

Fiscalidad de actos y negocios jurídicos en el seno de la familia. Estudio particular de las adjudicaciones de bienes tras el divorcio

ANA MOLINA LEBRÓN

Letrada servicios contencioso-fiscal Iberdrola. Profesora Derecho Financiero y Tributario. Universidad Autónoma de Madrid

Sumario:

- I. Introducción. Sobre la comunidad de bienes y los diferentes regímenes económicos matrimoniales
- II. Tributación de las diferentes operaciones patrimoniales entre cónyuges o excónyuges
 1. Tributación de las adjudicaciones de bienes en las operaciones entre cónyuges acogidas al régimen de separación de bienes y participación. disolución del condominio
 - 1.1. Disolución de la comunidad de bienes en pro indiviso ordinario, con adjudicaciones equivalentes (aplicable tanto en separación de bienes como participación)
 - 1.2. Disolución de la comunidad de bienes en pro indiviso, con exceso de adjudicación, declarado inevitable por la indivisibilidad del bien liquidado y compensado en dinero (aplicable tanto en separación de bienes como participación)
 - 1.3. Disolución de comunidad de bienes en pro indiviso, con exceso de adjudicación, declarado no fundado en indivisibilidad, compensado en dinero (aplicable tanto en separación de bienes como participación)
 - 1.4. Disolución de comunidad de bienes en pro indiviso con exceso de adjudicación declarado fundado o no en indivisibilidad no compensado, es decir, gratuito, (aplicable tanto en separación de bienes como participación)
 - 1.5. Compensación dineraria o mediante adjudicación de bienes a la extinción del régimen de separación por imposición legal o resolución judicial por causa distinta de pensión compensatoria (sólo separación de bienes)
 - 1.6. Liquidación del régimen de participación y pago del crédito o cuota de participación de un cónyuge a otro en dinero o en bienes (sólo régimen de participación)
 2. Tributación de las operaciones entre cónyuges acogidos al régimen de sociedad de gananciales
 - 2.1. Régimen fiscal general de las aportaciones de bienes a la sociedad de gananciales
 - A. Aportación de bien privativo de ambos cónyuges por mitades indivisas a la sociedad de gananciales
 - B. Ganancialidad sobrevenida de la vivienda familiar, arts. 1354 y 1357 del CC
 - 2.2. Liquidación de la sociedad de gananciales
 - A. Liquidación de la sociedad de gananciales con adjudicaciones equivalentes
 - B. Liquidación de la sociedad de gananciales con exceso de adjudicación declarado inevitable, fundado en indivisibilidad y compensado en dinero

- C. Liquidación de la sociedad de gananciales con exceso de adjudicación, declarado no fundado en indivisibilidad y compensado en dinero
- D. Liquidación de la sociedad de gananciales con exceso de adjudicación declarado fundado o no en indivisibilidad, no compensados en dinero o en especie (gratuito)
- E. Especial referencia a la liquidación de la sociedad de gananciales con exceso de adjudicación, compensado con bienes ajenos a la sociedad conyugal (con bienes privativos del cónyuge con exceso). Tributación por TPO.

III. Bibliografía

“Comunitas mater est discordiarum”

(Aemilius Papinianus, Digesta)

I. INTRODUCCIÓN. SOBRE LA COMUNIDAD DE BIENES Y LOS DIFERENTES RÉGIMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Como le espetó Mauricio a Auristela, en la magnífica obra de Miguel de Cervantes, *Persiles y Sigismunda*, “*El amor junta los cetros con los cayados, la grandeza con la bajeza, hace posible lo imposible, iguala diferentes estados y viene a ser poderoso como la muerte*”¹).

Y es precisamente “*la bajeza con la grandeza*” la expresión que mejor podría introducir nuestro trabajo. Como abríamos nuestro estudio, ya Papinianus allá por el 198 Anno Domini, advirtió que la comunidad es la madre de las discordias. En el irracional universo de los sentimientos, es habitual que la pasión y el odio sean vecinos de rellano y ello lleva en la gran mayoría de las ocasiones al colapso jurídico.

En un sistema como el español, en el que separación y divorcio no precisan causa alguna²), fuera de la voluntad de obtenerlo por parte de uno de los cónyuges, y del transcurso del plazo de tres meses desde la celebración del matrimonio (🟡arts. 81 y 🟡86🟡Código Civil, en adelante “**CC**”), los problemas a los que se enfrentan las parejas en el momento de la ruptura, desde el punto de vista jurídico, pueden ir desde llegar a un simple acuerdo a través de un Convenio Regulador, a eternizarse en los juzgados con infinidad de demandas y denuncias. Si a todo ello añadimos la existencia de bienes comunes, la situación se torna algo más compleja, teniendo que decidir el destino de la que fuera vivienda familiar, así como liquidar las relaciones económicas vigentes entre los miembros de la pareja.

La normativa referida al régimen económico matrimonial de aquellos matrimonios a los que les es aplicable el Derecho común, se encuentra contenida en el Título 3.º, 🟡Libro IV CC. Tal y como establece el 🟡art.1315 CC, los cónyuges tienen libertad para determinar cuál va a ser ese conjunto de reglas por las que se va a regir, desde el punto de vista económico, su matrimonio, pudiendo crear un régimen propio y particular, o bien adoptar cualquiera de los legalmente regulados, ya en el CC o en cualquiera de las legislaciones forales. El régimen económico elegido por ambos cónyuges puede variar antes y durante el matrimonio, así como establecer las modificaciones que tengan por conveniente, dentro de los límites fijados en el ordenamiento³). Todo ello hace de una verdadera complejidad el aspecto tributario en las liquidaciones de estos regímenes.

El Código Civil, recoge el concepto de Comunidad de bienes en su artículo 392 donde añade que: “*hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece 'pro indiviso' a varias personas*”⁴).

Interesa destacar desde el principio, a los solos efectos de poder entender la tributación de la liquidación de estas comunidades de bienes, que para que exista comunidad de bienes es necesario que dichos bienes procedan del mismo origen en el momento en que se van a liquidar. La Dirección General de Tributos, (en adelante “**DGT**”) de manera insistente⁵), al igual que el Tribunal Económico-Administrativo Central (en adelante “**TEAC**”)⁶), exigen para que haya comunidad, que los bienes procedan de un mismo origen, no pudiendo mezclarse a efectos de extinguir conjuntamente todos ellos, aun cuando se trate de los mismos comuneros y aun cuando tuvieran las mismas cuotas sobre todos los bienes, calificándolo de permuta de cuotas de partirse conjuntamente⁷).

Conforme a lo anterior, los cónyuges sometidos al CC pueden, antes de contraer matrimonio:

1.º No realizar nada respecto a su régimen económico matrimonial, en cuyo caso se encontrarán bajo el régimen de

la sociedad de gananciales, como establece el art.1316 CC.

2.º Adoptar como régimen económico cualquiera de los otros dos regulados en el CC, el de separación de bienes, regulado en los arts.1435 y siguientes CC, o el de participación en ganancias (art.1411 y siguientes CC).

3.º Limitarse a excluir la vigencia de la sociedad de gananciales, en cuyo caso se casarían bajo el régimen de separación de bienes.

4.º Establecer un régimen propio ideado por los cónyuges, que puede ser, o bien una combinación de algunos de los establecidos en el CC, o bien una modificación puntual de alguno de los aspectos de uno de los regulados en el CC, o pueden adoptar por vía convencional, un régimen extranjero.

Con posterioridad a la celebración del matrimonio, podrán los cónyuges modificar el régimen por el que estuvieran rigiéndose, y adoptar cualquier otro.

Correlativa a esta libertad de estipulación, se encuentra la libertad de contratación entre los cónyuges, contemplada en el art.1323 CC, que les faculta a realizar todo tipo de contratos entre ellos, e incluso a realizar aportaciones de bienes privativos a la sociedad de gananciales⁸).

En apretada síntesis, el CC únicamente regula tres regímenes económicos por los que los cónyuges pueden organizar sus relaciones económicas dentro del matrimonio:

1.º El régimen de la sociedad legal de gananciales, en los arts.1344 a 1410 CC.

2.º El régimen de separación de bienes, en los arts.1435 a 1444 CC.

3.º El régimen de participación, o participación en ganancias, en los arts.1411 a 1434 CC.

Mediante la **sociedad de gananciales** se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos durante el matrimonio, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella.

El régimen de **separación de bienes**, legal de primer grado en algunas CCAA⁹), y convencional en otro caso, responde a la idea de mantenimiento de la independencia patrimonial de los cónyuges con determinadas excepciones puntuales (derivadas del denominado régimen económico patrimonial primario – contribución a las cargas del matrimonio, potestad doméstica y vivienda habitual). Recoge el art. 1437 CC, que en el régimen de separación, pertenecerán a cada cónyuge los bienes que tuviese en el momento inicial del mismo, y los que después adquiera por cualquier título. Asimismo corresponderá a cada uno la administración, goce y libre disposición de tales bienes.

Recoge el art. 1411 CC que, en el **régimen de participación** cada uno de los cónyuges adquiere derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo en que dicho régimen haya estado vigente. El régimen de participación, es un supuesto de comunidad diferida a la extinción, en cuanto que vigente el mismo, funciona como el de separación de bienes al reconocer la autonomía patrimonial de cada consorte (art. 1412 CC), si bien confiere a cada uno de los cónyuges el derecho a participar en las ganancias obtenidas de su consorte (art. 1411 CC), por lo que a su extinción obliga a practicar una liquidación donde determinar y realizar el denominado crédito o cuota de participación en dinero, o adjudicando bienes concretos (arts. 1431 y 1432 CC)¹⁰).

Esta introducción sobre los diferentes tipos de regímenes económicos-matrimoniales es importante para adentrarnos en la tributación de las distintas situaciones en las que nos podemos encontrar, tanto por la aportación o adquisición de bienes durante el matrimonio por alguno de los cónyuges, así como en el reparto de bienes que integran dicho régimen económico una vez finalizada la relación conyugal. La implicación fiscal será diferente en cada tipo de régimen económico-matrimonial, lo que supone analizar no solo la naturaleza de los bienes sino también el régimen económico-matrimonial por el que esos bienes pasan a formar parte del patrimonio de los cónyuges.

Las cargas impositivas que pueden surgir en el ámbito familiar, y en concreto en la aportación de bienes al matrimonio; o en caso de una separación o divorcio, en la disolución de los diferentes regímenes económicos-matrimoniales, pueden afectar a diferentes impuestos¹¹):

- El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante "ITPyAJD").
- El Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante "IRPF")¹²).

- El Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (en adelante "IIVTNU").
- Y en ocasiones dependiendo de los pactos y acuerdos entre las partes podría llegar a tributar por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, (en adelante "ISD").

En relación al ITPO, el art 7 del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (en adelante "**LITPyAJD**"), considera sujetas *"las transmisiones onerosas por actos 'inter vivos' de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas"*. Es por ello, que sólo si hay transmisión puede haber hecho imponible, lo que corrobora el art. 8 al señalar como sujeto pasivo *"el que los adquiere"*.

Si atendemos a la modalidad de AJD, dejando aparte la tributación por el concepto de cuota fija (art 31.1.º **LITPyAJD**), la tributación por cuota variable (art 31.2.º **LITPyAJD**) exige cuatro requisitos, como son:

- el documento notarial;
- la susceptibilidad de inscripción en el registro (o bien registro de la propiedad, registro mercantil, registro de la propiedad industrial o registro de bienes muebles);
- la no sujeción a TPO, OS, o Sucesiones y Donaciones;
- y sobre todo, que tenga por objeto *"cantidad o cosa valuable"*.

Vemos como aquí no se exige que haya transmisión y por ello cualquier documento notarial inscribible con contenido económico producirá la sujeción a este impuesto.

Atendiendo al IIVTNU, el art 104 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (en adelante "**LRHL**"), define el hecho imponible de este impuesto afirmando que *"El Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, es un tributo directo que grava el incremento de valor que experimenten dichos terrenos y se ponga de manifiesto a consecuencia de la transmisión de la propiedad de los terrenos por cualquier título, o de la constitución o transmisión de cualquier derecho real de goce, limitativo del dominio, sobre los referidos terrenos"*.

La Ley es clara, o hay transmisión o no hay hecho imponible, lo que ratifica el art. 106 del mismo texto legal al señalar como sujeto pasivo al que *"adquiera"* en las transmisiones a título lucrativo y al que *"transmita"* en las realizadas a título oneroso(13).

En lo que respecta al IRPF, la ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (en adelante "**LIRPF**"), en su artículo 33, define el hecho imponible de las ganancias patrimoniales señalando que *"son ganancias y pérdidas patrimoniales las variaciones en el valor del patrimonio del contribuyente que se pongan de manifiesto con ocasión de cualquier alteración en la composición de aquél, salvo que por esta Ley se califiquen como rendimientos"*.

Interesa destacar aquí, que el hecho imponible no implica necesariamente que haya transmisión, sino que lo constituye también la variación del valor del bien.

La propia ley del IRPF señala en el art 33.2.º que:

"Se estimará que no existe alteración en la composición del patrimonio:

- En los supuestos de división de la cosa común.*
- En la disolución de la sociedad de gananciales o en la extinción del régimen económico matrimonial de participación.*
- En la disolución de comunidades de bienes o en los casos de separación de comuneros.*

Los supuestos a que se refiere este apartado no podrán dar lugar, en ningún caso, a la actualización de los valores de los bienes o derechos recibidos".

Por lo que antecede, siendo el hecho imponible diferente en materia de IRPF (la alteración patrimonial y no la

transmisión) la propia Ley fiscal considera no sujetos, la división de cosa común y la disolución de comunidades de bienes y separación de comuneros en todos los casos, sin excluir ninguno, lo que nos lleva a concluir que si estamos ante disolución de comunidad no hay hecho imponible¹⁴), con las salvedades que inmediatamente expondremos.

A continuación desarrollaremos de manera esquematizada los diferentes escenarios fiscales posibles dentro de los distintos regímenes económicos matrimoniales.

II. TRIBUTACIÓN DE LAS DIFERENTES OPERACIONES PATRIMONIALES ENTRE CÓNYUGES O EXCÓNYUGES

1. TRIBUTACIÓN DE LAS ADJUDICACIONES DE BIENES EN LAS OPERACIONES ENTRE CÓNYUGES ACOGIDAS AL RÉGIMEN DE SEPARACIÓN DE BIENES Y PARTICIPACIÓN. DISOLUCIÓN DEL CONDOMINIO

1.1. Disolución de la comunidad de bienes en pro indiviso ordinario, con adjudicaciones equivalentes (aplicable tanto en separación de bienes como participación)

Nos encontramos ante un negocio jurídico por el cual los cónyuges (o excónyuges) casados en separación de bienes o participación, respecto de los bienes que les pertenecen en pro indiviso ordinario, convienen en disolver la comunidad sobre los mismos, adjudicándose bienes equivalentes a su participación. Es un típico acto determinativo neutral fiscalmente. Al respecto se debe atender en todo caso a los valores declarados, puesto que los excesos de adjudicación resultantes de la comprobación de valores sólo operan en sucesiones (art. 27.3 LISD).

Debe advertirse que aunque los bienes se hayan ido adquiriendo de forma continuada en el tiempo, no estamos ante una diversidad de comunidades de bienes, sino que tal como recoge la propia DGT¹⁵) estamos ante una sola comunidad.

Por ello, debe extremarse la precaución en supuestos tales como:

- Disoluciones de comunidad parcial (no referidas a la totalidad de los bienes en condominio)¹⁶).
- Disoluciones de comunidad que engloban bienes con diferentes cuotas de participación de los cónyuges.
- En relación al régimen fiscal:
 - En el IRPF, no hay ganancia ni pérdida patrimonial para ningún cónyuge, no se actualizan valores, ni fecha de adquisición (art. 33.2 LIRPF)¹⁷).
 - En relación al ITPyAJD: estaría no sujeta a TPO por su carácter determinativo o especificativo, no traslativo, y sujeta a AJD en cuanto se refiera a inmuebles¹⁸).
 - En la Plusvalía Municipal (IIVTNU): queda no sujeta de acuerdo con el art. 104.3 de la LRHL por su carácter meramente determinativo o especificativo, no traslativo¹⁹).

1.2. Disolución de la comunidad de bienes en pro indiviso, con exceso de adjudicación, declarado inevitable por la indivisibilidad del bien liquidado y compensado en dinero (aplicable tanto en separación de bienes como participación)

La disolución de la comunidad puede en ocasiones conllevar adjudicaciones desiguales a los cónyuges (o excónyuges) como consecuencia de incluirse bienes indivisibles, que por su valor declarado, exceden del haber teórico de cada cónyuge, adjudicándose uno de ellos con un exceso de adjudicación declarado (cónyuge beneficiario del exceso), y compensando al otro cónyuge, su defecto de adjudicación, en dinero (cónyuge con defecto)²⁰).

Para no considerarse un acto dispositivo adicional a la propia disolución de comunidad debe fundarse en un supuesto de indivisibilidad, que de resultas del mismo, el exceso es forzoso e inevitable, y debe satisfacerse en dinero. En el caso de viviendas con garajes y trasteros aunque sean fincas registrales independientes, se consideran accesorios a la vivienda indivisible²¹).

En lo que respecta al régimen fiscal:

- En relación al IRPF: el cónyuge con defecto de adjudicación se considera que ha realizado una transmisión onerosa al cónyuge beneficiario del exceso en cuanto a dicho exceso, que deberá tributar conforme a las reglas generales de las ganancias y pérdidas patrimoniales en su IRPF²²).
- En el ITPyAJD: la disolución de comunidad queda sujeta a AJD al igual que en el supuesto anterior²³). El exceso de adjudicación queda no sujeto a TPO al ser forzoso por indivisibilidad (art. 7.2.B) LITPyAJD). En principio, la doctrina mayoritaria considera que no hay AJD adicional por el exceso, aunque debe advertirse que la cuestión no es pacífica²⁴). Si el exceso de adjudicación fuera compensado no en dinero, sino en otros bienes ajenos a la comunidad, dicho exceso de adjudicación quedaría sujeto a TPO y la transmisión compensatoria también (en realidad la DGT considera que estaríamos ante una permuta); al respecto los arts. 821, 829, 1056 y 1062 del CC contemplados en el art. 7.2.B) exigen siempre la compensación en dinero. Cabe añadir que la tributación por TPO y la consideración de permuta, cuando se compensa con bienes privativos, tampoco es una cuestión pacífica²⁵).
- En la Plusvalía Municipal (IIVTNU): queda no sujeta de acuerdo con el art. 104.3 del TR de la LHL (sentencia TS 28 de junio de 1999 y consulta DGT V0617-17), no sujeción que, en consecuencia, no interrumpe el período de generación de cara a ulteriores transmisiones.

1.3. Disolución de comunidad de bienes en pro indiviso, con exceso de adjudicación, declarado no fundado en indivisibilidad, compensado en dinero (aplicable tanto en separación de bienes como participación)

A diferencia del supuesto anterior, en este caso hay un exceso de adjudicación declarado en los respectivos cónyuges o excónyuges que es puramente voluntario o convencional o, al menos, no consecuencia inevitable de la existencia en el acervo común de un bien indivisible.

En consecuencia, estamos ante un acto dispositivo adicional oneroso a la disolución de la comunidad, en cuanto que excede de la naturaleza meramente determinativa.

En relación al régimen fiscal:

- Sobre el IRPF: el cónyuge con defecto de adjudicación se considera que ha realizado una transmisión onerosa al cónyuge beneficiario del exceso, en cuanto a dicho exceso debe tributar conforme a las reglas generales de las ganancias y pérdidas patrimoniales en el IRPF.
- En atención al ITPyAJD: la disolución de la comunidad queda sujeta a AJD. El exceso de adjudicación queda sujeto también a TPO, al no poder ampararse en el art. 7.2.B) LITPAJD. El sujeto pasivo es el cónyuge beneficiario del exceso como adquirente, y la base imponible es la correspondiente a la parte²⁶) o totalidad del bien o bienes en que se materializa el exceso de adjudicación declarado. Si el exceso de adjudicación fuera compensado no en dinero, sino en otros bienes ajenos a la comunidad dicho exceso de adjudicación quedaría sujeto a TPO y la transmisión compensatoria también (como ya nos hemos referido anteriormente, volviendo a advertir que no es una cuestión pacífica, en realidad estaríamos ante una permuta)²⁷).
- En relación a la Plusvalía Municipal (IIVTNU): queda sujeto el exceso de adjudicación declarado como transmisión onerosa, siendo el sujeto pasivo el cónyuge titular del defecto de adjudicación como transmitente, de acuerdo a los arts. 104.1 y 106.1 de la LRHL. Todo ello, siempre que el exceso se concrete en un bien inmueble urbano o parte del mismo.

1.4. Disolución de comunidad de bienes en pro indiviso con exceso de adjudicación declarado fundado o no en indivisibilidad no compensado, es decir, gratuito, (aplicable tanto en separación de bienes como participación)

Las disoluciones de comunidad con excesos y correlativos defectos de adjudicación, declarados en los cónyuges o excónyuges, sin que medie compensación onerosa del mismo, comportan un acto dispositivo adicional gratuito, con las lógicas consecuencias fiscales. Y todo ello con independencia de que el exceso de adjudicación declarado sea inevitable por indivisibilidad o meramente convencional.

En relación al régimen fiscal:

- En el IRPF: el cónyuge con defecto de adjudicación se considera que ha realizado una transmisión gratuita, es decir una donación al cónyuge beneficiario del exceso, En consecuencia, puede generar ganancia patrimonial, pero

no pérdida (art. 33.5.c) LIRPF), si bien exclusivamente en cuanto al bien o bienes en que se concrete el exceso.

– En atención al ISD: el cónyuge beneficiario del exceso queda sujeto a dicho tributo, en concepto de donaciones, como adquirente lucrativo del cónyuge titular del defecto, siendo su base imponible la correspondiente al valor del bien, o parte de los mismos en que se materialice el exceso.

– En lo referente a AJD, naturalmente no procede sujeción por AJD dada la incompatibilidad con el Impuesto de Donaciones (art. 31 LITPyAJD).

– En relación a la Plusvalía Municipal (IIVTNU): queda sujeto el exceso de adjudicación declarado como transmisión gratuita, siendo el sujeto pasivo el cónyuge beneficiario del exceso de adjudicación como adquirente, de acuerdo a los arts. 104.1 y 106.1 de la LRHL. Todo ello siempre que el exceso se concrete en un bien inmueble urbano o parte del mismo.

1.5. Compensación dineraria o mediante adjudicación de bienes a la extinción del régimen de separación por imposición legal o resolución judicial por causa distinta de pensión compensatoria (sólo separación de bienes)

Supuesto específico que recoge el art. 33.3.d) de la LIRPF, haciendo también referencia al también supuesto específico del derecho de compensación en dinero o en especie que reconoce el art. 1438 del CC, que corresponde al cónyuge que haya realizado trabajos para la casa al extinguirse el régimen de separación.

Se trata de un supuesto de pago de un crédito que se devenga ex lege y que expresamente la norma fiscal en el IRPF reconoce que puede ser satisfecho en dinero o en bienes (dación en pago) sin consecuencias en la imposición personal, tanto respecto del cónyuge que la satisface en dinero o en especie, como del cónyuge perceptor.

Ahora bien, el precepto agota su eficacia en su ámbito, en el del IRPF, por lo que de consistir en una adjudicación de bienes en su pago, parece que debe tener en la imposición indirecta las repercusiones fiscales de tal institución, salvo norma especial aplicable.

A este respecto debemos indicar que la sentencia del TS de 30 de abril de 2010 excluye el beneficio fiscal en TPO del art. 45.I.B.3 del LITPAJD en separación de bienes, por lo que parece debe tributar en el citado impuesto como adjudicación en pago de deuda (art. 7.2.A) LITPAJD). En relación a la Plusvalía municipal, si consta en sentencia de nulidad, separación o divorcio (y entiendo que también convenio incorporado a la escritura de divorcio notarial) queda no sujeta de acuerdo al párrafo 2.º del art. 104.3 del LRHL.

Por lo que en apretada síntesis podemos decir, que:

– En relación con el IRPF, no hay sujeción (art. 33.3.d) LIRPF),

– En atención al ITPyAJD sí existe sujeción por TPO como adjudicación en pago de deuda no exenta,

– y en Plusvalía Municipal, existe sujeción, salvo que sea en cumplimiento de sentencia de nulidad, separación o divorcio (incluye convenio regulador notarial).

1.6. Liquidación del régimen de participación y pago del crédito o cuota de participación de un cónyuge a otro en dinero o en bienes (sólo régimen de participación)

Como ya se ha indicado, el régimen de participación es un auténtico régimen de comunidad en cuanto que cada uno de los cónyuges adquiere derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte durante el tiempo que el mismo esté vigente (art. 1411 CC), sin perjuicio de la autonomía patrimonial de cada uno de ellos.

En consecuencia, extinguido el mismo, debe procederse a su liquidación de acuerdo a los arts. 1417 y siguientes y, de resultas de la misma, debe uno de los cónyuges satisfacer el crédito o cuota de participación al otro en dinero o en bienes (arts. 1431 y 1432 CC).

La liquidación del régimen de participación y pagos consiguientes en dinero o en bienes, dispone de una norma específica en el IRPF, declarando que no existe alteración patrimonial en la extinción del régimen económico matrimonial de participación (art. 33.2.b) de la LIRPF). Por el contrario, carece de mención en el ITPyAJD y en la plusvalía municipal; sin embargo, su carácter de régimen de comunidad, aunque sea diferida, conduce a afirmar la procedencia de aplicar las reglas establecidas en dichos tributos para la liquidación de gananciales²⁸).

En consecuencia:

- En lo referente al IRPF: no existe sujeción para ambos cónyuges en su imposición personal (art. 33.2.b) LIRPF).
- En relación al ITPyAJD: existe la exención en TPO por aplicación del art. 45.I.B.3 del LITPAJD.
- Y sobre la Plusvalía municipal: está no sujeta de acuerdo al 104.3 del LRHL.

2. TRIBUTACIÓN DE LAS OPERACIONES ENTRE CÓNYUGES ACOGIDOS AL RÉGIMEN DE SOCIEDAD DE GANANCIALES

Como ya recogimos ad initio, la sociedad de gananciales es el régimen económico matrimonial mediante el cual se hacen comunes entre los cónyuges las ganancias obtenidas durante la vigencia del matrimonio, que serán atribuidas por mitad al disolverse aquella.

El artículo 1344 CC, en su redacción dada por Ley 13/2005, de 1 de julio, pretende definir el régimen económico matrimonial de gananciales al establecer que: "*mediante la sociedad de gananciales se hacen comunes para los cónyuges las ganancias o beneficios obtenidos indistintamente por cualquiera de ellos, que les serán atribuidos por mitad al disolverse aquella*". Pues bien, es precisamente sobre las implicaciones fiscales que tiene la citada sociedad de gananciales a la que vamos a dedicar los siguientes epígrafes.

2.1. Régimen fiscal general de las aportaciones de bienes a la sociedad de gananciales

Desde la sentencia del TS de 16 de diciembre de 2004, la fiscalidad de las aportaciones a la sociedad de gananciales de bienes privativos por uno de los cónyuges, ha sido desarrollada por múltiples consultas de la DGT, además de por sentencias de los TSJ de las respectivas Comunidades Autónomas. En apretada síntesis podemos distinguir entre aportaciones con causa onerosa o aportaciones con causa gratuita:

– Aportaciones con causa onerosa, cuya onerosidad puede ser anterior o simultánea al acto de aportación, según se funde en el pago de un derecho de reembolso preexistente o devengado simultáneamente a la aportación a favor de la sociedad conyugal, pero también diferida cuando en el acto de aportación se reconozca un derecho de reembolso a favor del cónyuge aportante a la extinción del régimen de gananciales²⁹). Pues bien, su régimen fiscal es el siguiente:

- ITP y AJD: sujeción y exención por la modalidad de TPO de acuerdo con el art. 45.I.B.3 de la LITP y AJD,
- Plusvalía municipal (IIVTNU): no sujeción (art. 104.3 del TR de la LHL),
- IRPF del aportante: alteración patrimonial, ganancia o pérdida patrimonial de acuerdo con las reglas generales, pero exclusivamente referida a la mitad del bien. En el caso de reembolso diferido a la liquidación no parece se puedan acoger el régimen de precio aplazado en cuanto no hay una fecha determinada para el pago.

– Aportaciones gratuitas: Se trata de un negocio jurídico por el cual los cónyuges, casados en gananciales, atribuyen naturaleza ganancial a un bien inicialmente privativo de uno de ellos sin contraprestación pasada, presente o futura.

Según la DGT constituyen donaciones (aunque algunos pronunciamientos de TSJ discrepan) y, en consecuencia su régimen fiscal es el siguiente:

- ISD: tributan en el ISD por el concepto de transmisión lucrativa "inter vivos" respecto del cónyuge no aportante y exclusivamente por el valor de la mitad del bien.
- Plusvalía municipal (IIVTNU): en principio no sujeción de acuerdo con el art. 104.3 de la LRHL que no distingue entre aportaciones onerosas o gratuitas, sin embargo debe apuntarse que ello no es absolutamente pacífico en cuanto a que su equiparación a donaciones puede dar sustento a considerar que realizan el hecho imponible de donaciones en este tributo local. Una parte de la doctrina entiende que puede considerarse que, en cuanto al 50% del inmueble aportado, constituye una transmisión gratuita sujeta, tal como establece el art. 104.1 de la LRHL, siendo el sujeto pasivo el cónyuge no aportante (art. 106.1.a) LRHL). Todo ello siempre que se trata de un inmueble de naturaleza urbana.

- IRPF del aportante: alteración patrimonial gratuita que no puede dar lugar a pérdidas, pero exclusivamente referida a la mitad de bien. En consecuencia, puede generar, ganancia patrimonial, pero no pérdida (art. 33.5.c LIRPF), si bien exclusivamente en cuanto al 50% del bien aportado, puesto que el cónyuge aportante conserva la titularidad correspondiente a su condición de miembro de la sociedad conyugal.

De lo hasta aquí expuesto resulta que en principio cualquier aportación a gananciales puede suponer una alteración patrimonial en el IRPF del aportante y, además, en el caso de ser gratuitas soporta el otro cónyuge tributación por el ISD. Sin embargo es necesario que hagamos mención especial a dos supuestos a los que inmediatamente nos vamos a referir.

A. Aportación de bien privativo de ambos cónyuges por mitades indivisas a la sociedad de gananciales

Se trata de un negocio jurídico por el cual ambos cónyuges aportan a su sociedad de gananciales un bien que les pertenece por mitades indivisas con carácter privativo.

En este supuesto se trata de una aportación a gananciales que en realidad no implica desplazamiento patrimonial alguno desde la perspectiva tributaria, sino transmutación de un bien que les pertenece en comunidad ordinaria por partes iguales, a la comunidad germánica de la sociedad de gananciales. Por tanto, no hay incidencia en ningún tributo: ni en IRPF, ni en el ISD, ni en la plusvalía municipal, ni en el ITPyAJD. En todo caso, parece lo más práctico realizar la autoliquidación por la modalidad de TPO del ITPyAJD, invocando la exención del art. 45.I.B.3 de la LITPyAJD, que excluye la incidencia en AJD30).

B. Ganancialidad sobrevenida de la vivienda familiar, arts. 1354 y 1357 del CC31)

La ganancialidad sobrevenida referida a la vivienda familiar adquirida por uno de los cónyuges antes del matrimonio, con precio aplazado, o financiación en cuanto a la parte indivisa correspondiente a lo satisfecho con gananciales, es un supuesto de ganancialidad "ex lege" que debe reputarse fiscalmente neutral.

En este supuesto no estamos en rigor ante una aportación a gananciales, sino ante el reconocimiento convencionalmente formalizado en escritura pública de la ganancialidad sobrevenida que opera por ministerio de la ley, respecto de parte de la vivienda familiar de acuerdo con los arts. 135432) y 135733) del CC.

En consecuencia, en el caso de tratarse de la vivienda familiar se exceptúa el régimen general del art. 1357 CC y se acude al régimen del art. 1354 CC, resultando la vivienda familiar privativa en la parte correspondiente al precio satisfecho con dinero privativo (habitualmente el satisfecho por el comprador inicial antes de contraer matrimonio) y deviniendo el resto ganancial. Como sabemos, ya desde la añeja sentencia del TS de 31 de octubre de 1989, la jurisprudencia civil ha equiparado con la compraventa a plazos los pagos efectuados para amortizar el préstamo hipotecario con el que se financió la compraventa.

Pues bien, como reconocen numerosas consultas de la DGT, por todas la de 13 de febrero de 2013 (V0427-13), la constancia en escritura pública y en el registro de la propiedad de parte del inmueble de naturaleza ganancial, siempre que sea proporcional a los pagos realizados con fondos gananciales, es absolutamente inocua desde el punto de vista fiscal. Estamos ante una conversión que opera por ministerio de la ley que no tiene implicaciones tributarias. En el ITPyAJD estaría amparada por la exención del art. 45.I.B.3 (aunque en puridad, como hemos indicado, no se trata de una aportación), no incide en el ISD pues no hay transmisión lucrativa inter vivos, no realiza el hecho imponible de la plusvalía municipal34), ni supone alteración patrimonial en el IRPF35).

Ahora bien, como recuerda JUÁREZ GONZÁLEZ36), todo ello referido exclusivamente a la participación indivisa del inmueble correspondiente a los pagos realizados con cargo a fondos gananciales, operando a su favor la presunción del art. 1361 del Código Civil. Respecto de la parte indivisa privativa, la pretensión de integrarla en el acervo ganancial supone una aportación a gananciales sujeta al régimen general antes expuesto.

En todo caso, parece lo más práctico también, como en el supuesto anterior, realizar la autoliquidación por la modalidad de TPO del ITPyAJD, invocando la exención del art. 45.I.B.3 de la LITPyAJD, que excluye la incidencia en AJD37).

2.2. Liquidación de la sociedad de gananciales

A. Liquidación de la sociedad de gananciales con adjudicaciones equivalentes

Extinguida la sociedad de gananciales, se debe proceder a su liquidación de acuerdo a las reglas de los arts. 1396 y siguientes del CC, a fin de distribuir el patrimonio entre los cónyuges de acuerdo a su igual participación en la misma (50% a cada uno). La liquidación que se haga respetando las reglas del CC y la participación de cada cónyuge en la extinta sociedad conyugal (equivalencia de adjudicaciones) es un típico acto determinativo o especificativo neutral fiscalmente³⁸). Al respecto se debe atender en todo caso a los valores declarados, puesto que los excesos de adjudicación resultantes de la comprobación de valores sólo operan en sucesiones (art. 27.3 LISD).

En relación al régimen fiscal:

- En lo referente al IRPF: no hay ganancia ni pérdida patrimonial para ningún cónyuge, no se actualizan valores, ni fecha de adquisición (art. 33.2 LIRPF).
- Por lo que respecta al ITPyAJD: aunque es un supuesto de no sujeción, parece lo más práctico realizar la autoliquidación por la modalidad de TPO del ITPyAJD, invocando la exención del art. 45.I.B.3 de la LITPyAJD, que excluye la incidencia en AJD.
- En relación a la Plusvalía municipal (IIVTNU): queda no sujeta de acuerdo al art. 104.3 de la LRHL. No sujeción que, en consecuencia, no interrumpe el período de generación de cara a ulteriores transmisiones.

B. Liquidación de la sociedad de gananciales con exceso de adjudicación declarado inevitable, fundado en indivisibilidad y compensado en dinero

La liquidación de la sociedad conyugal puede en ocasiones conllevar adjudicaciones desiguales a los cónyuges como consecuencia de incluirse bienes indivisibles que por su valor declarado exceden del haber teórico de cada cónyuge, adjudicándose uno de ellos con un exceso de adjudicación declarado (cónyuge beneficiario del exceso) y compensando al otro cónyuge su defecto de adjudicación en dinero (cónyuge con defecto).

Para no considerarse un acto dispositivo adicional a la liquidación de gananciales debe fundarse en un supuesto de indivisibilidad que de resultas del mismo el exceso es forzoso e inevitable y debe satisfacerse en dinero. Como ya recogimos anteriormente, en caso de que en la disolución existan viviendas con garajes y trasteros (hasta un máximo dos), aunque sean fincas registrales independientes, se consideran accesorios a la vivienda indivisible.

En relación al régimen fiscal:

- En cuanto al IRPF: el cónyuge con defecto de adjudicación se considera que ha realizado una transmisión onerosa al cónyuge beneficiario del exceso, en cuanto a dicho exceso debe tributar conforme a las reglas generales de las ganancias y pérdidas patrimoniales en su IRPF.
- Por lo que respecta al ITPyAJD³⁹): la liquidación de la sociedad conyugal queda sujeta y exenta en la modalidad de TPO por aplicación del art. 45.I.B.3 de la LITPyAJD. El exceso de adjudicación queda no sujeto a TPO al ser forzoso por indivisibilidad (art. 7.2.B) LITPyAJD). No hay AJD adicional. Si el exceso de adjudicación fuera compensado no en dinero, sino en otros bienes ajenos a la sociedad conyugal dicho exceso de adjudicación quedaría sujeto a TPO y la transmisión compensatoria también (en realidad es una permuta); es extrapolable aquí lo que ya recogimos en apartados anteriores, cuando tratamos la liquidación en el régimen de separación de bienes, donde detallamos, que respecto a los arts. 821, 829, 1056 y 1062 del CC contemplados en el art. 7.2.B) exigen siempre la compensación en dinero. Aunque como ya hemos afirmado esta cuestión no es pacífica, ni jurisprudencialmente, ni doctrinalmente como expondremos en el último epígrafe de este trabajo.
- En relación a la Plusvalía municipal (IIVTNU): queda no sujeta de acuerdo al art. 104.3 de la LRHL. No sujeción que, en consecuencia, no interrumpe el período de generación de cara a ulteriores transmisiones.

C. Liquidación de la sociedad de gananciales con exceso de adjudicación, declarado no fundado en indivisibilidad y compensado en dinero

A diferencia del supuesto anterior, en este caso hay un exceso de adjudicación declarado (diferencias en las adjudicaciones entre el haber teórico y el valor declarado de los bienes adjudicados) que es puramente voluntario o convencional o al menos no consecuencia inevitable de la existencia en el acervo ganancial de un bien indivisible.

En consecuencia, estamos ante un acto dispositivo adicional oneroso a la liquidación de gananciales en cuanto que la misma excede de naturaleza meramente determinativa.

En cuanto al Régimen fiscal:

- En relación al IRPF: el cónyuge con defecto de adjudicación se considera que ha realizado una transmisión onerosa al cónyuge beneficiario del exceso, en cuanto a dicho exceso que debe tributar conforme a las reglas generales de las ganancias y pérdidas patrimoniales en su IRPF.
- ITPyAJD: la liquidación de la sociedad conyugal queda sujeta y exenta en la modalidad de TPO por aplicación del art. 45.I.B.3 de la LITPAJD. El exceso de adjudicación queda sujeto a TPO al no poderse amparar en el art. 7.2.B) LITPyAJD. El sujeto pasivo es el cónyuge beneficiario del exceso como adquirente y la base imponible es la correspondiente a la parte o totalidad del bien o bienes en que se materializa el exceso de adjudicación declarado. Si el exceso de adjudicación fuera compensado no en dinero, sino en otros bienes ajenos a la sociedad conyugal dicho exceso de adjudicación quedaría sujeto a TPO y la transmisión compensatoria también (en realidad según la DGT estamos ante una permuta).
- Plusvalía municipal (IIVTNU): queda sujeto el exceso de adjudicación declarado como transmisión onerosa, siendo el sujeto pasivo el cónyuge titular del defecto de adjudicación como transmitente, de acuerdo a los arts. 104.1 y 106.1 de la LRHL. Todo ello, siempre que el exceso se concrete en un bien inmueble urbano o parte del mismo.

D. Liquidación de la sociedad de gananciales con exceso de adjudicación declarado fundado o no en indivisibilidad, no compensados en dinero o en especie (gratuito)

Las liquidaciones de gananciales con excesos y correlativos defectos de adjudicación, declarados en los cónyuges sin que medie compensación onerosa del mismo, comportan un acto dispositivo adicional gratuito, con las lógicas consecuencias fiscales. Y todo ello con independencia de que el exceso de adjudicación declarado sea inevitable por indivisibilidad o meramente convencional.

En relación a su régimen fiscal:

- Si atendemos al IRPF: el cónyuge con defecto de adjudicación se considera que ha realizado una transmisión gratuita (donación) al cónyuge beneficiario del exceso. En consecuencia, puede generar ganancia patrimonial, pero no pérdida (art. 33.5.c) LIRPF), si bien exclusivamente en cuanto al bien o bienes en que se concrete el exceso.
- En relación al ISD: el cónyuge beneficiario del exceso queda sujeto a dicho tributo, en concepto de donaciones, como adquirente lucrativo del cónyuge titular del defecto, siendo su base imponible la correspondiente al valor del bien, bienes o parte de los mismos en que se materialice el exceso.
- Plusvalía municipal (IIVTNU): queda sujeto el exceso de adjudicación declarado como transmisión gratuita, siendo el sujeto pasivo el cónyuge beneficiario del exceso de adjudicación como adquirente, de acuerdo a los arts. 104.1 y 106.1 de la LRHL. Todo ello, siempre que el exceso se concrete en un bien inmueble urbano o parte del mismo.

E. Especial referencia a la liquidación de la sociedad de gananciales con exceso de adjudicación, compensado con bienes ajenos a la sociedad conyugal (con bienes privativos del cónyuge con exceso). Tributación por TPO.

Como hemos venido afirmando a lo largo de esta trabajo, no resulta pacífica la tributación por TPO, cuando en una liquidación de sociedad de gananciales o en una disolución de condominio con exceso de adjudicación, se compensa dicho exceso, con bienes ajenos a la sociedad, es decir con bienes privativos del cónyuge que es beneficiado por el exceso.

Ya hemos recogido que si el llamado exceso de adjudicación se compensa en dinero y, a su vez, tiene su fundamento en la indivisibilidad de un bien o en la imposibilidad de formar lotes lo más equivalentes posibles, se entiende que no existe propiamente exceso de adjudicación, sino únicamente disolución de comunidad, que quedará sólo sujeta a AJD, si se formaliza en escritura, sin que pueda incidir el gravamen de TPO(40).

Por el contrario, si el exceso de adjudicación no tiene su fundamento en la indivisibilidad de un bien o en la imposibilidad de formar lotes lo más equivalentes posibles, dicho exceso de adjudicación sí que existirá

propriadamente, tributando por TPO o bien por el impuesto de donaciones en atención a si es oneroso o gratuito.

En estos supuestos habría dos actos susceptibles de gravamen: el exceso de adjudicación, sujeto a TPO o al ISD; y la disolución de la comunidad, sujeta a AJD si se formaliza en escritura pública⁴¹).

Si se produce el exceso de adjudicación⁴²), debe procurarse que dicho exceso se concrete en bienes que gocen de exención (acciones o participaciones de una sociedad) o en bienes muebles, que tienen un gravamen inferior al de los bienes inmuebles. Debe evitarse, en la medida de lo posible, compensar los eventuales excesos de adjudicación con otros bienes privativos del cónyuge ya que puede ser considerado por la Administración tributaria como una permuta. Como hemos venido recogiendo, la DGT entiende que existe permuta cuando el exceso en el reparto de la liquidación de la sociedad se compensa con bienes privativos, y por ende tributaría por TPO.

Tal y como hemos señalado con anterioridad, el TS en una reciente sentencia ha puesto en cuestión que haya permuta en estos casos y por ello no tributaría por TPO, dando relevancia a la causa negocial que informa la disolución de la comunidad⁴³).

Así la Sentencia del TSJ de Madrid de 11 de abril de 2008 recoge que *“la redacción literal del art. 45.I.B).3. del texto Refundido del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados que permite, a juicio de esta Sala, sustentar la tesis, seguida por otros Tribunales de Justicia, de que las transmisiones de bienes privativos de uno de los cónyuges que se produzcan en la disolución de la sociedad conyugal y que sean en pago de su haber de gananciales, es un supuesto expresamente previsto en el precepto que nos ocupa que distingue claramente entre lo que son adjudicaciones de los propios bienes de la sociedad y lo que son transmisiones de bienes, sin concretar que estén exceptuados los privativos, ya que precisamente en una transmisión se produce un desplazamiento patrimonial que en la adjudicación de un bien de la sociedad no se origina al constituir una comunidad de bienes y dichos bienes ya pertenecían al marido y a la mujer. El precepto que nos ocupa distingue claramente ambos supuestos (adjudicación y transmisión)”*. Igualmente, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 22 de octubre de 2012, recurso 15493/2011, declaró la exención del ITPO de las transmisiones en la liquidación, que tenía lugar cuando se compensa un exceso de adjudicación en la liquidación de la sociedad ganancial con la entrega al otro cónyuge de un bien privativo del adjudicatario: *“Lo que aconteció se refiere a una transmisión que, debido a la disolución de la sociedad conyugal, se hizo en favor de la actora en pago de su haber de gananciales. Es de reparar, igualmente, que en el precepto del Texto Refundido antes transcrito se contemplan de modo diferenciado las adjudicaciones y las transmisiones, siendo evidente que las primeras se corresponden en todo caso con elementos integrantes del haber de gananciales, lo que no concurre en las segundas, posibilitándose entonces, justamente, que tales transmisiones lo sean de bienes privativos sin que, en el texto literal del precitado artículo 45.I.B).3 los mismos deban corresponderse estrictamente con efectivo. No se trata, por ello, de una transmisión análoga a la compraventa, sino al correspondiente al pago del haber ganancial, en el presente caso perfectamente establecido en su desequilibrio lo cual, en atención a lo expuesto, se enmarca dentro de la exención regulada y que invoca la demandante”*.

En el mismo sentido, la Sentencia del TSJ de la Comunidad Valenciana de 5 de diciembre de 2013 (JT 2014, 645), recurso 752/2011, que recoge: *“Alega el actor en defensa de su pretensión que el artículo 45.I.B).3 del TR de la Ley del Impuesto establece tres supuestos diferentes de exención; las aportaciones de los cónyuges a la sociedad de gananciales; las adjudicaciones efectuadas a los cónyuges en pago de dichas aportaciones al disolverse la sociedad de gananciales; y las transmisiones que por causa de la disolución se hagan a los cónyuges en pago de su haber en los bienes gananciales, sin distinción del tipo de bienes o de su titularidad, por lo que atendiendo al principio fundamental del derecho de que donde la ley no distingue no se debe distinguir, aunque entienda que lo que se ha adjudicado al esposo es un bien privativo de la esposa, se encuentra dentro de los supuestos de hecho de la norma, por lo que no puede ser gravado, pues si en la liquidación de las sociedades de gananciales sólo se pudieran incluir los bienes pertenecientes a la sociedad, no se entendería la existencia del tercer supuesto, ya que se agotaría la norma con la adjudicación de bienes, quedando vacío de contenido el supuesto de transmisiones que por causa de disolución se hagan los cónyuges en pago de su haber. A la hora de liquidar la sociedad de gananciales, el crédito que la sociedad de gananciales tenía contra la esposa como titular de la vivienda, fue adjudicado al esposo, siendo que la liquidación no finalizaba ahí, puesto que con esa causa, y siendo que el reparto era desequilibrado, se atribuyó al esposo, la vivienda habitual, igualando los lotes, compensación que forma parte de la adjudicación de bienes en liquidación y con esa atribución es cuando se acaba la liquidación de la sociedad.*

La interpretación de la Administración ofrece dudas de constitucionalidad por infracción del artículo 31.1 de la CE, por falta de justificación objetiva y razonable, y que la interpretación de que las transmisiones de bienes

privativos de uno de los cónyuges que se produzcan en la disolución de la sociedad conyugal y que sean en pago de su haber de gananciales, es un supuesto previsto en el artículo 45.1.B).3 del TR del Impuesto, es asumida por diversos TSJ, como el de Madrid o Cataluña”.

Afirma **BUSTOS MORENO, Y.44)** que: *“No prevé el Código civil cómo resolver la situación que se plantea cuando no queda patrimonio común para satisfacer los derechos de reintegro del cónyuge que abonó un gasto ganancial con sus bienes privativos. Sin embargo, este problema llegó a estar presente en la mente del legislador a través del art. 1365 de Proyecto de Ley de 4 de octubre de 1978, precedente del actual art. 1365 C.c., que incluía un segundo inciso que declaraba que 'a falta de bienes comunes el otro cónyuge deberá reembolsarle la mitad de lo pagado para atender dichas obligaciones'. Este párrafo desapareció del art. 1364 de Proyecto de Ley de 14 de septiembre de 1979, y no ha sido recogido por el actual artículo tras la reforma de 13 de mayo 1981.*

No obstante, entendemos que, a pesar del silencio legal sobre este punto, una vía debe arbitrase para que el cónyuge acreedor pueda ver satisfecho su crédito, ejercitando su derecho de repetición frente al otro cónyuge. Para tal fin, habremos de recurrir a otros preceptos, los cuales indirectamente, podrán solventar esta cuestión. Tal precepto consideramos que es el art. 1401.2 CC. que dispone: 'Si como consecuencia de ello resultare, podrá repetir contra el otro'. Este párrafo completando lo establecido en el primero, está formulado para el caso en el que uno de los cónyuges haya pagado una deuda ganancial externa en el momento de la liquidación, permitiendo que el cónyuge que satisfizo esta deuda pueda repercutir la mitad frente a su consorte, si se trataba de una obligación ganancial inter partes, o la totalidad del débito, cuando éste constituya una carga privativa. Este precepto también puede aplicarse al asunto que nos ocupa en el que un cónyuge satisfizo una carga ganancial anteriormente a practicarse la liquidación del patrimonio común, y que se encuentra a la hora de intentar el cobro del activo consorcial con que éste ya no existe, al haberse agotado pagando a los acreedores sociales. Lo que no señala esta norma es la medida de la reclamación del cónyuge pagador frente a su consorte, si por mitad o en proporción al patrimonio de cada uno de ellos”, abogando la autora por la primera solución.

Cabe indicar que sólo permite este derecho de reclamación cuando el cónyuge acreedor pruebe que anteriormente al momento de la liquidación, el otro consorte participó desproporcionadamente de forma inferior a sus posibilidades en el levantamiento de las cargas familiares, siendo deficiente el patrimonio ganancial.

En el mismo sentido, **MARTÍN MELÉNDEZ, M. T.45)**: al estudiar el artículo 1403 CC escribe que *“El cónyuge que no cobró lo que se le debía por completo puede (con base en los arts. 1401.2, 1318.2 y 1410, en relación con el art.1087 CC) dirigirse contra el otro para que le abone la parte proporcional de lo que no ha conseguido cobrar. Dicha parte será la mitad de lo no cobrado, por ser lo más coherente con el régimen de gananciales, dado que es la proporción en que se participa en las ganancias, lo que deriva de la aplicación analógica del art. 1087CC, y lo coherente con el art. 1319 CC, que habla del derecho a ser reintegrado de conformidad con su régimen matrimonial, así como lo establecido por el art. 1689 CC. El esposo al que el otro reclama la mitad de lo que no logró cobrar, aunque se hubiera hecho debidamente inventario, no sólo responderá cum viribus, sino también con sus bienes privativos, pues si no experimentaría indirectamente un enriquecimiento sin causa”.*

En definitiva, los dos ámbitos en los que tendría lugar la adjudicación de bienes privativos en pago del correspondiente haber como consecuencia de la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, serían el descrito anteriormente y el de la adjudicación de un bien indivisible en el que se abonaría de mutuo acuerdo la parte que le correspondería al otro cónyuge en bienes privativos del adjudicatario, sin proceder a su venta, por falta de otros bienes gananciales.

Todo lo anterior nos llevaría a la conclusión que ni la legislación tributaria, ni la legislación civil, impiden que en la disolución de la sociedad de gananciales se compense al cónyuge con defecto en el reparto, con bienes privativos, sin que ello les aboque a la tributación del ITPO, entendiéndose que estaría a todos los efectos exento.

III. BIBLIOGRAFÍA

ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: “La tributación de la familia en la reciente doctrina del Tribunal Constitucional”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 16 (2002).

BOTÍA VALVERDE, A. y BOTÍA GONZÁLEZ, A.: “Disolución del condominio y fiscalidad”, *Notarios y Registradores*, Admin, 20 de febrero de 2019.

BUSTOS MORENO, Y.: *Las deudas gananciales y sus reintegros*, Dykinson, 2011.

CERVANTES SAAVEDRA, M.: *Los trabajos de Persiles y Sigismunda*, Texto preparado por Suárez Figaredo, E.S.F., Barcelona, 2020.

CUBERO TRUYO, A.: "Rechazo a un criterio administrativo no previsto en la Ley del IRPF e inconstitucional: la imputación de renta por los garajes o trasteros de la vivienda habitual que no hayan sido adquiridos conjuntamente", *Revista Técnica Tributaria*, núm. 127 (2019).

CUBERO TRUYO, A., TORIBIO BERNÁRDEZ, L. y TORIBIO BERNÁRDEZ, L.: *Los principales impuestos del sistema tributario*, Tecnos, 2019.

CUBILES SÁNCHEZ-POBRE, P.: "La tributación en casos de crisis familiar: el divorcio y sus consecuencias", *Quincena fiscal*, núm. 12 (2019).

JUÁREZ GONZÁLEZ, J. M.: "La tributación en el ITP y AJD de las disoluciones de comunidad", *Notarios y Registradores*, Admin, 23 de enero de 2017.

JUÁREZ GONZÁLEZ, J. M.: "Informe actualidad fiscal Diciembre 2017. Aportación a Gananciales", *Notarios y Registradores*, Admin, 28 de diciembre de 2017.

MARÍN-BARNUEVO FABO, D.: "¿Cómo debe cuantificarse el incremento de valor de los terrenos en el IIVTNU? La sorprendente sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 17 de abril de 2012", *Diario La Ley*, núm. 8023 (2013).

MARÍN-BARNUEVO FABO, D.: "La inconstitucionalidad del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana", *Tributos Locales*, núm. 112 (2013).

MARTÍN MELÉNDEZ, M. T.: "Estudio del artículo 1403 del CC", en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, 2010.

MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.ª: "Comunidad y sociedad", en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 53 (2013).

1

CERVANTES SAAVEDRA, M.: *Los trabajos de Persiles y Sigismunda*, Texto preparado por Suárez Figaredo, E.S.F., Barcelona, 2020, página 124.

2

Como señala CUBILES SÁNCHEZ-POBRE, P.: "El hecho de que casi 100.000 parejas se divorciaran en 2017 nos hace darnos cuenta de la relevancia que tienen este tipo de rupturas matrimoniales en la actualidad. Se trata de un fenómeno no desdeñable que tiene graves repercusiones en las vidas no sólo de los excónyuges, sino también en la de las personas que de estos dependen y, señaladamente, de los descendientes menores de edad. El Derecho ha de velar por la protección de los intereses de todos los implicados y asegurar el bienestar (al menos, el material)... Al margen de la regulación civil de todos estos aspectos, el legislador debe ocuparse también de las consecuencias fiscales de todas estas figuras". Vid. "La tributación en casos de crisis familiar: el divorcio y sus consecuencias", *Quincena fiscal*, núm. 12 (2019), p. 1. Durante el año 2018 el total de procesos de divorcios también ascendió casi a los 100.000.

3

El Tribunal Supremo ha declarado que los cónyuges tienen legalmente reconocida una amplia libertad para contratar e, incluso, modificar la naturaleza de los bienes que les pertenecen, y basta el mutuo acuerdo o la conformidad para provocar que un concreto bien que, en todo o en parte como pudiera ser privativo, se desplace al patrimonio común. Y añade que la aportación a la sociedad conyugal en tales supuestos constituye un negocio jurídico válido y lícito, al amparo del principio de libertad de contratación que rige entre los cónyuges, al igual que entre extraños, como recuerda AP de Madrid en Sentencia de fecha 11 de junio de 2013. Por todas Sentencia del Tribunal Supremo 25 de mayo de 2005.

4

Pues bien, como recoge Javier Juárez acertadamente, lo primero que hemos de remarcar es que en la normativa de los impuestos no hay un concepto fiscal propio o autónomo del civil, ni de la comunidad de bienes, ni de la disolución de comunidad o extinción de condominio. Tampoco hay un tratamiento fiscal específico de la comunidad de bienes ni de las

extinciones de condominio, sino meras referencias puntuales en la normativa de los Impuestos. Vid. JUÁREZ GONZÁLEZ, J.M.: “La tributación en el ITP y AJD de las disoluciones de comunidad”, *Notarios y Registradores*, Admin, 23 de enero de 2017, p. 3.

5

V.gr. Consultas V0257-18 de 6 de febrero de 2018, V1001-18 de 18 de abril de 2018 o V1345-18 de 23 de mayo de 2018 entre otras muchas.

6

Resolución TEAC de 7 de junio de 2018.

7

Como ha señalado la doctrina con brillantez, “cuando un derecho pertenece a varios pro indiviso, hay comunidad, (...). No hay modos específicos de constitución de la comunidad de bienes, sino que lo serán los modos de adquisición de derechos”. MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a, “Comunidad y sociedad”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, núm. 53 (2013), pp. 351-382.

8

Por todas resolución de la DGRN de fecha 21 de diciembre de 1998.

9

En las Comunidades Autónomas de Aragón, Baleares, Cataluña y Comunidad Valenciana, salvo pacto en contrario, el régimen matrimonial aplicable es el de separación de bienes.

10

Siendo el régimen legal supletorio en Alemania y Suiza, sin embargo, en España es un gran desconocido, pese a su detallada regulación desde la lejana reforma de 1981. Precisamente su carácter de comunidad diferida permite que pueda disfrutar de determinados beneficios fiscales reservados a los regímenes de comunidad, sin absoluta seguridad jurídica dados los escasos pronunciamientos jurisprudenciales sobre el mismo.

11

Como recoge ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: “Hablar de la tributación de la familia implica analizar el tratamiento fiscal de la familia, o lo que es lo mismo, el régimen que nuestro sistema tributario, en su conjunto, dispensa a la familia. Siendo ello así, cualquier ley tributaria que establezca un régimen fiscal singular para la familia se incardinará en aquél genérico enunciado. Piénsese en el tratamiento que las leyes del Impuesto sobre el Patrimonio o sobre Sucesiones y Donaciones otorga a esta institución, fundamentalmente, a través de la llamada 'empresa familiar', o determinados tributos –incluidas las tasas– que establecen exenciones o bonificaciones a determinadas familias, o incluso, por qué no, en la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, en su modalidad Actos Jurídicos Documentados, cuando establece diferencias en el gravamen según el grado de parentesco al transmitir o rehabilitar títulos”. Vid. “La tributación de la familia en la reciente doctrina del Tribunal Constitucional”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 16 (2002), pp. 65 y 66.

12

Entre los distintos tributos en los que vamos a centrar nuestro análisis, sin duda el IRPF es el más importante, pues ocupa una posición central en el sistema tributario. Pero el hecho de que haya que reconocer objetivamente el peso menor o mayor de unos u otros impuestos (en este sentido, véase CUBERO TRUYO, Antonio, TORIBIO BERNÁRDEZ, Leonor y TORIBIO BERNÁRDEZ, Luis: *Los principales impuestos del sistema tributario*, Tecnos, 2019), no obsta para que en las situaciones concretas, como pueden ser las derivadas de la disolución del matrimonio, los efectos económicos del régimen tributario aplicable pueden ser a veces más acusados en otros impuestos que en el propio IRPF.

13

Interesa destacar, tal como señaló MARÍN-BARNUEVO FABO, D., que el IIVTNU ha sido ampliamente criticado por la doctrina y en la actualidad por las instancias judiciales, existiendo una clara desconexión entre el hecho imponible del IIVTNU y la base imponible, afirma el autor que “Ahora bien, esa manifiesta falta de conexión entre hecho imponible y base imponible (vid. RAMALLO MASSANET, 1978, pág. 628) podría determinar un resultado manifiestamente contrario al principio de capacidad económica reconocido en el art. 31 CE”. Vid. “¿Cómo debe cuantificarse el incremento de valor de los terrenos en el IIVTNU? La sorprendente sentencia del TSJ de Castilla-La Mancha de 17 de abril de 2012”, *Diario La Ley*, núm. 8023 (2013), p. 5. Vid también del mismo autor, “La inconstitucionalidad del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana”, en *Tributos Locales*, núm. 112 (2013), pp. 105-118.

14

La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1999 ya afirmó que: *"Y, por último y en tercer lugar, porque no puede tacharse de errónea la doctrina seguida por la sentencia recurrida. Esta Sala, aun en supuestos no estrictamente similares al que ahora se enjuicia y como recuerda la Sentencia de 23 de mayo de 1998, con cita de otras de la Sala Primera y de la Sala Tercera de este Tribunal, tiene reconocida, con vocación de generalidad, la doctrina consistente en que 'la división y adjudicación de la cosa común son actos internos de la comunidad de bienes en los que no hay traslación del dominio, de modo que, en consecuencia, por primera transmisión solo puede entenderse la que tiene como destinatario un tercero'".*

15

Consulta de la Dirección General de Tributos de fecha 21 de enero de 2016, entre otras.

16

Es importante destacar que si solo se adjudica un elemento del total de bienes y derechos que conforman la comunidad de bienes, no estamos ante una extinción del condominio como tal; sino ante una transmisión de un bien y, en este caso, estará sujeto al ITPyAJD en la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, devengaría el Impuesto de Plusvalía municipal si se trata de un bien inmueble y podría dar lugar a una ganancia o pérdida patrimonial según los valores de adquisición y transmisión del bien.

17

La DGT entendía que existía ganancia patrimonial en IRPF para los comuneros salientes si aumentaba el valor del inmueble (Resolución DGT V2799/18, de 25 de octubre y Resolución del TEAC de 7 de junio de 2018), pero las sentencias del TSJ de la Comunidad Valenciana 2767/2017, de 6 de junio, y 5849/2016, de 29 de julio, así como las recientes sentencias del TSJ del País Vasco 65/2019 y 374/2019, de 30 de enero, y la sentencia del TSJ de Castilla y León 3901/2019, de 26 de septiembre, han concluido que no existe ganancia patrimonial sino que simplemente el valor de la extinción no se tomará como valor de adquisición en el futuro.

18

Aunque determinados Tribunales Superiores de Justicia (especialmente el de Cataluña) mantuvieron que participaba de la exención del art. 45.I.B.3 del LITPyAJD, lo cierto es que la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de abril de 2010 en recurso de casación en interés de ley, excluyó expresamente el beneficio fiscal para el caso que rijan separación de bienes. A destacar también que como dice la STS de 30 de abril de 2010, recurso 21/2008, la disolución de una comunidad de bienes mediante la adjudicación a los comuneros de bienes con un valor proporcional a sus respectivas participaciones no está sujeto a TPO porque la operación tiene carácter particional y no dispositivo.

19

Vid. Sentencias Tribunal Supremo de 23 de mayo de 1998 y 28 de junio de 1999; sentencia TSJ de Cataluña de 18 de abril de 2013 y consulta DGT V0617-17, de 9 de marzo de 2017, entre muchas otras.

20

Señala BOTÍA VALVERDE, Antonio y BOTÍA GONZÁLEZ, Ana, que *"queremos señalar aquí que la Ley no excluye ningún tipo de disolución de comunidad, es más habla tanto de división de cosa común, como de disolución de comunidad (no exige que sea total) y de separación de comunero y si lo queremos resaltar es porque la Ley podría haber dicho que en los casos de compensación en metálico por indivisibilidad (art 1062 CC en relación con el art 406 CC) sí había hecho imponible, pero no lo ha hecho, por lo que no alcanzamos a entender la postura del TS en su sentencia de 3 de noviembre de 2010 y el TEAC en su resolución de 7 de junio de 2018, cuando al ponerse de manifiesto un mayor valor de la cuota del comunero saliente en caso de bien indivisible, considera nuestro más Alto Tribunal que en tal caso 'no se ha producido una especificación de la cuota del sujeto pasivo sobre la comunidad de bienes, sino una alteración en la composición del patrimonio del sujeto pasivo como consecuencia de la entrada de dinero que supone el pago de la compensación', negando la aplicación de la propia doctrina del TS sobre la no existencia de transmisión en materia de TPO que recoge su sentencia de 16 de mayo de 2001 'toda vez que versa sobre un impuesto distinto'. No podemos compartir esa afirmación. Como hemos señalado el art 33 de la LIRPF señala que es hecho imponible la alteración patrimonial, no la transmisión, por lo que estaría plenamente legitimada la tributación por ganancia patrimonial en todos los casos de división de comunidad, incluso con división material de la cosa en partes proporcionales, si hubiera aumento de valor. Lo que sucede es que la propia Ley IRPF a continuación considera que no la hay en todos los supuestos de disolución de comunidad, sin excepción, no discriminando entre los supuestos de formación de lotes iguales entre los condóminos (art 1061 CC) del supuesto de adjudicación por indivisible del art 1062 del mismo texto legal, preceptos todos ellos aplicables a la disolución de comunidad conforme al art 406 CC".* En "Disolución del condominio y fiscalidad", *Notarios y Registradores*, Admin, 20 de febrero de 2019.

21

A propósito del carácter accesorio de garajes y trasteros respecto de la vivienda habitual, en nuestro sistema tributario

encontramos algunas limitaciones o requisitos a la hora de asimilar el tratamiento de esos anexos al de la vivienda, en ocasiones sin suficiente justificación, como ha quedado recientemente de manifiesto en el trabajo de CUBERO TRUYO, A.: “Rechazo a un criterio administrativo no previsto en la Ley del IRPF e inconstitucional: la imputación de renta por los garajes o trasteros de la vivienda habitual que no hayan sido adquiridos conjuntamente”, *Revista Técnica Tributaria*, núm. 127 (2019), pp. 65-82.

22

Tampoco entendemos como en los supuestos de disoluciones de condominio con adjudicación por indivisible conforme al art. 1062 CC no haya transmisión del dominio a los efectos de TPO pero sí lo haya a efectos del IRPF para el comunero saliente, como afirmó el TS en Sentencia de 3 de noviembre de 2010. Así se recoge que en tal caso si el comunero saliente fuera no residente tendría el adjudicatario que retener el 3% de la compensación en metálico. O sea, un mismo negocio es particional a efectos de un impuesto (TPO) pero dispositivo para otro (IRPF), todo ello en una especie de desdoblamiento de personalidad tipo Dr. Jekyll y Mr. Hyde. Vid. BOTÍA VALVERDE, op. cit.

23

La renovada doctrina de la DGT en recientes consultas (V0952-18 de 11 de abril de 2018 y V0983-18 de 17 de abril de 2018) consideran que un exceso de adjudicación en una disolución de comunidad sobre un bien indivisible, es un nuevo convenio distinto de la disolución en sí y por eso tributa por AJD, decantándose claramente por esa postura cuando en tiempos anteriores había mantenido criterios vacilantes sobre la materia, con consultas que afirmaban su sujeción (vgr. la de 24 de abril de 2003) y otras que no (v.gr., la de 11 de septiembre de 2009). Siguiendo a la doctrina mayoritaria (autores como Jorge Díaz Cardóniga, Carlos Colomer o Javier Juárez), entendemos que no debe tributar en tanto que no es un nuevo convenio diferente sino la mera consecuencia económica del acuerdo de disolución y la indivisibilidad del bien, postura que siguen también las sentencias del TSJ de Andalucía de 7 de noviembre de 2008 y del TSJ de Castilla La Mancha de 11 de octubre de 2010. Además, cabe añadir, que ese exceso de adjudicación como tal no es inscribible, siéndolo sólo la adjudicación y por tanto falta la susceptibilidad de inscripción que origina la sujeción al impuesto. Vid. Juárez González, op. cit.

24

La consulta de la DGT V0952-18 da pie a considerar que sí tributaría por AJD.

25

Hay que destacar el giro jurisprudencial a este respecto, aunque la jurisprudencia y la doctrina no es pacífica. Así la **Sentencia del TS 3480/2019, de 30 de octubre** (rec. núm. 6512/2017), que concluye en lo siguiente: “*Teniendo en consideración la cuestión suscitada en el auto de admisión, procede, en función de todo lo razonado precedentemente, declarar lo siguiente:*

– *La extinción de dos condominios, formalizada en escritura pública, cuando se adjudican los dos bienes inmuebles indivisibles sobre los que recaen a uno de los condóminos, que compensa el exceso de adjudicación parte en metálico y parte por la entrega de varios bienes muebles y de un bien inmueble de su propiedad del que era exclusivo titular dominical, constituye para el expresado adjudicatario un supuesto de **no sujeción a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas** (TPO), debiendo tributar por la cuota gradual de la modalidad de actos jurídicos documentados (AJD) del ITPAJD, con independencia de que los copropietarios ostentasen participaciones distintas en cada uno de los referidos condominios.*

– *La anterior respuesta no varía, atendida la circunstancia de que el condómino al que se adjudican los inmuebles tras la extinción de los condominios, tenía una participación pequeña (11%) en uno de los inmuebles en condominio que le fueron adjudicados”. Esta Sentencia parece allanar el camino hacia la no tributación por TPO cuando dicha compensación se realiza con bienes privativos.*

26

Tras la importante sentencia del TS 1484/2018, de 9 de octubre (rec. núm. 4625/2018), la base imponible de este tributo, será en materia de disolución de comunidad, la cuota o cuotas que antes no pertenecían al adjudicatario, ratificando esa sentencia lo afirmado por el TSJ de la Comunidad Valenciana. La razón es obvia: la inscripción registral tiene por objeto las cuotas que antes no figuraban inscritas a nombre del adjudicatario, no las que ya le pertenecían.

27

La DGT en la consulta vinculante V1999-18, **de 4 de julio**, recoge las siguientes CONCLUSIONES: Primera: Nos encontramos ante dos comunidades de bienes en la que cada comunidad se debe disolver sin que se produzcan **excesos de adjudicación**, o produciéndose **excesos** estos sean inevitables y se compensen con dinero, en cuyo caso la disolución de cada comunidad de bienes, sólo tributará por actos jurídicos documentados en cuanto reúnen todos los requisitos para tributar por la cuota variable del Documento Notarial, del artículo 31.2 del TRLITPAJD. Segunda: Si en la disolución de las referidas comunidades de bienes no se cumplen los requisitos expuestos, bien por producirse **excesos de adjudicación** no inevitables, bien por intercambiarse o permutar pisos de una de las comunidades de bienes como pago o compensación

de lo recibido o adjudicado de la otra, además del devengo de la cuota gradual de actos jurídicos documentados, documentos notariales, del ITPAJD relativa a la disolución de las comunidades de bienes en cuestión, tales **excesos de adjudicación** y permutas estarán sujetos a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del mismo impuesto.

28

Aunque debe advertirse que ello no es unánime en la doctrina y no hay pronunciamientos jurisprudenciales.

29

Arts. 1358, 1359, 1360, 1398 y 1403 del CC. Es preciso indicar que debe constar de manera clara y evidente la voluntad de aportar el bien a la sociedad de gananciales, pues el negocio jurídico no se perfecciona por actos no concluyentes. La AP de Asturias, Sec. 1.ª, en su Sentencia de 24 de mayo de 2013, tuvo que resolver un caso en el que uno de los cónyuges sostenía que un quiosco tenía carácter privativo por haberse creado antes de contraerse el matrimonio mientras que el otro cónyuge entendía que tenía carácter ganancial en base a la existencia de un documento privado en el que venía a reconocerse el carácter ganancial, tesis esta última por la que se decantó la Sentencia de la Audiencia Provincial.

30

La DGT en consulta de 5 de octubre de 2017 (V2528-17) ha sentado las siguientes conclusiones:

“Primera. La aportación por ambos cónyuges a su sociedad de gananciales de las mitades indivisas de una vivienda y plaza de garaje es una operación sujeta y exenta de la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del ITP y AJD en aplicación del artículo 45.I.B.3 del Texto Refundido de dicho impuesto.

Segunda. La operación planteada de aportación a la sociedad de gananciales no constituye hecho imponible del Impuesto de Donaciones, por no constituir un incremento de patrimonio para los cónyuges, ni concurrir en dicha operación ánimo de liberalidad.

Tercera. La aportación a la sociedad conyugal de un bien inmueble urbano por ambos cónyuges, acogiéndose a lo establecido en el artículo 1.355 del Código Civil, no estará sujeta al Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, en virtud de lo dispuesto en el artículo 104.3 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales.

Cuarta. La referida aportación no supone alteración patrimonial que dé lugar a una ganancia patrimonial de acuerdo con la definición que de ésta se recoge en el artículo 13 ni, en su defecto, en el artículo 33.1, ambos preceptos de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio (BOE de 29 de noviembre)”.

Estamos pues ante una transmutación del régimen de comunidad de los bienes aportados que pasan de estar integrados en una comunidad ordinaria a la comunidad germánica de los gananciales, pero ello es absolutamente neutral fiscalmente.

31

Una operación muy habitual hoy en día en un matrimonio basado en el régimen de gananciales, es la de aportar una vivienda propiedad de uno de los cónyuges. Dicha aportación puede hacerse a cambio de una contraprestación o de forma gratuita. Si estamos ante esta última (gratuita), en la actualidad el Tribunal Supremo tiene sobre la mesa decidir si debe tributar en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales (ITPO) o en el Impuesto de Sucesiones y Donaciones (ISD). Actualmente la aportación gratuita de un inmueble privativo a la sociedad de gananciales (por ejemplo, la vivienda que era propiedad de uno de los cónyuges) tributa en el ISD porque se considera una donación. El criterio de la DGT es que esta cesión gratuita está sujeta al Impuesto de Donaciones, y en este caso, el que debe pagar es la persona que recibe el inmueble, siendo la base imponible el 50% del valor de la propiedad. aunque la donación se realiza en favor de la sociedad de gananciales, ésta no tiene personalidad jurídica ni condición de sujeto pasivo en el ISD. Por eso el sujeto pasivo será el cónyuge que pasa a ser titular del 50% del bien donado. Y el problema es que no existen beneficios fiscales por donaciones entre cónyuges en la regulación estatal del impuesto. Y apenas en las normativas autonómicas.

Pero este criterio es muy polémico. Tanto es así que no ha sido compartido por algunos Tribunales Superiores de Justicia (TSJ), que consideran que dicha operación debe tributar en el ITPO. Entienden, que la Ley que regula el ITPO declara exentas todo tipo de aportación de bienes (inmuebles, por ejemplo) a la sociedad conyugal, es decir, tanto las gratuitas como las realizadas a título oneroso. Esto significa que no se origina la obligación de pagar ITP en ninguno de los casos. Y es que en el caso de que la aportación de la vivienda a la sociedad de gananciales se haga a cambio de un precio o una contraprestación, la operación está sujeta al ITP (no al ISD) y exenta del pago de este impuesto, tal y como está establecido en el artículo 45.I.B.3 de la LITPyAJD. Eso sí, en los dos tipos de operaciones hay que pagar el IRPF por el 50% del valor del bien. y puede generarse una ganancia o pérdida patrimonial. Los Tribunales Superiores de Justicia de Cantabria, Murcia y Andalucía defienden que la aportación de un inmueble al matrimonio en gananciales debe tributar por el ITP y no por el ISD. Además, estos Tribunales aseguran que la aportación no la recibe el cónyuge, sino la sociedad de gananciales, con lo que no se le puede obligar a tributar por una donación que no ha recibido directamente. El Tribunal Supremo ha admitido a trámite un recurso de casación, mediante Auto de 5 de diciembre de 2019. Si finalmente el Supremo decide establecer que este tipo de operaciones gratuitas están sujetas a ITPO (pero está exento de pago), los contribuyentes que ya han tributado

por el impuesto de donaciones, podrían, a partir de la sentencia, solicitar una rectificación de la autoliquidación presentada y la devolución de ingresos indebidos. Esto será así si en su día presentaron una autoliquidación del impuesto tributando por dicha operación, y no han transcurrido más de cuatro años desde que finalizó el plazo para la presentación de dicho impuesto. Hay que tener en cuenta que si el plazo de prescripción está próximo a cumplirse, lo aconsejable es pedir la rectificación ahora y así el contribuyente podrá beneficiarse de una hipotética sentencia favorable del Supremo.

32

Art. 1354 CC: “Los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán pro indiviso, a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas”.

33

Art. 1357 CC: “Los bienes comprados a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad tendrán siempre carácter privativo, aun cuando la totalidad o parte del precio aplazado se satisfaga con dinero ganancial.

Se exceptúan la vivienda y ajuar familiares, respecto de los cuales se aplicará el artículo 1.354”.

34

No sujeto conforme al art. 104.3 de la LRHL, ya que conforme a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala Tercera, de 2 de octubre de 2001, se puede aplicar las citadas normas a: “los actos en virtud de los cuales cada cónyuge adscribe un bien propio al régimen de administración, aprovechamiento y cargas inherente al régimen económico conyugal”.

35

Vid. JUÁREZ GONZÁLEZ, J. M.: “Informe actualidad fiscal Diciembre 2017. Aportación a Gananciales”, *Notarios y Registradores*, Admin, 28 de diciembre de 2017.

36

Vid. JUÁREZ GONZÁLEZ, J. M.: *ibídem*.

37

La Sentencia de la Audiencia Provincial de Jaén (Sección 3.^a) de 29 abril de 2011 recoge que:

“Se establece que, con carácter general, las adquisiciones de un bien con precio aplazado por uno de los cónyuges antes de la celebración del matrimonio tendrá carácter privativo aunque todo o parte del precio se abone constante la sociedad de gananciales, sin perjuicio del derecho de crédito a favor de dicha sociedad por las cantidades abonadas en el pago de dicho bien privativo. No obstante **esta regla general no se aplica en los supuestos en que el bien adquirido se convierta en la vivienda familiar**. En tales supuestos su carácter ganancial o privativo vendrá determinado en proporción al valor de las respectivas aportaciones. En definitiva, por la aplicación de tales preceptos legales, la celebración del matrimonio supone una modificación de la titularidad del bien adquirido por precio aplazado siempre y cuando concurren las siguientes circunstancias:

1.º Que se constituya la sociedad de gananciales.

2.º Que el bien adquirido pase a constituir la vivienda familiar.

3.º Que el precio no esté abonado en su totalidad al constituirse la sociedad de gananciales.

Quando concurren tales circunstancias el aludido bien, que hasta dicha fecha sería considerado privativo a favor de la persona que lo adquirió, **pasa a convertirse en parte privativo y en parte ganancial en proporción a la procedencia del dinero destinado a su pago”.**

La DGRN tiene admitido:

1. Que respecto de la vivienda familiar de la que ambos cónyuges eran cotitulares en virtud de compra anterior al matrimonio, puedan aquéllos explicitar ante la autoridad judicial, con carácter previo a la liquidación de gananciales, la voluntad de atribuir carácter ganancial a un bien cuya consideración como integrante del patrimonio conyugal ha sido tenido en cuenta por los cónyuges durante su matrimonio (vid. Resolución de 11 de abril de 2012).

2. Del mismo modo, los excesos de adjudicación en la liquidación de gananciales motivados por la indivisibilidad de los inmuebles puede compensarse con dinero privativo, sin que nada obste a que incluyan otros bienes privativos para compensar tales excesos.

3. Aún más reciente (R. 27 de julio de 2015) tratándose de la vivienda familiar adquirida por ambos cónyuges en estado de

solteros y pagando durante el matrimonio el préstamo hipotecario con dinero ganancial esta Dirección General ha admitido que si se hubieran realizado pagos del precio aplazado de la misma con dinero ganancial, la titularidad privativa inicial habrá devenido –"ex lege"– con los desembolsos realizados, en el nacimiento de una comunidad romana por cuotas entre la sociedad de gananciales y los cónyuges titulares, en proporción al valor de las aportaciones respectivas.

38

La consulta tributaria vinculante V0826-17 de 3 de abril de la DGT, indica lo siguiente:

“La disolución de la comunidad de gananciales supone la adjudicación de bienes o derechos a cada uno de los cónyuges en pago de su cuota de participación en la referida sociedad, sin que dicha adjudicación pueda considerarse una transmisión patrimonial propiamente dicha –ni a efectos civiles ni a efectos fiscales– sino, como ha venido declarando el Tribunal Supremo, una mera especificación o concreción de un derecho, pues realmente no se está adjudicando a los cónyuges algo que éstos no tuvieran con anterioridad, tal y como resulta del artículo 450 del Código Civil que establece que ‘cada uno de los partícipes de una cosa que se posea en común, se entenderá que ha poseído exclusivamente la parte que al dividirse le cupiere durante todo el tiempo que duró la indivisión’.

Por tanto, siempre que la disolución se lleve a cabo de tal forma que cada cónyuge no reciba más de lo que le corresponda en la sociedad de gananciales, sin que se origine exceso de adjudicación, la disolución no constituirá una transmisión patrimonial que deba tributar por la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del ITPyAJD . La no sujeción por la referida modalidad determina que, en caso de que la disolución de la sociedad de gananciales se documente en escritura pública, dicha escritura quedará sujeta a la cuota gradual de actos jurídicos documentados, documentos notariales, al concurrir los cuatro requisitos exigidos en el artículo 31.2 del texto refundido del Impuesto, si bien resultará exenta en función de lo dispuesto en el artículo 45.I.B.3 del Texto Refundido”.

39

La ya citada consulta tributaria vinculante V0826-17 de 3 de abril de la DGT, indica también que: **“Sin embargo, la referida exención (TPO) solo resultará aplicable a las adjudicaciones de bienes y derechos derivados de la disolución de la sociedad de gananciales, pero no ampara los excesos de adjudicación, que deberán tributar sin exención ni beneficio fiscal alguno.**

*Ahora bien, no siempre que existe un exceso de adjudicación oneroso se produce su tributación por la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del ITP y AJD, pues el artículo 7.2.b) del Texto Refundido declara no sujetos los excesos que resulten de dar cumplimiento a lo dispuesto en determinados preceptos, entre los que se incluye el artículo 1.062 del Código Civil que establece que ‘cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero’. Luego, **quedan exceptuados aquellos excesos que puedan ser considerados ‘inevitables’ por no permitir la naturaleza de los bienes el reparto de los mismos de otra forma, como sucede en el supuesto al que se refiere el artículo 1.062 el Código Civil, al establecer la necesaria compensación, abonando a los otros el exceso en dinero, cuando se trate de un bien indivisible, ya sea por su propia naturaleza o desde el punto de vista jurídico o económico (supuesto de que desmerezca mucho por su división).***

La citada consulta concluye que en el caso de que el exceso de adjudicación producido pudiera haber sido evitable, tributará por transmisiones patrimoniales:

La exención no alcanza al exceso de adjudicación recibido por la consultante, el cual tiene carácter oneroso dado la obligación de compensación al otro cónyuge. Por tanto, dicho exceso tributará por transmisiones patrimoniales onerosas en virtud de lo dispuesto en el artículo 7.2.B del citado Texto Refundido, sin que resulte aplicable la excepción prevista en dicho precepto ya que el exceso producido no puede ser calificado de inevitable, sino que, por el contrario, hubiera sido era fácilmente evitable, casi en su totalidad, mediante la adjudicación al marido de otros bienes”.

40

Vid. STS de 24 de enero de 2020, rec. núm. 7801/2018, entre muchas otras.

41

Si se ha formalizado la disolución de comunidad en sentencia judicial, no se produce la sujeción a AJD al faltar el requisito de la escritura notarial para que entre en juego el citado gravamen (artículo 31.2 de la LTPyAJD) pero si a TPO, si hubiere exceso de adjudicación.

42

Los excesos de adjudicación declarados que recaigan sobre lo que era la vivienda habitual del matrimonio quedan no sujetos a TPO de acuerdo con el artículo 32.3 de la LITPyAJD.

43

STS de 30 de octubre de 2019, rec. núm. 6512/2017, op. cit.

44

BUSTOS MORENO, Y.: *Las deudas gananciales y sus reintegros*, Dykinson, 2011, pp. 409 y 410.

45

MARTÍN MELÉNDEZ, M.T.: “Estudio del artículo 1403 del CC”, en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, Lex Nova, 2010, p. 1547.