



Roj: **SAP C 316/2015 - ECLI:ES:APC:2015:316**

Id Cendoj: **15030370042015100044**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **4**

Fecha: **13/02/2015**

Nº de Recurso: **197/2014**

Nº de Resolución: **42/2015**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **CARLOS FUENTES CANDELAS**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 4

A CORUÑA

SENTENCIA: 00042/2015

CORUÑA Nº 3

ROLLO 197/14

S E N T E N C I A

Nº 42/15

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCION CUARTA

ILTMOS. SRES. MAGISTRADOS:

JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG

CARLOS FUENTES CANDELAS

ANTONIO MIGUEL FERNANDEZ MONTELLS Y FERNANDEZ

En A Coruña, a trece de febrero de dos mil quince.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 004, de la Audiencia Provincial de A CORUÑA, los Autos de LIQUIDACION SOCIEDADES GANANCIALES 0000246 /2013, procedentes del XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 3 de A CORUÑA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000197 /2014, en los que aparece como parte demandante- apelante, Juan Alberto , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. JAIME JOSE DEL RIO ENRIQUEZ, asistido por el Letrado D. JOSE MARIANO SIERRA RODRIGUEZ, y como parte demandada-apelada, Carlota , representado por el Procurador de los tribunales, Sr./a. FERNANDO IGLESIAS FERREIRO, asistido por el Letrado D. MARIA DE LAS MERCEDES DE LA PUENTE FORMOSO, sobre APROBACION DE INVENTARIO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho contenidos en la resolución apelada, dictada por EL JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA Nº 3 DE A CORUÑA de fecha 8-1-14. Su parte dispositiva literalmente dice: "Que estimando parcialmente la oposición deducida por el procurador DON FERNANDO IGLESIAS en nombre y representación de DOÑA Carlota en orden a la inclusión y exclusión en el activo y pasivo



de la sociedad de gananciales habida entre DOÑA Carlota Y DON Juan Alberto representado por el Procurador DON JAIME DEL RIO, 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 nº NUM000 .
- 2 Piso sito en vivienda de Villaboa nº NUM001 derecha.
- 3Piso sito en AVENIDA000 nº NUM001 izquierda.
- 4Ajuar doméstico.
- 5VehículoHHH .
- 6Instrumental equipamientos y existencias propias del ejercicio profesional de DON Juan Alberto
- 7Depósito a plaza en la entidad BANCO PASTOR.
- 8Depósito estructurado en la entidad Banco Pastor.
- 9Saldo en cuenta corriente Banco Pastor.
- 10 Saldo en las cuentas corrientes de NO VAGALICIA BANCO, tanto de DON Juan Alberto como de DOÑA Carlota .
- 11Valor de la motocicletaWWW
- 12 **Clínica dental** sita en avenida de Villavoa 102 1º derecha e izquierda.
- 13 Rendimientos de la **clínica dental** hasta la disolución de la sociedad de gananciales.

PASIVO:

- 1Deuda de la sociedad de gananciales frente a DON Juan Alberto , de las amortizaciones del préstamo ganancias NUM002
- 2Deuda de la sociedad de gananciales frente a DON Juan Alberto , del pago del IBI de los inmuebles y las primas de seguro.
- 3 Deuda de la sociedad de gananciales frente a DON Juan Alberto consistente en los gastos de su actividad profesional
- 4 Capital pendiente de amortización del préstamo NUM002 ."

SEGUNDO.- Contra la referida resolución por el demandante se interpuso recurso de apelación para ante la Audiencia Provincial que les fue admitido, elevándose los autos a este Tribunal, pasando los autos a ponencia para resolución.

TERCERO.- Ha sido Ponente el lltmo. Sr. Magistrado **D. CARLOS FUENTES CANDELAS.**

Fundamentos de derecho

PRIMERO .- Ambos ex cónyuges interponen su recurso de apelación contra determinados pronunciamientos de la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de A Coruña que resolvió las controversias suscitadas entre aquéllos sobre la inclusión o exclusión de determinadas partidas en el activo y pasivo del inventario de la liquidación de la extinta sociedad de gananciales. A su vez, una y otra parte se opusieron al recurso contrario.

A)- En el recurso del ex marido se pretende la revocación de la sentencia y la aprobación de la propuesta de inventario de esta parte en los términos en su día planteada, desestimando íntegramente las pretensiones de la adversa. Sus alegaciones se refieren:

1- La inclusión en el pasivo de otras dos partidas omitidas en la sentencia, por el mismo criterio que las otras aceptadas en ella, pues se trataría también de pasivo de la sociedad: 5) el pago por aquél, después de la fecha de divorcio, de las cuotas de la comunidad de propietarios de los pisos incluidos en el activo ganancial; y 6) el pago también posterior al divorcio del IRPF del ejercicio 2009.

2- Asimismo se impugna la inclusión en el activo de la **clínica dental** como una empresa ganancial fundada durante la vigencia del matrimonio con recursos comunes (art. 1347.5º Código Civil), pues no lo sería sino privativo como simple actividad profesional inherente a la persona del ex marido odontólogo (art. 1346.5º).



Todo ello 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 que fuesen considerados gananciales los equipamientos e instrumentos, cual en general ya incluyó la sentencia por separado y que apoyaría la tesis aquí defendida, contradictoriamente con la consideración de la clínica como empresa o "fondo de comercio" independiente, y cuando los frutos del negocio serían los rendimientos de su trabajo personal. El carácter privativo también resultaría de lo considerado en las sentencias dictadas en el proceso de divorcio y del hecho de no incluirse en el inventario la empresa como unidad sino sus distintos elementos por separado.

B)- En el recurso de la ex esposa se pretende la revocación de la sentencia en cuanto a las partidas siguientes:

1- Está conforme con la inclusión de la nº 13 del activo del inventario acerca de los beneficios o rendimientos de la **clínica dental**, pero no con limitarlos hasta la disolución de la sociedad de gananciales, pues, conforme a reiterada jurisprudencia, corresponderían a la comunidad post-ganancial y debería ser hasta su efectiva liquidación al continuar generándose y proceder de un negocio o empresa reconocida como ganancial en la propia sentencia.

2- Se sostiene la improcedencia de la inclusión en el punto 3 del pasivo de la deuda de la sociedad de gananciales frente al ex marido por gastos de su actividad profesional, pues sería inexistente al tratarse de gastos necesarios abonados con ingresos de la clínica ganancial y hasta deducidos fiscalmente, además de no tener sentido cuando los beneficios de la partida anterior (nº 13) son los netos (ingresos menos gastos).

3- Se pretende la inclusión en el activo del dinero que provendría de la caja de seguridad bancaria y que ascendería a un mínimo de 50 mil euros, pues resultaría inverosímil el argumento del ex marido de utilizarla solo para guardar documentos y títulos de propiedad cuando constarían una serie de visitas de apertura de la misma en fechas próximas a acontecimientos económicos relevantes o pagos.

4- También se pide incluir el dinero en efectivo que existiría tanto en el domicilio como en la **clínica dental**, por importe de unos 30 o 40 mil euros en total, pues en las sentencias de primera y segunda instancia del divorcio y en la vista de las medidas provisionales se habría puesto de manifiesto que la economía doméstica funcionaba con dinero en efectivo guardado en esos lugares al margen de las entidades bancarias.

5- También habría de incluirse en el pasivo los pagos acreditados de hipoteca de la vivienda familiar abonados por la ex esposa con dinero que le habría prestado su hermano, correspondientes a varias mensualidades posteriores al auto de medidas provisionales y consecuente separación de hecho libremente consentida con cese de la presunción de ganancialidad.

SEGUNDO .- Cuestión sobre la fecha de disolución del régimen económico de gananciales.

1- La decisión al respecto sentenciada por el Juzgado, tomando la sentencia de divorcio de 22/4/2010, es conforme a Derecho por cuanto así resulta de los artículos 95 y 1392 del Código Civil y su jurisprudencia, sin que las circunstancias del caso enjuiciado sean significativas para hacer excepción y fijarla en un momento anterior, en concreto el auto de medidas provisionales de 29/1/2010 que defiende la ex esposa, tesis ésta rechazada, por ejemplo, en la STS de 27/2/2007. Abundamos en el razonamiento:

2- Es verdad que la jurisprudencia, en algunas ocasiones particulares realmente excepcionales, ha atenuado el rigor literal del momento fijado en los artículos 95 y 1392 del Código Civil, retro trayéndolo a otro anterior más acorde a la realidad social y el principio ético de la buena fe (arts. 3.1 y 7), o la pérdida del fundamento de la existencia de dicha sociedad, en atención a las circunstancias concretas de verdadera separación de hecho (ruptura irreversible y no mera interrupción de la convivencia), sería, realmente prolongada en el tiempo y demostrada, de manera que los cónyuges hayan rehecho sus vidas por separado, generalmente constituyendo unidades convivenciales con otras personas, con absoluta independencia o desvinculación patrimonial, y siempre que los bienes en cuestión se hayan adquirido con caudales propios o generados con su trabajo o industria a partir del cese de aquella convivencia, especialmente cuando al cabo de muchos años varía sustancialmente la fortuna de uno u otro (STS de 13/6/1986, 26/11/1987, 17/6/1988, 23/12/1992, 2/12/1997, 27/1/1998, 26/4/2000, 23/2/2007, 21/2/2008).

3- Ahora bien, la STS de 27/2/2007 ya indicó que la fecha de la disolución es la establecida en la sentencia de separación o divorcio, conforme al artículo 95 del Código Civil, y rechaza la del auto de medidas provisionales al no determinar los artículos 102 a 104 del Código Civil ni en particular la regla del 103.4 la extinción de dicho régimen sino que lo que en realidad señala es su continuación, a pesar de la interposición de la demanda y está destinada a proteger los intereses del cónyuge que no tenga la administración de estos bienes, pero no más. También nuestra sentencia de 5/4/2013 o las de Burgos (2ª) de 28/5/2014, Cádiz (5ª) de 10/3/2014 y Asturias (5ª) de 25/9/2014, entre otras.



4- La STS de 28/5/2008 decidió que la firmeza de la sentencia de separación no se produjo hasta la sentencia de la Audiencia dictada en apelación, por lo que los efectos de la sentencia en relación a la disolución del régimen vienen referidos a la sentencia firme de separación matrimonial, tal como establecen de forma expresa los artículos 95.1 , 1392.3 y 1394 del Código Civil y STS de 4/4/1997 , 31/12/1998 , 30/1/2004 , 26/6/2007 y 18/3/2008 . Pero debemos aclarar que la firmeza del divorcio puede provenir de la sentencia de primera instancia, no obstante la apelación contra la misma, cuando no es recurrido dicho pronunciamiento, como resulta en cierta medida de las STS de 18/3/2008 o de 17/3/2010 , y el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil según el cual: "Los recursos que, conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieren acordado en ésta. Si la impugnación afectara únicamente a los pronunciamientos sobre medidas, se declarará la firmeza del pronunciamiento sobre la nulidad, separación o divorcio".

Y es por ello que en nuestras sentencias de 24/10/2011 y 16/10/2013 consideramos sobre lo anteriormente expuesto y añadíamos que, con base en el artículo 774.5 LEC , y sin perjuicio de soluciones particulares en casos patológicos muy excepcionales aludidos más arriba, si el pronunciamiento judicial principal de separación o divorcio de la sentencia de primera instancia no es recurrido en apelación sino solo las medidas personales o patrimoniales, dicha sentencia ganará firmeza en cuanto a la separación o divorcio con todas sus consecuencias y efectos legales, incluido el disolutorio o extintivo del régimen económico matrimonial de gananciales indicado en los artículos 95 y 1392 del Código Civil . En el mismo sentido: SAP A Coruña 6ª de 2/11/2004, Valencia 10ª de 19/2/2009 y 24/3/2010, Tenerife 1ª de 2/3/2009 y 11/2/2011, entre otras.

5- En el presente caso, en modo alguno se dan todas las circunstancias exigidas para la aplicación de aquella doctrina excepcional. Parecidamente al caso de nuestra sentencia de 5/4/2013 : "En efecto, no nos hallamos ante un supuesto de separación de hecho de los litigantes libremente consentida, durante un dilatado periodo de tiempo, con plena desvinculación personal y patrimonial, constituyendo ambos consortes unidades convivenciales independientes, en el curso de la cual se hayan adquirido bienes con fondos propios, caso en el que desaparecida la comunidad de vida, que justifica el régimen de la sociedad legal de gananciales, puede estimarse abusiva o fraudulenta la consideración como bienes comunes de los adquiridos por los cónyuges con sus ingresos o bienes propios; (...) sino, por el contrario, ante la promoción de un procedimiento de divorcio ante la rotura de la convivencia marital, en cuyo seno se fijaron unas medidas provisionales para regular las relaciones de los litigantes durante la sustanciación del procedimiento, al amparo del art. 773 de la LEC , en relación con los arts. 102 y 103 del CC , lo que demuestra que existía vinculación personal y patrimonial entre los litigantes, y que la simple declaración de separación personal dimanante del efecto ope legis del dictado del auto de medidas (art. 102 del CC) no cabe identificarlo con la separación de hecho a la que se refiere la mentada doctrina jurisprudencial, inaplicable a las circunstancias concurrentes en este litigio por los razonamientos anteriormente expuestos. Es más la cuestión planteada por las partes ha sido expresamente resuelta por la Sala 1ª de nuestro más Alto Tribunal, sirviendo como botón de muestra la STS de 27 de febrero de 2007 (...) En el mismo sentido se expresan las SSTS de 15 de septiembre de 2008 y 17 de marzo de 2010 . Por consiguiente, la disolución del régimen económico del matrimonio de los litigantes debe computarse desde la fecha de la sentencia de divorcio, pues la sociedad de gananciales se extingue y, en consecuencia, se disuelve la comunidad ganancial, entre otros casos, cuando se dicta una sentencia de tal clase, como prevé con carácter general el art. 95 del Código Civil y más concretamente, con referencia al régimen de gananciales, el art. 1392, núm. 1 de dicho texto legal , que impone la disolución «ipso iure» o de pleno derecho en tal supuesto, ya que la comunidad patrimonial que implica es incompatible con la situación de matrimonio divorciado".

TERCERO .- Cuestión de la **clínica dental**.

1- La sentencia apelada, reiterando sin citar la sentencia de la Audiencia Provincial de Santander (4ª) de 20/9/2006 , aplicó el número 5 del artículo 1347 del Código Civil , por haber sido establecida la clínica constante la sociedad de gananciales y considerar dicho precepto gananciales las empresas y establecimiento fundados durante la vigencia de la sociedad por cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes, y no obstante que las aptitudes del individuo para el trabajo, la libertad de trabajar y sus consecuencias, estén vinculadas a los derechos de la personalidad, privativos, es lo cierto que sean cuales sean las competencias profesionales del actor, la **clínica dental** sería un negocio, desarrollado en un establecimiento mercantil abierto al público, y empleando un mobiliario e instrumental específico para la realización de su fin, habiéndose fundado, establecido y constituido durante el matrimonio y sociedad de gananciales con recursos gananciales; todo ello al margen de tener en cuenta en la valoración del negocio (en la fase de avalúo, no de inventario) del mobiliario e instrumental y del indudable peso que la cualificación profesional del actor; como habrían mantenido otras sentencias de Audiencias.

2- No nos convence esta calificación en el caso enjuiciado atendidas las serias dudas en tal sentido que resultan de sus circunstancias en relación a lo demás que exponemos en la presente sentencia.



El artículo 1346.5º del Código Civil considera privativos los bienes y derechos patrimoniales inherentes a la persona y los no transmisibles inter vivos. Incluiría los derivados del ejercicio profesional. Su apartado 8º añade los instrumentos necesarios para el ejercicio de la profesión u oficio, salvo cuando éstos sean parte integrante o pertenencias de un establecimiento o explotación de carácter común. Sin embargo, en el presente caso, la propuesta de inventario del ex marido incluyó en el activo ganancial (letra f) el instrumental, equipamientos y existencias del ejercicio profesional.

Por su parte, el artículo 1347.5º considera gananciales las empresas y establecimientos fundados durante la vigencia de la sociedad por uno cualquiera de los cónyuges a expensas de los bienes comunes. Se refiere digamos a las individuales y no a las sociedades con personalidad jurídica propia y distinta de la de los socios, en que no será la sociedad sino las acciones o participaciones las que tendrán naturaleza privativa o ganancial en función del carácter de la aportación (STS de 18/9/1999).

3- Retomando nuestra sentencia de 30/3/2006 , al tratar de una determinada controversia sobre el fondo de comercio de una **clínica dental**, ya dijimos que en abstracto es aceptable la distinción entre aspectos profesionales y negociales, pero eso no significa necesariamente que todo ejercicio profesional comenzado o continuado durante la vigencia de la sociedad de gananciales no pueda ser privativo del cónyuge que ejerza la actividad profesional sino ganancial o que lo sea la clínica donde ejerza por este solo hecho o porque se haya empleado dinero ganancial en la adquisición de mobiliario o determinados elementos materiales, cuando realmente no se pueda considerar o equiparar a negocio o empresa de carácter común, sin perjuicio de los reembolsos que correspondan, según se desprende de los artículos 1346.5º y 8º, 1347.5º y 1358 del Código Civil .

Las situaciones pueden ser en ocasiones fáciles de distinguir y de calificar, ya como profesionales ya como empresariales, pero otras puede resultar verdaderamente difícil o discutible debido a la existencia de elementos y características semejantes. Es por ello que de un repaso (no exhaustivo) de las controversias en la materia que han llegado a los tribunales, como las referentes a las consultas o clínicas dentales y médicas, cabe extraer la conclusión de que las soluciones son muy casuísticas, no obstante coincidir en general en el punto de partida jurídico y en lo que suele entenderse por empresa frente a la actividad profesional, resolviéndose la cuestión de manera diversa según la valoración por cada tribunal de la mayor o menor semejanza de las circunstancias a lo empresarial o a lo profesional y la mayor o menor dedicación de la persona en cuestión.

Y es que están ya lejos los tiempos en que no era infrecuente que muchos estomatólogos o médicos u otros profesionales se ganasen la vida ejerciendo su profesión, incluso sin personal auxiliar, en alguna dependencia de su propia vivienda familiar, mientras que hoy lo hacen en pisos o locales exclusivamente destinados y acondicionados con el mobiliario funcional y los equipos, el instrumental y los demás elementos correspondientes a la especialidad o profesión, además de con la ayuda de personal auxiliar contratado. Todo ello organizado a propósito y no por casualidad, bajo la atención o dedicación personal del profesional, persona capacitada al efecto por sus estudios o titulación. Y claro que los servicios se cobran a los pacientes o clientes y que el profesional no solo trabaja por vocación ni altruistamente o para vivir modestamente (no es característica definitoria de la actividad profesional para distinguirla de la comercial o empresarial), sino muchas veces con ánimo de ganar cuanto más dinero mejor, acorde a su valía, esfuerzos y logros alcanzados. Pero es también constatable desde bastantes años antes de la presente crisis una tendencia en un número de profesionales más cercana a lo empresarial y al incremento de beneficios a escala muy superior, contratando a numeroso personal titulado y de otro tipo que trabaje para uno, con locales o espacios más grandes, decoraciones más atractivas para la clientela, cuando no lanzando o apoyándose en campañas de marketing o publicidad, uniéndose a socios capitalistas, e incluso usando nombres y marcas comerciales, franquicias, o dedicándose más a la administración o gestión que a la realización personal de los actos propios de su profesión.

4- En la actividad empresarial predomina la organización de los diferentes elementos y personas que participan en el desarrollo del proyecto o negocio, su marcado aspecto mercantilista, comercial o industrial, y el beneficio o capital, bajo el poder de dirección del empresario, en principio sustituible y la mayoría de las veces hasta desconocido para los clientes de los productos o servicios.

Suele considerarse una unidad patrimonial con vida propia y susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente para serlo de meras formalidades administrativas, o como un complejo o universalidad de elementos materiales conectados entre sí por su estructura o disposición, destinados a un uso industrial y aptos para ser puestos en marcha en forma inmediata, o la conjunción de una organización de cosas corporales o incorporeales que tiene una expectativa de beneficio por sus aptitudes funcionales, de tal modo que sea configurado como una empresa apta para funcionar (SAP de Málaga (6ª) de 1/7/2011).



El aspecto personal es más característico de las actividades profesionales, el trabajo y la dedicación del propio profesional precisamente en la realización de los actos propios de su profesión, bajo el amparo de la correspondiente titulación (y en su caso colegiación a mayores), lograda con sus estudios y esfuerzos, personalísima e intransferible, lo haga él solo, en el despacho, consulta o clínica acondicionada con los necesarios elementos materiales a dicho fin, o también con la ayuda de sus auxiliares o colaboradores.

5- La Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de noviembre de 2000 , sobre una Óptica considerada un negocio de carácter ganancial, señala que "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 mas 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-optometrista es lo cierto que la "Óptica C." 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. (...) 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".

La SAP de Pontevedra (3ª) de 14 de mayo de 2004 (**clínica dental**), ya advierte de las posibles dificultades de deslinde que pueden hacer defendibles las dos posturas como en ese caso. Pero añade que para aceptar la tesis de la apelante de calificar como ganancial la **clínica dental** como una auténtica empresa tendría que serlo en el sentido de conjunto organizado de bienes al servicio de una actividad económica, concepto éste que ha determinado la declaración de una Óptica como ganancial en la citada STS de 20/11/2000 , como antes el mismo T.S. en la de 26/11/1979 en relación a una farmacia, así como la Audiencia de Asturias en sentencia de 9/10/1998 respecto a una clínica médica, en todo cuyos casos se entendió que la empresa o negocio consiste "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" (así la STS de 20-11-2000). Y continuó la sentencia de Pontevedra diciendo que es obvio que determinadas clínicas dentales pueden corresponder a este concepto de actividad empresarial, pero no en el caso de la litigiosa, al menos de lo que resulta de la prueba practicada, de la que se deduce que la clínica responde en esencia al ejercicio de una profesión, conclusión ésta avalada por el hecho de que el marido era y trabajaba como médico dentista ya antes del matrimonio, y era también titular de una clínica en Madrid, la cual vendió coincidiendo con el matrimonio y abrió la de Pontevedra, con una evidente continuidad entre ambos hechos, porque lo que no se discute es que una y otra clínica dependen del trabajo y la atención personal del apelado, sin que comparta la actividad profesional con ningún otro y sin que cuente con más personal auxiliar que el imprescindible, no apreciándose las características empresariales, con independencia de su volumen de ingresos y tampoco se consideran esenciales las aportaciones económicas de la esposa, en forma de local o de inversiones, pues son simplemente complementarias de aquella actividad principal.

La SAP de Vizcaya (4ª) de 25 de noviembre de 2005 también rechazó la tesis del recurrente de que la **clínica dental** era un negocio ganancial, susceptible de ser explotado bajo la dirección de cualquier otro profesional, con un valor cierto, valor de fondo de comercio, independiente del valor del inmueble y de los elementos equipamentales, todo ello con base en: a) la sentencia de separación al establecer la obligación de la esposa de rendir cuentas del negocio de **clínica dental**; b) el número de clientes como importante fondo de comercio; c) los ingresos reales muy superiores a los declarados que evidenciarían la existencia de un negocio; d) la intervención activa del recurrente en la instalación y desarrollo de la clínica; y e) el hecho de trabajar en la clínica, además de la esposa, otras tres personas: odontóloga, recepcionista y ayudante. A lo que la Audiencia respondió que ninguna incidencia tiene en la calificación como empresa ganancial las circunstancias a), c) y d), sino sólo la existencia de una clientela y de distintos asalariados, podrían ser indicativos, de la existencia de una empresa, pero para ello, resultará necesario, que la actividad desarrollada en la clínica, sea susceptible de continuar de forma autónoma y sin la intervención de la esposa, y en el supuesto de autos, en la actividad desarrollada en la **clínica dental**, lo decisivo, importante e imprescindible es el trabajo personal de la esposa, sin cuya colaboración la clínica no seguiría generando ningún rendimiento, pues su clientela, basada en un principio de confianza, en sus aptitudes y cualidades profesionales, no resulta trasladable, siendo de reseñar que la adquisición de un inmueble y un instrumental no son elementos suficientes para constituir lo que el art. 1347.5 denomina "fundación de empresa", concepto que requiere otro tipo de inversiones o previsiones, que no se han dado en el supuesto de autos. Y en cuanto a las personas que trabajan en la clínica, lo cierto



es que su dedicación al trabajo de la esposa, no puede ser más que catalogado de mera ayuda, tanto por su contenido, como por el escaso tiempo en que lo desarrollan.

En el caso de la SAP de Pontevedra (6ª) de 19 de septiembre de 2013, se llegó a la conclusión de no resultar probada la existencia de un establecimiento o explotación común, sino que el apelado venía ejerciendo su profesión de protésico dental con carácter exclusivo y antes de la celebración del matrimonio, profesión que continuó durante el mismo y que se mantiene en la actualidad, por lo que no existían indicios de una empresa pues para ello resultaría necesario acreditar que la actividad desarrollada en la clínica era susceptible de continuar de forma autónoma y sin intervención de aquél, y lo único acreditado es que la actividad desarrollada en la clínica es fruto de su trabajo personal, de sus aptitudes y sus cualidades profesionales, mientras que el instrumental tendría el carácter que le otorga el artículo 1346.8 del Código Civil, pues nunca constituiría lo que el artículo 1.347.5 denomina fundación de empresa, concepto que requiere otro tipo de inversiones o previsiones, que no consta se hubieran dado en el supuesto de autos.

La SAP de Guadalajara (1ª) de 15/12/2005 (clínica podológica), partió de lo razonado en las SAP de Alicante (6ª) de 2/6/1997 y 11/2/2002, sobre farmacia, en las cuales se había considerado que el farmacéutico ejerce una profesión liberal y dado el régimen legal de las farmacias no podían éstas ser entendidas como un establecimiento comercial o industrial en el que se realiza una actividad mercantil, que tienen un ánimo de lucro y que se rigen por el Código de Comercio, ni los productos farmacéuticos son mercaderías, ni existe libertad de comercio ni de circulación ni de dispensación de los mismos, como tampoco lo puede ser una notaría, el despacho de un corredor de comercio, la clínica de un médico, o el bufete de un abogado, pues en todos ellos el profesional ejerce una actividad personalísima, máxime si va unida a una función de interés público por afectar a la salud de las personas y estar sometidos a un riguroso control administrativo para su instalación y funcionamiento, a lo que se añade el título del farmacéutico, que como privativo e intransferible le habilita para el ejercicio profesional, la autorización administrativa, que le permite su ejercicio en un lugar determinado, y la clientela, que sólo aparece y se desarrolla merced a las aptitudes y cualidades personales y profesionales del farmacéutico y a la confianza que el público deposita en él, todos cuyos elementos pertenecen al titular de la oficina de farmacia como derechos inherentes a su persona, y por lo tanto la Farmacia, como tal, no sería nunca un bien de carácter ganancial, teniendo solo dicha cualidad los restantes elementos componentes de la misma que siendo de naturaleza patrimonial no son inherentes a la persona de su titular, como el local, las existencias, etc. La SAP de Guadalajara también reiteró los razonamientos de una sentencia de un Juzgado de Santander de 15/1/2002, sobre **clínica dental**, inclinándose por el carácter privativo por parecer por ahora exagerado pensar que la actividad profesional de un odontólogo- estomatólogo (como la de un abogado o un médico), con despacho abierto, pueda entenderse comprendida dentro del difuso e impreciso concepto de «establecimiento», «explotación» o «empresa», por lo menos en ese caso concreto, pues no parece que a efectos de la sociedad de gananciales pueda regir un concepto amplio que incluya dentro del artículo 1347-5º cualquier conjunto organizado de bienes al servicio de una actividad económica, siendo en principio difícil entender que el ejercicio de una profesión comporte una explotación, aunque también pueda empezar a adivinarse en determinados sectores profesionales (farmacias, ópticas, etc.) con establecimiento comercial abierto al público que hayan alcanzado la categoría de unidad patrimonial con vida propia, susceptible de ser inmediatamente explotada o pendiente para serlo de meras formalidades administrativas y transmisible en su conjunto. Y, compartiendo Guadalajara en lo sustancial los argumentos de dichas sentencias en cuanto a la dificultad para encajar en el concepto de empresa estas actividades, añadió que sería más factible en su caso cuando el ejercicio de una profesión venga envuelta en una unidad patrimonial autónoma como la que tiene lugar cuando se desarrolla junto a una actividad de venta de productos con una trascendencia que supera la actuación del profesional, lo que no acontece en el supuesto de autos donde el demandante ejercía en el local prácticamente en exclusiva su profesión de podólogo sin una actividad complementaria de venta, lo que permite aplicar en su pureza la doctrina apuntada por lo que la consulta de podología como tal apoyada en su cualificación profesional y en la clientela que fruto de su trabajo personal ha ido adquiriendo no puede tener carácter ganancial.

A la conclusión contraria llegó la ya citada más arriba SAP de Málaga (6ª) de 1 de julio de 2011 (clínica médica), tras exponer lo que debe entenderse por empresa y considerar que en el caso de litis no cabía duda de que la esposa ejercía su profesión médica, pero no se limitaba a atender consulta, sino que el ejercicio de esa profesión se hacía a través de un entramado de instrumentos, empleados e instalaciones que forman toda una organización que no puede denominarse de otra forma que de clínica, como lo prueba el hecho de que la misma siguiera a pleno funcionamiento a pesar de estar su titular de baja por enfermedad, lo que hubiera sido incompatible si se tratara de una simple consulta médica.

También la SAP de Murcia (5ª) de 22 de julio de 2008 confirmó en el caso enjuiciado la inclusión de la clínica en el activo de la sociedad de gananciales al no ser el resultado del sólo trabajo de la esposa sino que es una organización de personas, medios y actuaciones dirigida a la consecución de un fin económico ocurrido todo



ello durante la vigencia del matrimonio; o, en otras palabras, se trata de una actividad presidida por una idea organizadora aplicada a un conjunto de bienes y derechos para la obtención de una ganancia, y rebasa en consecuencia lo que supondría el ejercicio de una actividad profesional.

Y otro tanto la SAP de Las Palmas (5ª) de 18/5/2004, aplicando la solución de la ya reseñada STS de 20/11/2000 sobre la Óptica al caso de una clínica, sin mayores detalles.

Ahora bien, como advierte por ejemplo la misma Las Palmas (y apuntó la propia sentencia apelada de nuestro pleito al remitirse a la fase de avalúo para cuantificar económicamente el "indudable peso de la cualificación profesional del actor"), para el caso de que se llegase a la conclusión ganancial de la clínica, otro tema sería el de su valor en el activo de la sociedad de gananciales, pues aunque la empresa individual se considere un bien unitario, que como señala la STS de 20/11/2000 se entiende como un bien diferente que surge de la organización del empresario de un conjunto de bienes de diversa índole, tal calificación unitaria no implica que los diferentes elementos integrantes pierdan las titularidades y régimen jurídico que les corresponda, y así la RDGRN de 20/3/1986 cuando dice que aun cuando el establecimiento mercantil como conjunto de elementos de diversa índole organizados y dispuestos para el desarrollo de una actividad de este tipo, puede considerarse como asimismo señala el recurrente como una unidad con vida propia e independiente, tal unificación no puede llegar al extremo de afirmar el nacimiento de un objeto jurídico nuevo, de modo que la titularidad que recaiga sobre el mismo haga desaparecer las titularidades sobre cada uno de los elementos que lo integran, pues esta titularidad sigue subsistiendo y solamente se produce una modalización de su régimen jurídico de cada una de ellas en aras de la necesidad del mantenimiento de aquella unidad. Y en este sentido la sentencia de Las Palmas aclara que uno de los elementos que forman parte del conjunto organizado que es la clínica Humiaga, y, además, el de mayor importancia y trascendencia, es la formación y capacidad profesional del D. Ovidio, especialmente como valor dado por circunstancias de diversa índole como su formación profesional o, su habilidad manual e intelectual en el desempeño de su trabajo, su rapidez en efectuar esa tarea, su prestigio entre los compañeros de su profesión y entre los ciudadanos, su capacidad para adaptarse a las nuevas tecnologías y para ampliar sus conocimientos, su empatía con la clientela, etc, elemento éste que ciertamente, formando parte del conjunto, nunca puede, sin embargo, asumir la naturaleza ganancial de éste, ya que esa formación y capacidad profesional constituye un bien inherente a la personalidad y no susceptible de transmisión patrimonial (ni intervivos ni, obviamente, mortis causa); y para saber o hacerse una idea de su importancia en la valoración del conjunto de la clínica, bastaría con plantearnos la hipótesis que la referida clínica fuera a ser adquirida por un inversor capitalista, y, a continuación, preguntarnos en cuánto se valoraría el negocio en el caso de que en la clínica fuera a seguir trabajando y dirigiéndola D. Ovidio o, y, a su vez, cuanto se pagaría por la empresa si D. Ovidio se fuera de la misma y montara una **clínica dental** suya en otra parte de la ciudad. En el caso de Las Palmas el Tribunal consideró que en este segundo supuesto el valor de la clínica quedaría reducido al del inmueble, los materiales y poco más, que calculó en un 25%, puesto que la clientela, los pacientes, salvo alguno que valorara fundamentalmente la cercanía y comodidad, se pasarían a la consulta que D. Ovidio abriera en otra parte de la ciudad.

6- 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.

En el presente caso, contrariamente a lo sostenido por el ex marido en su recurso de apelación, las sentencias del divorcio en modo alguno son cosa juzgada pues no trataron de la cuestión ahora examinada ni se pronunciaron sobre el carácter privativo o ganancial de la **clínica dental**, lo que no era su objeto, no pudiendo tampoco entresacar determinadas expresiones, que para nada prejuzgaban lo uno o lo otro. De la misma manera no tiene realmente trascendencia que se hayan inventariado ganancialmente por separado los diversos elementos integrantes de la supuesta empresa o negocio en vez de como una unidad global. Aunque sí resulta contradictorio que la esposa hubiese puesto entonces en la cuenta del marido todos los ingresos, no solo los del SERGAS sino también los de la clínica, para tratar de elevar sus pretensiones sobre la pensión compensatoria y la alimenticia, cuando si la clínica fuese una empresa común, generadora de frutos o beneficios también gananciales (o postgananciales) a liquidar entre ambos cónyuges, la solución respecto de la clínica para evitar que el marido pudiese burlar la participación de la esposa cotitular sería, aparte de medidas sobre la administración, lo preceptuado en el artículo 1408 del Código Civil, según el cual: "De la masa común de bienes se darán alimentos a los cónyuges (...) mientras se haga la liquidación del caudal inventariado y hasta que se les entregue su haber; pero se le rebajarán de éste en la parte que excedan de los



que les hubiesen correspondido en razón de frutos y rentas". No se trata de alimentos entre cónyuges o entre parientes de los artículos 142 y siguientes, incompatibles con una situación de divorcio, sino de reparto con cargo a unos bienes que son comunes, a fijar por los tribunales de justicia ante el desacuerdo de los titulares, de manera proporcionada a las circunstancias de cada caso, los cuales se pueden acordar desde la disolución hasta la liquidación definitiva y con el alcance fijado en dicho artículo.

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 m²), 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.

CUARTO .- La consecuencia de todo lo expuesto hasta aquí es la estimación del motivo A-1) del recurso de apelación del ex marido, al tenerse que incluir en el pasivo de la sociedad las otras dos partidas pretendidas por los pagos efectuados por aquél después de la fecha de disolución del régimen consorcial (sentencia de divorcio de 22/4/2010) sal no poderse presumir que el dinero era ganancial sino privativo o particular suyo: 5) las cuotas de la comunidad de propietarios de los pisos incluidos en el activo ganancial abonadas por él tras la disolución, y 6) el pago también posterior del IRPF del ejercicio 2009.

También debe ser estimado el motivo A-2) del recurso de apelación del ex marido en cuanto a la expulsión del activo ganancial de la partida 12 sobre la **clínica dental**, pues ya justificamos que no lo es.

Y por las misma razón, procede la desestimación del motivo del recurso de la ex esposa B-1) en relación a la partida 13 del activo, tratando de extender a la liquidación de la sociedad de gananciales los beneficios o rendimientos de la **clínica dental** bajo la premisa de ser ganancial cuando no es así.

Pero debemos estimar el motivo B-2) del recurso de la ex esposa de excluir la partida 3 del pasivo sobre los 15.560,98 euros de la relación de gastos posterior a la disolución de la sociedad de gananciales efectuada por el ex esposo (documento nº 20), pues aparte de su necesidad de justificación y de que de existir deben de haber sido deducidos fiscalmente, sucede que si respecto de la clínica no cabe hablar de empresa o negocio ganancial sino de actividad profesional inherente al ex esposo, corresponde a éste asumir sus propios gastos tras la disolución. Aclaremos que no aceptamos la objeción del ex marido al oponerse a este motivo del recurso de impedir los actos propios o la postura procesal de la ex esposa esta petición, pues en modo alguno se conformó ésta con tal partida de pasivo si la clínica no era ganancial.

QUINTO .- Se desestima el motivo B-3) del recurso de la ex esposa de inclusión en el activo de un dinero supuestamente existente en la caja de seguridad bancaria por un mínimo de 50 mil euros, cuando es necesario demostrar su existencia real como dinero contante y sonante, metálico, a fecha de la disolución de la sociedad de gananciales o inmediata, hecho negado por el ex marido que dio otra explicación de la caja, la cual no es inverosímil, aunque pueda ser dudosa, pues correspondiendo la carga de la prueba a la ex esposa, que pretende la inclusión de tal cantidad, las dudas le perjudican a ésta, resultando insuficiente con su argumentación sobre determinados actos y fechas en relación a las visitas a la caja por aquél, mezclado con muchas especulaciones y afirmaciones propias, todo lo cual no basta para probar el hecho mediante presunción. Y es que la parte aquí apelante incurre en gran medida en lo que se denomina hacer supuesto de la cuestión, o sea, ante la falta de pruebas o indicios suficientes dar por supuesto el hecho en cuestión para extraer la conclusión pretendida, cuando no tiene que ser así.

Por las mismas razones de falta de prueba, se desestima el motivo B-4) de su recurso pretendiendo incluir el supuesto dinero en efectivo que existiría en el domicilio y en la **clínica dental**, por importe de unos 30 o 40 mil



euros en total. En abstracto todo es posible y el hecho de que en algunas épocas o momentos pudiera haber efectivo en esos lugares no significa que lo hubiera a fecha de la disolución o inmediata. Puestos a elucubrar también se podría pensar que el de la vivienda se lo podría haber gastado la ex esposa y el de la clínica el ex marido, en tal o cual cuantía, sin base bastante para llegar a tal conclusión fáctica.

SEXTO .- Finalmente, debemos desestimar el motivo del recurso de la ex esposa B-5) de incluir en el pasivo los pagos efectuados por ella con dinero de su hermano de varias mensualidades de la hipoteca de la vivienda (enero a abril de 2010), posteriores al auto de medidas provisionales (29/1/2010). Ya dijimos que la disolución de la sociedad de gananciales no se produjo con el auto de medidas sino con la sentencia del divorcio de 22/4/2010 ; y aunque se aportaron justificantes de transferencias bancarias del hermano a la aquí apelante (doc. 6 de la vista), la cuenta de destino de tales transferencias no coincide con el extracto de la cuenta en la que se hicieron los cargos hipotecarios en cuestión (doc. 3 de la formación de inventario). Todo ello sin perjuicio en su caso de lo que el hermano pudiera en su caso reclamar contra quien o quienes corresponda.

SÉPTIMO .- Estimados parcialmente ambos recursos en la medida correspondiente, no procede hacer mención de las costas de la alzada (art. 398 LEC) y debe devolverse el depósito constituido para recurrir (D.A. 15ª LOPJ).

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, en nombre de S.M. El Rey y por la autoridad concedida por el Pueblo Español,

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 nº 12 referida a la **clínica dental**.
- Se suprime del pasivo la partida 3 (deuda de la sociedad frente a Don Juan Alberto por gastos de su actividad profesional).
- Se incluyen en el pasivo dos partidas: 5) Deuda de la sociedad de gananciales frente a Don Juan Alberto 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 Alberto por el pago también posterior del IRPF del ejercicio 2009.

Confirmamos los restantes pronunciamientos. No se hace mención de las costas de la alzada y procede devolver el depósito para recurrir.

Esta sentencia no es firme y contra la misma cabe recurso de casación por interés casacional, y en su caso conjuntamente recurso extraordinario por infracción procesal, para ante la Sala Primera del Tribunal Supremo, a interponer ante esta Sección 4ª mediante escrito de abogado y procurador en el plazo de 20 días, con los demás requisitos de admisibilidad previstos en la Ley y su jurisprudencia.

Así, por esta nuestra sentencia de apelación, de la que se llevará al Rollo un testimonio uniéndose el original al Libro de sentencias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos, en el lugar y fecha arriba indicados.

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