

La atribución voluntaria de ganancialidad en el régimen económico matrimonial de comunicación foral de bienes

AINHOA GUTIÉRREZ BARRENGOIA

Profesora titular de Derecho Procesal
de la Universidad de Deusto

OSCAR MONJE BALMASEDA

Profesor titular de Derecho Civil
de la Universidad de Deusto

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL.- II. EL ARTÍCULO 1.355 DEL CÓDIGO CIVIL. 1. CONSIDERACIONES GENERALES. 2. REQUISITOS DE LA ATRIBUCIÓN VOLUNTARIA DE GANANCIALIDAD EX ARTÍCULO 1.355 DEL CÓDIGO CIVIL. 2.1. REQUISITOS SUBJETIVOS. 2.2. REQUISITOS OBJETIVOS. 2.2.1. ADQUISICIÓN DE UN BIEN. 2.2.2. A TÍTULO ONEROSO. 2.2.3. INDIFERENCIA DEL ORIGEN DEL PRECIO O CONTRAPRESTACIÓN Y FORMA Y PLAZOS EN QUE SE SATISFAGA. 2.3. REQUISITOS CIRCUNSTANCIALES. 2.3.1. REQUISITOS FORMALES DEL ACUERDO DE ATRIBUCIÓN DE GANANCIALIDAD. 2.3.2. ESPECIAL REFERENCIA AL MOMENTO EN EL QUE PUEDA CELEBRARSE EL ACUERDO. EL NEGOCIO DE APORTACIÓN COMO INSTRUMENTO DE ALTERACIÓN DE LA CALIFICACIÓN INICIALMENTE PRIVATIVA DE UN BIEN. III. APLICACIÓN DEL ACUERDO DE ATRIBUCIÓN DE GANANCIALIDAD AL RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN FORAL DE BIENES.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

La Ley 11/1981 de 13 de mayo introdujo importantes modificaciones en la normativa del Código civil (en adelante C.c.) dedicada a la filiación, patria potestad y régimen económico matrimonial, dentro de la tendencia general de adecuación al principio de igualdad que, de acuerdo con los imperativos constitucionales, ha de regir la situación de los cónyuges en el matrimonio. En este sentido, se produce a su vez un reforzamiento de la libertad de los consortes para autorregular sus intereses económicos dentro del matrimonio, en la línea ya iniciada por la Ley de 2 de mayo de 1975. Al principio de mutabilidad de las capitulaciones matrimoniales constante matrimonio instaurado por esta Ley, se añaden en la reforma de 1981, por un lado, el artículo 1.323 C.c., que establece un principio totalmente permisivo de la contratación entre cónyuges, y, por otro, el artículo 1.355 C.c. que, en sede de la sociedad de gananciales, eleva la autonomía de la voluntad de los cónyuges a la condición de fuente de ganancialidad de los bienes conyugales.

En el presente trabajo, abordaremos los requisitos necesarios para que entre en juego la atribución de ganancialidad prevista en el artículo 1.355 C.c., sus diferencias con el llamado negocio de aportación de bienes a la sociedad conyugal, y la posible aplicación de ambos al régimen de comunicación foral, analizando las ventajas fiscales del negocio de aportación frente al resto de negocios dispositivos que son posibles al amparo del artículo 1.323 del Código civil.

II. EL ARTÍCULO 1.355 DEL CÓDIGO CIVIL

Consideraciones generales

Sigue el Código civil, en los artículos 1.346 y 1.361, al determinar qué bienes tienen la consideración de privativos y cuáles la de gananciales, un método eminentemente casuístico y, si bien en la actual regulación siguen vigentes los principios tradicionales de clasificación de los bienes conyugales, todos ellos se encuentran en cierta medida debilitados, debido al importante margen que deja a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, en cuanto a la determinación de la naturaleza de los bienes, desplazando en ocasiones los criterios legales establecidos. En efecto, frente a aquellos preceptos en los que se contempla lo que se podría denominar un criterio objetivo de ganancialidad, recoge el Código civil un criterio subjetivo¹, al regular, en el párrafo primero del artículo

¹ GORDILLO CAÑAS distingue ambos criterios en un intento de sistematización del pasivo de la sociedad de gananciales. Entiende en este sentido el autor que la ley parte de dos criterios diferentes de ganancialidad pasiva: el intrínseco u objetivo (art. 1.362) y el subjetivo o voluntario (ganancialidad *ex voluntate*, art. 1.363 y 1.367). Señala que en estos casos que acabamos de citar la “responsabilidad se proyecta... sobre los bienes gananciales, no por la naturaleza o fin de la deuda, sino por voluntad de los cónyuges...que resultará del común acuerdo o de la actuación conjunta de uno de los cónyuges con el consentimiento expreso del otro”, estableciendo así un paralelismo entre los artículos 1363 y 1.367 y el artículo 1.355 señalando que, “si en el último se admite la posibilidad de una ganancialidad activa voluntaria; los primeros pueden entenderse como la expresión

1.355, la posibilidad de que los cónyuges, de común acuerdo, atribuyan la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga. Añade el párrafo segundo que “si la adquisición se hiciere en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá su voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes”. La *ratio* del artículo 1.355 C.c. es el *favor iuris* hacia la masa ganancial² afirmación que, si bien discutible en cuanto al párrafo primero, no deja a lugar a dudas si se interpreta conjuntamente este párrafo con el establecido en segundo lugar.

de una ganancialidad pasiva voluntaria; tan ganancial como puede serlo la objetiva o intrínseca: no sólo por tanto, provisionalmente y *ad extra*, sino definitivamente y *ad intra*.” (Vid. GORDILLO CAÑAS, A., “El pasivo de la sociedad de gananciales: un ensayo de sistematización”, en *Homenaje al Profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, Murcia, 1988, pp. 353, 356 y 358). En este sentido, MARTÍN MELÉNDEZ señala, refiriéndose al artículo 1.355 C.c., que “estamos ante la elevación de la voluntad concorde de los cónyuges a la categoría de fuente de ganancialidad”. (MARTÍN MELÉNDEZ, M^a T., *La liquidación de la sociedad de gananciales. Restablecimiento del equilibrio entre masas patrimoniales*, Ciencias Jurídicas, Madrid, 1995, p. 385). Vid. igualmente GARRIDO CERDÁ, E., “La reforma de la sociedad de gananciales”, *R.D.N.*, núm. 112, 1981, p. 376.

²GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., *La atribución voluntaria de ganancialidad*, Montecorvo, Madrid, 1986, p. 83; ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J.A., *Curso de Derecho de Familia. Matrimonio y régimen económico*, Tomo I, Civitas, Madrid, 1987, p. 236; MONTÉS PENADÉS, V.L., en AA.VV., *Derecho de Familia*, 3^a ed., Tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 214; POVEDA BERNAL, M.I., “Consideraciones en torno al llamado “negocio jurídico de aportación” a la Sociedad de Gananciales. La transmisión de bienes de los patrimonios privativos al ganancial y su inordinación en nuestro sistema contractual”, *R.C.D.I.*, núm. 640, 1997, pp. 826 y 827, nota núm. 102 y p. 836. Para LASARTE ÁLVAREZ, igualmente, “la supremacía o *vis atractiva* de los bienes gananciales se pone también de manifiesto al considerar la llamada atribución de ganancialidad, regulada en el artículo 1.355”. (LASARTE ÁLVAREZ, C., *Principios de Derecho Civil*, Tomo VI, Trivium, Madrid, 1997, p. 212).

2. REQUISITOS DE LA ATRIBUCIÓN VOLUNTARIA DE GANANCIALIDAD EX ARTÍCULO 1.355 DEL CÓDIGO CIVIL

2.1. *Requisitos subjetivos*

La atribución de ganancialidad prevista en el precepto citado exige la existencia de un acuerdo de los cónyuges dirigido a determinar el *status* jurídico-patrimonial del bien que va a ingresar en la sociedad conyugal, atribuyéndole carácter ganancial³. La exigencia del común acuerdo ha de ir referida únicamente a la atribución de ganancialidad y no a que ambos cónyuges hayan de concluir el negocio con el transmitente⁴. Por

³POVEDA BERNAL, M.I., “Consideraciones en torno al llamado “negocio jurídico de aportación” a la sociedad de gananciales...”, *op. cit.*, p. 825. Hay que tener en cuenta, tal como pone de manifiesto la autora, que los cónyuges atribuyen a los bienes la condición de “gananciales”, supuesto distinto a aquel en el que los cónyuges acuerden que el bien ingrese en la sociedad conyugal como común no ganancial, es decir, compartiendo la titularidad mediante cuotas indivisas. En este caso, como señala GAVIDIA SÁNCHEZ, estaríamos ante un contrato traslativo entre cónyuges, siempre que reuniese los requisitos de forma y capacidad exigidos en cada caso, y por lo tanto, fuera del ámbito del art. 1.355 C.c. (*Vid. GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., La atribución voluntaria de ganancialidad, op. cit.*, pp. 95 y 96).

⁴Así lo interpretan igualmente RIBERA PONT, C., “La atribución de ganancialidad del artículo 1.355 del Código civil”, núm. 559, nov.-dic., 1983,2., p. 1.422; GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., *La atribución voluntaria de ganancialidad, op. cit.*, pág. 108; GIMÉNEZ DUART, T., “Los bienes privativos y gananciales tras la reforma de 13 de mayo de 1981”, *R.C.D.I.*, núm. 548, 1982,1, p. 121; FERNÁNDEZ VILLA, J., “El pasivo de la sociedad de gananciales: en torno al art. 1.369 C.c.”, *A.D.C.*, XLVI, 1, 1993, p. 693; GARRIDO DE PALMA, V.M., MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, T., SÁNCHEZ GONZÁLEZ, C. y VÉLEZ BUENO, J., *La disolución de la sociedad conyugal. Estudio específico de los artículos 1.406 y 1.407 del Código civil*, Reus, Madrid, 1985, p. 134; SOLCHAGA LOITEGUI, J.J., “Negocios jurídicos entre cónyuges”, en *Cuadernos de Derecho Judicial. Régimen económico matrimonial y la protección de acreedores*, CGPJ, Madrid, marzo, 1995, p. 137; MARTÍN MELÉNDEZ, M^a T., *La liquidación de la sociedad de gananciales...*, *op. cit.*, p. 387; SERRA DOMÍNGUEZ, A., *La compraventa a plazos de un bien ganancial*, Tirant lo blanch, Valencia, 1997, p. 52.

RAMS ALBESA, por el contrario, considera necesaria “la participación de ambos cónyuges en el negocio adquisitivo al que se adiciona un negocio de comunicación...”. (*Vid. RAMS ALBESA, J., “La subrogación real en la sociedad de gananciales”, R.D.N.*, 1984/3, pp. 322-323). ÁVILA ÁLVAREZ en este sentido entiende que el artículo 1.355 sienta una regla general de libertad de los cónyuges para de común acuerdo atribuir la condición

tanto, el negocio en sí podrá ser concluido por uno solo de los cónyuges, pero ambos deberán manifestar su voluntad de atribuir carácter ganancial al bien adquirido.

Por otro lado, la declaración de voluntad a favor de la ganancialidad ha de ser, en el supuesto del artículo 1.355.1º C.c., expresa, en contraposición a la atribución presunta contemplada en el párrafo segundo del mismo precepto⁵, sin que sea necesario que los cónyuges manifiesten su voluntad de forma simultánea, siendo suficiente que uno de ellos realice la aseveración y el otro otorgue posteriormente su consentimiento a favor de la ganancialización, siempre y cuando el consentimiento posterior se otorgue en un momento anterior o simultáneo al de la adquisición del bien.

2.2. *Requisitos objetivos*

2.2.1. Adquisición de un bien

El acuerdo previsto en el artículo 1.355 C.c. sólo puede llevarse a cabo con motivo de la adquisición de un bien, sin que exista obstáculo alguno para admitir su validez también en la hipótesis de la adquisición de un bien privativo de uno de los cónyuges por su consorte⁶, siempre que el acuerdo tenga lugar en un momento anterior o coetáneo al de la adquisición y ésta sea a título oneroso.

de gananciales a los bienes que adquieran interviniendo ambos. (ÁVILA ÁLVAREZ, P., “El régimen económico matrimonial en la reforma del Código civil”, *R.C.D.I.*, 1981, p. 1.398). En el mismo sentido de considerar aplicable este artículo en los casos de adquisición de un bien por ambos cónyuges se manifiesta LÓPEZ LIZ, J., “Adquisición, administración y disposición de bienes inmuebles en la sociedad conyugal”, *R.J.C.*, LXXXVIII, 1989, p. 598; BLANQUER UBEROS, R., “Reflexiones acerca de la influencia del régimen de gananciales en la capacidad y responsabilidad de cada cónyuge”, *R.D.N.*, julio-dic., núms. 113-114, 1981, p. 25, nota núm. 13.

⁵DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., “La Sociedad de gananciales y el Registro de la Propiedad”, *A.D.C.*, XXXIX, 1, 1986, p. 368.

⁶A favor de la aplicabilidad del artículo 1.355 C.c. a las adquisiciones onerosas entre cónyuges, aun en caso de permuta, se manifiestan OLIVARES JAMES, J.Mª, “Los contratos tras-

2.2.2. A título oneroso

Mediante el requisito de la onerosidad de la adquisición el legislador parece dejar fuera del ámbito del artículo 1.355 C.c. la posibilidad de atribuir carácter ganancial a las adquisiciones que tienen lugar a título gratuito⁷. Sin embargo, en mi opinión, habría que diferenciar dos supuestos posibles⁸. En primer lugar, aquél en el que el donante o testador

lativos de dominio entre cónyuges y los efectos de la confesión conforme al nuevo artículo 1.324 del Código civil”, *A.A.M.N.*, XXV, pp. 302 y 303; ECHEVARRÍA ECHEVARRÍA, S., “La contratación entre cónyuges en el sistema ganancial”, en *Libro Homenaje a Juan B. Vallet de Goytisolo*, vol. I, Consejo del Notariado, Madrid, 1988, p. 249; TORRES GARCÍA, T.F., *Diez años de aplicación de la reforma de los regímenes económico matrimoniales (Ley 11/1981, de 13 de mayo)*, Real Academia de Legislación y Jurisprudencia de Valladolid, Valladolid, 1991, p. 24.

Contrario a la posible aplicación del artículo 1.355 a tales adquisiciones es CASTILLO TAMARIT, por entender, en contra de lo que se expone en el texto, que dicho artículo se refiere a adquisiciones *conjuntas* de los cónyuges (la cursiva es nuestra). (*Vid.* CASTILLO TAMARIT, V.J., “Aspectos parciales de la reforma del Código civil en tema de sociedad de gananciales”, *R.D.N.*, núms.121-122, p. 29). Excluye igualmente la aplicación de este artículo POVEDA BERNAL, M.I., “Consideraciones en torno al llamado “Negocio jurídico de aportación” a la Sociedad de Gananciales...”, *op. cit.*, p. 826. GAVIDIA SÁNCHEZ se inclina más por la postura negativa, entendiendo, desde una interpretación sistemática de los dos párrafos del artículo 1.355 C.c., que el precepto está pensando en adquisiciones realizadas con un tercero, si bien reconoce que “la posibilidad de que sean objeto de atribución voluntaria de ganancialidad bienes adquiridos por uno de los cónyuges de su consorte debe quedar abierta, pues al menos formalmente, encaja en el supuesto de hecho del artículo 1.355,1 del Código civil”. (*Vid.* GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., *La atribución voluntaria de ganancialidad*, *op. cit.*, pp. 111-113).

⁷ *Vid.* en este sentido CHICO Y ORTIZ, J.M^a, “La sociedad conyugal de gananciales y las aportaciones a la misma”, *R.C.D.I.*, núm. 614, 1993, p. 226; GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., *La atribución voluntaria de ganancialidad*, *op. cit.*, pp. 113 y 114; CASTILLO TAMARIT, V.J., “Aspectos parciales de la reforma del Código civil...”, *op. cit.*, p. 21; MARTÍNEZ SANHIZ, J.A., “Casos dudosos de bienes privativos y gananciales”, *A.A.M.N.*, XXVI, 1985, p. 400; POVEDA BERNAL, M.I., “Consideraciones en torno al llamado “negocio jurídico de aportación” a la sociedad de gananciales...”, *op. cit.*, p. 826; OLIVARES JAMES, J.M^a, “Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges...”, *op. cit.*, p. 311; Serrano Alonso, E., *La liquidación de la sociedad de gananciales en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo*, La Ley-Actualidad, Madrid, 1997, p. 40.

⁸ *Vid.* igualmente GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., *La atribución voluntaria de ganancialidad*, *op. cit.*, p. 113.

realiza la liberalidad únicamente a favor de uno de los cónyuges. En este caso, el bien recibido será privativo, en virtud del artículo 1.346.2º C.c., sin que sea posible, a mi juicio, que el otro cónyuge pueda constituirse en donatario o legatario⁹. En segundo lugar, aquél en el que los adquirentes a título gratuito lo sean ambos cónyuges. Esta hipótesis tampoco encajaría dentro del ámbito del artículo 1.355 C.c., siendo de aplicación lo dispuesto en el artículo 1.353 C.c.¹⁰.

2.2.3. Indiferencia del origen del precio o contraprestación y de la forma y plazos en que se satisfaga

A) *Indiferencia del origen del precio o contraprestación*

El precio o contraprestación puede ser privativo o ganancial, ya sea probadamente, ya sea de forma presunta. Cuando el precio o contraprestación tenga carácter privativo, el acuerdo de ganancialidad va a suponer una modificación de la naturaleza que le correspondería al bien por aplicación del principio de subrogación real, de manera que dicho bien, en lugar de ingresar en la masa privativa del cónyuge aportante de los fondos, pasará a engrosar el patrimonio ganancial. En estos supuestos, por aplicación del artículo 1.358 C.c., nacerá a favor del cón-

⁹Lo que sí cabrá, en virtud del artículo 995 del Código civil, es que en caso de aceptación de la herencia sin beneficio de inventario, por persona casada, el otro cónyuge preste su consentimiento a la aceptación comprometiendo de esta manera los bienes comunes a falta de otros privativos del heredero, al pago de las deudas relictas, sin perjuicio de las compensaciones correspondientes al tiempo de la liquidación. (*Vid.* GITRAMA GONZÁLEZ, M., “Comentario al artículo 995 del Código civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, tomo XIV, vol. 1, Artículos 988 a 1034, EDESA, Madrid, 1989, pp. 156-158).

¹⁰CHICO Y ORTIZ, considera igualmente que “en los casos de donaciones y sucesiones conjuntas, tampoco puede aplicarse el artículo 1.355 del Código civil, ya que se “entienden gananciales” ex artículo 1.353 del Código Civil”. (CHICO Y ORTIZ, J.Mª, “La sociedad conyugal de gananciales y las aportaciones...”, *op. cit.*, p. 226). En el mismo sentido se pronuncia POVEDA BERNAL, M.I., “Consideraciones en torno al llamado “negocio jurídico de aportación” a la sociedad de gananciales...”, *op. cit.*, p. 826.

yuge aportante de los fondos o contraprestación un derecho de reembolso contra la sociedad de gananciales, como mecanismo equilibrador de las masas patrimoniales que coexisten durante la vigencia de la misma¹¹, sin perjuicio de la posibilidad de renunciar al mismo.

En cualquier caso, la atribución voluntaria de ganancialidad no es exclusivamente un mecanismo dirigido, en su caso, a exceptuar el juego del principio de subrogación real, sino que puede servir también para derogar la aplicación de otros principios de determinación de la naturaleza privativa de los bienes conyugales, evitando los cónyuges la aplicación de aquellas reglas especiales del activo que reconducen el bien, aun adquirido con fondos comunes, al patrimonio privativo de uno de los cónyuges (arts. 1.346. 4º, 7º y 8º, 1.352, 1.359 C.c.).

B) Indiferencia de la forma y plazos en que se satisfaga

El acuerdo previsto en el artículo 1.355 C.C. cabe no sólo en las compras al contado, sino también en aquellos casos en los que el precio queda aplazado, alterando la regla prevista en el 1.356 C.c., con la atribución del carácter ganancial al bien adquirido con independencia de la naturaleza privativa del primer desembolso. Por otro lado, este acuerdo puede utilizarse igualmente para reforzar la presunción de ganancialidad del

¹¹ *Vid.* en este sentido, GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., *La atribución voluntaria de ganancialidad*, *op. cit.*, p. 140; MARTÍN MELÉNDEZ, Mª T., *La liquidación de la sociedad de gananciales...*, *op. cit.*, p. 387; BENAVENTE MOREDA, P., “Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1994”, *C.C.J.C.*, núm. 36, 1994, p. 574. En la misma línea, MARTÍN OSANTE señala que “será de aplicación el principio de que las masas patrimoniales deben mantener su integridad a lo largo del matrimonio, por lo que salvo que se declare la existencia expresa de una donación, procederá el reembolso a favor de las masas correspondientes”. (MARTÍN OSANTE, L.C., *El régimen económico matrimonial en el Derecho Vizcaíno. La comunicación foral de bienes*, Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social/Marcial Pons, Madrid, 1996, p. 263).

bien adquirido con precio totalmente aplazado, mediante la atribución de dicho carácter en el momento de la adquisición.

2.3. *Requisitos circunstanciales*

2.3.1. Requisitos formales del acuerdo de atribución de ganancialidad

Cabría cuestionarse si el pacto que analizamos debe constar en capitulaciones matrimoniales. Entiendo que la respuesta ha de ser negativa¹² puesto que el cambio de la naturaleza que le correspondería a un concreto bien que había de ser privativo, no supone una modificación del régimen legal¹³. No se están alterando las normas que rigen la sociedad de gananciales, sino que la autonomía de la voluntad funciona como fuente de ganancialidad, expresamente prevista por el Código civil, precisamente en el ámbito del régimen legal, que continuará rigiendo en los mismos términos que hasta ese momento. Sin embargo, si se quiere que el acuerdo tenga eficacia frente a terceros, deberá constar en documento público o privado, reconocido legalmente¹⁴.

2.3.2. Especial referencia al momento en el que puede celebrarse el acuerdo. El negocio de aportación como instrumento de alteración de la calificación inicialmente privativa de un bien

El artículo 1.355 C.c. parece ligar el pacto de atribución de ganancialidad al acto adquisitivo del bien. Sin embargo, en relación con este punto, la doctrina se halla igualmente dividida, defendiendo un grupo importante de autores la posibilidad de que la misma se produzca en un momento

¹²*Vid.* en este sentido, GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., *La atribución voluntaria de ganancialidad*, *op. cit.*, págs. 122-123; LACRUZ BERDEJO, J.L., SANCHO REBULLIDA, F. de A., LUNA SERRANO, A., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, Tomo IV, vol. I, 3ª ed., *op. cit.*, p. 403.

¹³*Vid.* DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., “La autonomía de la voluntad...”, *op. cit.*, p. 117.

¹⁴*Vid.* GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., *La atribución voluntaria de ganancialidad*, *op. cit.*, pp. 154 y 155.

posterior¹⁵. Para admitirlo se basan fundamentalmente en el principio de libertad de contratación ya que, en definitiva, entienden estos autores, al amparo de este principio, se podría llegar a idénticos resultados.

Frente a esta opinión, otro sector doctrinal, únicamente admite la atribución coetánea o, en todo caso, anterior a la adquisición¹⁶. Para defen-

¹⁵ Vid. en este sentido fundamentalmente, GARRIDO DE PALMA, V.M., *Derecho de la familia*, op. cit., p. 64; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., “La Sociedad de gananciales...”, op. cit., pág. 370; MARTÍNEZ SANCHIZ, “Casos dudosos...”, op. cit., p. 400; GIMÉNEZ DUART, “Los bienes privativos y gananciales...”, op. cit., p. 121; GARRIDO DE PALMA, V.M., MARTÍNEZ FERNÁNDEZ, T., SÁNCHEZ GONZÁLEZ, C. y VÉLEZ BUENO, J., *La disolución de la sociedad conyugal...*, op. cit., p. 133; BLANQUER UBEROS, R., “Reflexiones acerca de la influencia del régimen de gananciales en la capacidad y responsabilidad de cada cónyuge”, *R.D.N.*, julio-diciembre, núms. 113-114, 1981, p. 25, nota núm. 13; MAGARIÑOS BLANCO, V., “Ley 20/89 de modificación del I.R.P.F. y la sociedad de gananciales”, *A.C.*, núm. 43, nov. 1989, núm. 970, p. 3.361; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., “La autonomía de la voluntad en el actual derecho de familia”, separata del *B.I.C.N.G.*, mayo, 1986, p. 122, nota núm. 243; GARRIDO CERDÁ, E., *Los gananciales: teoría general. Los negocios para la alteración del carácter privativo o ganancial de los bienes*, Cuadernos Notariales, núm. 8, 2ª ed., Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1998, p. 35. CADARSO PALAU quien estima aplicable el artículo 1.355 a la adquisición onerosa de acciones y participaciones sociales, ya sea en vía constitutiva, sea con posterioridad. Cree igualmente de aplicación dicha regla al supuesto de adquisición de nuevos títulos en virtud del derecho de suscripción preferente que otorga la titularidad de otros privativos, por entender que, en este caso, la regla del artículo 1352, que estima dispositivo, cede ante el acuerdo voluntario del art. 1.355 C.c. (CADARSO PALAU, J., *Sociedad de gananciales y participaciones sociales*, Tecnos, Madrid, 1993, pp. 68-69); LACRUZ BERDEJO, quien al referirse al artículo 1.355 señala que, a su juicio, “es posible, por acuerdo de los cónyuges, conferir el carácter de bien ganancial a uno que ya era propio de uno de ellos, a reserva o no de reembolsar su importe al cónyuge aportante, presumiéndose lo primero”. (LACRUZ BERDEJO, J.L., Sancho Rebullida, F. de A., LUNA SERRANO, A., RIVERO HERNÁNDEZ, F. y RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, Tomo IV, vol. I, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1990, p. 403).

¹⁶ RIBERA PONT, Mª. C., “La atribución de ganancialidad...”, op. cit., pp. 1423 y ss; ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J.A., *Curso de Derecho de Familia*, op. cit., p. 237; GAVIDIA SÁNCHEZ, J.V., *La atribución voluntaria de ganancialidad*, op. cit., pp. 119-122; OLIVARES JAMES, J.Mª, “Los contratos traslativos de dominio entre cónyuges...”, op. cit., pp. 311 y 312; MARTÍN MELÉNDEZ, Mª T., *La liquidación de la sociedad de gananciales...* op. cit., p. 388; CASTILLO TAMARIT, V.J., “Aspectos parciales de la reforma del Código civil...”, op. cit., pp. 22-24; POVEDA BERNAL, M.I., “Consideraciones en torno al llamado “negocio de aportación” a la sociedad de gananciales...”, op. cit., pp. 837 y ss.

der esta posición alegan fundamentalmente, entre otros argumentos, el tenor literal del precepto que, como ya se ha señalado, parece hacer referencia al momento de la adquisición, y su carácter excepcional, que origina que deba ser interpretado de forma restrictiva. Sostienen, en este sentido, estos autores que, cuando se pretende transformar lo inicialmente adquirido con carácter privativo en ganancial, es necesario formalizar una transmisión por vía ordinaria del patrimonio ganancial al privativo.

Entiendo que ésta es la postura correcta, puesto que la conclusión contraria debe conducir al entendimiento de que la facultad prevista por el artículo 1.355 C.c. es una mera reiteración en el régimen de la sociedad de gananciales de la posibilidad prevista, con carácter general, en el artículo 1.323 del mismo Cuerpo legal, de transmisión de bienes y derechos entre cónyuges, por cualquier título. Por el contrario, no se trata, a

Esta es la tesis igualmente de MONTÉS para quien “si el pacto es anterior, el bien entra directamente en el patrimonio ganancial, sin perjuicio del derecho de reembolso ex art. 1.358 C.c. Se adquiere “para la sociedad de gananciales”, sea cual fuera la causa de la adquisición en la relación con el tercero. Diríamos que se presenta en el tráfico como una modalidad de la adquisición, embebida en su causa traslativa”. Pero, continúa señalando el mencionado autor, “si el negocio es posterior, debe tener causa suficiente para producir la transmisión desde el patrimonio ganancial”. (*Vid.* MONTÉS PENADÉS, V.L., en AA.VV., *Derecho de Familia*, *op.cit.*, pp. 213-214). DE LOS MOZOS parece inclinarse por esta opinión cuando señala, como requisito del acuerdo la necesidad de que conste en el título de adquisición. Sin embargo, más adelante, matiza su postura ya que, tras negar que la función práctica del precepto sea la de servir para cambiar la calificación de un bien anteriormente adquirido, dice, “creo que esto es perfectamente posible cuando se quiera atribuir carácter ganancial a un bien que ya exista entre los del matrimonio, pero para ello hará falta la manifestación expresa del común acuerdo de los cónyuges”. (DE LOS MOZOS y DE LOS MOZOS, J.L., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por Manuel Albaladejo, tomo XVIII, vol. 2, *op.cit.*, p. 188, nota núm. 6). GARCÍA SERRANO, por su parte, considera que el artículo 1.355 del Código civil es de aplicación cuando se trata del ingreso de un determinado bien en el patrimonio de los esposos, de manera que para los ya existentes sólo cabría la vía del artículo 1.323 C.c. Sin embargo, introduce la posibilidad de aplicarlo en el supuesto del artículo 1.359 C.c. por entender que es “en cierto sentido intermedio pues se trata de un bien que preexiste pero que experimenta un plusvalor” que nuevamente es adquirido con fondos comunes”. (*Vid.* GARCÍA SERRANO, F., “Notas sobre la posible aplicación actual del principio de accesión invertida...”, *op.cit.*, pp. 264 y ss.).

mi juicio, de una aplicación para un supuesto concreto de este último precepto, y por tanto, considero que no se produce en virtud del acuerdo previsto en el artículo 1.355 C.c. un desplazamiento entre las masas patrimoniales, sino que estaríamos ante un ingreso *ab initio* del bien adquirido en la masa patrimonial predeterminada por los cónyuges, con independencia de la que le correspondería en virtud de los criterios legales objetivos de determinación de la naturaleza de los bienes conyugales. Eleva así el precepto a la autonomía de la voluntad de los cónyuges a la consideración de fuente de ganancialidad del mismo rango o al mismo nivel que las establecidas en el artículo 1.347 y concordantes del Código civil y, siguiendo la pauta general que inspira el resto de los criterios legales, resulta más acertado entender que la finalidad, al igual que en todos aquellos casos en que ello es posible, es la de determinar el carácter del bien *ab initio*. Por tanto, como conclusión de lo expuesto hasta ahora, lo que este precepto contempla, a nuestro juicio es una posible atribución voluntaria *inicial* de ganancialidad.

Desde esta perspectiva, considero que si los cónyuges desean alterar la naturaleza inicialmente privativa de un bien, lo cual es posible al amparo del artículo 1.323 C.c., deberán recurrir a un negocio dispositivo que, en mi opinión, puede ser perfectamente el llamado negocio de aportación de un bien a la sociedad de gananciales¹⁷ negocio, en este caso sí, traslativo, ya que provoca un desplazamiento patrimonial de un bien o grupo de ellos, del patrimonio privativo de uno de los cónyuges al patrimonio autónomo ganancial. Es un negocio bilateral, actuando el cónyu-

¹⁷ Cfr. RRDGRN de 10 de marzo de 1989; de 14 de abril de 1989; de 7 de octubre de 1992; de 26 de octubre de 1992; de 11 de junio de 1993; de 28 de mayo de 1996; 15 y 30 de diciembre de 1999; 8 de mayo de 2000; 21 de julio de 2001; 17 de abril de 2002; 12 de junio y 18 de septiembre de 2003, 22 de junio de 2006, 6 de junio de 2007, 29 y 31 de marzo de 2010 y 22 de noviembre de 2010; 26 de julio de 2011 y 18 de septiembre de 2012, entre otras. *Vid.* con más extensión, sobre el negocio de aportación de un bien a la sociedad de gananciales y las distintas vías de atribución de ganancialidad, GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A., *La determinación voluntaria de la naturaleza ganancial o privativa de los bienes conyugales*, Dykinson, Madrid, 2002.

ge no aportante como órgano de adquisición de la sociedad de gananciales por carecer ésta de personalidad jurídica, siendo cada vez más las voces que consideran que este tipo de negocios tienen la finalidad de ampliar el ámbito objetivo del patrimonio consorcial, para la mejor satisfacción de las necesidades de la familia, y por ello están trascendidos por la relación jurídica básica —la de la sociedad de gananciales, cuyo sustrato es la propia relación matrimonial. Se trata de sujetar el bien al peculiar régimen de afección propio de los bienes gananciales. Cabe entender, señala en este sentido la RDGRN de 22 de junio de 2006, que “el desplazamiento patrimonial derivado del negocio jurídico de atribución de ganancialidad tiene una identidad causal propia que permite diferenciarlo de otros negocios jurídicos propiamente traslativos del dominio, como la compraventa, la permuta (el cónyuge que aporta no espera obtener un precio o otra contraprestación), o la donación (la aportación no se realiza por mera liberalidad).

Por ello, se llega a afirmar que encuentran justificación en la denominada *causa matrimonial*¹⁸, de la que, históricamente pueden encontrarse algunas manifestaciones como la admisión de las donaciones « *propter nuptias* » de un consorte al otro —a pesar de la prohibición general de donaciones entre cónyuges—, o la antigua dote. Y es que, aun cuando no puedan confundirse la estipulación capitular y el pacto específico sobre un bien concreto, la misma causa que justifica la atribución patrimonial en caso de aportaciones realizadas mediante capitulaciones matrimoniales¹⁹ debe considerarse suficiente para justificar los desplazamientos patrimoniales

¹⁸ *Vid.* en este sentido, PEREÑA VICENTE, M., “El negocio de atribución de la sociedad de gananciales”, *Diario La Ley*, núm. 6944, 13 de mayo de 2008, Ref. D-149 (LA LEY 16243/2008). De la misma autora se puede consultar “El negocio de aportación a la sociedad de gananciales en la doctrina de la Dirección General de Registros y Notariado”, en <http://eciencia.urjc.es/bitstream/10115/5865/1/articulo%20boletin.pdf>

¹⁹ Cfr. la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 1993, según la cual “Siendo los capítulos por su propia naturaleza actos jurídicos cuyo tratamiento es el de los onerosos, difícilmente podría ser impugnado como carente de causa”.

derivados de pactos extracapitulares de ganancialidad, sin necesidad de mayores especificaciones respecto del elemento causal del negocio. En ambos casos se trata de convenciones que participan de la misma *iusta causa traditionis*, justificativa del desplazamiento patrimonial *ad sustinenda oneri matrimonii*. Sin embargo, a pesar de que la DGRN parece abogar por la existencia de una *causa matrimonii*, como un tercer género distinto y autónomo de la causa onerosa o gratuita, en el párrafo siguiente de la misma resolución acaba subsumiendo la causa de la atribución en una de las categorías tradicionales, onerosa o gratuita, negando que la *causa matrimonii* tenga sustantividad propia. Señala, en este sentido, que “Puede concluirse, por todo ello (aunque no sea necesario para decidir la cuestión planteada en este recurso) que, pudiendo tener carácter oneroso o gratuito, puede presumirse —en último término, mediante la aplicación de los principios que sirven de fundamento a la norma del artículo 1358 del Código Civil—, salvo pacto en contrario, el desplazamiento patrimonial derivado de la convención de ganancialidad dará lugar al reembolso previsto en dicho precepto, que no es causa de la atribución o aportación, sino consecuencia de la misma, exigible al menos en el momento de la liquidación, y que no es propiamente precio”. Por eso, como dice la propia DGRN en esta resolución, es fundamental atender a las manifestaciones de los otorgantes y a la valoración conjunta de la operación realizada, para entender cuál sea la finalidad perseguida en el caso concreto, teniendo siempre presente que en estos casos la causa onerosa o gratuita no puede identificarse plenamente con la de los negocios típicos, al entremezclarse relaciones personales y patrimoniales, pero sin que ello justifique que no deba existir causa, la cual podrá deducirse del contenido del título y sobre la que gravitará la presunción favorable al derecho de reembolso previsto (artículo 1.358 CC).

En definitiva, la expresión de *causa matrimonii* sin más, y sin otras justificaciones que resulten del negocio documentado, puede resultar insuficiente para servir de fundamento al desplazamiento patrimonial pretendido y, por consiguiente, a su inscripción en el Registro. Por ello, es conveniente que la escritura consigne con la mayor precisión y claridad po-

sible cuál es la finalidad e intención de los otorgantes, para que no quede lugar a duda sobre la causa del desplazamiento. Y así, la causa será onerosa cuando la atribución dé lugar a un derecho de reembolso, mientras que, en otro caso, será gratuita u onerosa según los casos.

La gratuidad u onerosidad del negocio de aportación, tiene, además, importantes repercusiones de índole fiscal. En este sentido, en los casos en los que estemos ante un negocio oneroso, la ventaja del negocio de aportación de un bien a la sociedad de gananciales, frente al resto de los negocios jurídicos típicos que implican un desplazamiento del patrimonio privativo de uno de los cónyuges al ganancial, radica, y ésta es, en mi opinión, la razón de ser del interés que ha despertado esta figura²⁰, en que le es aplicable la exención prevista en el artículo 45, I b) 3 del Texto Refundido de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por RD Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, y en el artículo 88 I.B).3 de su Reglamento aprobado por Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, a cuyo tenor “están exentas las aportaciones de bienes y derechos verificados por los cónyuges a la sociedad conyugal, las adjudicaciones que a su favor y en pago de las mismas verifiquen a su disolución y las transmisiones que por tal causa se hagan los cónyuges en pago de su haber de gananciales”.

Efectivamente, si bien la Administración Tributaria fue reacia al inicio a la aplicación de la exención a los supuestos referidos²¹, se puede consi-

²⁰ Así lo pone de manifiesto igualmente TORNEL GARCÍA señalando que “en los últimos años ha sido ésta una figura jurídica que ha sido muy aplicada en la práctica, entre otras razones por gozar de un tratamiento fiscal que se suponía benigno”. (TORNEL GARCÍA, A., “Notas prácticas. A) Tratamiento fiscal de las aportaciones de inmuebles a la sociedad de gananciales. Otro punto de vista”, *B. C. N. R.*, núm. 308, 1994, p. 267). LOBATO constata igualmente la circunstancia de que la posibilidad de obtener una exención fiscal opera como motivo primordial de los intentos en relación con la admisibilidad del negocio de aportación. (LOBATO GARCÍA-MIJÁN, M., “La aportación de un bien a la Sociedad conyugal”, *op. cit.*, p. 69).

²¹ *Vid.* GONZÁLEZ-ROSELL LÓPEZ, A., “Notas prácticas. Tratamiento fiscal de las aportaciones de inmuebles a la sociedad de gananciales. Consulta a la Subdirección General de

derar que la cuestión quedó zanjada a favor de la tesis positiva con la Sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2001 (rec. 8857/1999), favorable a la aplicación de la exención a las aportaciones de bienes y derechos verificadas por los cónyuges a la sociedad conyugal, especificando que ello “se refiere a todos los actos en virtud de los cuales cada cónyuge adscribe un bien propio al régimen de administración, aprovechamiento y cargas inherentes al régimen económico conyugal”²², criterio que ha sido adoptado por la Dirección General de Tributos, como se refleja en las contestaciones a las Consultas nº 0091-03 de 24 de enero de 2003 y 0095-03, de 28 de enero de 2003 y de 9 de enero de 2004. Conforme a la doctrina actual de la DGT, las aportaciones de bienes o derechos a la sociedad de gananciales pueden ser de dos clases: gratuitas, que son aquellas que no conllevan contraprestación alguna, y onerosas, que son las que dan lugar a cualquier tipo de contraprestación, tanto simultáneamente a la aportación, como mediante el nacimiento a favor del aportante de un derecho de crédito contra

Impuestos Patrimoniales, Tasas y Precios Públicos sobre tratamiento fiscal de las aportaciones de bienes inmuebles a la sociedad conyugal de gananciales”, *B.C.R.P.*, año XXVI, núm. 302, jul.-ago., 1993, págs. 1.763 y ss.; DELGADO RAMOS, J., “Tratamiento fiscal de los desplazamientos patrimoniales...”, *op. cit.*, p. 1.101).

²² En el mismo sentido, la STSJ de la Rioja de 3 de noviembre de 2000 mantiene la aplicabilidad de la exención al negocio de aportación de bienes a su sociedad conyugal verificado por uno de los cónyuges con la aceptación del otro, “sin que, dadas la contundente claridad del precepto, así como la fecha de la disposición normativa que lo contiene (1993), deba entenderse referida la exención exclusivamente a los supuestos de aportación de determinadas categorías de bienes, como los dotales y parafernales de la mujer, que ya perdieron vigencia con la modificación introducida en el régimen económico del matrimonio del Código civil por la Ley de 13 de mayo de 1981”. Por lo demás, añade, “debe rechazarse, (...) la interpretación puramente histórica de la exención de referencia, pues también el espíritu y finalidad de la norma que la establece puede verse en la intención del legislador que, siguiendo el principio rector del artículo 39.1 de la Constitución Española, puede pretender el aseguramiento de la protección de la familia, dando un trato fiscal beneficioso a los bienes que se aportan a la sociedad de gananciales, cuyo fin principal es hacer frente al sostenimiento de la familia, así como a la alimentación y educación de los hijos comunes si los hubiere”.

la sociedad de gananciales, exigible en el momento de la disolución de dicha sociedad. También es posible que una aportación de bienes o derechos a la sociedad conyugal participe de ambas naturalezas, en cuyo caso se aplicará a cada una de ellas la fiscalidad que le corresponda.

El tratamiento tributario de ambas transacciones es distinto, según su naturaleza sea gratuita u onerosa. Así, la donación de bienes a la sociedad de gananciales es una operación sujeta al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, sin que la normativa de dicho tributo recoja bonificación alguna para este tipo de donaciones. En caso de aportación onerosa, por el contrario, como ya se ha expuesto, será aplicable la exención del ITP y AJD, siempre que se trate de “verdaderos actos de aportación al régimen económico matrimonial”, es decir, con la calidad de afección a todos los efectos económico matrimoniales, quedando, en definitiva, fuera el supuesto en el que se produce una aportación del patrimonio de uno de los cónyuges al privativo del otro. En este sentido, en la consulta de la DGT VO604-05, de 11 de abril de 2005, se vincula, en último término la exención, a “que exista una “*affectio societatis*”, una intención de formar una sociedad –en este caso, una sociedad de gananciales– y de hacer comunes los bienes y sus frutos”.

III. APLICACIÓN DEL ACUERDO DE ATRIBUCIÓN DE GANANCIALIDAD AL RÉGIMEN DE COMUNICACIÓN FORAL DE BIENES

En principio, el artículo 1.355 del Código civil sólo es aplicable al régimen de la sociedad de gananciales o, en todo caso, a un régimen de comunidad relativa, en el que sea posible diferenciar la existencia de tres masas patrimoniales; la común y las privativas de ambos cónyuges, por lo que inicialmente podríamos considerar su inaplicabilidad al régimen de comunicación foral previsto por la Ley 3/1992 de Derecho Civil Foral del País Vasco, en el que “se hacen comunes, por mitad entre marido y mujer,

todos los bienes muebles o raíces, de la procedencia que sea, pertenecientes a uno u otra, tanto los aportados como los adquiridos en constante matrimonio, y sea cual fuere el lugar en que radiquen” (art. 95 Ley 3/1992).

Ahora bien, tal como señala MARTÍN OSANTE²³, la comunidad formada desde el momento de producirse el matrimonio no funciona de manera indiferenciada, sino que, cabe contemplar diferentes situaciones:

a) Consolidación. Si el matrimonio se disuelve por muerte de uno de los cónyuges, con descendencia común, la comunidad tendrá carácter universal, es decir, todos los bienes de los cónyuges, ya sean adquiridos a título oneroso, ya sean adquiridos a título gratuito, se integrarán en la comunidad y se dividirán por mitad entre el cónyuge viudo y los herederos del premuerto.

b) No consolidación. En cambio, si se disuelve por muerte de uno de los cónyuges, pero no quedan hijos del matrimonio, o si la disolución se produce por sentencia de separación, nulidad o divorcio o, por último, por modificación pactada del régimen económico matrimonial, salvo que se haya previsto otra cosa, la comunidad se limitará a los bienes gananciales (o adquiridos a título oneroso), excluyéndose los bienes aportados al matrimonio y los recibidos a título gratuito.

Esta alternatividad, se proyecta, por tanto, hacia la fase de disolución y liquidación, pero también incide en la fase de vigencia del régimen puesto que se ha de posibilitar cualquiera de las dos modalidades de liquidación. Nos encontramos, en definitiva, ante un régimen de comunidad universal, que implica por tanto la formación de una masa común compuesta por todos los bienes de los cónyuges, pero que en función de

²³ MARTÍN OSANTE, L.C., *El régimen económico matrimonial en el Derecho foral vizcaíno*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 44 y ss.; MARTÍN OSANTE, L.C. y SEISDEDOS MUIÑO, A., “La troncalidad y el régimen económico del matrimonio”, en *Derechos Civiles de España*, Aranzadi, Madrid, 2000, p. 258.

las circunstancias del matrimonio puede convertirse en un sistema de comunidad particular o limitada y liquidarse teniendo en cuenta la procedencia de los bienes de los cónyuges. Por ello, aunque la comunidad a que da lugar el régimen de comunicación foral se integre por todos los bienes de los cónyuges, ello no supone la desaparición de toda distinción entre tales bienes a fin de que quede abierta la posible liquidación de la misma, tanto en el caso de la consolidación como en el de la no consolidación²⁴. Esta distinción de masas se refleja en lo dispuesto en el artículo 97 de la Ley, en virtud del cual, “En la comunicación foral, la distinción entre bienes ganados y bienes procedentes de cada uno de los cónyuges se ajustará a las normas de la legislación civil general sobre bienes gananciales y bienes privativos”²⁵.

De acuerdo con lo expuesto hasta el momento, en la primera hipótesis –disolución por muerte con hijos o descendientes comunes–, teniendo en cuenta que éste es un régimen de comunidad universal carecería de utilidad práctica el recurso a la atribución voluntaria de ganancialidad prevista en el artículo 1.355 C.c., puesto que, en cualquier caso, todas las adquisiciones a las que dicho precepto sería aplicable serían, en virtud de dicho régimen foral, necesariamente comunes.

Por el contrario, en el segundo supuesto –disolución por fallecimiento sin descendiente comunes o por sentencia de separación, nulidad o divorcio–, las normas liquidatorias aplicables serían similares a las de la sociedad de gananciales, de manera que, en virtud del artículo 109.1º de la Ley 3/1992, pertenecerán a cada cónyuge los bienes de su procedencia o, por aplicación del principio de subrogación real, los que se hubiesen

²⁴ MONJE BALMASEDA, O., “El concurso de acreedores y el régimen económico matrimonial”, *RAP*, mayo-diciembre, 87-88, 2010, p. 846.

²⁵ Por tanto, aunque en el resto del articulado, no se emplea la denominación de bienes gananciales y bienes privativos, cabe hablar de equivalencia, ya que son privativos los bienes de un cónyuge (art. 109.3), los procedentes de cada cónyuge (art. 98.1) o de su procedencia (art. 100), sean muebles o raíces, troncales o no troncales. Son gananciales, lo ganados (arts. 98 y 102).

adquirido con ellos o con el importe de su venta²⁶. Por ello, en este caso sí tendría sentido la aplicación del artículo 1.355 C.c. y por lo tanto, cabría, a mi juicio, que los cónyuges casados bajo el régimen de comunicación foral, atribuyesen, en caso de adquisición de un bien a título oneroso con fondos de la procedencia de uno de ellos, carácter ganancial, para el caso de que la comunicación foral no llegase a consolidarse, en particular en los casos en los que no haya descendencia común. Como consecuencia de este acuerdo, en el momento de la liquidación, el cónyuge no adquirente tendrá derecho sobre el bien adquirido, sin perjuicio del derecho de reembolso que pudiera corresponder al cónyuge que hubiera aportado fondos propios para su adquisición.

Asimismo, será posible, al amparo del principio de libertad de contratación entre cónyuges, que éstos acuerden la modificación de la calificación, común o propia de un bien, en un momento posterior a la adquisición, siendo por tanto, posible la formalización del negocio de aportación de un bien a la sociedad conyugal, antes mencionado, que sólo tendrá plena virtualidad si la comunicación foral no se consolida. En este sentido se pronuncia la Audiencia Provincial de Bizkaia (sección 5ª), en el Auto de 26 de abril de 2006²⁷. La sentencia de primera instancia declara la nulidad del que califica como negocio jurídico de aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales, por falta del requisito del adquirente, alegando que no existía sociedad de gananciales que ocupara la posición de destinatario de la transmisión, criterio éste que no comparte la Sala, que considera que “constante matrimonio, la comunicación foral funciona prácticamente como el régimen de gananciales, y durante el mismo serán aplicables las reglas que disciplinan la libertad de contratación entre cónyuges (arts. 1323 y 1355 C.c.) y en su virtud se

²⁶ Si la adquisición se hubiera hecho en parte con bienes de otra procedencia, pertenecerán en proindivisión a los titulares de tales bienes en proporción a su cuantía. Los bienes ganados se distribuirán por mitad entre ambos cónyuges (art. 109.2º Ley 3/1992).

²⁷ *Vid.* también Sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia, Sección 3ª, núm. 543/1999, de 10 de noviembre de 1999.

podrán realizar contratos y trasvases de la masa ganancial a la privativa y viceversa. Atribuciones que durante el matrimonio tendrán plena virtualidad y también a la disolución del régimen, si la comunicación foral de bienes no se consolida”.

Admitidas las aportaciones de bienes en el régimen de comunicación foral, resulta aplicable igualmente la exención fiscal, cuando se trate de aportaciones onerosas, contemplada actualmente en el artículo 58.3 de la Norma Foral 1/2011, de 24 de marzo, del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados²⁸.

²⁸ *Vid.* Instrucción 4/2012, de 29 de marzo, de la Dirección General de Hacienda, por la que se establecen determinados criterios para la aplicación de la Norma Foral 1/2011, de 24 de marzo, del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados y sus disposiciones de desarrollo. En Gipuzkoa, su Norma Foral 18/1987 de 30 de diciembre, por el que se aprueba el ITP y AJD, en su Título IV, Capítulo I, en el artículo 41.B).3 recoge la exención en idénticos términos. En el Territorio Histórico de Álava, la encontramos en el artículo 69 de la Norma Foral 11/2003, de 31 de marzo, del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, extendiéndose en todos los casos la exención en los mismos supuestos, cuando se trate de aportaciones, adjudicaciones y transmisiones que efectúen los miembros de la pareja de hecho constituida conforme a lo dispuesto en la Ley del Parlamento Vasco 2/2003, de 7 de mayo.