



Roj: **STS 4217/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4217**

Id Cendoj: **28079110012017100613**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **10/11/2017**

Nº de Recurso: **1155/2015**

Nº de Resolución: **603/2017**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA DE LOS ANGELES PARRA LUCAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP C 316/2015,**
STS 4217/2017

SENTENCIA

En Madrid, a 10 de noviembre de 2017

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D.^a Francisca , representada por el procurador D. Marcos Juan Calleja García bajo la dirección letrada de D.^a María Mercedes de la Puente Formoso, contra la sentencia dictada el 13 de febrero de 2015 por la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de A Coruña en el recurso de apelación n.º 197/2014 dimanante de las actuaciones de juicio ordinario n.º 246/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de A Coruña, sobre liquidación de gananciales. Ha sido parte recurrida D. Juan Enrique , representado por el procurador D. Luis Arredondo Sanz y bajo la dirección letrada de D. José Mariano Sierra Rodríguez.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.^a M.^a Angeles Parra Lucan

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Tramitación en primera instancia

1.- D. Juan Enrique , interpuso demanda sobre liquidación del régimen económico matrimonial contra D.^a Francisca en la que solicitaba:

«la formación de inventario de la sociedad de gananciales formada por demandante y demandada, acompañándose propuesta y se inicie el procedimiento, citando a las partes, con traslado a la parte contraria de la propuesta de inventario, avalúo y adjudicación que provisionalmente se contiene en el cuerpo de este escrito, a fin de que se alcance un acuerdo, o en otro caso, se siga el procedimiento legalmente establecido y en su día se proceda a la aprobación del inventario propuesto, continuándose el procedimiento por sus legales trámites para posterior liquidación, con expresa imposición de costas a la demandada si se opusiera tan legítima pretensión».

2.- La demanda fue presentada el 6 de marzo de 2013 y repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de A Coruña y fue registrada con el n.º 246/2013 . Una vez fue admitida a trámite, se procedió a citar a las partes para formación de inventario.

3.- Celebrado el acto y no habiendo conformidad entre las partes se les cita en el mismo acto para la celebración de juicio.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-Juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de A Coruña dictó sentencia de fecha 8 de enero de 2014 , con el siguiente fallo:



«Que estimando parcialmente la oposición deducida por el procurador don Fernando Iglesias en nombre y representación de doña Francisca , en orden a la inclusión y exclusión en el activo y pasivo de la sociedad de gananciales habida entre doña Francisca y don Juan Enrique representado por el procurador don Jaime del Río, de determinadas partidas, debo declarar y declaro la aprobación del inventario, de la sociedad económica conyugal en los términos siguientes y sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes:

» **Activo :**

- »1 Casa con terreno anexo sita en Culleredo Regueiro Rutis CALLE000 n.º NUM000 .
- »2 Piso sito en AVENIDA000 n.º NUM001 .
- »3 Piso sito en AVENIDA000 n.º NUM002 .
- »4 Ajuar doméstico.
- »5 Vehículo BTX .
- »6 Instrumental equipamiento y existencias propias del ejercicio profesional de don Juan Enrique .
- »7 Depósito a plazo en la entidad Banco Pastor.
- »8 Depósito estructurado en la entidad Banco Pastor.
- »9 Saldo en la cuenta corriente Banco Pastor.
- »10 Saldo en las cuentas corrientes de Novagalicia Banco, tanto de don Juan Enrique como de doña Francisca .
- »11 Valor de la motocicleta STZ .
- »12 Clínica dental sita en Avda. de Villaboa 102 1.º derecha e izquierda.
- »13 Rendimientos de la clínica dental hasta la disolución de la sociedad de gananciales.

» **Pasivo :**

- »1 Deuda de la sociedad de gananciales frente a don Juan Enrique , de las amortizaciones del préstamo ganancial NUM003 .
- »2 Deuda de la sociedad de gananciales frente a don Juan Enrique , del pago del IBI de los inmuebles y las primas de seguro.
- »3 Deuda de la sociedad de gananciales frente a don Juan Enrique consistente en los gastos de su actividad profesional.
- »4 Capital pendiente de amortización del préstamo NUM003 ».

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Juan Enrique .

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, que lo tramitó con el número de rollo 197/2014 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 13 de febrero de 2015 , cuyo fallo dispone:

«FALLAMOS: Que, con estimación parcial de los recursos de apelación, revocamos en parte la sentencia apelada, en el sentido de modificar el inventario a que se refiere dicha resolución judicial en los extremos siguientes:

- »- Se suprime del activo de la disuelta sociedad de gananciales la partida n.º 12 referida a la clínica dental.
- »- Se suprime del pasivo la partida 3 (deuda de la sociedad frente a don Juan Enrique por gastos de su actividad profesional).
- »- Se incluyen en el pasivo dos partidas: 5) Deuda de la sociedad de gananciales frente a don Juan Enrique por las cuotas de la comunidad de propietarios de los pisos incluidos en el activo ganancial abonadas por él tras la disolución; y 6) Deuda de la sociedad de gananciales frente a don Juan Enrique por el pago también posterior del IRPF del ejercicio 2009.

»Confirmamos los restantes pronunciamientos. No se hace mención de las costas de la alzada...».

TERCERO .- *Interposición y tramitación del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1.- D.ª Francisca , interpuso recurso de casación.



El motivo del recurso de casación fue el siguiente:

«Único: De conformidad con el artículo 477 se fundamenta el recurso como motivo único en la infracción de normas aplicables para resolver las cuestiones objeto del proceso, y conformidad con el artículo 1692.4 de la LEC, que establece como motivo la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o la jurisprudencia que fueren aplicables para resolver las cuestiones objeto de debate...».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 14 de junio de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

«La sala acuerda:

»1.º Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D.ª Francisca, contra la sentencia dictada con fecha 13 de febrero de 2015 por la Audiencia Provincial de A Coruña (sección 4.ª), en el rollo de apelación n.º 197/2014, dimanante de proceso de formación de inventario en liquidación de sociedad de gananciales n.º 246/2013 del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de A Coruña».

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición al recurso de casación, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito, quedando el presente recurso pendiente de vista o votación y fallo.

4.- Por providencia de 15 de septiembre de 2017 se nombró ponente a la que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 18 de octubre de 2017, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los antecedentes más relevantes para la decisión del presente recurso son los siguientes:

1. - D.ª Francisca y D. Juan Enrique contrajeron matrimonio el 3 de agosto de 2001. Tras el divorcio, establecido por sentencia de 22 de abril de 2010, el 6 de marzo de 2013 presenta D. Juan Enrique demanda de liquidación del régimen económico matrimonial.

Citados los cónyuges, en el acto celebrado el 16 de abril de 2013 no alcanzan un acuerdo sobre varias partidas. Conforme a lo dispuesto en el art. 809 LEC, se ordena la continuación de la tramitación con arreglo a lo previsto en el juicio verbal.

Por lo que aquí interesa, la principal discrepancia entre los litigantes se refiere a la naturaleza, privativa o ganancial, de la clínica dental.

D.ª Francisca defiende que la clínica es ganancial. Argumenta que es un negocio y tiene un valor cierto, valor de fondo de comercio, independiente del valor del inmueble y de los elementos de equipamiento. D. Juan Enrique argumenta, por el contrario, que la clínica es privativa, por constituir mero ejercicio profesional.

2. - La sentencia del Juzgado incluye en el activo de la sociedad la clínica dental así como los rendimientos de la clínica hasta la disolución de la sociedad de gananciales, momento que identifica con la fecha de la sentencia de divorcio. Además incluye como partidas distintas los dos pisos en los que está instalada la clínica y el instrumental, equipamientos y existencias propias del ejercicio profesional del esposo.

El Juzgado considera de aplicación el art. 1347.5 CC y razona su decisión de la siguiente manera:

«En primer lugar, se debe advertir con carácter previo, que en el ordenamiento jurídico español rige el principio de presunción de ganancialidad de los bienes, aunque ciertamente admite prueba en contrario. Así antes de analizar la condición de la clínica dental, conviene dejar sentado que el artículo 1361 del Código Civil establece que se presumen, gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o a la mujer. En el presente caso no se discute, que la sociedad económica matrimonial que formaron los litigantes se rigió por las normas de la sociedad legal de gananciales, y al disolverse a consecuencia del pleito matrimonial, su liquidación a instancia de parte ha de seguir el procedimiento previsto en los artículos 1396 y siguientes del Código Civil, debiendo formarse inventario de acuerdo con las normas específicas de la Ley Procesal. Sentado lo anterior la partición ha de hacerse bajo el prisma de que aquel que alegue o afirme que los bienes existentes al momento de la liquidación son privativos debe probarlo porque, como se ha dicho, en caso contrario se presume su ganancialidad.

»Debe señalarse que por más que en efecto, las aptitudes del individuo para el trabajo, la libertad misma de trabajo y sus consecuencias, estén vinculadas a los derechos de la personalidad, y en puridad conceptual son



tales dotes o capacidades bienes privativos, es lo cierto que sean cuales sean las competencias profesionales del actor, la clínica dental es un negocio, se desarrolla en un establecimiento mercantil abierto al público, cualquiera que sea la ubicación del establecimiento, en un determinado espacio físico y empleando un mobiliario e instrumental específico para la realización de su fin; habiéndose fundado, establecido y constituido la clínica dental durante el matrimonio, vigente la Sociedad legal de gananciales, con recursos de tal carácter ganancial, debe concluirse que mentada clínica dental debe tener carácter ganancial.

«Será en la valoración de la clínica dental donde deberá tenerse en cuenta: el mobiliario e instrumental con que cuenta la clínica para la realización de su fin y el indudable peso que la cualificación profesional del actor, deberá tener en referida valoración del negocio (sic). Pero nos encontramos ante la formación de inventario y no ante el avalúo de los bienes integrantes del inventario. Este criterio es mantenido reiteradamente por la jurisprudencia entre otras sentencia de la Audiencia de Málaga de 26 enero de 2000 , de la Audiencia de Madrid de 10 junio 2003 , 16 noviembre 2004 ».

No se imponen las costas.

3. - Ambos cónyuges recurren en apelación y se oponen al recurso contrario.

D. Juan Enrique impugna la inclusión en el activo de la clínica dental como una empresa ganancial fundada durante la vigencia del matrimonio con recursos comunes (art. 1347.5° CC) y defiende su carácter privativo como simple actividad profesional inherente a su persona como odontólogo (art. 1346.5.° CC). Ello, añade, sin perjuicio del carácter ganancial de los pisos donde se ejerce la profesión, así como de los rendimientos hasta la fecha de la sentencia de divorcio y el derecho de reintegro a favor de la extinta sociedad por el valor del instrumental o de que fuesen considerados gananciales los equipamientos e instrumentos.

D.ª Francisca , conforme con la inclusión en el activo del inventario de los beneficios o rendimientos de la clínica dental, discrepa del criterio del Juzgado, que los limita a los obtenidos hasta la disolución de la sociedad de gananciales y sostiene que, por el contrario, corresponden a la comunidad post-ganancial hasta su efectiva liquidación, al continuar generándose y proceder de un negocio o empresa reconocida como ganancial en la propia sentencia.

La sentencia de la Audiencia estima el motivo del recurso de apelación del marido que impugnaba la inclusión en el activo de la clínica y desestima el motivo del recurso de la esposa que pretendía que se incluyeran también los beneficios o rendimientos de la clínica hasta la liquidación de la sociedad, pues tal pretensión presupone que la clínica es ganancial, lo que se niega por la Audiencia.

En su extenso fundamento jurídico tercero la sentencia de la Audiencia basa su decisión, en síntesis, en el siguiente razonamiento: partiendo de que el ejercicio profesional y sus instrumentos son privativos (art. 1346.5.° y 8.° CC) mientras que el establecimiento y empresa fundado durante la sociedad con dinero común es ganancial (art. 1347.5.° CC), existe un casuismo jurisprudencial que, en general, resuelve el problema de distinguir la actividad empresarial del ejercicio profesional valorando la mayor o menor semejanza que en cada caso presenta la actividad profesional con la empresarial y la mayor o menor dedicación de la persona a la actividad; entiende que en la actividad empresarial prima la organización, la unidad patrimonial, mientras que en la actividad profesional prima el aspecto personal, subjetivo, realizada al amparo de una titulación intransferible lograda con el estudio y el esfuerzo personal; tras un resumen de la sentencia de esta sala de 20 de noviembre de 2000 , que consideró ganancial una óptica, por considerarla una empresa, y de varias sentencias de Audiencias Provinciales, concluye que:

«Tras el panorama y consideraciones expuestas lógicamente se puede concluir que si una persona que ha obtenido una titulación, obviamente por sus personalísimos méritos y esfuerzos, se dedica precisamente a trabajar en aquello para lo que su título le habilita, aunque lo haga con medios materiales mobiliarios, inmobiliarios e instrumentales de origen privativo o ganancial, y con personal colaborador o auxiliar, habremos de entender que en principio se trata de un ejercicio profesional personal y no de una empresa o negocio en funcionamiento, a los fines examinados, salvo circunstancias especiales que demuestren que no es esa su dedicación fundamental sino de otro tipo, como la de administrador de la organización, y en fin que se trate de una verdadera actividad empresarial».

De forma particular, por lo que se refiere a la clínica, sostiene lo siguiente:

«Tenemos que aclarar que el término más o menos ampuloso utilizado de "clínica" (dental), por muy extendido que esté actualmente, no significa magnificar su significado como si fuera algo más grande o importante sugiriendo una organización empresarial tipo hospital o sanatorio, cuando en la mayoría de los casos no pasa de lo que tradicionalmente se denominaba «consulta» o «despacho», en este caso de dentista, aunque en local habilitado al efecto con diversas dependencias y medios actuales adecuados al avance de la ciencia y la tecnología.



»Es cierto que en el caso enjuiciado la clínica dental empezó vigente el matrimonio y la sociedad de gananciales, que se montó con dinero ganancial, que se extiende a dos pisos gananciales (izquierda y derecha), que cuenta con cuatro sillones de dentista, y que el ex marido no trabaja solo, sino que además del personal auxiliar, también lo hace una ortodoncista y otros dos odontólogos, funcionando incluso muchas mañanas mientras aquél trabaja en el SERGAS. Pero también es cierto que no siempre fue así sino en los últimos años, pues antes trabajaba él solo, acaso con la ayuda de personal auxiliar, en uno de los pisos con dos sillones, la ampliación derecha e izquierda se produjo más recientemente, la superficie útil total no es excesiva (125 metros cuadrados), y él sigue, dedicándose personalmente en la clínica al ejercicio de su profesión de odontólogo aproximadamente desde las tres y media de la tarde hasta las nueve de la noche o más, mientras que aquellos otros titulados lo hacen bajo su supervisión o conformidad profesional personal, colaborando, a media jornada y no todos los días, y siempre se identificó desde el inicio bajo el nombre del propio marido, sin usar nombres comerciales ni marcas ni publicidad. Y en definitiva, es dudoso realmente que se trate de una empresa o apreciar un fondo de comercio empresarial».

SEGUNDO.- D.^a Francisca interpone recurso de casación.

1.- De una parte, justifica el acceso a la casación con la cita conjunta de los apartados 2 y 3 del art. 477 LEC :

a) Tiene en cuenta para ello el informe pericial de parte que valora la clínica en 576.484 euros (informe que, como bien dice el recurrido y consta en los antecedentes, no fue admitido en la apelación por los autos de la Audiencia Provincial de 5 de noviembre y 1 de diciembre de 2011, que tuvieron en cuenta tanto el momento de la presentación como su improcedencia para la fijación del inventario), a lo que añade los rendimientos de la clínica hasta la liquidación, que también reclama.

b) En segundo lugar, la recurrente afirma que la resolución del recurso presenta interés casacional, tanto por oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo como por la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales.

El recurso se funda en un único motivo con cuatro apartados: los dos primeros denuncian respectivamente infracción de dos preceptos del Código Civil (arts. 1347.5.º y 1361) y los otros dos se dirigen a justificar el interés casacional (en uno aporta la cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo que se entiende infringida por la sentencia recurrida y en el otro sentencias de Audiencias Provinciales que resolverían en sentido diverso a la recurrida). Para justificar el interés casacional alega que la sentencia recurrida se opone a la doctrina de la sala y cita (por este orden) las sentencias de 16 de junio de 2006, 29 de septiembre de 1997, 23 de octubre de 2003, 6 de junio de 2006, 15 de septiembre de 2008 y 4 de abril de 2007. Argumenta también que existe jurisprudencia contradictoria de la Audiencias Provinciales, de las que adjunta copia, en concreto las de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 4.ª de 30-3-2006 , la de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 3.ª, de 30-6-2011 , la de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 5.ª de 11-10-2012 la de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 3.ª, de 12-3-2014 , la de la Audiencia Provincial de A Coruña, sección 6.ª, de 9-10-2014 , la de la Audiencia Provincial de Córdoba, sección 2.ª, de 3 de marzo de 2010 , la de la Audiencia Provincial de Salamanca, sección 1.ª de 18-2-2014 , la de la Audiencia Provincial de A Coruña sección 3.ª, de 12-3-2014 , la de la Audiencia Provincial de Asturias, sección 1.ª, de 16-5-2013 y la de la Audiencia Provincial de Málaga de 22-12-2005 .

El recurso sostiene, en esencia, que la clínica dental debe incluirse en el activo del inventario por ser una empresa o establecimiento fundado vigente la sociedad de gananciales a expensas de los bienes comunes.

En el desarrollo del recurso argumenta que se ha infringido el art. 1347.5.º CC porque no es una clínica unipersonal, sino que hay cuatro puestos de trabajo de odontólogo con cuatro sillones; que no es la única fuente de ingresos del marido, que ejerce su puesto de trabajo como funcionario del sistema público de salud y su dedicación a la clínica es como negocio para obtener beneficios; que la clínica también funciona por las mañanas, cuando el esposo está trabajando en el sistema público; que es una verdadera empresa, que constituye un fondo de comercio, valorada como unidad de producción a efectos de un posible traspaso en 576.474 euros a fecha de 24 de febrero de 2014; que es susceptible de transmisión como conjunto porque no es una actividad personalísima; que la esposa colaboraba en tareas de limpieza, indicios todos ellos valorados por la jurisprudencia para valorar que un bien es ganancial. Añade que se ha vulnerado el art. 1361 CC : porque, no probado el carácter privativo de la clínica, debe presumirse que es ganancial; porque según el razonamiento de la Audiencia, ningún negocio que requiera titulación podría ser ganancial; y porque sería paradójico que no lo fuera cuando, de haberse constituido una sociedad para el mismo negocio, las acciones sí serían gananciales.

2.- D. Juan Enrique presenta escrito de oposición en el que invoca como causa de inadmisibilidad del recurso la inexistencia de interés casacional por cuanto el recurso no impugnaría cuestiones de derecho sino que, haciendo supuesto de la cuestión, pretende sustituir la valoración de la prueba realizada por el Tribunal de instancia por la propia. Alega que el recurso adolece de carencia manifiesta de fundamento, que



la jurisprudencia aportada responde a las particularidades de cada caso y que, en el litigioso, la Audiencia ha razonado los motivos por los que considera que la clínica es ejercicio profesional del marido. Añade, a mayor abundamiento, que la esposa sostiene ahora en la liquidación lo contrario que mantuvo en el proceso de divorcio donde, para solicitar el máximo de pensión y alimentos tuvo en cuenta los rendimientos profesionales del marido cuando, de considerarlos como gananciales, lo lógico hubiera sido exigir normas de administración o recurrir a lo preceptuado en el art. 1408 CC .

Como motivos de fondo, en su escrito de oposición, D. Juan Enrique , en esencia, sostiene: que la clínica es personal, por más que disponga de medios auxiliares humanos y materiales; que se trata de una profesión liberal que, cierto que se inició constante matrimonio, pero que requiere una constante formación y estudio desde la más temprana edad, hasta la licenciatura, especialización e incluso a lo largo del desarrollo profesional; que la consulta «es el propio esposo» y no existiría sin él; que la consulta constituye la principal actividad profesional del esposo, por lo que la recurrente hace supuesto de la cuestión; argumenta que desempeña su profesión con carácter personalísimo, propio del mero ejercicio profesional; que, como recogió la sentencia recurrida, antes trabajaba solo en uno de los pisos, acaso con ayuda de auxiliar y la ampliación a los dos pisos se produjo más recientemente, que además de trabajar por las mañanas en el SERGAS (sin el descanso matinal para salir antes, solo en turno de mañana, sin hacer guardias ni intervenciones quirúrgicas, sino en una consulta de odontología que es una unidad de apoyo a un centro de salud), trabaja a jornada completa todas las tardes en la consulta, mientras que los otros titulados lo hacen bajo su supervisión o conformidad profesional personal, colaborando a media jornada y no todos los días; reitera que la esposa no pidió que se aplicara el 1408 CC y tuvo en cuenta los ingresos de la clínica para pedir su pensión compensatoria y los alimentos; además, niega la contribución de la esposa con su trabajo.

Insiste en que la jurisprudencia citada no apoya la tesis de la recurrente porque se resuelven casos diferentes: unas veces porque es precisa una autorización administrativa para ejercer una actividad, como sucede con las farmacias (a las que se refiere la sentencia de 16 de febrero de 2006), supuesto con el que no procedería la analogía; o como sucede también con las licencias de taxi (a las que se refieren las sentencias de 6 de junio de 2006 y de 4 de febrero de 2007, esta última en un caso en el que las partes además sí incluyeron la licencia en el cuaderno particional); o porque se trata de un negocio cuya ganancialidad las partes no discuten (una ferretería en el caso de la sentencia de 15 de septiembre de 2008; un negocio de fontanería, en el caso de la sentencia de 23 de octubre de 2003, en el que además quedó acreditado que la esposa trabajaba; o un bar-pastelería, en el caso de la sentencia de 29 de septiembre de 1997, donde los litigantes discutían la fecha de fundación del negocio, en particular si se fundó antes del matrimonio).

Concluye finalmente que, de acuerdo con la doctrina civilista debe distinguirse la actividad empresarial, unidad patrimonial que quedaría incluida en el art. 1347.5.º CC y el mero desarrollo de un trabajo profesional, excluible de su valoración ganancial como bien inherente a la persona (art. 1346.5.º CC), lo que se haría extensible incluso a la infraestructura para desarrollar la actividad profesional (art. 1346.8.º CC). Sostiene que la diferencia fundamental entre actividad empresarial y trabajo profesional es que en la primera la labor del titular es accesoria y lo esencial es la unidad patrimonial integrada por el conjunto de bienes organizados mientras que en el segundo caso existe un fuerte matiz subjetivo de dedicación del sujeto y que hay mero ejercicio de la profesión cuando los bienes adscritos al oficio o profesión no han alcanzado la categoría de unidad patrimonial susceptible de ser explotada.

Alega que en el presente caso la consulta es expresión de la actividad profesional del marido, por lo que no puede ser considerada ganancial y, en consecuencia, la sentencia recurrida no ha infringido el art. 1347.5.º CC . Añade que tampoco se ha infringido el art. 1361 CC porque la clínica no es ganancial, porque en esta materia hay un gran casuismo y porque los argumentos alegados por la recurrente nada tienen que ver con lo que se discute y muestran las posturas incoherentes mantenidas por esa parte, que incluyó en el inventario partidas diferentes para la clínica, los instrumentos y los pisos en los que se asentaba la actividad en lugar de incluir como un todo la empresa.

Por todo ello, D. Juan Enrique solicita la desestimación del recurso y la confirmación de la sentencia recurrida en todos sus extremos.

TERCERO.- Por las razones que se exponen a continuación, el motivo se estima.

1.- Damos respuesta, en primer lugar, a los óbices de admisibilidad formulados por la parte recurrida .

Esta sala considera que sí concurre el interés casacional en grado suficiente como para clarificar la doctrina sobre el art. 1347.5.º CC a efectos de precisar su aplicación cuando, durante la vigencia de la sociedad y a expensas de bienes comunes, uno de los cónyuges inicia el desarrollo de una actividad profesional titulada con una cierta organización, para lo que cuenta con un equipo material y personal y una sede en la que se localiza la oferta.



El procedimiento no se ha tramitado por razón de la cuantía, por lo que debe concurrir el interés casacional que justifique el acceso a la casación (art. 477.3 LEC) y, existiendo doctrina de esta sala es a ella, y no a la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales que pudiera existir, a la que debe atenderse para apreciar el interés casacional.

La recurrente aporta la sentencia 644/2006, de 16 de junio, en la que la farmacia era privativa por haberse fundado antes del matrimonio y se discutía el carácter ganancial de las existencias; la sentencia 820/1997, de 29 de septiembre, en la que se discutía si el establecimiento de bar-cafetería fue fundado por el padre del marido antes del matrimonio; la sentencia 963/2003, de 23 de octubre, en la que se analizaba la adición de la liquidación con los incrementos habidos en un negocio de fontanería cuya ganancialidad no se discutía; la sentencia 561/2006, de 6 de junio, en la que el problema era el momento en el que debía valorarse la licencia de taxi en una liquidación; la sentencia 786/2008, de 15 de septiembre, en la que se declaró que los rendimientos de los bienes gananciales eran gananciales aunque la administración se hubiera atribuido a uno de los cónyuges en el auto de medidas; la sentencia de 4 de abril de 2007 (Rec. 1555/2000), sobre carácter ganancial de licencia de taxi adquirida constante matrimonio.

Como se dirá más adelante, hay otras sentencias de esta sala que la recurrente no cita y en las que se admite la distinción entre la titularidad precisa para el ejercicio de una actividad y la base económica del negocio, que sí puede ser ganancial si se dan los requisitos del art. 1347 CC .

2 .- Antes de entrar en la solución del recurso conviene hacer dos observaciones.

a) El recurso se funda en un «único motivo» en el que denuncia en dos apartados diferentes infracción de los arts. 1347.5.º y 1361 CC . El propósito es el mismo, considerar que en el caso la clínica del esposo es un bien ganancial que debe ser incluido en el activo de la sociedad.

A efectos de la resolución del recurso es irrelevante el art. 1361 CC , porque la presunción de ganancialidad no juega cuando puede concluirse, por aplicación de los criterios legales, que un bien es privativo. En el caso, la sentencia recurrida no aplica incorrectamente el art. 1361 CC ni lo infringe porque considera probado el carácter privativo de la clínica al valorar que prima el aspecto personal sobre el organizativo propio de la empresa y, en consecuencia, concluye que no es aplicable el art. 1347.5.º CC . El art. 1361 CC no es un argumento para interpretar el art. 1347.5.º CC cuando no se discute en qué momento se fundó la clínica o si se utilizó para ello dinero privativo o ganancial (que son los requisitos que exige el art. 1347.5.º CC para considerar la empresa o el establecimiento como gananciales).

b) En el caso, la actividad es realizada sin que se haya creado una sociedad con personalidad jurídica, ejercitando en nombre propio la actividad profesional. Este es precisamente el supuesto al que resultaría de aplicación el art. 1347.5.º CC para el caso de que se considerara que la actividad llega a constituir una empresa o establecimiento en el sentido del precepto.

Cuando se haya formado una sociedad, la titularidad privativa o ganancial de las acciones o participaciones se resuelve por aplicación de las reglas generales contenidas en los arts. 1346 y 1347 CC , tal y como entendió la sentencia 731/1999, de 18 de septiembre . De la aplicación de estas reglas resulta:

i) que tendrán carácter privativo las acciones o participaciones que pertenecieran a uno de los cónyuges con anterioridad a la sociedad de gananciales (art. 1346.1.º) o que hayan sido adquiridas a costa de bienes privativos, incluido por tanto el caso de una empresa privativa que se constituye como sociedad durante la vigencia de la sociedad de gananciales (art. 1346.3.º); y,

ii) que tendrán carácter ganancial las acciones o participaciones adquiridas a título oneroso a costa del caudal común, tanto si la adquisición se hace para la comunidad como si se hace para uno solo de los esposos (art. 1347.3.º), con independencia de quién adquiera el carácter de socio. Además, cuando sea procedente, deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en el art. 1352 CC (para las nuevas acciones, títulos o participaciones sociales) y en el art. 1384 CC por lo que se refiere a los actos de administración y disposición.

3.- El Código Civil se refiere en ocasiones conjuntamente a la explotación de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio (art. 1362.4.ª), en otras «al ejercicio de la profesión u oficio» y al «establecimiento y explotación» como realidades diferentes (art. 1346.8.º) o, como sucede en art. 1347.5.º, solo a la «empresa y establecimiento».

Los conceptos de «empresa», «establecimiento» y «explotación» son polisémicos y su sentido debe identificarse de manera específica dentro del conjunto normativo en el que se utilizan, en atención a la finalidad perseguida por la norma y a la realidad social del tiempo en el que se aplica (art. 3 CC).

Al igual que sucede en otros preceptos, como el art. 66 del Texto refundido de la Ley de sociedades de capital, el art. 1347.5.º CC utiliza los términos empresa y establecimiento como equivalentes. No se trata por tanto del



establecimiento como mero local o sede física donde se ejerce la actividad (así se entiende en cambio en el Diccionario de la lengua española y también en algunos textos legales, como el art. 59.bis.2 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias o en el art. 2 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, redactado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo).

Para describir la misma realidad a la que el art. 1347.5.º CC se refiere como «empresa o establecimiento», el art. 1346.8.º CC utiliza la expresión «establecimiento o explotación». La expresión «explotación» alude a actividades agrícolas o ganaderas u otras no comerciales o industriales que, por razones históricas, están excluidas del ámbito mercantil, pero que comportan una actividad económica realizada con habitualidad y organización.

Esta utilización indistinta de las expresiones «empresa», «establecimiento» y «explotación» confirma que, para determinar su sentido en la calificación de los bienes en la sociedad de gananciales debe estarse a un concepto amplio, comprensivo de toda organización o explotación económica, con independencia del sometimiento del titular al estatuto jurídico del empresario.

En consecuencia, también será empresa o establecimiento cuando se trate de una actividad profesional que coordine un conjunto de elementos, una pluralidad de medios o de otros servicios, incluidos los de los auxiliares o los de otros prestadores de servicio, para intermediar en el mercado de servicios.

Desde esta perspectiva quedan fuera del art. 1347.5.º CC el mero ejercicio profesional y la prestación de servicios que, aun iniciados durante la vigencia de la sociedad, no se organicen de modo semejante al de los empresarios, porque si bien durante la vigencia de la sociedad sus rendimientos son comunes, por su propia naturaleza no pueden serlo los meros servicios intelectuales o materiales de un profesional que se prestan *intuitu personae*.

En cambio, sí puede ser común el propio establecimiento, por carecer de carácter personalísimo y no ser inherente a la persona. La «empresa», «establecimiento» y «explotación» sí son transmisibles, podrían hipotéticamente continuar su actividad como organización sin su titular actual y poseen un valor superior a la suma de sus integrantes, por la plusvalía que deriva de la propia organización. Ello es así aun cuando hayan sido las cualidades personales y profesionales del cónyuge que dirige y trabaja en la empresa, establecimiento o explotación, las que hayan permitido su desarrollo y consolidación, lo que sucede habitualmente, con independencia de que se trate de una actividad comercial, industrial o de prestación de servicios, materiales o profesionales, y se requiera o no una titulación determinada.

Este es sin embargo un dato que debe jugar con posterioridad, a efectos de la valoración en la liquidación, para lo que deberá tenerse en cuenta exclusivamente el valor por el que podría transmitirse a un tercero el denominado «fondo de comercio objetivo», basado en las condiciones del establecimiento (por ejemplo la capacidad de prestación de servicios a determinados costes), sin contar el que le añaden las cualidades personales de ese cónyuge («fondo de comercio subjetivo», que no es transmisible).

4.- Esta sala ha admitido en ocasiones anteriores la distinción entre la titularidad precisa para el ejercicio de una actividad y la base económica del negocio, que sí puede ser ganancial si se dan los requisitos del art. 1347 CC.

a) La sentencia 469/2003, de 14 de mayo, respecto de una farmacia, distingue «dos facetas»: la primera, referida a la titulación, regulada por normas administrativas que exigen estar dotado del título de farmacéutico para ser titular de una farmacia mientras que:

«La segunda faceta, está constituida por la denominada base económica de la farmacia, que comprende el local del negocio en el que se asienta físicamente, las existencias, la clientela, el derecho e traspaso y demás elementos físicos-económicos que configuran los elementos accesorios de la actividad negocial de la farmacia.

»Pues bien, esta segunda faceta es la que perfectamente puede ser considerada con posibilidad de constituir un bien ganancial, siempre que se den los requisitos para ser enclavados en alguno de los tipos especificados en el artículo 1347 del Código Civil.

»Centrando ya la cuestión, hay que decir, en contra de la tesis de la sentencia recurrida, que la farmacia en (sic) controvertida, en principio, puede ser estimada como bien ganancial, ya que constituye una empresa o establecimiento fundado durante la vigencia de la sociedad de gananciales que regía el aspecto patrimonial del matrimonio, cuyos elementos personales son ahora las partes procesales.

»Y en el presente caso, no solo se puede estimar tal farmacia como bien ganancial, sino que así debe ser considerado, ya que aparte de ser un dato incontrovertido la naturaleza de bien adquirido en constante



matrimonio, el aspecto o faceta de base económica del negocio de dicha farmacia debe ser catalogado y enclavado como bien ganancial».

b) La sentencia 61/1979, de 26 de febrero, había llegado a la misma conclusión con anterioridad respecto de una farmacia, aplicando la regulación del régimen de gananciales contenida en el Código Civil antes de la reforma por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que no contenía una regla específica para las empresas o establecimientos fundados durante la sociedad, pero consideraba gananciales los bienes adquiridos por título oneroso durante el matrimonio a costa del caudal común, con independencia de que se hiciera la adquisición para la comunidad o para uno solo de los esposos.

Frente a la sentencia que calificó de ganancial la farmacia de la que era titular la esposa y estaba instalada en un local ganancial, por considerar que tenía un valor de negocio en sí superior al valor de las existencias, mobiliario y utensilios, la recurrente en casación denunció la infracción de los arts. 333 y 1401 CC. Argumentaba que el establecimiento farmacéutico no es un bien patrimonial, sino una oficina de farmacia, perteneciente a la recurrente por derivar tal pertenencia del título académico que, como farmacéutica, le acreditaba para realizar en ella las funciones propias de tal establecimiento. Sin embargo, la sala, desestimando el recurso de casación y confirmando el carácter ganancial de la farmacia, afirmó que:

«Al argumentar de esta manera olvida que las farmacias son locales de negocio, como así lo tiene declarado la jurisprudencia de esta sala en sentencias de 24 de enero de 1953, 31 de enero de 1962 y 25 de marzo de 1964, al afirmar que en ellas se realiza, con establecimiento abierto, una actividad comercial, consistente en la preparación y venta de productos medicinales con el lógico deseo de obtener una ganancia, así como en adquirir en los centros productores toda clase de específicos y géneros farmacológicos para igualmente conseguir un lucro en la reventa de los mismos, función ésta propia del Código de Comercio en cuanto va incluida en el concepto de actos mercantiles que define el artículo 325 del mismo, sin que la circunstancia de estar limitado el ejercicio de esta actividad negocial a las personas que se hallen en posesión del correspondiente título haga perder el carácter de mercantil a la función que las mismas ejercen, por lo que, en aplicación de lo expuesto al caso objeto del presente recurso, es visto que la sala sentenciadora de instancia no ha violado los artículos que como infringidos se citan, por cuanto en la palabra genérica de bienes a que el artículo 333 del Código Civil se refiere se comprenden todas las cosas o elementos patrimoniales, corporales e incorporeales, susceptibles de adquisición y transmisión, y así ha de conceptuarse todo establecimiento farmacéutico, entendido como tal no sólo el local y elementos accesorios del mismo, sino, como la sentencia recuerda expresa al aceptar el considerando de la de primer grado que así lo dice, el negocio o empresa comprensivo de las existencias, clientela, derecho de traspaso y demás que del mismo" deriven, siendo dicho local y elementos accesorios el soporte físico de esa actividad negocial, no existiendo tampoco violación del artículo 1401 de mencionado cuerpo legal, por cuanto en el caso presente lo que la recurrente aportó al negocio de farmacia existente al fallecimiento de su esposo fue el título universitario de farmacéutica, que a ella sólo pertenece y que es intransferible, el cual, obtenido después de cursar los correspondientes estudios durante el matrimonio, la capacita para, como titular de una oficina de farmacia, ejercer sus funciones y actividad comercial respecto al negocio que constituye la base económica de la misma y que tiene un indiscutible carácter de bien ganancial, conforme al número primero del artículo 1401 del Código Civil, y como tal ha de incluirse en las operaciones particionales en litigio, porque, referido a la fecha en que la recurrente obtuvo su título universitario y comenzó a regentar la farmacia -diez años después de contraído el matrimonio -con el causante-, la adquisición de ésta no se produjo con dinero privativo de aquélla, sino que lo fue a costa del caudal común matrimonial, o al menos así hay que deducirlo en base de la presunción legal del artículo 1407 del Código Civil, que reputa gananciales todos los bienes del matrimonio, mientras no se pruebe que pertenecen privativamente al marido o la mujer, razones éstas que determinan la desestimación del motivo».

c) La sentencia 1082/2000, de 20 de noviembre, en un caso en el que en relación con una óptica, su titular argumentaba que el ejercicio de una profesión liberal que requiere la aplicación de unos conocimientos profesionales, aunque precise también un espacio físico y determinado instrumental, no puede considerarse una actividad empresarial y debe quedar excluida de la ganancialidad, declaró que:

«Mas todo el razonamiento está impregnado de la confusión entre lo que son "bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona" y la clara dicción del número uno del artículo 1347 que atribuye la naturaleza de bienes gananciales a los obtenidos por el trabajo o la industria de cualquiera de los cónyuges. En efecto, las dotes y capacidades de cada sujeto para el trabajo, la libertad misma de trabajo y sus secuencias, no obstante, su aptitud para generar ingresos económicos están tan vinculados a los derechos de la personalidad que, en puridad conceptual, no cabe más que considerarlos como bienes privativos, pero el ejercicio extremo de estas capacidades o cualidades por muy propios del sujeto que sean (v.g. condiciones de artista o habilidades profesionales, etc. si se traducen en una actividad productiva, tiñe de ganancialidad a los bienes económicos obtenidos, por aquella. Por tanto, como explica la sentencia recurrida "sean cuales sean las competencias



profesionales" de un óptico-optimetrista es lo cierto que la "DIRECCION000" es un negocio de naturaleza ganancial. Tal empresa se constituyó, fundó, montó, e inició las actividades después de la celebración del matrimonio de los litigantes, y vigente la sociedad de gananciales. Ciertamente que en esa fecha no se había dictado la Ley 11/1981, de 13 de mayo, que incluyó expresamente entre los bienes gananciales a "las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes" (apartado quinto del artículo 1347). Empero en la fecha de comienzo de la actividad -mes de enero de 1978- ya había contraído matrimonio la actora y el demandado, por lo que ya existía la sociedad de gananciales (artículo 1393 del Código Civil , según el texto vigente en esa fecha); momento en el que tenían la condición de bienes gananciales "los adquiridos por título oneroso durante el matrimonio a costa del caudal común, bien se haga la adquisición para la comunidad, bien para uno sólo de los esposos" (artículo 1401.1º del Código Civil , vigente en la mencionada fecha). Luego, al consistir la empresa o negocio en un bien, en una cosa nueva, distinta de cada uno de los elementos -entre ellos bienes o cosas materiales- que lo integran, aglutinados por la actividad organizadora del empresario, y producirse la adquisición de modo originario, por la creación o fundación de la empresa, hasta entonces inexistente, no ofrece duda la naturaleza ganancial del referido negocio. En consecuencia, el motivo sucumbe».

d) La sentencia 283/2001, de 23 de marzo , ratifica este criterio, para un negocio de asesoría, gestoría y agencia de seguros, cuyo titular alegaba que su titulación y actividad personal debía llevar a valorar la capacidad laboral del esposo como derecho de la personalidad y excluir la ganancialidad del negocio, cuyo incremento sería debido a la actividad y prestigio profesional del esposo. Ciertamente *obiter dicta* , dice la sentencia:

«[N]o cabe reducir el concepto de negocio a establecimiento mercantil, ni confundir el negocio con la cualidad personal o condición profesional de una persona. Y obviamente deben ser considerados como bienes gananciales los rendimientos de todo tipo que por el trabajo u ocupación, como por prestaciones o bienes de la persona, se obtengan durante la vigencia de la sociedad de gananciales, y lógicamente se comprenden los incrementos económicos que se producen en los resultados patrimoniales como consecuencia del prestigio, valía y dedicación a la actividad profesional. Además un tema similar al de autos ya fue resuelto en la sentencia de 20 de noviembre de 2000 ».

5.- En el presente caso litigioso, a la vista de los hechos probados, hay que concluir que no nos encontramos ante el mero ejercicio de una actividad profesional. Con independencia de su denominación y de que desde el inicio la clínica se identificara con el nombre del marido, en los servicios prestados predomina el aspecto objetivo de la estructura y la organización mediante la apertura al público de un establecimiento en el que hay cuatro sillones de dentista y en el que trabajan, además de D. Juan Enrique y del personal auxiliar, una ortodoncista y otros dos odontólogos. Así lo confirma el que la clínica funcione incluso muchas mañanas mientras él trabaja en el Sergas. El recurrido, por tanto, no se limita a desarrollar personalmente la actividad profesional que le es propia, sino que por el modo en que la ejercita ha dado lugar a un entramado de instrumentos que determina la aplicación del art. 1347.5.º CC .

Por ello, procede casar la sentencia de la Audiencia que, al calificar la clínica como bien privativo, ha infringido el art. 1347.5.º CC y, asumiendo la instancia, confirmamos en este punto la sentencia del Juzgado de Primera Instancia.

6.- En aras de agotar la respuesta a las razones aducidas por el recurrido para sostener el carácter privativo de la clínica hay que añadir que, contra lo que afirma en su escrito de oposición, no se opone a la calificación de la clínica como bien ganancial el que en el activo del inventario aprobado por la sentencia de primera instancia los pisos en los que está instalada la clínica se incluyeran de manera separada y no como parte de la misma. El que exista una organización solo implica que diferentes elementos se integran de manera funcional en una unidad económica, pero ello es independiente del título por el que se disponga, en particular, de la sede física, que puede ser a título de propiedad o no y es igualmente independiente de que se trate de un bien común o privativo. La clínica sería ganancial aunque no lo fueran los pisos y, por el contrario, no deja de serlo porque los pisos también lo sean.

Tampoco se opone a la valoración de la clínica como ganancial el que en el inventario se incluyeran, con el acuerdo de ambos cónyuges, su instrumental y equipamientos. El art. 1346.8.º CC solo atribuye carácter privativo a los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión que no integren un establecimiento o explotación común y, como hemos dicho, en el caso se trata de un establecimiento común, por lo que tal instrumental y equipamiento satisfecho con fondos comunes también lo es. Que el establecimiento tenga un valor y pueda ser objeto de transmisión como unidad no excluye que los elementos que lo integran pudieran ser objeto de transmisión aislada y tengan su propio valor.

Tampoco se opone a la calificación de la clínica como ganancial, contra lo que sostiene el recurrido, que para desarrollar la actividad profesional se requiera una formación, una capacidad profesional y una titulación. Tanto



el título, académico o no, como, en su caso, la cualificación profesional necesaria para el ejercicio de una actividad, conservan su carácter personal, lo que es compatible con el carácter disponible y transmisible de la empresa, explotación o establecimiento que se crean, susceptibles de ser bienes gananciales si concurren los requisitos legales de haber sido fundados durante la vigencia de la sociedad de gananciales y a expensas de bienes comunes.

En el presente caso, las partes discrepan acerca de la realidad de otros datos que consideran pueden tenerse en cuenta como indicios de la calificación de la clínica como ganancial, pero que no son decisivos. Así, si ella trabajó o no en la clínica en tareas de limpieza. En realidad, para calificar la naturaleza privativa o común de la clínica es irrelevante que la esposa trabajara o no en la misma. Si los dos cónyuges la hubieran fundado conjuntamente, la clínica sería igualmente ganancial, por aplicación del art. 1347.5.º CC y, si fuera privativa, de la misma manera que la plusvalía generada por la actividad del cónyuge titular sería igualmente privativa, el incremento de valor que procediera de la actividad de la esposa solo hubiera dado lugar a exigir una cantidad equivalente al incremento de ese valor (arts. 1359 y 1360 CC), tal y como declaró la sentencia 15/2004, de 30 de enero , a propósito de un establecimiento de farmacia.

Polemizan también los litigantes acerca de qué parte de la actividad desempeñada por D. Juan Enrique (la pública en el sistema sanitario público o la privada en la clínica) es más importante. En realidad, tampoco este dato es decisivo, porque la aplicación del art. 1347.5.º CC requiere una actividad de modo organizado y habitual, no puntual o esporádico, pero es indiferente que se trate de la actividad principal o no.

Finalmente, contra lo que sostiene el recurrido, a efectos de determinar la naturaleza ganancial de la clínica, es irrelevante que la esposa no invocara la aplicación del art. 1408 CC si consideraba que la clínica era ganancial. Ello por cuanto que la esposa solicitó desde el primer momento que se incluyera en el activo del inventario la clínica y el art. 1408 CC , que atribuye la facultad de detraer de la masa común y hasta la liquidación lo necesario para el sustento, no impone la obligación ni la carga de hacerlo.

Tampoco excluye el carácter ganancial de la clínica la falta de solicitud por parte de la esposa de medidas de administración y de rendición de cuentas de la gestión de la clínica. Se trata de una facultad que le hubiera permitido tomar precauciones para evitar que el marido pudiese burlar su participación en los rendimientos, pero cuya ausencia no comporta el carácter privativo del bien ni una renuncia a su calificación como ganancial cuando precisamente se está pidiendo de forma expresa.

Por último, la alegación por parte de la esposa en el proceso de divorcio, a efectos de solicitar la pensión compensatoria y los alimentos de la hija, de los ingresos obtenidos en la clínica, tampoco excluye que en la liquidación de la sociedad de gananciales se atribuya a la misma carácter ganancial. Con independencia de que la sentencia de la Audiencia que fijó las pensiones tuvo en cuenta también los gastos y redujo el tiempo en el que la esposa cobraría la pensión compensatoria, dado el régimen económico que rigió el matrimonio, a su extinción procede la liquidación conforme al régimen legal y tras la extinción y liquidación si se produjera la adjudicación al marido la recurrente ya no obtendrá beneficio alguno. Todo ello mera consecuencia del régimen económico del matrimonio que se liquida.

CUARTO.- La calificación de la clínica como ganancial exige que a su vez nos pronunciemos sobre los rendimientos de la misma desde la disolución de la sociedad hasta su efectiva liquidación.

1.- La esposa mantiene en el recurso de casación, reiterando lo que ya solicitó durante la confección del inventario y fue objeto de su recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, que la calificación de la clínica como ganancial comporta también la inclusión en el activo de todos los rendimientos que genere hasta la liquidación.

La sentencia de primera instancia, que calificó la clínica de ganancial, al razonar que debía incluirse en el activo el fondo de negocio o comercio de la clínica dental, añadió que igualmente debían incluirse sus rendimientos hasta la disolución de la sociedad de gananciales, producida por la sentencia de divorcio. En su recurso de apelación la esposa interesó, con cita de la sentencia de esta sala de 28 de septiembre de 1993 , que se incluyeran los rendimientos hasta la liquidación.

2.- La llamada «comunidad postganancial», existente desde que se disuelve la sociedad de gananciales hasta que se produce la liquidación, carece de regulación en el Código Civil, pero esta sala ha tenido ocasión de pronunciarse en varias ocasiones sobre el régimen aplicable a este patrimonio del que son titulares, según los casos, los cónyuges o excónyuges o el viudo y los herederos del premuerto.

Se trata de una comunidad en la que los partícipes no tienen una cuota sobre cada uno de los bienes sino sobre la totalidad del patrimonio y a la que no resultan de aplicación las reglas de la sociedad de gananciales (sentencias 754/1987, de 21 de noviembre , 547/1990, de 8 de octubre , 127/1992, de 17 de febrero , sentencia



1213/1992, de 23 de diciembre , 875/1993, de 28 de septiembre , 1258/1993, de 23 de diciembre , 965/1997, de 7 de noviembre , 50/2005, de 14 de febrero , 436/2005, de 10 de junio).

Estas sentencias se ocupan de resolver una variedad de problemas que plantea la comunidad postganancial, tales como su composición (bienes y deudas comunes), el régimen de responsabilidad (tanto por deudas comunes como por deudas privativas) o el régimen de disposición de los bienes comunes. En ellas se ha venido reiterando una doctrina general según la cual, por lo que ahora nos interesa:

«1) La comunidad indivisa no se ve aumentada con las rentas de trabajo ni con las de capital privativo, que serán en todo caso privativas, excepto los frutos de los bienes privativos que estuvieran pendientes en el momento de la disolución, a los cuales habrá de aplicar analógicamente las normas referentes a la liquidación del usufructo; por supuesto, ingresan en el patrimonio común los frutos de los bienes comunes.

»2) El patrimonio de la comunidad indivisa sigue respondiendo de las obligaciones que pesaban sobre la sociedad, pero las que contraiga con posterioridad cualquier titular recaen sobre su propio patrimonio; los acreedores podrán pedir el embargo de la cuota abstracta que su deudor tenga sobre el patrimonio común, que quedará especificada en bienes concretos, al producirse la división y adjudicación, pero no antes».

Así lo declaran la sentencia 547/1990, de 8 de octubre (en un caso en el que se embargaron bienes de la comunidad por una deuda contraída por la viuda cuando ya lo era); la sentencia 875/1993, de 28 de septiembre (en un caso en el que la viuda vendió como privativas unas fincas gananciales antes de la liquidación); la sentencia 965/1997, de 7 de noviembre (que en el caso consideró que el bien adquirido con posterioridad a la disolución era privativo). Aplicando esta doctrina, la sentencia 1213/1992, de 23 de diciembre , respecto de una plantación de eucaliptus, dice que si produce rendimientos durante la fase liquidatoria habrán de ingresar en el haber liquidable; y la sentencia 1258/1993, de 23 de diciembre , declara que, puesto que hasta la liquidación el patrimonio es común, los incrementos de valor y las plusvalías que los bienes hayan podido experimentar y las minusvalías son de riesgo y ventaja de todos, lo que en el caso es argumento para concluir que el momento de la valoración es el de la liquidación.

La interpretación de que los frutos aumentan el patrimonio en liquidación cuenta con el respaldo doctrinal, que la fundamenta en el tenor del art. 1408 CC , que menciona los frutos y rentas, así como en la interpretación del art. 1410 CC en relación con los arts. 760 , 1063 y 1533 CC .

De esta doctrina resulta que los rendimientos generados por un establecimiento común gestionado por uno de los excónyuges son comunes hasta la liquidación, pero ello no hace comunes los ingresos que procedan del propio trabajo del excónyuge. En consecuencia, los frutos o rendimientos de la empresa o explotación generados por su actividad se integran en el patrimonio indiviso pero corresponde al productor una remuneración por su actuación. Es decir, de los beneficios reclamados solo pueden ser tenidos en cuenta los rendimientos de la clínica, pues las retribuciones del titular se hicieron privativas desde el mismo día en que se disolvió la sociedad.

En consecuencia, en el período entre la disolución y la liquidación, los beneficios de la clínica son frutos de bienes comunes (la clínica) pero deben excluirse los rendimientos de trabajo del titular correspondientes a dicho período, lo que deberá concretarse en la liquidación del régimen económico matrimonial que cualquiera de los cónyuges podrá solicitar de conformidad con lo dispuesto en el art. 810 LEC .

3.- Por lo que se refiere a los gastos, la sentencia del Juzgado incluyó en el pasivo del inventario la deuda de la sociedad frente al esposo consistente en los gastos de su actividad profesional.

En la apelación, el esposo argumentó que si los rendimientos de la clínica se consideraban comunes también debían serlo las deudas y que deberían descontarse los gastos e impuestos hasta la liquidación. Frente a ello, sostuvo la esposa que tales gastos debían de excluirse del pasivo porque, satisfechos con los ingresos de la clínica, se pagaron con dinero de la comunidad postganancial.

La sentencia de la Audiencia, que suprimió del activo la clínica y en consecuencia desestimó el motivo del recurso de la esposa que pretendía extender los frutos hasta la liquidación, excluyó también del pasivo los gastos de la clínica posteriores a la disolución por considerarlos no justificados, porque de existir deberían haber sido deducidos fiscalmente por el esposo y, en última instancia, por incumbir al marido soportarlos si la clínica no es ganancial.

Calificada la clínica como ganancial y calificados también como gananciales los rendimientos de la clínica debe reconocerse que las deudas derivadas de la gestión de la clínica que quedaran acreditadas también son comunes, de modo que lo que sucede en realidad es que, a efectos de la liquidación, los rendimientos deben limitarse a los rendimientos netos de la clínica. Así lo entendió, en un caso semejante al presente, la sentencia



838/1988, de 10 de noviembre , en la que se dijo que deben distinguirse los beneficios brutos y los netos, entendiendo por estos los obtenidos una vez deducidos los costes de producción.

QUINTO.- La estimación del recurso de casación determina que, de acuerdo con lo establecido en el 398 LEC, no se impongan las costas de dicho recurso a ninguna de las partes.

No se hace especial pronunciamiento sobre las costas de las instancias. En la alzada ambas partes recurrieron en apelación y la sentencia estimó parcialmente el recurso del esposo por lo que se refiere a algunas partidas del inventario que no han sido impugnadas ahora en casación, por lo que han quedado firmes, y desestimó el recurso de la esposa por lo que se refiere a la clínica, lo que debió ser estimado.

Conforme al apartado 8 de la disp. adicional 15.º LOPJ, procede devolver el depósito constituido para interponer el recurso de casación a la parte recurrente.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por D.ª Francisca contra la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (sección 4.ª) de 13 de febrero de 2015, dictada en rollo de apelación 197/2014 , dimanante de autos de liquidación de sociedad de gananciales n.º 246/2013, del Juzgado de Primera Instancia n.º 3 de A Coruña. **2.º-** Casar parcialmente la citada sentencia y dejarla sin efecto en lo que se refiere a la supresión del activo de la sociedad de gananciales del matrimonio formado por los litigantes de la partida n.º 12 referida a la clínica dental sita en Avda. de Villaboa 102, 1.º (derecha e izquierda). En su lugar, declaramos: **2.º 1.-** Que procede incluir en el activo del inventario la partida n.º 12 referida a la clínica dental sita en Avda. de Villaboa 102, 1.º (derecha e izquierda). **2.º 2.-** Que procede incluir en el activo los rendimientos netos de la clínica hasta la liquidación, pero no las retribuciones correspondientes al trabajo personal de D. Juan Enrique en la clínica, privativas desde el día en que se disolvió la sociedad de gananciales, y cuya valoración se hará en la liquidación. **3.º-** No se imponen las costas del recurso de casación a ninguna de las partes. No se hace especial pronunciamiento de las causadas en las instancias. **4.º-** Devolver el depósito constituido para interponer el recurso de casación a la parte recurrente. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.