



Roj: **SAP O 638/2006 - ECLI:ES:APO:2006:638**

Id Cendoj: **33044370052006100107**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Oviedo**

Sección: **5**

Fecha: **12/04/2006**

Nº de Recurso: **38/2006**

Nº de Resolución: **130/2006**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JOSE LUIS CASERO ALONSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

OVIEDO

SENTENCIA: 00130/2006

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 0000038 /2006

Ilmos. Sres. Magistrados:

DON JOSÉ MARÍA ÁLVAREZ SEIJO

DOÑA NURIA ZAMORA PEREZ

DON JOSÉ LUIS CASERO ALONSO

En OVIEDO, a doce de Abril de dos mil seis.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Quinta de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de Liquidación de Sociedad de Gananciales nº 691/04, procedentes del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Langreo , Rollo de Apelación nº 38/06, entre partes, como apelante y demandante DON Gustavo y, como apelante y demandada DOÑA Leonor .

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan los antecedentes de hecho de la Sentencia apelada.

SEGUNDO.- El Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Langreo dictó Sentencia en los autos referidos con fecha 17 de octubre de 2005 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "FALLO: Que estimando parcialmente la demanda presentada por el Procurador de los Tribunales don César Meana Alonso, en nombre y representación de Gustavo , debo incluir e incluyo en el inventario de bienes de la sociedad conyugal formada por Gustavo y Leonor los siguientes:

Bienes integrantes del activo:

a.- finca urbana nº NUM000 del Registro de la Propiedad de Pola de Laviana, tomo de Langreo, sita en la PLAZA000 de Toledo NUM001 , NUM001 NUM002 de Sama de Langreo;

b.- finca urbana nº NUM003 del Registro de la Propiedad de Llanes, sita en La vegona, Hontoria, concejo de Llanes;

c.- finca urbana nº NUM004 del Registro de la Propiedad de Llanes, sita en La vegona, Hontoria, Concejo de Llanes;

d.- finca rústica nº NUM005 del Registro de la Propiedad de Llanes, sita en La vegona, Hontoria, Concejo de Llanes.



- e.- mobiliario de la que fue vivienda familiar sita en la CALLE000 NUM001 , NUM006 izquierda de Sama de Langreo, y en el de la vivienda sita en La Vegona, Hontoria.
- f.- Rescate de seguro de vida concertado con REALE, según póliza nº NUM007 .
- g.- Plan de pensiones a favor de Gustavo con la aseguradora Winterthur;
- h.- Seguro combinado de vida y ahorro, póliza nº NUM008 , concertado con Seguros Bilbao;
- h.- Seguro de estudios a favor de Andrea , póliza nº NUM009 concertado con Seguros Bilbao;
- i.- Seguro de estudios a favor de Jose Luis con con Seguros Bilbao, póliza nº NUM010 ;
- j.- Seguro de estudios a favor de Marcos , concertado con Seguros Bilbao, póliza nº NUM011 ;
- k.- Valores negociados, del Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, en número de 386.
- l.- Equipamiento de la clínica dental de don Gustavo : Según se refiere en los fundamentos de derecho 5 a 7 de la presente resolución:
- l.1.- Los bienes relacionados en el inventario presentado por la demandada, hasta el apartado amalgamas accesorios, con las salvedades siguientes: 2 sillones dentales con exclusión del Eolo Venus, acreditado su carácter privativo. Dichos sillones engloban los elementos comprendidos hasta la unidad de evacuación. A su vez debemos excluir el bicarbonato, uno de los tres megatoscopios, y que los equipos de esterilización y limpieza tienen respectivamente, una unidad de autoclave y horno, así como los pijamas, batas y los zuecos.
- l.2.- Del capítulo amalgamas-accesorios, comprendido en el folio 2, se excluye la cápsula de amalgamas, así como el carpulem anestésico formando parte integrante del inventario los restantes bienes.
- l.3.- Los bienes descritos como endodoncias, considerando la existencia de un único bloque de medida, una única caja organizadora para instrumentos de endodoncia, un único aparato para sellados de conducto.
- l.4.- Los bienes descritos en "aislamiento", y en "esterilización", reseñados en el folio 3, con la única exclusión del orotol.
- l.5.- Los bienes reseñados como "material" excluyendo de esta clasificación, el life-kerr,, el copalite, el hemárcol, el keta bond, el keta silver, el 3M concise 1925, el adhesivo (ya incluido) y la pistola dispensadora para desinfectante.
- l.6.- Los bienes comprendidos en "preventiva conservadora", desde el folio 4 hasta el folio 5, y en el que debemos excluir las radiografías de aleta mordida y periapical grande, el delantal protector de radiografías, y el quitamanchas específico, las agujas largas, y todos los contrángulos. Asimismo, las jeringas desechables y los limpia instrumentos, tanto para fresas para instrumental, de endodoncia, y de penetración para pins.
- l.7.- Los bienes enumerados en "instrumental", que abarca de la mitad del folio 5 hasta el principio del folio 6 del inventario de la demandada. Debemos excluir, las sondas código color, los raspadores, las pinzas ya computadas en la endodoncia así como los fórceps.
- l.8.- La exclusión de los bienes nombrados como "cementos fondos de cavidad".
- l.9.- Los bienes denominados "aislamiento", debiendo de excluir los diques de forma, el porta diques, y el arco de diques.
- l.10.- Los bienes comprendidos en el apartado de "obturación", con el que finaliza el folio 6 y empieza el folio 7, excluyendo el gel de ácido ortofosfórico, como el adhesivo, el composite spectrum, y las referencias a amalgamas, y coronas de policarbonato que ya se han incluido en otros apartados.
- l.11.- En referencia al apartado de "cirugía", tan sólo debe excluirse, el set de cirugía, el alveologil, y los fórceps infantiles.
- l.12.- La inclusión de lo que la demandada conoce como "prótesis", sin la inclusión de las planchas bases, los recipientes para modelos, las cuchillas para batir escayola, las cubetas para flúor infantil, las desechables y las perforadas normales, así como los vasos dappen.
- l.13.- Los bienes que hablan de "profilaxis", excluyendo al ser negada su existencia, el detector de placas y caries, la pasta con flúor, la piedra pómez, y el superfloss.
- l.14.- Los bienes enumerados en "ortodoncia", que comprende desde mitad del folio 8 hasta el final del folio 9, negándose la inclusión de los retenedores de bola y Adams, el gancho en flecha, el medidor de altura Boone, el alambre de ligadura en rollo, la barra de ligaduras, los módulos elastómeros, el anillo de elástica, el alicate separador, las cuñas de rotación, los elásticos con y sin latex, el alicate stronfoghhold, la guía de ligadura roble,



la funda de arcos, el tubo elástico, los resortes de expansión, el Quad-heliz, los ganchos linguales, el depresor lingual, y el adhesivo para bracotes.

Igualmente, se excluyen la referencia a los bienes destinados a la realización de implantes, relacionados en la página cinco y fundamentalmente en la nueve del inventario.

I.15.- En cuanto al mobiliario, debemos excluir seis sillas adquiridas con posterioridad al matrimonio, incluyendo el resto de los bienes relacionados, como los comprendidos en los apartados "baño" y "pasillo", con la exclusión de la mejora consistente en suelo de granito.

Bienes integrantes del pasivo: No hay

No ha lugar a realizar particular imposición de costas procesales."

TERCERO.- Notificada la anterior Sentencia a las partes, se interpusieron sendos recursos de apelación por Doña Leonor y por Don Gustavo , y previos los traslados ordenados en el art. 461 de la L.E.C ., se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial con las alegaciones escritas de las partes, no habiendo estimado necesario la celebración de vista.

CUARTO.- En la tramitación del presente Recurso se han observado las prescripciones legales.

VISTOS, siendo Ponente el Ilmo. Sr./a. DON/DOÑA JOSÉ LUIS CASERO ALONSO.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- Versa el recurso sobre la revisión de los criterios de inclusión y exclusión seguidos por el Tribunal de la instancia respecto de ciertos bienes y derechos, para determinar el inventario del haber económico matrimonial existente disuelta la sociedad ganancial habida entre partes con motivo del decreto judicial de separación.

En concreto, por la representación de Don Gustavo , promotor de la liquidación, se muestra desacuerdo: primero, con la inclusión de ciertos elementos o bienes en la partida del activo de bienes muebles relativos a la clínica dental explotada por el Señor Gustavo ; segundo, su desacuerdo con la exclusión del activo de los ingresos obtenidos por la adversa con el arrendamiento de la casa sita en Hontoria (Llanes) y de los gastos soportados por la sociedad ganancial para la obtención por Doña Leonor de la Licenciatura de Psicología; en tercer lugar, con que el mobiliario del que fuera domicilio conyugal no venga descrito e identificado en la forma propuesta por la parte; y en cuarto lugar, en el pasivo, que no se incluya el importe de las reparaciones afrontadas por la parte a su costa, después de decretada la separación, relativas al equipamiento de la consulta.

Por su parte, la representación de Doña Leonor esta disconforme, en primer lugar, porque no se incluye en el activo, como bien o derecho, el uso y disfrute del domicilio conyugal concedido en la sentencia de separación; en segundo lugar, y en relación con el equipamiento de la consulta, reitera la petición ya hecha en la instancia de que sea la comisión judicial quien proceda a su inventario, interesando, a este fin, la suspensión o la nulidad de las actuaciones; además y en relación a esta partida, invocando el principio de actos propios, muestra su desacuerdo con la exclusión que se hace en la sentencia recurrida de uno de los sillones de la consulta clínica dental, aduciendo que el propio adverso lo incluyó en su propuesta de inventario, y con que no se incluyan todos los bienes por la parte relacionados; en tercer lugar, rechaza la exclusión, como partida del pasivo, de los recibos de agua y luz de la vivienda de Hontoria (Llanes); y en cuarto lugar, que no se incluyan las mejoras de la vivienda convertida en consulta médico dentista.

De cada uno de los bienes o derechos a que se refiere el recurso haremos tratamiento separado empezando por el recurso de Don Gustavo .

SEGUNDO.- Del equipamiento de la clínica dental regentada y explotada por Don Gustavo Piquero. Trasciende de autos la importancia de este bien para las partes y la honda discrepancia que entre ellas existe al respecto, no en cuanto a su existencia, el de la clínica, que nadie discute, ni tampoco en cuanto a lo que podemos llamar maquinaria esencial propia de toda consulta dentista y que a cualquier lego es fácil imaginar, sino que el desencuentro es en cuanto a ese otro material más menudo o que se consume con su uso (pinzas, pequeños recipientes, amalgamas...).

Así, mientras el Señor Gustavo , en su propuesta, se limitó a consignar como equipamiento la maquinaria industrial de la clínica, la adversa Señora Leonor llegó a configurar, en diez hojas de papel, una relación minuciosa tanto de aquello como de cualquier otro material (concretando incluso la cantidad) que sería usual encontrar en un gabinete dental.



De la declaración del Señor Jose Carlos , testigo propuesto por el promovente de la liquidación, y de las alegaciones de la parte discrepando de la relación de elementos y equipamiento realizado por la Señora Leonor , se colige que la "ratio" que guía la propuesta del Señor Gustavo es el nulo valor que en el mercado se otorga al material usado que no sea el industrial por él relacionado cuando no su carácter consumible.

Sin embargo, como ya puso el Juzgado "a quo" en evidencia en la sentencia, el debate se concreta en la determinación de los bienes existentes en el haber no en su valor, por lo que hubo de rechazar la propuesta del Señor Gustavo .

Por su parte, la adversa explicó que la lista por ella confeccionada lo fue en base a sus recuerdos sobre lo que debió existir en la clínica, tarea en lo que le ayudó su hermana, ya fallecida, que trabajó para la otra parte, y en unos catálogos, lo que evidentemente no es aceptable, tiñendo de subjetividad la relación por ella propuesta, más cercana a un planteamiento abstracto de lo que debería existir que de lo que en verdad existiría, cuanto más que Doña Consuelo , auxiliar del Señor Gustavo desde hace largo tiempo, puntualizó que la hermana de la Señora Leonor solo trabajó en la clínica unos meses y ni siquiera se encargaba de la contabilidad y los suministros.

Sobre la relación de la Señora Leonor fue interrogada la dicha Señora Consuelo , quien exhibida que le fue aquella, sin llegar a la exhaustividad de informar sobre cada una de las partidas separadamente, sí que lo hizo con precisión y es en base a ella que el Juzgador, desarrollando encomiable esfuerzo y descendiendo al detalle, falló, especificando, partida por partida, los bienes integrantes del equipamiento.

En realidad, es esa misma minuciosidad la que la parte recurrente aprovecha para, combatiendo lo aprobado judicialmente, repasar cada uno de los elementos de la relación del equipamiento de acuerdo con unos criterios o argumentos que se repiten y que, resumidamente, pueden concretarse, en cuanto a los elementos industriales, que no se tienen o se tienen menos; que se incluyen doblemente o están en desuso y sin valor, y en cuanto a otros elementos consumibles o desechables, su propio carácter perecedero, o que no se tienen o usa de esos o se contabilizan doblemente, pero todo ello sin que, frente a lo resuelto en la sentencia recurrida, se invoque prueba en su apoyo que vaya más allá del propio alegato de la parte. Cabiendo añadir respecto de los elementos fungibles y consumibles que, evidentemente, a la fecha del inventario no pueden ser los mismos que los de la separación, pero también que, por lógica, existían y han sido usados por la parte en la explotación del negocio y en su beneficio sustituyéndolos, luego, por otros y, por tanto, sea como activo sea como crédito de la sociedad frente a la parte deben ser comprendidos en el inventario. Y, en cuanto a su número o cantidad (nos referimos a ese material fungible de necesaria y periódica reposición), la sentencia recurrida, propiamente, no lo establece sino que se limita a relacionar los bienes existentes, resultando lo cabal que su cálculo se haga bien a través de la contabilidad del negocio o mejor, sin recurrir a tan laboriosa tarea, a una estimación por perito del correspondiente al tipo de consulta enjuiciado y ello porque, propiamente, este extremo más corresponde al avalúo de los bienes que a su determinación.

Eso sí, lleva razón el recurrente en cuanto a la exclusión de otros concretos bienes, cuales son la cámara fotográfica, pues la testigo Señora Consuelo afirmó que fue un regalo de un representante de comercio al actor, y los cuadros con los títulos del Señor Gustavo , en cuanto deben entenderse (los títulos) como personales de él (art. 1.346.5 CC) y los marcos que los encuadran como gastos hechos de mutuo acuerdo por ambos cónyuges con cargo a la sociedad ganancial (art. 1.367 CC) y para la explotación regular del negocio (art. 1.362.4 CC). En cambio, se mantiene la exclusión del ordenador pues no se acredita su adquisición después de la separación y lo mismo en cuanto a la lavadora.

Pasando al estudio de otros capítulos, no procede la inclusión en el activo de los ingresos correspondientes al arriendo de la casa de Llanes porque no se probó su existencia y, además, porque la inclusión de ese bien se hizo en inventario de nueva factura aportado antes del juicio, pero ya precluido el acto de formación del inventario (art. 809.1 LEC), cuando tenemos afirmada la improcedencia de incorporar nuevos bienes en un posterior acto (sentencia de esta Sala de 5-2-2004) y que, correctamente, se rechazó por el Tribunal dicho intento de incorporación, lo que, asimismo, también ocurre con las partidas relativas a los gastos de licenciatura de la Señora Leonor , mobiliario de vivienda familiar y reparación de los equipamientos de la consulta, rechazables en cualquier caso, el primero en cuanto de posible incardinación como de cargo de la sociedad ganancial en el supuesto del nº 1 o del 4 del art. 1.362 del CC o puestos, incluso, en relación un número con otro; el segundo, en cuanto no probado, habiéndolo mostrado el adverso su conformidad pero en relación con el inventario formulado para el acto del art. 809 , y el tercero porque el recurrente ha seguido en la explotación de la consulta y uso de las máquinas, resultando, en consecuencia, lo más justo que sea él quien se haga cargo de su reparación, compensando así el fruto obtenido de ellas (arts. 1410 puesto en relación con el art. 1.063 del CC).



TERCERO.- Pasando a analizar el recurso de la representación de la Señora Leonor , centrándonos en el equipamiento de la clínica, la queja del recurrente sobre la necesaria realización de un inventario por la comisión judicial supone tanto como desconocer que es a las partes a quienes corresponde la formación de inventario (art. 809 de la LEC), materia patrimonial dispositiva, no ceñida por interés público alguno que pudiese justificar su realización de oficio por la autoridad judicial o los tribunales.

Ciertamente no se desconocen las dificultades de la parte para la formación del inventario del equipamiento, pero cierto también que al ser interrogada reconoció que había podido visitar la clínica dental, de suerte que, al fin, gozó de una oportunidad cierta de comprobar los bienes y elementos existentes, sin que conste que se le hubiese puesto objeción alguna, si para ello se hubiese valido de técnico en la materia.

En lo que sí lleva razón es en que si el propio Señor Gustavo en su inicial relación señala como parte del equipamiento de la clínica tres equipos Sirona, mostrando la otra parte conformidad, no puede ahora excluirse uno de ellos y reducir su número a dos so pena de infringir el principio de actos propios, y en cuanto a los demás bienes del equipamiento cabe dar por reproducido lo dicho al respecto con motivo del análisis del recurso del adverso.

No se entiende la introducción, como parte del pasivo de la sociedad ganancial, de la mejora de la vivienda al convertirla en consulta. Al catalogarla la parte en su relación como pasivo, y como quiera que la finca no es propiedad de la sociedad ganancial, parecería que esas obras constituirían un pasivo o deuda de la sociedad frente a la propietaria de la finca.

Sin embargo, parece que lo que la parte pretende es un crédito de la sociedad frente al Señor Gustavo por la conversión de la vivienda en clínica, pero, claro está, eso no puede ser no sólo porque no constituyen obras de "mejora" sino de cambio de destino y además para la explotación de un negocio o industria y, por tanto, de cargo de la sociedad ganancial (art. 1.362.4 CC).

Respecto de los recibos de agua y luz de la vivienda sita en Llanes tampoco lleva razón la recurrente, pues como bien argumenta la recurrida, dichos gastos ordinarios deben reputarse de cargo de aquél que tenga atribuido su disfrute o de quien efectivamente sea su disfrutario, y la dicha vivienda fue atribuida en 1ª instancia a la esposa e hijos y luego, revocado el pronunciamiento en segunda instancia, en el año 2004 fue requerida de entrega de las llaves de la vivienda al Señor Gustavo quien afirmó que, a pesar de eso, ni antes ni después uso de la vivienda.

Por último, resta por decidir la inclusión pretendida en el activo del derecho de uso y disfrute concedido a la esposa e hijos del que fuera hogar familiar, debiendo en esto volver a confirmarse la sentencia recurrida, pues, como afirma la sentencia de la Sala 6ª de esta Audiencia de 2-12-2002 , el derecho de uso de la vivienda conyugal atribuido por sentencia matrimonial no es un activo valorable a la hora de liquidar, siendo criterio de las Salas de esta Audiencia negar también a dicho beneficio la condición de carga que minusvalore el valor del bien inmueble o que constituya una carga a computar en el pasivo, y así por la sentencia de la Sección 4ª de 23-2-2005 se dice: "El segundo motivo del recurso no puede resultar acogido, pues esta Audiencia se ha pronunciado en diversas ocasiones en el sentido de que no debe tenerse en cuenta el derecho de uso de la vivienda a la hora de cuantificar su valor. Así la sentencia de la Sección 1ª de 23 de noviembre de 2000 señala que "la consideración del derecho de uso de la vivienda conyugal como carga a incluir en el pasivo de la sociedad legal de gananciales ha sido rechazada por esta Audiencia (por todas S. de esta misma Sala de 10 de octubre último -512/2000). Se sostiene en ella que se trata de un derecho, que no puede convertirse en carga que gravite sobre el inmueble y que, en definitiva, infravalore la propiedad debiendo descontarse de su valor total. Lo que realmente pretende este derecho de uso es garantizar frente a terceros la ocupación del cónyuge e hijos a quien se le atribuyó, del que no se le puede privar mientras no se decida especialmente. Todo ello dejando al margen si se trata de un derecho "sui generis" (S. TS 23-12-1993), si no puede considerarse como un derecho real (S. TS. 20-4-1994), o si habrá de ser considerado como de un derecho real familiar de eficacia total afectado de la temporalidad a que se refiere el art. 96, párrafo último C.C. (S. TS. 18-10-1994) etc", y en el mismo sentido se ha pronunciado la Sección 5ª en su sentencia de 26 de febrero de 2002 . El criterio anteriormente expuesto debe mantenerse no sólo cuando el derecho de uso se atribuye a un cónyuge sino también cuando también se concede a los hijos con base en el art. 96 del Código Civil . Debe tenerse en cuenta que estos deben residir con su progenitor, que tiene su guarda y custodia, pues así resulta de los arts. 96 y 154 del Código Civil y que no existe obstáculo legal para que éste se traslade con ellos a otra vivienda y pueda vender, si lo desea, la que constituía el domicilio familiar que se le atribuyó con la liquidación, por lo que su valor no se ve mermado por el hecho de que los hijos tengan concedido este derecho de uso conjuntamente con uno de sus padres. Cosa distinta sería que en vez de adjudicar este bien a uno de los cónyuges - que si fuera el no titular vendría obligado a respetar el derecho de uso- se acordara la venta en pública subasta y se pretendiese desconocer dicho derecho, supuesto analizado por la sentencia de esta Sala de 29 de abril de 1998 , con cita de otras muchas del Tribunal Supremo."



Aún más, mejor se debiera ponderar si es el cónyuge no beneficiario quien resulta perjudicado y si en la liquidación debiera ser compensado frente al cónyuge disfrutario (en este sentido sentencia de la Sección 7ª de esta Audiencia de 31-7-2002).

Concluyendo, que procede la estimación parcial de uno y otro recurso de acuerdo con los criterios expuestos.

CUARTO.- No procede expreso pronunciamiento respecto de las costas de esta alzada.

Por todo lo expuesto, la Sala dicta el siguiente

FALLO

Estimar parcialmente tanto el recurso de apelación interpuesto por Don Gustavo como por Doña Leonor contra la sentencia dictada en fecha diecisiete de octubre de dos mil cinco por el Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 2 de Langreo , en los autos de los que el presente rollo dimana, que se REVOCA en el solo sentido de excluir del equipamiento de la clínica la cámara y los títulos del Señor Gustavo e incluir un equipo Sirona más, es decir, inventariar un total de tres, sin que proceda expreso pronunciamiento respecto de las costas de esta alzada.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACION.- Dada y pronunciada fué la anterior Sentencia por los Ilmos. Sres. Magistrados que la firman y leída por el/la Ilmo. Magistrado Ponente en el mismo día de su fecha, de lo que yo el/la Secretario, doy fe.