la comunicación universal de patrimonios surte efecto desde que se contrae matrimonio sin necesidad de modificar todos los títulos de dominio.

En definitiva, para doña Sonia, como resuelve el Juzgado *a quo*, la liquidación de la sociedad conyugal existente entre los litigantes debe llevarse a cabo conforme al Fuero del **Baylío**, partiendo por mitad todos los bienes; los adquiridos tanto antes de contraer matrimonio como constante el mismo y por cualquier título.



Se interesa, pues, el mantenimiento en el activo del inventario de las fincas registrales NUM015 y NUM016 del Registro de la Propiedad de Olivenza. Asimismo, se pide que no debe contemplarse en el pasivo de la sociedad el derecho de crédito en favor del apelante por el importe de 84.141,69 euros como consecuencia de haber vendido un bien de carácter privativo.

TERCERO. Decisión del tribunal: el Fuero del **Baylío** también despliega efectos en las disoluciones matrimoniales por divorcio.

Para empezar, este tribunal hace suyas las acertadas consideraciones del juez de instancia, quien, con una motivación excelsa y modélica, aborda con meticulosidad la cuestión debatida y termina concluyendo que el Fuero del **Baylío** opera en todos aquellos casos donde, siendo aforados los cónyuges, se produce una disolución matrimonial. Entre sus razonamientos, destacamos los siguientes: <<... *Tampoco parece controvertido, a día de hoy, el contenido del citado derecho foral, como régimen económico matrimonial (más allá de las disquisiciones teóricas relativas al uso de esta nomenclatura, que más adelante abordaremos) que produce la comunicación universal de todos los bienes de los cónyuges, incluyendo los que ya les pertenecieron al tiempo de contraer matrimonio y los que hayan adquirido después por cualquier título. Sí se ha discutido históricamente si la comunicación patrimonial se produce en el mismo momento en que se contrae matrimonio (así lo entiende la ya mencionada Sentencia 2/2015 del TSJEX) o si, por el contrario, no tiene lugar hasta el momento de disolverse la sociedad conyugal (postura esta última sostenida por la meritada STS de 8 de febrero de 1892 , CONSIDERANDO 1º).*

*... Resulta incuestionable, en efecto, que el Fuero del **Baylío** nació en un contexto histórico en el que el único matrimonio válido era el canónico, y que incluso a día de hoy, el matrimonio canónico se configura como una institución indisoluble. Pero también lo es que la posibilidad de disolución del matrimonio civil por divorcio fue introducida en nuestro ordenamiento jurídico, y hasta nuestros días, en el año 1981, y ello como consecuencia del fuerte cambio social y político que entonces se estaba produciendo, hoy ya plenamente consolidado. Ello obliga a los órganos judiciales que han de aplicar el fuero a llevar a cabo una labor de interpretación jurídica de la norma consuetudinaria, a la luz de la trascendental novedad legislativa que supuso la regulación del divorcio en nuestro país.*

*... Entiende este juzgador que, en dicha labor interpretativa, sin duda difícil, debe acudir, como hace la sentencia mayoritaria del TSJEX, a la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas (art. 3 CC). En los términos utilizados por la meritada sentencia: "He aquí una realidad social incontestable que, en nuestro caso, ha de tener su trascendencia a la hora de la aplicación del Fuero del **Baylío**, aunque al tiempo de su consagración legal, en los términos reflejados en el fundamento de derecho 2º de esta no se contemplaba el divorcio como causa de disolución del vínculo matrimonial, no debiendo olvidarse que el Código Civil como criterios interpretativos de las "normas jurídicas" (no solo de la Ley), recoge, entre otros, "la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas", siempre y cuando, como enseña la jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias de 18 de Diciembre de 1997 , 14 de Octubre de 2008 , 30 de Junio de 2009 y 20 de Octubre de 2011 , entre otras muchas) no se tergiverse la ley, se cambie su sentido o se dé una interpretación arbitraria que orille la aplicación de la norma vigente de forma arbitraria". Ni la interpretación que hace el TSJEX cambia el sentido de la norma, ni puede ser calificada de arbitraria... >>.*

En segundo lugar, aunque no contamos todavía con doctrina casacional, esta Audiencia Provincial está también vinculada por su propia jurisprudencia. Con carácter general, este tribunal ha venido acogiendo el criterio seguido por la resolución hoy recurrida. Se apartó de esa interpretación con la sentencia 246/2013, de 11 de octubre, que fue casada por el Tribunal Superior de Justicia de Extremadura en su conocida resolución 2/2015, de 5 de noviembre. A partir de entonces, esta sección 2ª de la Audiencia Provincial de Badajoz volvió a mantener que el Fuero del **Baylío** también se aplica en las disoluciones del matrimonio por divorcio. Entre otras, pueden verse nuestras sentencias 147/2019, de 8 de marzo , y 21/2019, de 18 de enero .

En tercer lugar, queremos detenernos en el examen del artículo 3.1 del Código Civil , cuando en la interpretación de las normas, exhorta a atender no solo al sentido propio de las palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, sino también a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, teniendo en cuenta fundamentalmente a su espíritu y finalidad.

Toda norma es hija de una realidad concreta y, como producto de su vigencia, tiene vida propia. Ahora bien, la aplicación práctica de una norma con ser importante de cara a conocer su finalidad no puede erigirse en un criterio excluyente o determinante. De hecho, este artículo 3.1 abunda en que las normas tienen un componente dinámico. Para evitar su petrificación y sin necesidad de modificarlas, se persigue que las normas se adapten a las nuevas realidades sociales. Se ha dicho con razón que la norma puede producir efectos más allá de su tenor literal o de la intención que tenían sus creadores. Asistimos a diario ante interpretaciones muy válidas que llegan a retorcer la norma para darle un sentido actual. El intérprete, en



permanente contacto con la realidad, sabe mucho más y mejor de la razón del precepto jurídico que el propio legislador. Precisamente, en materia de familia, en los últimos años, el Tribunal Supremo ha perfilado muchas figuras jurídicas atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas. Los jueces, ante la obsolescencia de algunas normas, que por simple pasividad no son modificadas por el legislador, cobran más protagonismo y dan lugar al llamado derecho judicial. Tanto es así que, cuando llegan las reformas, con frecuencia el legislador se limita a trasladar al texto de la ley la doctrina jurisprudencial unificada.

Como recoge la sentencia del Tribunal Constitucional 198/2012, de 6 de noviembre (sobre el matrimonio homosexual), no puede perderse de vista la denominada interpretación evolutiva, de carácter sociológico, que permite un desarrollo integrador de la norma.

Hacemos estas consideraciones porque la voluntad de quienes engendraron el Fuero del **Baylío** tiene hoy en día mucho menos peso que el actual contexto jurídico y social de los territorios donde sigue vigente. Como apunta la parte apelada, estamos todos de acuerdo en que el fuero operaba con la disolución del matrimonio. Pues bien, a diferencia de siglos atrás, como así destaca la sentencia de instancia, desde la Ley 30/1981, de 7 de julio, además de por el fallecimiento, esa disolución sobreviene por el divorcio. El ordenamiento jurídico es un todo, de manera que esta circunstancia afecta indudablemente a la aplicación del fuero. El Código Civil contiene un conjunto de normas reguladoras de las relaciones patrimoniales de los cónyuges que son de aplicación general, cualquiera que sea el régimen adoptado. Estas normas deben ser tenidas en cuenta por el intérprete. Es verdad que el fuero nace en un contexto histórico donde el divorcio era inimaginable. Pero justamente la interpretación literal de la norma debe superarse para incorporar supuestos inicialmente desconocidos. La norma evoluciona para adaptarse a las nuevas situaciones.

En otro orden de cosas, queremos resaltar que, a lo largo del tiempo, el Fuero del **Baylío** no solo se ha aplicado a las disoluciones por fallecimiento. Hay estudios serios y bien documentados, públicamente conocidos, que dejan constancia de su aplicación en aquellos supuestos, excepcionales pero admitidos, donde por sevicias del marido sobre la mujer se producía la separación. Esto es, no solo la muerte producía la comunidad general de bienes.

En fin, aun reconociendo las serias dudas jurídicas del asunto, debemos concluir que, con la disolución del régimen económico matrimonial por divorcio y dada la indiscutida condición de aforados de los cónyuges, tanto las dos fincas cuestionadas como el numerario obtenido de la venta de una tercera deben formar parte del activo del inventario.

CUARTO. Motivo segundo: vulneración del artículo 326.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en cuanto al valor probatorio de documentos privados que han sido expresamente reconocidos, en relación con el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ; vulneración de las reglas de valoración de la prueba.

El señor Modesto impugna también la sentencia en lo que se refiere a la inclusión en el pasivo del inventario de un derecho de crédito de la sociedad conyugal por importe de 485.462 euros. Reclama la no inclusión de ese derecho de crédito y denuncia que hay ausencia de valoración de la prueba requerida por la parte actora.

Se sostiene que esos 485.462 euros corresponden al abono de una factura expedida por Mundimueble (más documental segunda aportada en la audiencia previa) por la compra a su padre (don Juan) de todo el mobiliario necesario para que el matrimonio iniciase su actividad. Recuerda que los cónyuges se dieron de alta como autónomos en el año 2000 y que adquirieron a don Juan la mercancía necesaria para el inicio de su actividad.

Esta deuda, según el apelante, fue expresamente reconocida por la señora Sonia. Habla de actos propios y de reconocimiento de deuda. Alude a un encuentro que tuvieron los hoy litigantes para negociar el inventario, en el que la esposa iba señalando qué partidas reconocía o dejaba de reconocer.

A este motivo se opone la señora Sonia. Para empezar, llama la atención sobre el hecho de que en el pasivo del inventario no existe esa partida. La única partida por 485.462 euros está en el activo.

Este motivo no puede prosperar.

En primer lugar, se impugna una partida del pasivo que es inexistente. Hay carencia de objeto y falta de gravamen (artículo 448.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Se nos pide la no inclusión en el pasivo de un derecho de crédito de la sociedad conyugal contra don Modesto por importe de 485.462 euros. Pero lo cierto es que el pasivo no existe esa partida, con lo cual difícilmente podemos excluirla.

Es verdad que, en el activo, figura un crédito por importe de 485.462 euros. Concretamente, se trata de la partida 3.D), consistente en un derecho de crédito de la sociedad conyugal contra don Modesto por importe de 485.462 euros. En cualquier caso, no se ha probado por el apelante el verdadero destino de esa cantidad. Aparentemente corresponde a una compra de mobiliario, pero nada más.



Por otra parte, aunque se defienda lo contrario, no existe ningún tipo de reconocimiento de deuda en el documento número 1 de la más documental segunda. Cuando en el marco de una negociación se hacen manifestaciones, no se adquiere en general compromiso alguno. Los llamados tratos previos o actos preliminares no son vinculantes. Se desenvuelven al margen de la declaración de voluntad. Tanto las conversaciones como las manifestaciones escritas no constituyen, por sí mismas, ningún acto jurídico. No hacen surgir entre los interesados una relación jurídica. A lo sumo y con carácter excepcional, pueden generar una responsabilidad precontractual, pero en modo alguno es aquí el caso. Insistimos, no estamos ante un reconocimiento de deuda, sino ante un claro supuesto de simples tratos previos y, por ende, sin eficacia obligacional (sentencias del Tribunal Supremo 330/2013, de 25 de junio de 2014 y 649/2010, de 2 de noviembre).

Por lo demás, la declaración testifical del padre del recurrente no tiene recorrido probatorio alguno. Como se dice de contrario, el artículo 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige que el testimonio sea valorado conforme a las pautas que marca la sana crítica, tomando en consideración la razón de ciencia que hubiera dado el testigo y las circunstancias que en él concurran. Don Juan , como es natural, ningún mal puede querer para su hijo. Su declaración, pues, carece de valor probatorio. Tiene aquí una doble tacha: el parentesco en primer grado con el apelante y el interés directo en el asunto porque es supuesto acreedor de la sociedad conyugal (causas primera y tercera del artículo 377.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

QUINTO. Último motivo: inclusión en el pasivo de la sociedad de la cantidad de 1.841.230 euros, suma prestada por don Juan .

El recurrente defiende que la sociedad conyugal debe dicha cantidad a su padre. Dice que la justificación está muy clara, pues, constante el matrimonio, cada cónyuge solo cobraba una nómina de 1.035 euros mensuales. Manifiesta que el importante patrimonio acumulado ha sido resultado del dinero prestado por su padre. Hace ver que, de no ser así, estaríamos hablando de un milagro económico digno de estudio en las universidades (sic). Añade que, de no abonarse esta deuda, él tendrá que colacionar a la herencia de su padre dicha suma de dinero, con un enriquecimiento evidente e injusto por parte de su esposa.

Para acreditar el supuesto préstamo, el recurrente esgrime el documento número 1 de la más documental segunda de las pruebas aportadas en el acto de la vista, así como los documentos 23, 24 y 26.

El documento número 1 de la más documental segunda consiste en un simple folio nominado *deuda cantidades entregadas por Juan* . En dicho documento se consignan de forma mecanografiada una serie de cantidades y correlativos conceptos. Y escrito a mano se indica que debe a su padre 2.531.812,50 euros. Aparece, también y de manera manuscrita, un yo seguido de la cantidad 1.265.906,20 euros. El documento no está firmado por nadie y, aparte del nombre de don Juan , figura también el nombre del apelante.

Este documento carece de todo valor probatorio. El recurrente echa en falta su valoración por la sentencia de instancia, pero no tiene nada de extraño dada su vacuidad. Tanto es así que el propio don Modesto admite que es un documento de confección unilateral, realizado por miembros de la familia del demandado y que podía recoger todo lo que tuvieran por conveniente e incluso modificarse a su voluntad. Por lo demás, aun cuando aceptáramos que la expresión manuscrita fuera obra de la señora Sonia , nada cambiaría las cosas. Estamos ante el mismo supuesto ya examinado: no puede pasar como un reconocimiento de deuda. Este documento tampoco vincula a la señora Sonia . Ni siquiera está firmado. No es acto propio, ni es reconocimiento. Carece de aptitud para deducir las consecuencias jurídicas propugnadas por señor Modesto .

Respecto de los documentos 23 y 24, son simples certificaciones de una entidad bancaria poniendo de relieve trasпасos de dinero entre cuentas corrientes. Construir un préstamo sobre la base de esos movimientos contables es casi un ejercicio de fe. Vienen a cuento también las razonables objeciones del juez de instancia: <<... De ese modo de operar entre padre e hijo no puede extraerse la conclusión de que esas cantidades las retirase el hijo con el compromiso de devolución de futura. Al contrario, el que D. Juan permitiese a su hijo retirar cuanto dinero tuviese por conveniente, en efectivo, sin documentar dicha deuda y sin siquiera llevar una contabilidad exacta de las cantidades que el hijo tomaba, conduce a pensar que se trataba de actos de mera liberalidad del padre para con su hijo, sin que exista indicio alguno de que el padre, al autorizar a su hijo a retirar esas sumas, lo hiciese con la expectativa de recuperarlas en el futuro >>.

En relación con el documento número 26, es un manuscrito del padre del apelante. Es una simple fotocopia y tiene por objeto un supuesto reconocimiento de deuda del apelante para con su padre por los expresados 1.841.230 euros. El documento ha sido impugnado por la esposa y tiene toda la apariencia de ser un documento preconstituido a los fines de este procedimiento. Parece responder al propósito de crear la apariencia de un derecho de crédito a favor del padre del recurrente y en claro perjuicio de los intereses de la sociedad conyugal. Sea como fuere, este documento solo compromete o vincula al hijo frente al padre. No podemos aceptar que, por medio del mismo, se demuestre la realidad del préstamo dada la comunión de



intereses entre el padre y el hijo. Desde un punto de vista procesal, es un documento inoponible a la señora Sonia .

Conviene recordar que el artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil establece que, cuando al tiempo de dictar sentencia, el juez considere dudosos unos hechos relevantes para la decisión, desestimará las pretensiones del actor o las del demandado, según corresponda a uno u otro la carga de probar los hechos que permanezcan inciertos y fundamenten sus pretensiones. Al actor, añade dicho artículo, corresponde la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda. Y al demandado incumbe la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos postulados de contrario.

Repárese que hablamos nada menos que de 1.841.230 euros. En el ámbito de las relaciones humanas, por muy despreocupado que sea uno, es por completo inusitado que se preste tan alta suma sin documentarla. Nada sabemos del plazo, del requisito del cierto tiempo del artículo 1740 del Código Civil . No está en vigor el antiguo del artículo 1248 del Código Civil , que exhortaba a los jueces tener cuidado de evitar que, por la simple coincidencia de los testimonios, a menos que su veracidad fuera evidente, quedaran definitivamente resueltos asuntos donde ordinariamente suele existir algún principio de prueba por escrito. Esta sabia admonición, aunque dejó de estar positivizada con la entrada en vigor de la actual ley procesal civil, subsiste hoy como regla de la sana crítica en los términos del artículo 376 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . En este caso, no hay ningún documento que evidencie mínimamente que exista un préstamo. Las pruebas documentales aportadas no permiten con un básico grado de certeza acreditar la realidad del contrato de préstamo.

También debe resaltarse que, si bien en general contractualmente opera la presunción de onerosidad, en el ámbito familiar y más de padres a hijos, los actos de liberalidad están a la orden del día. Y la donación de dinero no exige forma especial (artículo 632 del Código Civil).

Por último, nos parece muy acertada la reflexión de la letrada de la parte apelada. Este tribunal comparte que no es creíble que, al cabo de tantos años, se reconozca un crédito cuando se ha tenido solvencia más que suficiente para atender sin problemas el pago y, sobre todo, que tal reconocimiento se haga a espaldas de una de las personas supuestamente obligadas al pago.

En fin, agotados, con este, todos los motivos del recurso, debemos confirmar íntegramente la sentencia de instancia.

SEXO. Costas y depósito.

Pese a la desestimación del recurso, no imponemos las costas al recurrente, al entender que existen serias dudas jurídicas sobre la aplicación del Fuero de **Baylío** en los supuestos de disolución matrimonial por divorcio (artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Prueba de esas dudas es que la sentencia de 5 de noviembre de 2015 del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura contó con un destacado voto particular.

Asimismo, declaramos la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Vistos los preceptos legales citados y los demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S.M. el Rey y por la Autoridad que nos concede la Constitución, pronunciamos el siguiente:

FALLO

Primero. Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por don Modesto contra la sentencia de 7 de mayo de 2020, dictada en el procedimiento de liquidación de sociedad de gananciales 455/2018 por el Juzgado de Primera Instancia de Olivenza y, en consecuencia, confirmamos íntegramente dicha resolución.

Segundo. No se hace especial imposición de las costas de esta alzada y declaramos la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese a las partes interesadas esta resolución y, con certificación literal a expedir por el Sr. Letrado de la Administración de Justicia de esta Audiencia Provincial y del oportuno despacho, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, para cumplimiento y ejecución de lo acordado. Archívese el original en el libro registro correspondiente de esta Sección.

Contra esta resolución no cabe recurso ordinario alguno. Solo se admitirán los recursos extraordinarios de casación por infracción procesal y de casación, si se fundan en los motivos y supuestos previstos, respectivamente, en los artículos 469 (en relación con la disposición Final 16ª de la LEC) y 477 de la Ley



de Enjuiciamiento Civil , de los que conocerá la Sala de lo civil del Tribunal Supremo y que, en su caso, deberán interponerse por escrito ante este tribunal, en el plazo de los veinte días hábiles siguientes al de su notificación.

Conforme a la Disposición Adicional 15ª de la LOPJ , la admisión a trámite del recurso precisará ingresar la cantidad de cincuenta euros en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Tribunal.

Así, por ésta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ