

TRABAJO DE FIN DE MÁSTER

Máster Universitario en Abogacía

**DICTAMEN JURÍDICO SOBRE LAS CUESTIONES
TRIBUTARIAS EN LA TRANSMISIÓN DE VIVIENDA
PRIVATIVA: APORTACIÓN AL CONSORCIO CONYUGAL Y
POSTERIOR CAMBIO DE RÉGIMEN ECONÓMICO
MATRIMONIAL AL DE SEPARACIÓN DE BIENES**

Elaborado por el alumno

Andrés Alcubierre Domínguez

Bajo la dirección de

Prof^a Dr^a Lucía M^a Molinos Rubio



Facultad de Derecho
Universidad Zaragoza

ÍNDICE

LISTADO DE ABREVIATURAS.....	4
I. ANTECEDENTES DE HECHO	5
<i>Cuestión planteada</i>	6
II. NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA APLICABLES	6
III. DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS	7
IV. DOCUMENTACIÓN PRESENTADA EN EL DESPACHO	7
V. FUNDAMENTOS JURÍDICOS	8
1. <i>Tributación tras aportación de vivienda privativa al consorcio conyugal</i>	8
1.1. <i>Cuestiones previas</i>	8
1.1.1. <i>Configuración del supuesto de hecho con forme a su naturaleza jurídica</i>	8
1.1.2. <i>Disparidad de criterios a la hora de establecer el impuesto aplicable</i>	10
1.2. <i>Tributación de la operación por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados</i>	12
1.3. <i>Aplicación de la «causa matrimonii» como motivo para la exención del ITPAJD</i>	15
1.4. <i>Posible tributación de la operación por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas</i>	18
2. <i>Tributación tras la división del patrimonio común con la separación de bienes</i>	21
2.1 <i>¿Donación con la disolución de la sociedad ganancial?: volviendo a la «causa matrimonii» y criterios jurisprudenciales</i>	21
2.2 <i>Posible tributación por el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (o «plusvalía municipal»)</i>	23
2.3. <i>Tributación por el Impuesto de Donaciones y Sucesiones en caso de defecto de adjudicación con la división del patrimonio</i>	24
VI. CONCLUSIONES	26
VII. BIBLIOGRAFÍA Y ENLACES	29

LISTADO DE ABREVIATURAS

Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT)

Código Civil (Cc)

Código de Derecho Foral de Aragón (CDFA)

Constitución Española de 1978 (CE)

Dirección General de Tributos (DGT)

Impuesto sobre Bienes Inmuebles (IBI)

Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF)

Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones (ISD)

Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos (ITP-AJD)

Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU)

Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones (LISD)

Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (LITP-AJD)

Ley de Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (LIRPF)

Ley General Tributaria (LGT)

Ley Reguladora de las Haciendas Locales (LRHL)

Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU)

Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados (RD 828/1995)

Tribunal Superior de Justicia de Aragón (TSJA)

Tribunal Económico Administrativo Regional (TEAR)

Dictamen que emite D. Andrés Alcubierre Domínguez, Letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Huesca, acerca de la tributación que se devenga por la transmisión de un bien privativo de uno de los cónyuges a la sociedad de gananciales, para su posterior liquidación del régimen consorcial, y la adjudicación del referido bien al cónyuge no propietario antes de la aportación, a petición de Don M.A.F. el 25 de septiembre de 2021.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Don M.A.F. y Dña. C.I.E. contrajeron matrimonio en Zaragoza en el día 31 de agosto de 2012 bajo el régimen legal del consorcio conyugal aragonés.

Segundo. Don M.A.F. el día 18 de junio de 2004 adquirió la propiedad de un inmueble situado en la ciudad de Zaragoza. Para su adquisición Don M.A.F. suscribió un préstamo hipotecario por la totalidad del importe del precio. El inmueble constituye la vivienda habitual del matrimonio.

Tercero. Las cuotas del préstamo hipotecario desde la celebración del matrimonio se han abonado desde la cuenta bancaria de la que son titulares ambos cónyuges. En la referida cuenta se han venido realizando los ingresos derivados de sus trabajos personales. El importe de las cuotas del préstamo hipotecario abonado desde la celebración del matrimonio ascienden a 95.000 €.

Cuarto. Los bienes consorciales a fecha de la emisión de este dictamen son los siguientes:

- Saldo en cuenta bancaria (200.000 €)
- Plan de pensiones 1 (valor de 31.000 €)
- Plan de pensiones 2 (valor de 28.000 €)
- Participaciones en Sociedad Limitada (valor de 67.200 €)
- Mobiliario de todo tipo (valor de 18.000 €)
- Vehículo automóvil (valor de 26.800 €)
- Derecho de crédito del consorcio contra M.A.F. (95.000 €)

Quinto. La vivienda adquirida por Don M.A.F. tiene un valor de 220.000 €.

Sexto. En consecuencia, la sociedad de gananciales es titular de bienes por valor de 466.000 € y Don M.A.F. mantiene una deuda con la sociedad de gananciales por 95.000 euros.

Cuestión planteada

Don M.A.F. quiere conocer la tributación de la aportación de la vivienda privativa al consorcio conyugal, y la posterior liquidación del régimen ganancial constituyéndose por el régimen de separación de bienes, adjudicando a la esposa la vivienda habitual del matrimonio y al esposo el resto de los bienes.

II. NORMATIVA Y JURISPRUDENCIA APLICABLES

Normativa:

- Constitución Española de 1978, artículos 31 y 133.2.
- Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.
- Real Decreto Legislativo 1/1993, de 14 de septiembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
- Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.
- Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones.
- Ley 35/2015, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.
- 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
- Ordenanza Fiscal nº 9 del Ayuntamiento de Zaragoza sobre el Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana.
- Ley 24/2010, de 16 de julio, del régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Aragón y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión.
- Texto refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de tributos cedidos, aprobado por Decreto Legislativo 1/2015, de 26 de septiembre, del Gobierno de Aragón.
- Código Civil español, aprobado por Real Decreto de 24 de julio de 1889.
- Código de Derecho Foral de Aragón, aprobado por Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno de Aragón.

Jurisprudencia:

- Sentencia del Tribunal Supremo 295/2021, de 3 de marzo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 2 de octubre de 2001, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

- Sentencia del Tribunal Supremo, de 27 de mayo de 2010, de la Sala del Contencioso-Administrativo.
- Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de diciembre de 2015, de la Sala del Contencioso-Administrativo.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala del Contencioso-Administrativo, de 24 de enero de 2005.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala del Contencioso-Administrativo, de 12 de octubre de 2014.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala del Contencioso-Administrativo, de 17 de enero de 2017.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, Sala del Contencioso-Administrativo, de 7 de octubre de 2008.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 14 de junio de 2016.

III. DOCTRINA DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE TRIBUTOS

- Consulta nº 0095/03, de fecha 28 de enero de 2003
- Consulta nº V1939-14, de fecha 30 de septiembre de 2013
- Consulta nº V4587-16, de fecha 26 de octubre de 2016
- Consulta nº V0513-18, de fecha 23 de febrero de 2018
- Consulta nº V3496-20, de fecha 2 de diciembre de 2020

IV. DOCUMENTACIÓN PRESENTADA EN EL DESPACHO

Entre los documentos que aporta el esposo se encuentran inicialmente:

- Título de propiedad de la vivienda familiar.
- Certificación catastral descriptiva y gráfica de la vivienda familiar.
- Relación de bienes consorciales en escritura notarial.
- Valoración del bien inmueble urbano (vivienda familiar), realizada en la web del Gobierno de Aragón destinada al efecto.
- Nota simple del Registro de la Propiedad de Zaragoza (titularidad de la vivienda).

V. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

En este apartado se resolverá razonadamente, con el apoyo de jurisprudencia y doctrina de la DGT, acerca de cuáles son los tributos a los que Don M.A.F. quedará sujeto, indicando tanto aquéllos por los que resultará exento, como aquéllos por los que deberá responder económicamente en su caso.

1. Tributación tras aportación de vivienda privativa al consorcio conyugal

1.1. Cuestiones previas

Como que lo se pregunta es acerca de la tributación de una determinada operación, resultará necesario fijar antes el concepto de tributo. El artículo 2.1 de la LGT establece que lo son aquéllos ingresos públicos que consisten en prestaciones pecuniarias exigidas por las administraciones públicas como consecuencia de la realización de un supuesto de hecho. Por ello antes de fijar los criterios del devengo del impuesto correspondiente al primer hecho, para determinar, como veremos más tarde, su exención, convendrá analizar en qué consiste esta primera transmisión de la vivienda privativa al consorcio conyugal, y así conocer cómo se configurará el supuesto de hecho sujeto a obligación de tributar (aportación de la vivienda al consorcio), con arreglo a la naturaleza jurídica del acto independientemente de la forma en la que los cónyuges lo denominen y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez (art. 13 de la LGT). De este modo así comprenderemos el porqué de la sujeción a un determinado impuesto y no otro. En este primer supuesto de hecho, al ITP-AJD, en contraposición al ISD. Se examinará, finalmente, si también existe un segundo supuesto de hecho sujeto al IRPF.

1.1.1. Configuración del supuesto de hecho conforme a su naturaleza jurídica

La aportación de la vivienda al consorcio conyugal supone una alteración de la propiedad de la misma. La propiedad, interpretada desde el Derecho civil común como el derecho de gozar y disponer de una cosa (art. 248 Cc), en un inicio exclusivamente de Don M.A.F., pasaría a convertirse en un derecho del consorcio conyugal. Desde el Derecho común una donación se concibe como un tipo de transmisión derivativa de la propiedad, de tal modo que quien recibe la propiedad lo hace porque el donante ya tenía derecho de propiedad sobre ella, y dicha transmisión realizarse gratuitamente (art. 618 Cc). En el supuesto del matrimonio entre D. M.A.F y Dña. C.I.E. observamos que aquello a lo que estaríamos transmitiendo la propiedad no se trata de una persona física ni jurídica. Tanto la sociedad de gananciales como el consorcio conyugal en el Derecho foral aragonés están configurados como una sociedad germánica, a diferencia de las

comunidades o condominios del Derecho romano, no existen cuotas sobre los concretos bienes ni sobre el patrimonio en sí mismo. La propiedad de la vivienda será por tanto del matrimonio en su conjunto, sin cuotas sobre los bienes concretos ni sobre el patrimonio en sí mismo (art. 210 CDFA).

Considerada la naturaleza jurídica del acto de aportación de la vivienda familiar conviene, por mi parte, y antes de que se realice la efectiva aportación de la vivienda familiar y privativa de Don M.A.F., hacer un señalamiento del balance patrimonial del consorcio conyugal en el momento anterior a la aportación, a efectos de conocer su estado patrimonial:

ACTIVO		PASIVO	
Saldo en cuenta bancaria	200.000 €	VALOR TOTAL	0 €
Plan de pensiones 1	31.000 €		
Plan de pensiones 2	28.000 €		
Participaciones en S.L.	67.200 €		
Mobiliario de todo tipo	18.000 €		
Vehículo automóvil	26.800 €		
Derecho de crédito del consorcio frente a M.A.F.	95.000 €		
VALOR TOTAL	466.000 €		

La vivienda familiar, de carácter privativa, tiene un valor de 220.000 €.

En las siguientes líneas se examinará cómo la operación de aportación no puede quedar sujeta al ISD, en tanto que el consorcio sea el sujeto pasivo de la aportación. No se cumpliría dicha premisa debido a que los consorcios conyugales no están configurados como sujetos pasivos la propia LISD¹ (art. 5), aún cuando el artículo 35.4 de la LGT en un concepto amplio incluyera tales entidades.

El artículo 35.1 de la Ley General Tributaria establece que «Son obligados tributarios las personas físicas o jurídicas y las entidades a las que la normativa tributaria impone el cumplimiento de obligaciones tributarias». A su vez, en el apartado 4, establece que «Tendrán la consideración de obligados tributarios, en las leyes en que así se establezca, las herencias yacentes, comunidades de bienes y demás entidades que, carentes de personalidad jurídica, constituyan una unidad económica o un patrimonio separado susceptibles de imposición». La normativa específica del impuesto de donaciones, artículo 5 de la Ley del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, establece que «Estarán obligados al pago del Impuesto a título de contribuyentes, cuando sean personas físicas: [...] b) En las donaciones y demás transmisiones lucrativas «inter vivos» equiparables, el donatario o el favorecido por ellas».

¹ En reserva de Ley, conforme al principio de legalidad, el artículo 8.c) de la LGT prevé que deben determinarse por Ley los obligados tributarios.

1.1.2. Disparidad de criterios a la hora de establecer el impuesto aplicable

La aportación de la vivienda al consorcio conyugal es una operación con observable similitud o fácilmente subsumible como una donación. Por ello podríamos concluir tajantemente que, dado que la operación se trata en apariencia de una donación, debería por lo tanto tributar por el ISD. No obstante, en la práctica jurídica se observa que en el momento de establecer el determinado impuesto por el que debería tributar dicha operación, existe una disparidad de criterios: o bien aplicaría el ISD, criterio defendido por la Administración tributaria, o bien el ITP-AJD, aplicación del impuesto defendida por diversos tribunales, y también por el Tribunal Supremo.

Sobre las aportaciones de bienes a las sociedades de gananciales (que son el homólogo del consorcio conyugal en el Derecho civil común), reiterada doctrina de la Dirección General de Tributos viene diferenciando en cuanto a si éstas son onerosas o gratuitas. De esta manera, si la aportación se realizase a título gratuito quedaría sujeta al impuesto de donaciones y, solo si se realizara a título oneroso, al impuesto de transmisiones patrimoniales². Sin embargo, esta forma de interpretar la normativa fiscal plantea una cuestión: ¿cuándo deberíamos determinar que la transmisión tiene carácter gratuito?

En el supuesto práctico que me propone Don M.A.F., si atendemos a *la consulta nº 0095/03, de fecha 28/01/2003* que resuelve que tienen carácter oneroso también «*las [aportaciones] que dan lugar a cualquier tipo de contraprestación, [...] como mediante el nacimiento a favor del aportante de un derecho de crédito contra la sociedad de gananciales exigible en el momento de la disolución de dicha sociedad*», esta cuestión no nos plantearía problema alguno si se fijara en la futura escritura pública de aportación de vivienda privativa al consorcio conyugal una indicación, por la que, con la incorporación de la vivienda al consorcio, se generase un derecho de compensación. Ello a través de un pacto o cláusula tal vez con la siguiente redacción:

Que a los efectos de extender o ampliar la comunidad de bienes constituida por los cónyuges aquí comparecientes, y conforme a lo dispuesto en el artículo 215 del Código de Derecho Foral de Aragón, pactan expresamente que atribuyen a la finca el carácter de consorcial o común, así como que en el momento de la disolución y liquidación del consorcio el valor de lo aportado por ambos cónyuges dará lugar a un derecho de reembolso o reintegro.

Con la redacción de la anterior cláusula se anticiparía un acto futuro. En la propia escritura de liquidación del régimen ganancial constituyéndose por el régimen de separación de bienes con la adjudicación a la esposa de la vivienda familiar, habría que realizarse, como consecuencia de tal pacto, una compensación en favor del esposo.

² Véase, por ejemplo, la consulta nº 0095/03, de fecha 28/01/2003 (“Aportación de bienes privativos a la sociedad de gananciales”): aunque lo que pretende es responder acerca de la exención del impuesto sobre dicha operación, hace necesario reflejo del criterio que la Administración venía defendiendo acerca de la diferente tributación según si la aportación es onerosa o gratuita.

De la no indicación de dicha cláusula (o similar) en la escritura de aportación al consorcio no debería de inducirse el carácter gratuito de la aportación, si bien el artículo 215 CDEFA establece la presunción de la existencia de pacto de derecho de compensación aunque los cónyuges no lo hagan constar en la escritura³. Seguiría presumiéndose el carácter oneroso, y por ende la tributación por el ITPAJD.

Solo si se estableciera expresamente la intención de liberalidad de la vivienda por parte de Don M.A.F., dándose el carácter gratuito de la aportación, deberíamos estudiar la situación con la premisa de la gratuidad. En ese caso se atendería al criterio por el recientemente el Tribunal Supremo ha determinado recientemente que tanto por la aportación gratuita como por la aportación onerosa se debe tributar por el impuesto de transmisiones patrimoniales. Dicho criterio se construye según lo aludido ya en el anterior apartado, cuando se decía que los consorcios conyugales no están configurados como sujetos pasivos por la normativa fiscal.

Mediante la Sentencia de 3 de marzo de 2021, el Tribunal Supremo se desmarca de la interpretación dada por la Dirección General de Tributos. Para ello reivindica que en las sociedades de gananciales la cosa pertenece a los condóminos por partes intelectuales o cuotas (partes pro indiviso), por lo que no puede quedar sujeta al ISD una aportación a las mismas:

Fundamento de Derecho SEGUNDO

«[...] la sociedad de gananciales se configura en nuestro ordenamiento jurídico como una comunidad en mano común o germánica; no existen, por tanto, cuotas, ni sobre los concretos bienes gananciales conformadores del patrimonio conjunto, ni sobre este».

Más arriba se fijaba que debido a que los consorcios conyugales no están configurados como sujetos pasivos, por la propia LISD (art. 5 LISD), no debería tributarse por el ISD por las aportaciones a los mismos. El artículo 5 de la LISD circunscribía el sujeto pasivo del bien objeto de la transmisión lucrativa a las personas físicas. Los consorcios conyugales, como patrimonios separados (del mismo modo las sociedades gananciales), no pueden ser por lo tanto sujeto pasivo del impuesto pues, aún cuando estén conformados por dos personas físicas, jurídicamente no están configurados como tal.

Don M.A.F. y Dña. C.I.E. como cónyuges participantes en tal comunidad o consorcio, dado que no serían dueños de la mitad de los bienes comunes sino que ambos son titulares conjuntamente de todo el patrimonio conyugal o ganancial de forma global, no quedarán sujetos al ISD. Según se ha venido diciendo, ello sería así toda vez que el auténtico sujeto pasivo de la aportación de la vivienda familiar sería el propio consorcio conyugal, que no está configurado como sujeto pasivo en la normativa del impuesto de donaciones, ni en ninguna otra con rango de Ley.

³ Esta presunción se ve reforzada por la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 14 de junio de 2016.

Se concluye que, en ausencia de norma que los regulen como tal, los consorcios conyugales no pueden ser objeto de tributación por el ISD, por lo que en definitiva no se deberá presentar autoliquidación alguna del ISD tras la aportación de la vivienda familiar al consorcio.

1.2. Tributación de la operación por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados

En el inicio del subapartado primero se definía que los tributos consisten en prestaciones pecuniarias exigidas por las administraciones públicas como consecuencia de la realización de un supuesto de hecho (art. 2.1 LGT) y que estos se exigían conforme a la naturaleza del acto, independientemente de la forma en la que los cónyuges lo denominasen, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez (art. 13 de la LGT). En un concepto de tributo más extenso, tal supuesto de hecho debe ser exigido cuando la Ley le vincula la obligación de contribuir (art. 2.1 LGT). Ello es lo que denominamos como hecho imponible (art. 20 LGT).

Por lo tanto, dada la aportación de la vivienda a título oneroso, y sin expresa liberalidad por parte de Don M.A.F. en su caso, esto constituiría un hecho imponible, previsible por la Ley y sujeto por lo tanto al ITPAJD, concretamente por la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas.

Artículo 1.1 de la LITPAJD: El Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados es un tributo de naturaleza indirecta que [...] gravará: 1º Transmisiones patrimoniales onerosas.

De forma similar se pronuncia el artículo 10 del RD 828/1995.

1. Son transmisiones patrimoniales sujetas: A) Las transmisiones onerosas por actos «inter vivos» de toda clase de bienes y derechos que integren el patrimonio de las personas físicas o jurídicas.

La operación tributaría por la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas en el caso de no producirse la liberalidad del inmueble por parte de Don M.A.F. De lo contrario, de haber liberalidad y darse el carácter gratuito de la aportación, simplemente no habría tributación por donaciones, ni tampoco sujeción a la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas del ITPAJD⁴.

La tributación por las aportaciones a título oneroso por el ITPAJD ya fue confirmada por el Tribunal Supremo por medio de la Sentencia de 2 de octubre del 2001, de la Sala del Contencioso-Administrativo, que desestimaba un recurso de casación en interés de Ley interpuesto por la Xunta de Galicia. La cuestión versaba sobre una reclamación

⁴ Fundamento de Derecho TERCERO de la STS de 3 de marzo de 2021, Sala del Contencioso Administrativo.

promovida por Dña. M. contra una resolución de la Delegación de Pontevedra de la Consejería de Economía y Hacienda que desestimaba el recurso de reposición deducido contra la liquidación del impuesto de transmisiones patrimoniales. Se impugnaba que la aportación por su cónyuge, mediante escritura pública a la sociedad de gananciales de un local y «sin perjuicio del reintegro de su valor en la liquidación de la sociedad conyugal», no estuviera exenta del ITPAJD.

La anterior sentencia nos vale como premisa para valer el criterio de sujeción al impuesto⁵, aunque la misma expresamente resolviera sobre la exención del impuesto que más adelante trataré.

Volviendo a la cuestión particular planteada, la aportación de la vivienda familiar al consorcio conyugal dejaría el siguiente balance (presuponiendo la onerosidad de la aportación). Se concluiría que la realización de tal acto configuraría el anterior hecho imponible citado por la LITP-AJD.

ACTIVO		PASIVO	
Saldo en cuenta bancaria	200.000 €	Derecho de crédito de M.A.F. frente al consorcio por la aportación de la vivienda familiar	220.000 €
Plan de pensiones 1	31.000 €	VALOR TOTAL	220.000 €
Plan de pensiones 2	28.000 €		
Participaciones en S.L.	67.200 €		
Mobiliario de todo tipo	18.000 €		
Vehículo automóvil	26.800 €		
Derecho de crédito del consorcio frente a M.A.F.	95.000 €		
Vivienda familiar	220.000 €		
VALOR TOTAL	466.000 €		

Cabría ahora hacer una breve mención de la Administración a la que le corresponde la exigencia de este impuesto y en qué términos, partiendo de que el domicilio fiscal de la sociedad conyugal lo situaríamos en Zaragoza [art. 48.2 c) LGT]. El ITPAJD es un impuesto de naturaleza indirecta⁶, y su rendimiento, recaudación y gestión están cedidos por el Estado a la Comunidad Autónoma de Aragón⁷ en las transmisiones dadas en esta región. Dicha cesión fue establecida por la Ley 24/2010, de 16 de julio, del régimen de

⁵ Ver apartado 1.3 de este dictamen, *in fine*.

⁶ Los impuestos indirectos son aquéllos que se aplican sobre una manifestación indirecta o mediata de la capacidad económica, como la circulación de riqueza, bien por actos de consumo o bien por actos de transmisión, como el que nos ocupa (*def.* www.agenciatributaria.es).

⁷ El establecimiento y, en este caso, exigencia de tributos por parte de las Comunidades Autónomas está previsto en el artículo 133.2 de la CE

cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Aragón y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión, según predisposición del artículo 133.2 de la CE.

Mediante el Texto refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de tributos cedidos, aprobado por Decreto Legislativo 1/2015, de 26 de septiembre, del Gobierno de Aragón, se establece, para el ITPAJD, los tipos impositivos aplicables sobre la base liquidable de la transmisión onerosa de bienes inmuebles, en la misma proporción que sobre el valor del bien (artículo 121-1).

En la autoliquidación del ITPAJD, realizada mediante el modelo 653, se detallarán los siguientes:

- Los datos del sujeto pasivo (los datos de Dña. C.I.E.).
- Los datos del transmitente (Don M.A.F.).
- Los datos del documento por el que se realiza la transmisión (escritura notarial) y la identificación de la operación (como una transmisión patrimonial onerosa).
- La identificación del bien inmueble (la vivienda familiar privativa).
- El valor declarado de de la vivienda familiar o inmueble (220.000 €) y el valor declarado de la transmisión (110.000 €). Dicho valor constituiría la base imponible del impuesto, por el método de estimación directa, de conformidad con el artículo 50 de la LGT⁸.
- El tipo impositivo que será igual a 0 (cero), y por tanto la cuota a ingresar igual a 0 (cero).
- El motivo de la exención.
- Los datos de quien presenta el documento de autoliquidación.
- Indicación del lugar donde se presenta el documento que, por tratarse de un bien inmueble, se realizará en el municipio de Zaragoza.

Al tratarse de una operación inmobiliaria deberá presentarse junto a la autoliquidación la primera copia y copia simple de la escritura notarial o, en su caso, original y fotocopia del documento privado que contenga el hecho imponible del impuesto, es decir, el título de compraventa del inmueble por Don M.A.F. del 18 de junio de 2004.

Visto que la entidad que configura el sujeto pasivo de la aportación y obligada a tributación carece de personalidad jurídica (el consorcio conyugal), actuará como representante legal en el orden tributario y deberá presentar la autoliquidación, cualquiera de los cónyuges (tanto Don M.A.F. como Dña. C.I.E.) de conformidad con lo establecido en el artículo 45.3 de la LGT. Dicho precepto se refiere a la representación de los entes nombrados por el artículo 35.4.

⁸ A partir del 5 de septiembre de 2012, la valoración de determinados inmuebles urbanos en Aragón se puede calcular con el método de “Coeficientes Multiplicadores del Valor Catastral”, abreviadamente CMVC. A partir del 1 de junio de 2013, la valoración de determinados inmuebles urbanos situados en Aragón se puede calcular con el método de “Precios Medios de mercado”, abreviadamente PMM. Para realizar la valoración del bien inmueble, fue utilizada por Don M.A.F. la aplicación disponible por el Gobierno de Aragón para tales efectos: aplicaciones.aragon.es/valorgram/consulta_empezar.action.

La autoliquidación del ITP-AJD deberá realizarse en el plazo de un mes contado desde el día siguiente al de la fecha de devengo del impuesto (cuando se haya suscrito la escritura de aportación de la vivienda al consorcio conyugal), salvo que el último día de plazo coincida con sábado, domingo o festivo. Entonces se pagará el primer día hábil siguiente.

1.3. Aplicación de la «causa matrimonii» como motivo para la exención del ITPAJD

La resolución de la cuestión de este apartado se realiza presumiendo que la aportación al consorcio se realizará con carácter oneroso.

Como hemos visto hasta ahora, comúnmente se ha aceptado que las aportaciones onerosas a las sociedades gananciales (consorcio conyugal en el caso de Don M.A.F. y Dña. C.I.E.) quedan sujetas al ITPAJD. Sin embargo, de esta sujeción al impuesto nacerá una exención al mismo, en cumplimiento de lo establecido por la propia LITPAJD [artículo 45.1.B) 3]. Por lo tanto no surgirá el deber de resarcimiento económico a la Administración por parte del consorcio conyugal. La exención al consorcio conyugal de tributar no obstaría a que este fuera considerado como obligado tributario, y que por lo tanto deba presentar la autoliquidación del ITP-AJD, de conformidad con el artículo 120 de la LGT, solicitándose a su vez la exención. Así lo expresa el artículo 35. 2 k) de la LGT: *2. Entre otros, son obligados tributarios: k) Los beneficiarios de supuestos de exención, [...], cuando no tengan la condición de sujetos pasivos.*

Por medio de la sentencia del Tribunal Supremo de 2 de octubre de 2001, Sala del Contencioso-Administrativo, introducía la exoneración de esta particular transmisión de la propiedad. El criterio que utiliza para llegar al fallo es que esta debía encontrarse condicionada a la existencia de verdaderos actos de aportación al régimen económico matrimonial.

[...] es factible otorgar capitulaciones matrimoniales antes y después del matrimonio (artículo 1326 del CC), por lo que toda aportación efectuada por los cónyuges al matrimonio, goza de exención, aunque se efectúe una vez celebrado el mismo, siempre que se trate de "verdaderos actos de aportación al régimen económico matrimonial", es decir, como ya se indicó anteriormente, con la calidad de afección a todos los efectos económicos matrimoniales.⁹

⁹ Fundamento de Derecho CUARTO, apartado 3, de la Sentencia del TS de 2 de octubre de 2001, Sala del Contencioso Administrativo.

La *causa matrimonii* o causa matrimonial, como motivo para la exoneración, fue introducida posteriormente como tal por diversos tribunales superiores de justicia¹⁰, cuando tuvieron que resolver acerca de este tipo de controversia. Desde entonces debe asegurarse este requisito para que se pueda conceder esta ventaja fiscal. En una interpretación a mi parecer sociológica, la norma exoneraría a las aportaciones siempre y cuando se realicen bajo la premisa o finalidad del refuerzo de la masa común y el mantenimiento de la sociedad conyugal. La *causa matrimonii* constituiría la filosofía de la norma¹¹ y por lo tanto, si esta no se cumple, no se dará la exoneración del ITP-AJD.

En determinados casos en los que la liquidación se sigue inmediatamente de una atribución a la comunidad, se presume la inexistencia de dicha causa, y por lo tanto la DGT resuelve doctrinalmente la improcedencia de la exoneración. Lo que la DGT considera en estos casos es que los cónyuges lo que pretenden mediante tal operación es, generalmente, evitar el impuesto de donaciones. Esto constituiría un conflicto en la aplicación de la norma tributaria por una donación encubierta (artículo 15 de la LGT).

Llegados a este punto conviene hacer un análisis jurisprudencial, con la finalidad de aproximarnos mejor al concepto de *causa matrimonii* y así observar lo que los tribunales han resuelto en otras ocasiones. En especial el TSJA. Este examen resulta vital de cara a resolver la cuestión planteada dado que, en su caso, podría incurrirse en la sujeción al ISD, por fraude de norma tributaria, y no al ITP-AJD, dada una donación encubierta en una eventual actuación de Don M.A.F. y Dña. C.I.E. a tal efecto.

En la línea que venía esgrimiendo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 24 de enero de 2005, Sala del Contencioso-Administrativo¹², resolvía que una transmisión debía de tributar por el ISD, en relación a un régimen de consorciales que, tres días después de haber asignado el carácter de común a determinados bienes privativos, los cónyuges se adjudicaron ambos por mitad y sin actos de compensación. Dicha actuación propició que la Inspección Tributaria determinase el fraude de norma tributaria, debido al escaso transcurso de tiempo entre aportación al consorcio conyugal y la posterior liquidación. Dicha decisión del TSJA fue recurrida al Tribunal Supremo y confirmada mediante la Sentencia de 27 de mayo de 2010, de la Sala del Contencioso-Administrativo¹³.

¹⁰ Por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, Sala de lo Contencioso, de 12 de octubre de 2014; o la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Sala de lo Contencioso, de 17 de enero de 2017.

¹¹ “*Bienes comunes o privativos por voluntad de los cónyuges en el régimen matrimonial legal de consorciales*”, Silvia Gaspar Lera, Profesora titular de Derecho civil de la Universidad de Zaragoza, página 67 (3. *La cuestión de onerosidad o gratuidad del pacto. Consecuencias fiscales*).

¹² Ponente: M.V. Garzón Herrero (existen varias sentencias del mismo órgano jurisdiccional en la misma fecha).

¹³ Ponente: A. Aguallo Avilés, nº de recurso 365/2005 (existen varias sentencias del mismo órgano jurisdiccional y ponente en la misma fecha).

Se desestima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto contra Sentencia desestimatoria de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, sobre impugnación de liquidación por el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. [...], adjudicándose cada cónyuge por mitad y en proindiviso todos los bienes que constituían el haber de la comunidad conyugal, si realizar ninguna compensación, y llega a la conclusión de que, como consecuencia de la operación descrita la recurrente obtuvo un incremento patrimonial sujeto al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, [...].

Hecho similar resolvió la Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de diciembre de 2015, de la Sala del Contencioso-Administrativo¹⁴. La misma resolvía sobre los actos de otorgamiento de capitulaciones matrimoniales, con la aportación del marido a la sociedad conyugal una vivienda familiar con carácter privativo (hecho similar al de Don M.A.F.) y de posterior disolución del régimen económico, adjudicándose la esposa la vivienda y otros inmuebles y el marido una cantidad en efectivo. Dichos actos se produjeron, consecutivamente, el día 10 de octubre de 2005 y el día 17 de 2005 (7 días de separación). Por la aportación presentaron autoliquidación con exención del ITP-AJD. La Inspección de hacienda practicó liquidación por el ISD.

La Sentencia confirmaba la improcedencia de la exención dado que el transcurso de los escasos siete días entre aportación y disolución daba a entender la inexistencia de la *causa matrimonii* en los siguientes términos:

Con independencia de que las escrituras de aportación a la sociedad de gananciales [...] tengan un contenido diferente al de la sentencia impugnada, en lo referente a la naturaleza "gratuita" de la aportación que se efectúa en la sociedad de gananciales por parte del cónyuge aportante, es manifiesto que la escritura de disolución de la sociedad de gananciales, producida sólo 7 días después de la primera y 5 después de contraer matrimonio, es un elemento de interpretación básico y fundamental a la hora de fijar el alcance, naturaleza y sentido de la escritura de aportación a la sociedad de gananciales de 10 de octubre.

De aquí la importancia de que al inicio del dictamen se pusiera de relieve lo dispuesto por el artículo 13 de la LGT, pues, en la forma o el momento temporal de la disolución del régimen económico matrimonial de consorciales por parte de Don M.A.F., se podría producir eventualmente y *a posteriori* una (re)interpretación del significado real o verdadera naturaleza jurídica de la escritura de aportación de la vivienda privativa al consorcio conyugal.

¹⁴ Ponente: M.V. Garzón Herrero (existen varias sentencias del mismo órgano jurisdiccional en la misma fecha).

Para concluir, examinada la doctrina y jurisprudencia acerca de la *causa matrimonii* para el presupuesto de la exención prevista en la LITP-AJD, con su reflejo lo que pretendo es advertir a Don M.A.F. para que no incurra en fraude de norma tributaria en su futura actuación tras el examen de este dictamen. Sobre esta última Sentencia, en definitiva, resultaría de vital importancia quedarse con el elemento temporal descrito.¹⁵

Por último en este apartado, podríamos argüir en este subapartado, volviendo al primero en el cual se establecía el impuesto aplicable al supuesto de hecho de la aportación, que visto que el artículo 45.1.B) 3 de la LITP-AJD no discrimina entre pactos onerosos o gratuitos, mediante una interpretación, a mi parecer, sistemática de la norma (art. 3.1 Cc) podríamos determinar que el impuesto aplicable es el de transmisiones patrimoniales y no el impuesto de donaciones, desmarcándonos así del criterio de la DGT. El Tribunal Supremo, mediante la Sentencia de 2 de octubre de 2001, ya se encargó de esgrimir este criterio cuando, en el Fundamento de Derecho PRIMERO de dicha resolución sostenía que:

[...] las aportaciones constante matrimonio realizadas con aquella finalidad, es obvio que las mismas resultan beneficiadas por la cuestionada exención, sin necesidad de forzar la interpretación del precepto, cuya literalidad y su espíritu y finalidad son muy claras, pues, a tenor de los criterios hermenéuticos del artículo 3.1 del CC, se llega a la coherente conclusión de que las transmisiones onerosas de bienes efectuadas por los cónyuges a la sociedad conyugal, como es el caso, constituyen transmisiones "sujetas" al ITP, pero "exentas", en la misma línea, por cierto, señalada en el vigente Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, que reproduce los términos de tal exención.

1.4. Posible tributación de la operación por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas

En este apartado se examinará si de la aportación de la vivienda familiar por parte de Don M.A.F. al consorcio conyugal, se configura un segundo supuesto de hecho resultante en un hecho imponible (artículo 20 LGT), en este caso, por la LIRPF, en relación a una posible ganancia patrimonial del sujeto aportante.

El IRPF es un tributo de carácter personal y directo que grava la renta de las personas físicas de acuerdo con su naturaleza, sus circunstancias personales y familiares (artículo 1 de la LIRPF). Constituye el hecho imponible la obtención de renta por el contribuyente, y componen esa renta, entre otros, las ganancias patrimoniales (artículo 6 de la LIRPF). Aunque la LIRPF, en su artículo 33.2 b), estima que no se produce alteración del patrimonio en la disolución de la sociedad de gananciales, nada dice esta acerca de las aportaciones de bienes a este tipo de sociedades.

¹⁵ Ver conclusión Tercera.

2. Se estimará que no existe alteración en la composición del patrimonio: a) En los supuestos de división de la cosa común. b) En la disolución de la sociedad de gananciales o en la extinción del régimen económico matrimonial de participación.

Dado que con la aportación de Don M.A.F. se obtendrá una ganancia patrimonial del consorcio, cabe realizar un estudio de la posible sujeción al IRPF, así como de quién constituiría el sujeto pasivo del mismo y obligado tributario.

El balance tras la aportación sería, como se ha visto con anterioridad, el siguiente:

ACTIVO		PASIVO	
Saldo en cuenta bancaria	200.000 €	Derecho de crédito de M.A.F. frente al consorcio por la aportación de la vivienda familiar	220.000 €
Plan de pensiones 1	31.000 €	VALOR TOTAL	220.000 €
Plan de pensiones 2	28.000 €		
Participaciones en S.L.	67.200 €		
Mobiliario de todo tipo	18.000 €		
Vehículo automóvil	26.800 €		
Derecho de crédito del consorcio frente a M.A.F.	95.000 €		
Vivienda familiar	220.000 €		
VALOR TOTAL	466.000 €		

La DGT, por medio de la Consulta nº V0513-18 de 23 de febrero de 2018, estimó que con la aportación de un bien privativo a la sociedad de gananciales a título oneroso se produce una alteración en la composición del patrimonio que puede poner de manifiesto una ganancia o pérdida patrimonial integrante de la base imponible del impuesto, pero solo en un 50%, pues se considera que el aportante sigue siendo propietario de la mitad del bien aportado a la sociedad, mientras que la otra mitad sería ahora de titularidad del otro cónyuge.

La consulta nº V4587-16, de fecha 26 de octubre de 2016 trata la existencia de ganancia patrimonial en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en el supuesto de una aportación de un bien privativo a un consorcio conyugal aragonés. En la misma, tras citarse los ya referidos artículos 210 y 215 del CDFR y observar que la aportación se realizaría a título oneroso, se establece que la operación constituirá una alteración en la composición del patrimonio, generándose una ganancia o pérdida patrimonial de conformidad con el artículo 33.1 de la LIRPF. Determina, de este modo, que *de acuerdo con lo expuesto la ganancia o pérdida patrimonial se cuantificará por diferencia entre el valor de transmisión del 50% de los bienes aportados, y su valor de adquisición.*

Frente a la hipótesis de que se estaría tributando mediante dos conceptos distintos (ITPAJD e IRFP) cabría decir que, en el supuesto de haber verdadera sujeción de la aportación al consorcio conyugal, ni habría un solo hecho imponible, sino dos. Por un lado la presunta ganancia patrimonial por parte de Don. M.A.F. y por otro una transmisión patrimonial onerosa sujeta a ITP-AJD cuyo sujeto pasivo sería el consorcio, que quedaría automáticamente exento.

Dado que la cuestión planteada tiene como objeto resolver sobre un supuesto cuyas premisas tienen lugar enteramente en Zaragoza -residencia de los cónyuges, localización de la vivienda familiar y vecindad civil aragonesa de los cónyuges-, se pondrá a continuación, como modelo de aplicación del IRPF en los supuestos de aportación de bien privativo al consorcio conyugal, lo que la jurisprudencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TSJA ha resuelto, así como se ha hecho anteriormente con la *causa matrimonii*. En particular, mediante la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de 7 de octubre de 2008¹⁶ establecía que, en efecto, estas aportaciones pueden producir una ganancia patrimonial para el aportante por la diferencia entre el valor de adquisición y el valor de transmisión del 50% del inmueble, pues respecto del otro 50% no se produce ninguna transmisión por ser aportante y adquirente la misma persona¹⁷.

Por último debemos volver a la consideración de que en las aportaciones a los consorcios conyugales y sociedades gananciales no se produce la copropiedad derivativa del bien entre los cónyuges, pues el bien aportado no pasa a formar parte del patrimonio privativo del otro cónyuge, sino de ambos en su conjunto como sociedad germánica o de mano común¹⁸.

El artículo 8 de la LIRPF establece con claridad que son contribuyentes por el IRPF *las personas físicas* que tengan su residencia habitual en territorio español [apartado a)] y que no tendrán consideración de contribuyente las *entidades a que se refiere el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria*. Con anterioridad se había visto que los consorcios conyugales se incorporaban dentro de este precepto.

Dado esto, aún cuando la Sentencia del Tribunal Supremo no se pronunciaría sobre ello, el mismo criterio que se establece para la no tributación por el ISD, serviría para la no tributación por el IRPF. La DGT por lo tanto, partiría de la premisa errónea de que existe un cónyuge que se desprende del 50% de su patrimonio, que sería adquirido por su cónyuge, cuando ello no sería cierto. En conclusión no se produciría una ganancia tributable en el IRPF del aportante.

En consecuencia no existirá sujeción de Don M.A.F. al IRPF.

¹⁶ Ponente: E.A. Esteras Iguacel.

¹⁷ En el mismo sentido respondía la Consulta nº V4587-16, de fecha 26 de octubre de 2016.

¹⁸ Ver apartado 1.1.2: referencia a la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 2021.

Si estuviéramos hablando no de la transmisión de un inmueble, sino de unas participaciones de una sociedad limitada, tampoco se produciría la misma tributación¹⁹. Esto último viene en relación a la forma de adjudicación de las «Participaciones en la S.L.» y su posible tributación.

2. Tributación tras la división del patrimonio común con la separación de bienes

Hasta ahora me he encargado de definir los criterios de tributación por la aportación de la vivienda al consorcio. En este nuevo apartado se resolverá acerca de conocer la tributación de la posterior liquidación del régimen ganancial constituyéndose por el régimen de separación de bienes, adjudicando a la esposa la vivienda habitual del matrimonio y al esposo el resto de los bienes (cuestión también planteada).

2.1 ¿Donación con la disolución de la sociedad ganancial?: volviendo a la «causa matrimonii» y criterios jurisprudenciales

El 45 I. B) 3 de la LITP-AJD deja claro que tanto como las aportaciones a las sociedades conyugales como las atribuciones de bienes tras la liquidación del régimen consorcial están exentas del ITP-AJD.

Por lo tanto, la misma operación que se realizará tras la aportación, en su caso con carácter oneroso, de la vivienda familiar al consorcio conyugal, se deberá realizar tras la liquidación del régimen económico matrimonial. Se indicarán para ello los mismos datos que se describen en el apartado 1.2., con la presentación del mismo modelo de autoliquidación.

En el presente apartado de este dictamen lo que se pretende es razonar los motivos por los que, tras la liquidación del régimen económico matrimonial con el cambio al de separación de bienes y el reparto de los bienes en dos cuotas de igual valor económico, podría esgrimir la Inspección de Hacienda para considerar una posible donación encubierta de la vivienda.

El Tribunal Supremo seguía defendiendo en la Sentencia del Tribunal Supremo, de 23 de diciembre de 2015, de la Sala del Contencioso-Administrativo que:

¹⁹ Consulta V3496-20 de fecha 2 de diciembre de 2020 «Incidencia de la transmisión [de participaciones] en la tributación por el IRPF». Tras declarar la DGT que la sociedad de gananciales supone un patrimonio separado, estima que una transmisión de participaciones que ya formaban parte de ese patrimonio consorcial y tras su transmisión al otro cónyuge siguen perteneciendo al mismo, no supone ello una alteración patrimonial, por lo que tampoco tendrá incidencia en la base imponible del IRPF.

[...] *no puede aceptarse la existencia de una "aportación a la sociedad de gananciales", (que por esencia es duradera) con una disolución inmediata de esta, sin que se produzca una explicación razonable de esta contradicción, [...].*

De este modo no solo se produciría una reinterpretación de la escritura de aportación de la vivienda privativa al consorcio conyugal conforme a su verdadera naturaleza jurídica (fraude de norma tributaria), sino que además, volviendo a la *causa matrimonii*, esta se volverá inoperante, dado que la disolución se ha producido con tal inmediatez que de ninguna manera se puede pensar que el motivo de la aportación de la vivienda familiar (en aquél caso que resuelve la Sentencia), fuera la de reforzar el patrimonio común y dotar de durabilidad a la sociedad de gananciales [lo que se determinaba que era la filosofía de la norma que exoneraba del ITP-AJD, el artículo 45 I. B) 3 de la LITP-AJD].

Por lo tanto una vez aportado el bien al patrimonio por parte de Don M.A.F., lo razonable sería demostrar una causa matrimonial. Dado que la esposa había ayudado al pago de gran parte de la vivienda hasta entonces mediante dinero consorcial y privativo podría decirse que ambas personas habían adquirido la vivienda, aportando ambas una cantidad equivalente. Ello podría motivar, y preservando sus motivos personales y de secreto profesional, que Don M.A.F. desee, en un futuro cercano, transmitir la propiedad al consorcio conyugal, y en otro futuro disolverse el régimen económico matrimonial de consorciales (por otros motivos) con la adjudicación de la vivienda familiar costeadas por ambos cónyuges a Dña. C.I.E. y en saldos similares (con una compensación económica a Don M.A.F.).

Una Resolución del Tribunal Económico Administrativo de Central, de 18 de noviembre de 2008, calificó que la aportación de bienes privativos a la sociedad conyugal, sin haber posterior reintegro del valor de los bienes aportados por el cónyuge en el momento de la liquidación, debía entenderse como una donación. Debemos entender que, con el reintegro mediante actos de compensación evitaría una futura interpretación contraria a la existencia de la *causa matrimonii*.

De no darse este presupuesto de la *causa matrimonii*, lo mejor sería realizar una transmisión directa mediante donación a la esposa, con la base imponible del valor de la totalidad de la vivienda (aún cuando mediante dinero consorcial se hubiera costeado parte de la misma), con la finalidad de no plantearse un fraude de norma tributaria (artículo 15 de la LGT).

De acuerdo con aquélla doctrina, si observamos el balance de la aportación, veremos que la ganancia patrimonial aún obtenida, según escritura de aportación, por el consorcio conyugal de Don M.A.F. y Dña. C.I.E., sería en su caso, de Dña. C.I.E. la cual constituiría el sujeto pasivo del ISD y tributaría por el valor de la mitad de la vivienda (base imponible = $(220.000)/2 = 110.000$ €).

En definitiva, si la aportación de bienes privativos al consorcio conyugal se realiza al tiempo (al mismo día, al día siguiente o como ocurrió en el caso descrito, siete días después) de su disolución y liquidación, esta misma podrá plantear problemas fiscales, debido a una reinterpretación de los contratos (escrituras de aportación y disolución de régimen económico matrimonial).

Dicha reinterpretación se realizaría conforme a lo establecido en el artículo 1282 del Cc:

Para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de estos, coetáneos y posteriores al contrato.

Este precepto iría en la línea del artículo 13 de la LGT. No obstante esto no debería servir para convertir a la Inspección en intérprete o juez de derecho civil, habilitándola genéricamente para recalificar la relación jurídica del modo que mejor convenga a sus intereses recaudatorios. Es por ello por lo que gran parte de la doctrina²⁰ considera la aportación a la sociedad de gananciales (consorcio conyugal en Aragón) como un negocio atípico, y la *causa matrimonii* como una causa autónoma, que habría que considerar en cada caso, y atípica²¹.

2.2 Posible tributación por el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (o «plusvalía municipal»)

El IIVTNU se encuentra regulado en el artículo 104 y siguientes de la Ley de las Haciendas Locales como un impuesto cuya recaudación esta concedida a los ayuntamientos, conforme a lo predispuesto en dicha Ley.

Dado que lo que no se pretende por parte de Don M.A.F. es la anterior actuación, sino la aportación de la vivienda privativa al consorcio conyugal, y la posterior liquidación del régimen ganancial constituyéndose por el régimen de separación de bienes, adjudicando a la esposa la vivienda habitual del matrimonio y al esposo el resto de los bienes, se tendrá que ajustar el estudio de la posible sujeción a al IIVTNU a tal presupuesto.

El artículo 104.3 de la Ley de Haciendas Locales establece que no se producirá sujeción al IIVTNU en los supuestos de aportaciones de bienes realizadas por los cónyuges a la sociedad conyugal y las transmisiones que se hagan en pago de sus haberes comunes.

²⁰ «La propia DG es consciente de que en la economía conyugal debe tenerse en cuenta un entramado de relaciones que se proyectan en el tiempo, relaciones personales que se mezclan con las patrimoniales y que, en un momento determinado, afloran en un negocio jurídico. Todo esto hace que, en el ámbito del matrimonio, pueda existir un negocio jurídico que no se corresponda con uno de los típicos regulados por el ordenamiento jurídico, como admite la propia DG. Pero todavía se puede dar un paso más. No sólo el negocio puede ser atípico, sino que también la causa es atípica [...]»: «El negocio de aportación a la sociedad de gananciales en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado», Pereña Vicente

²¹ Resolución de la DGRN de 22 de junio de 2006.

En consecuencia no habría tributación por la plusvalía municipal, salvo en el primer supuesto que no se prevé por Don M.A.F.

2.3. Tributación por el Impuesto de Donaciones y Sucesiones en caso de defecto de adjudicación con la división del patrimonio

El presupuesto sobre el que se viene a resolver en este último apartado de los Fundamentos Jurídicos tiene que ver con la particular forma en la que Don M.A.F. y Dña. C.I.E. decidan, a través del instrumento notarial de la futura escritura de disolución del régimen económico matrimonial con la liquidación del patrimonio consorcial y cambio al régimen de separación de bienes, separar el patrimonio común en adjudicación de la vivienda familiar a Dña. C.I.E.

En el supuesto de que decidan realizar la separación de los bienes en estrictas cantidades iguales, entonces, como ya se ha visto en el apartado 2.1, exclusivamente habrá sujeción al ITP-AJD con automática exención [prevista en el artículo 45. I B) 3 de la LITP-AJD].

Con arreglo a este artículo las adjudicaciones de bienes como resultado de la disolución del matrimonio quedan exentas del ITPAJD, pero nada se dice en el sobre el tratamiento de los excesos de adjudicación. Sobre estos excesos se pronuncia el artículo 32.3 del RD 828/1995 que declara que los excesos de adjudicación resultantes de la asignación a uno de los cónyuges de la vivienda habitual del matrimonio no están sujetos a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas.

3. Tampoco motivarán liquidación por la modalidad de «transmisiones patrimoniales onerosas» los excesos de adjudicación declarados que resulten de las adjudicaciones de bienes que sean efecto patrimonial de la disolución del matrimonio o del cambio de su régimen económico, cuando sean consecuencia necesaria de la adjudicación a uno de los cónyuges de la vivienda habitual del matrimonio.

Tampoco existiría tributación dentro del ámbito del Impuesto de la Renta de las Personas Físicas, al declarar el artículo 33.2 b) de la LIRPF la no sujeción en la adjudicación de un bien en la disolución de la sociedad de gananciales y en la extinción del régimen económico matrimonial de participación. No existiría alteración del patrimonio, sino tan solo una mera especificación de derechos que ya tenían los cónyuges²².

Pero, si con la separación de bienes, se genera un defecto de adjudicación, este mismo quedaría sujeto al ISD, siendo el cónyuge con una adjudicación de cuantía económica mayor el sujeto pasivo del impuesto. Deberá por tanto presentar el Modelo 653 para

²² Resolución de 27 de Abril de 2001 del TEAR de Castilla-La Mancha. «En las operaciones de adjudicación de cosa común no existe transmisión patrimonial de las partes, que ya se detentaban *pro indiviso*.»

realizar la autoliquidación del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones. Se trata también de un impuesto cedido a la Comunidad Autónoma de Aragón (Ley 24/2010, de 16 de julio, del régimen de cesión de tributos del Estado a la Comunidad Autónoma de Aragón y de fijación del alcance y condiciones de dicha cesión), siendo el recaudador la Dirección General de Tributos de la Diputación General de Aragón (oficina gestora de Zaragoza).

En dicha autoliquidación deberán figurar:

- Los datos del sujeto pasivo (adjudicado más beneficiado de con la disolución).
- Los datos del donante (adjudicado menos beneficiado de con la disolución).
- Los datos de liquidación donde deberá expresarse el «valor real de los bienes y derechos adquiridos» (el valor del defecto de adjudicación).
- Conforme al anterior se liquidará por la Administración el ISD, estableciéndose como base imponible el valor del defecto de adjudicación, como base liquidable también dicho valor, y la aplicación de la tarifa conforme a lo establecido en la LISD.

Se establecería, en su caso, una bonificación del ISD conforme a lo establecido en el artículo 132-6 del Texto refundido de las disposiciones dictadas por la Comunidad Autónoma de Aragón en materia de tributos cedidos, aprobado por Decreto Legislativo 1/2015, de 26 de septiembre, del Gobierno de Aragón:

1. El cónyuge y los hijos del donante podrán aplicar una bonificación del 65 por 100 en 1. La cuota tributaria derivada de adquisiciones lucrativas inter vivos siempre y cuando la base imponible sea igual o inferior a 500.000 euros.

VI. CONCLUSIONES

Primera. Cuando en el apartado *1.1. Cuestiones previas* de este dictamen me detenía a averiguar qué impuesto resulta de aplicación en un dictamen jurídico, no lo hacía con una intención meramente investigadora. Establecer mediante un análisis riguroso que impuesto resulta de aplicación, aún en un dictamen como este, resulta una labor imprescindible. De lo contrario podríamos incurrir en un gran error en nuestro trabajo. En efecto, la determinación de aplicabilidad de un impuesto distinto al que realmente devengase según la normativa tributaria, en la práctica de asesoría jurídica, resultaría una imprudencia muy grave, si bien ya existiese suficiente doctrina y jurisprudencia que respaldase una opción determinada. Asimismo, a la hora de anticipar una eventual reclamación de la Administración tributaria, conviene realizar previamente dicho análisis, con el fin de obtener criterio suficiente para posteriormente poder impugnarla, ya sea por la vía administrativa ante el tribunal económico administrativo, como por la vía contencioso-administrativa. Dado que la tributación por el ISD resulta más beneficiosa de cara a los intereses recaudatorios de la administración, en contraposición al ITP-AJD, podría ello justificar que la Dirección General de Tributos resolviese en su favor mediante la aplicación de aquél impuesto para el caso de las aportaciones gratuitas a las sociedades gananciales.

En la labor de determinación sobre qué impuesto resulta aplicable, no puede utilizarse como criterio el de pretender buscar de qué impuesto resultaría una cuota tributaria menor, sino solo tratar de averiguar aquél que devengue conforme a la legalidad y siguiendo el principio de igualdad consagrado en el artículo 31 de la CE. Por ello me apoyo en todo momento no solo en la normativa sino en las sentencias de los tribunales de justicia que hayan resuelto sobre supuestos similares (especialmente del TSJA).

Segunda. Como letrado asesor, aconsejaría a Don M.A.F. que en la escritura de aportación de la vivienda familiar al consorcio conyugal incluyese la cláusula citada (o similar) en la página nº 9 del dictamen, con la finalidad de dotar al pacto de carácter oneroso. De esta forma, pese al criterio jurisprudencial esgrimido, se evitaría una posible reclamación económico-administrativa por el órgano correspondiente recaudador del ISD. La DGT determinó para estos supuestos que la base imponible sería solamente el 50% del valor del bien aportado (lo restante por pagar la vivienda) y el sujeto pasivo el cónyuge beneficiado (en su caso Dña. C.I.E.), dado que el otro 50% seguiría perteneciendo obviamente el cónyuge donante²³.

Dicho criterio, como es observable, obvia la naturaleza jurídica del consorcio, como entidad sin personalidad jurídica. Dicha reclamación no sería ajustada a Derecho, y abriría que impugnarla, utilizando como argumentos o fundamentos las razones ya estudiadas para verificar que no es aplicable. Por ello debería observarse si actualmente se están reclamando las aportaciones gratuitas, por tal concepto, a los consorcios conyugales (o sociedades de gananciales) en Zaragoza, a raíz de la Sentencia del

²³ Consulta de la Dirección General de Tributos de 30 de Septiembre de 2013, nº V1939-14.

Tribunal Supremo 295/2021, de 3 de marzo, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo.

Tercera. En relación con el tiempo que habría que transcurrir entre la aportación de la vivienda al consorcio y la liquidación del régimen de consorciales: Vista la actuación de los cónyuges que fue objeto de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de diciembre de 2015, en cuanto al elemento temporal ya esgrimido, resultaría imprescindible que, a pesar de la posterior liquidación en partes estrictamente iguales con la liquidación del régimen consorcial, se diera un tiempo razonable entre la aportación y este segundo acto. En mi práctica personal, en un supuesto similar, el plazo que se aconsejó fue de dos meses, aún cuando no hay jurisprudencia que haya fijado un plazo definido entre ambos actos. La cuestión vital es que se justifique la causa matrimonial o *causa matrimonii* con el objeto de reforzar el patrimonio común, aun cuando el fin perseguido sea en última instancia (y siempre respetándose un tiempo razonable) la atribución de la vivienda familiar a la esposa en liquidación del régimen económico consorcial.

En mi parecer, lo que en la filosofía de las aportaciones a los consorcios conyugales no se debe incluir es lo que se persigue en última instancia materialmente. La causa matrimonial debe referirse estrictamente al deseo de, como ya se ha dicho en repetidas ocasiones, reforzar la economía matrimonial. Si en el caso de Don M.A.F. Y Dña. C.I.E., sin en ningún momento perjudicar el interés común y de la Administración tributaria, pretenden que la segunda se atribuya la propiedad de la vivienda, respetando en todo caso la legalidad fiscal y civil, habiendo actos de compensación en la liquidación con Don M.A.F., ello no debería obstar ni a que se considere la exención prevista por la LITP-AJD, ni a que la actuación estudiada globalmente se considere en fraude de norma tributaria, debiéndose tributar por el ISD.

La no sujeción por la íntegra adjudicación de la vivienda habitual por parte de Dña. C.I.E. lo hará únicamente respecto de las transmisiones patrimoniales onerosas (artículo 32.3 RD 828/1995), lo que si abriría al sometimiento a gravamen, por la modalidad de actos jurídicos documentados, el documento notarial que documente la adjudicación de la vivienda familiar. Esto último sería así por tenerse como objeto una cosa evaluable y contener un acto inscribible en el Registro de la Propiedad de Zaragoza (artículos 27 y siguientes de la LITP-AJD).

Cuarto. Resumiendo el contenido del dictamen, estos serán los siguientes tributos a los que el matrimonio quedará sujeto por la operación pretendida descrita en la cuestión planteada:

Aportación de la vivienda al consorcio conyugal:

Si la transmisión de la vivienda familiar se realiza a título oneroso:

- Sujeción al ITP-AJD con exención del mismo impuesto

Si la transmisión se realiza a título gratuito:

- No existe sujeción a tributo alguno.

Liquidación del consorcio conyugal con el cambio de régimen económico matrimonial al de separación de bienes:

Si no hay defecto de adjudicación:

- Sujeción al ITP-AJD con exención del mismo impuesto.

Si hay defecto de adjudicación:

- Tributación por el ISD en los términos descritos en el apartado 2.3.
- Sujeción al ITP-AJD con exención del mismo impuesto.

En el supuesto de no respetarse la *causa matrimonii*:

- Existirá un fraude de norma tributaria y por lo tanto se tendrá que tributar por el concepto del ISD por el valor de la vivienda familiar.
- Tributación por la plusvalía municipal, sin exención alguna, siendo sujeto pasivo Dña. C.I.E., la base imponible el incremento del valor del terreno donde se ubicara el inmueble en la proporción de superficie del mismo (conforme a la nueva redacción del artículo 107 de la LRHL y la ordenanza fiscal nº9 del Ayuntamiento de Zaragoza²⁴).

Quinta. Durante el periodo de titularidad de la vivienda por el consorcio conyugal será este, con afección sobre los bienes comunes, el sujeto pasivo del IBI.

Artículo 63 de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales:

1. Son sujetos pasivos, a título de contribuyentes, las personas naturales y jurídicas y las entidades a que se refiere el artículo 35.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, que ostenten la titularidad del derecho que, en cada caso, sea constitutivo del hecho imponible de este impuesto.

En consecuencia, dado que el periodo impositivo es el año natural el devengo será el próximo 1 de enero de 2022 de conformidad con el artículo 75 de la LRHL, siendo aquél el próximo sujeto pasivo (fecha de emisión del dictamen 13 de diciembre de 2021), siempre y cuando la aportación se realice antes de dicha fecha.

La nueva titularidad de la vivienda, tras la disolución del régimen consorcial, provocará que en adelante el sujeto pasivo del IBI²⁵ sea Dña. C.I.E.

²⁴ El artículo 2.-1.1.1 de la Ordenanza fiscal nº 9 de Zaragoza establece que constituye hecho imponible el incremento de valor que experimentan los terrenos de naturaleza urbana y que se ponga de manifiesto a consecuencia de la transmisión de la propiedad de los mismos por cualquier título, considerándose sujetas toda clase de transmisiones comprendiéndose, entre otros actos, la donación.

²⁵ Impuesto regulado por la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, artículos 60 y siguientes.

A cada cambio de titularidad, será el propietario quien se encargue de su pago. Puede pactarse pago proporcional en función del tiempo de titularidad de la vivienda familiar durante el periodo impositivo, tanto en la escritura de aportación al consorcio como en la escritura de liquidación del régimen económico matrimonial y cambio a separación de bienes.

Sexta. Para finalizar, el siguiente sería un posible balance resultante de la liquidación del consorcio:

Don M.A.F.		Dña. C.I.E.	
Saldo en cuenta bancaria	200.000 €	Vivienda familiar	220.000 €
Plan de pensiones 1	31.000 €	Plan de pensiones 2	28.000 €
Participaciones en S.L.	67.200 €		
Mobiliario de todo tipo	18.000 €		
Vehículo automóvil	26.800 €		
Derecho de crédito del consorcio contra Don M.A.F.	-95.000€		
TOTAL	248.000 €	TOTAL	248.000 €

Con este reparto de los bienes comunes, no habría sujeción al ISD.

Si como consecuencia de la liquidación del consorcio conyugal se decidiera, por ejemplo, atribuir parte del saldo en cuenta bancaria u algún otro bien a Dña. C.I.E., habría tributación por el ISD sobre la base de su valor.

VII. BIBLIOGRAFÍA Y ENLACES

- *«Bienes comunes o privativos por voluntad de los cónyuges en el Régimen Matrimonial de Consorciales»* (páginas 65 a 69), Silvia Gaspar Lera. Universidad de Zaragoza.
- «El negocio de aportación a la sociedad de gananciales en la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado «Boletín del Ministerio de Justicia, Año 57, N° 1951, 2003, págs. 3371-3378. Monserrat Pereña Vicente.
- *«Tratamiento fiscal diferenciado en la liquidación de regímenes económicos matrimoniales. Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo, sala tercera, de 30 de abril de 2010»*. Víctor de Castro Esteller, abogado. Revista para el análisis del Derecho «InDret».
- <https://www.elnotario.es/practica-juridica/10828-efectos-fiscales-de-la-aportacion-de-bienes-privativos-a-la-sociedad-ganancial-a-raiz-de-la-sentencia-de-3-de-marzo-de-2021-del-tribunal-supremo>

- <https://www.aragon.es/-/transmisiones-patrimoniales-y-actos-juridicos#anchor3>
- <https://petete.tributos.hacienda.gob.es/consultas>
- Estudio de la *causa matrimonii*:
<https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/fiscal/articulos-fiscal/tributacion-de-las-aportaciones-y-las-adjudicaciones-en-la-liquidacion-de-la-sociedad-ganancial/>
- <https://revistajuridicaib.icaib.org/fiscalidad-de-las-operaciones-de-disolucion-y-liquidacion-de-los-distintos-regimenes-economico-matrimoniales-y-de-las-adquisiciones-derivadas-de-aquellas/>
- <https://www.envidasociados.com/2021/04/10/tributan-las-aportaciones-a-la-sociedad-de-gananciales/>