

Troncalidad y actos jurídicos neutros

JESÚS FERNÁNDEZ BILBAO

Abogado y Miembro de la Junta Directiva de la AVD/ZEA

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA DOCTRINA DE LOS ACTOS NEUTROS. CLASIFICACIÓN TRIPARTITA DE LOS CONTRATOS. III. APORTACIÓN DE BIENES TRONCALES A SOCIEDADES Y FUNDACIONES. IV. APORTACIÓN DE BIENES TRONCALES A COMUNIDAD MATRIMONIAL. V. APORTACIÓN DE BIENES TRONCALES A PAREJAS DE HECHO. VI. BIBLIOGRAFÍA.

I. INTRODUCCIÓN

Reza la Exposición de Motivos de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Derecho Civil Foral del País Vasco –LDCFV, en adelante– que *“La más destacada peculiaridad del Derecho Civil de Bizkaia es, sin duda, el profundo arraigo del principio de troncalidad, que se manifiesta tanto en la sucesión testada como en la intestada, en los actos “inter vivos” o “mortis causa”, a título oneroso o lucrativo, y con una fuerza muy superior a la que se conoce en todos los países de nuestro entorno, incluidas las regiones forales de la zona pirenaica”*.

La verdad es que dicha Exposición se queda corta, pues la Troncalidad ahorma el resto del ordenamiento jurídico, vizcaíno o no y a modo de ejemplo: 1º.- Prevalece sobre la libertad civil (art. 4 de la LDCFV) y así el art. 17.2 ordena: *“En virtud de la troncalidad, el titular de los bienes raíces solamente puede disponer de los mismos respetando los derechos de los parientes tronqueros”* de modo que no cabe la privación del derecho a la sucesión a título gratuito sobre bienes troncales pues los art 17 y 24 de la LDCFV se pronuncian en términos absolutos. 2º.- Su extraterritorialidad, impuesta por el art. 23 de la LDCFV como excepción a la ley aplicable a la sucesión según el art. 9.8 del C.c. que es la personal del causante, lo que ha sido ratificado por la STS, Sala 1ª, de 11-03-2010. 3º.- Prevalece sobre la legítima (art. 62 y 68 de la LDCFV). 4º.- Los bienes troncales responden en último término de las deudas del causante y de la herencia (art. 63). 5º.- Las modificaciones en el régimen económico matrimonial no pueden perjudicar los derechos derivados de la troncalidad (art. 93 de la LDCFV). 6º.- La frustración de la comunicación foral de bie-

nes ante la falta de hijos del matrimonio (art. 109.1 de la LDCFV) pretende reservar los bienes troncales a otros parientes tronqueros y se establecen adjudicaciones preferentes de los mismos al cónyuge tronquero (art. 108.1 y 109.1). 7º.- Se articula un régimen de reservas y reversiones de bienes troncales (art. 85, 86, 87, 88 y 91) íntimamente ligado con las adjudicaciones de los mismos al disolverse la comunicación foral. 8º.- Los Derechos de saca y adquisición preferente (art. 112 y ss.).

El art. 17.3 de la LDCFV afirma que “*Los actos de disposición que vulnere los derechos de los parientes tronqueros podrán ser impugnados en la forma y con los efectos que se establecen en el presente Fuero Civil*”, impugnación que tiene dos posibilidades según que el acto sea a título oneroso (art. 112 y ss. de la LDCFV) o gratuito (art. 24 del mismo texto legal).

¿Tiene la LDCFV un flanco abierto al vaciamiento de la troncalidad por la vía de los actos denominados neutros o incoloros a través de los cuáles pueda transmitirse irrestrictamente los bienes troncales? Intentaremos dar respuesta a la cuestión, recordando con DE CASTRO que “*La norma nada vale mientras no se la entienda primero, y luego no se le haga caso, se respete el mandato que contiene y se fuerce a su cumplimiento*”¹.

II. LA DOCTRINA DE LOS ACTOS NEUTROS. CLASIFICACIÓN TRIPARTITA DE LOS CONTRATOS

Nuestro Código Civil incluye en su articulado diversas clasificaciones de los contratos: y, destacadamente onerosos o gratuitos (p.ej. art. 9.8, 151, 460.2 y 1274). Esta dicotomía se observa igualmente en LDCFV, tanto en la Exposición de Motivos (“*DE LA TRONCALIDAD. La más destacada peculiaridad del Derecho Civil de Bizkaia es, sin duda, el profundo arraigo del principio de troncalidad, que se manifiesta tanto (...) en los actos (...) a título oneroso o lucrativo*”; como en su articulado, art. 22.2; 24 y 112, por citar sólo los más relevantes cara a la troncalidad.

¹ DE CASTRO Y BRAVO, Federico: “*Derecho Civil de España*”, Civitas, Madrid, 1984.

Consecuencia de este reduccionismo, el operador jurídico ha de ser dicotómico, y clasificar los actos jurídicos como onerosos o como gratuitos. Sin embargo, la Doctrina posterior a la codificación francesa y española, particularmente la italiana, plantea que frente a la distinción entre contratos onerosos y gratuitos (clasificación dual) puede concebirse la existencia de un tercer género (clasificación tripartita) en donde hay contratos que no serían onerosos ni gratuitos, sino neutros o incoloros o indiferentes².

Como ejemplo de contratos “incoloros” o “indiferentes” la Doctrina cita los que, pueden ser onerosos o gratuitos, indistintamente, según la voluntad de las partes (v. gr., el mutuo, el mandato, el depósito, la fianza) y los de derecho de familia: matrimonio, adopción, emancipación, reconocimiento del hijo extramatrimonial y las capitulaciones matrimoniales.

No obstante, la admisión de la figura de los actos neutros o incoloros no es en absoluto pacífica en la Doctrina y Jurisprudencia comunes:

- A) Tesis a favor de la admisión de los actos jurídicos neutros en Derecho español común: Denominan acto o negocio de destinación a aquel que comporta “*por una parte, una disminución del patrimonio del otorgante, consumada mediante una atribución traslativa o al menos por una limitación o gravamen impuesto sobre los elementos patrimoniales propios, y, de otra, la correlativa constitución, a base de esos bienes transmitidos o regulados especialmente, de un patrimonio separado más o menos afecto a un fin³, al que también se vincula de alguna manera el sujeto constituyente*” (LÓPEZ JACOISTE⁴, BLANQUER UBEROS, GARRIDO CERDÁ y MARTÍNEZ SANCHIZ⁵).

² CARIOTA-FERRARA, “*El Negocio Jurídico*” y Spota, “*Contratos, I*”.

³ Pej. constitución de fundación y fundadores, cónyuges respecto de las donaciones propter nupcias o la dote.

⁴ LÓPEZ JACOISTE, J.J., “*La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones*”. Revista de Derecho Privado, 1965.

⁵ BLANQUER UBEROS, Roberto. “*Acerca de la sociedad de gananciales, la responsabilidad y la relación obligatoria*”; Anales de la Academia Matritense del Notariado, 1976; y Garrido Cerdá, Emilio; “*Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro*”; Anales de la Academia Matritense del

Ejemplos actuales serían: 1.- las capitulaciones matrimoniales, 2.- la constitución de bienes dotales⁶; 3.- las donaciones por causa de matrimonio, en cuanto éstas se “*destinan*” al matrimonio a celebrarse y llevan implícita la condición de que ese matrimonio se celebre o se hubiere celebrado (art. 1336 y ss. del C.c.), o no se anulare (art. 1342), 5.- la donación remuneratoria (cfr. arts. 619, 622, 858 y 1274 del C.c.), 6.- el acto de fundación y en general la aportación a persona jurídica en constitución, como donación efectuada a persona colectiva, aún no existente, pero con el fin de fundarla, 7.- el contrato de sociedad (art. 1665 y ss. del C.c.) y 8.- el contrato sobre comunidad de bienes (art. 392 y ss. del C.c.), por ejemplo.

- B) Tesis en contra de los actos jurídicos neutros en Derecho español común: No obstante, la categoría que estudiamos ha sido objeto de fuertes censuras, por estimar que la onerosidad vs. gratuidad es una dicotomía que no admite “*tertium genus*”. Así CASTÁN⁷, DíEZ-PICAZO y GULLÓN⁸ afirman que aparentemente el art. 1274 del C.c. admite la clasificación tripartita, mas lo que sucede es que hay dos tipos de actos a título gratuito en Derecho español, la donación pura y simple, por un lado frente a “*todas aquellas convenciones (como el comodato, el préstamo sin interés, la fianza, el depósito gratuito) presididas por un espíritu de liberalidad, pero en las cuales no se registra ninguna disminución en el patrimonio del bienhechor*”. Igualmente, afirma

Notariado y Edersa, 1982. Según Martínez Sanchiz (“*Casos dudosos de bienes privativos y gananciales*”. Anales de la Academia Matritense del Notariado. 1985) estas ideas han sido recogidas en gran parte, tras la reforma del Reglamento Hipotecario de 12-11-1982 para el cual la calificación privativa o ganancial de un bien no desvirtúa la titularidad resultante del título de adquisición, sino que sólo representa la vinculación a un determinado régimen jurídico.

⁶ art. 1336 a 1380 del C.c. en su redacción previa a la Ley de 13-05-1981. Actualmente los art. 1035, 1046 del C.c. vigente y el art. 110 de la LDCFV hacen una sucinta y tangencial referencia a la dote a liquidar

⁷ CASTÁN Y TOBEÑAS, José. “*Derecho Civil Español, común y foral*”. Reus, S.A. Madrid 1988.

⁸ DíEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. “*Sistema de Derecho Civil*”. Tecnos. Madrid. 1988.

PRADA⁹ que la categoría de los actos neutros parte de un error fundamental, cual es incluir en dicha categoría una serie de figuras jurídicas respecto de las cuales, por no comportar una atribución patrimonial, no puede predicarse la onerosidad o gratuidad. Y añade este autor que aun para los actos jurídicos que tengan como consecuencia una atribución patrimonial, la admisión de la categoría de los actos neutros viene condicionada por el concepto de onerosidad o gratuidad que se acepte; así, sólo si se exige para los actos gratuitos, además de un elemento objetivo (ausencia de equivalente), la existencia de un elemento subjetivo (“*animus donandi*”), queda un hueco entre una y otra categoría, actos onerosos y actos gratuitos, en que podría tener cabida la de los actos neutros (actos que careciendo de equivalente, no se han realizado “*animus donandi*”)¹⁰.

- C) Posición de la Jurisprudencia: Tanto la Jurisprudencia como la Doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado niegan mayoritariamente, como veremos, que la aportación a sociedad, asociación o la dotación a fundación sean actos neutros. En cambio, la Doctrina de la Dirección General de los Registros y del

⁹ DE PRADA GONZÁLEZ, José-M^a. “*La onerosidad y gratuidad de los actos jurídicos*”. Anales de la Academia Matritense del Notariado. 1968.

¹⁰ La artificiosidad es evidente a la vista de que los citados contratos hablan de gratuidad, y la onerosidad, para la Jurisprudencia es “*correspondiente sacrificio u onerosidad*” (STS, Sala 1^a, de 18-6-1993) o la contraprestación (STS, Sala 1^a, de 16-06-1978, 30-04-1986, 31-05-2006 y 30-10-2012). Por el contrario, (STS de 23-10-1995 y 26-02-2002) “...no es posible excluir, en puridad técnica, de la donación tanto remuneratoria como la de con causa onerosa, al ánimo de liberalidad que como elemento común priva en el concepto genérico del art. 618 C.c., (...) en la donación llamada remuneratoria, esa causa subsumible en la preexistencia de unos méritos del predonatario por servicios prestados al luego donante, en todo caso, también se gestan en una presunción causal anidada en la propia intencionalidad del donante, sin trascendencia o relevancia jurídica al exterior, de tal forma que sea exigible la observancia de esa mera intencionalidad o sensación anímica con el nudo de su sujeción formal y por ello, el propio donante cuando la instituye como tal donación remuneratoria jurídicamente no está obligado a hacerlo, sino que, se reitera, puede que con tal “*donatum*” en el fondo está también impregnado de dicha finalidad de liberalidad o de favorecimiento; razón igualmente aplicable a las llamadas donaciones con causa onerosa...”.

Notariado es pendular en cuanto a la admisión de los actos neutros, incoloros o indistintos en la aportación a sociedad de gananciales.

No obstante, a los efectos de este estudio, como quiera que la Troncalidad sólo restringe, de entre las facultades del dominio, sólo las traslativas, vamos a abordar los actos supuestamente neutros o incoloros que a la misma atañen, particularmente, la aportación a persona jurídica y la aportación a un régimen de comunidad de bienes, por antonomasia matrimonial.

III. APORTACIÓN DE BIENES TRONCALES A SOCIEDADES Y A FUNDACIONES

Desde el punto de vista de las sociedades regulares y fundaciones, se ha discutido en la Doctrina y Jurisprudencia si la aportación a dichas personas jurídicas supone 1.- una verdadera transmisión, 2.- una “*comunicación*” o 3.- un “*acto de destinación*”.

- A) La aportación como verdadera transmisión de los bienes en cuestión: (cfr. art. 609 del C.c.) y así la regulación legal de la aportación social podría ser cubierta supletoriamente por el régimen de la compraventa¹¹, y, efectivamente los art. 1681 a 1683 del C.c. tienen gran semejanza con la compraventa (título y modo, art. 1681 vs. 609 y 1461 del C.c.), entrega de dinero (art. 1108, 1101 y 1682 del C.c. y 171 del C.d.c.), resolución por incumplimiento (art. 170 del C.d.c.). Para la Doctrina dominante (MARTÍNEZ ALMEIDA, GARRIGUES, PAZ ARES, VICENT CHULIÁ), la aportación (a sociedad con personalidad jurídica, incluso “*condicionada o en formación*”), es un acto de enajenación a título oneroso. También es ésta la postura Jurisprudencia, ya desde la clásica STS, Sala 1ª, de 03-12-1981 seguidas por las STS, Sala 1ª, de 13-12-1982, 11-11-1995, 25-10-1999 o de 16-03-2001,

¹¹ STS, Sala 1ª, de 12-06-1883, 23-02-1884, 11-11-1970, 13-12-1982 y 2-04-1990. En cuanto a dotación a fundaciones, la STS, Sala 1ª, de 07-03-2011, implícitamente y la SAP de Sevilla, Sec. 7ª, de 04-07-2007 y 24-10-2007, explícitamente.

conforme a las que la sociedad es dueña del bien aportado por la eficacia de la escritura pública de aportación social y aunque tal escritura no se hubiera inscrito en el Registro de la Propiedad.

- B) La aportación como acto de comunicación (ROCA SASTRE): De modo que mediante la aportación, los socios se limitan a poner en común el objeto de su esfuerzo, de tal suerte que cuando se trata de la aportación de bienes en propiedad, no puede estimarse que los bienes aportados salgan absolutamente del patrimonio personal del socio aportante, sino que éste conserva la titularidad sobre ellos, aunque modificada: donde antes había propiedad exclusiva, ahora hay cotitularidad. La aportación sería un acto modificativo de los derechos aportados¹².
- C) La aportación como acto de destinación: De refilón, “*destinación al fin social*”, la STS, Sala 1ª, de 21-10-2005 parece apuntarse a esta teoría, al igual que dos SAP de Bizkaia, Sec. 5ª, de 25-04-2005 acerca de la constitución de una sociedad de hecho afectante a un variado patrimonio empresarial.

En consecuencia, la aportación de bienes troncales a sociedades y fundaciones, como transmisión, estará dentro del supuesto de los art. 24 y 112 de la LDCFV:

- 1 La aportación a sociedad regular no civil, puesto que tiene ánimo de lucro (art. 35 del C.c. y 116 del C.d.c.) o tiene contraprestación (cooperativas¹³) está sujeta a los derechos forales de adquisi-

¹² Así la SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 2-6-2009 y la STS, Sala 1ª, de 24-7-1993 respecto de sociedades civiles sin personalidad jurídica, pues las normas relativas a las comunidades (cfr. art. 1669 II del C.c.) han de entenderse limitadas al sustrato material o fondo común formado por los socios.

¹³ Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas y Ley 4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas de Euskadi hablan de “*promoción de las actividades económicas y sociales de sus miembros*” y el socio recibe su cualidad de socio y derechos correspondientes expresados mediante una parte del capital social, lo que es título oneroso ex STS, Sala 1ª, de 5-04-2013.

ción preferente ex art. 112 de la LDCFV (“*Los parientes tronqueros, sean o no aforados, según el orden del art. 20 y la línea y grado de proximidad a la raíz, tienen un derecho preferente de adquisición sobre los bienes troncales que se intentare enajenar a extraños y a título oneroso*”) y no ofrece duda porque, como hemos dicho hay escritura pública fundacional (e inscripción en el Registro propio de dicha sociedad, cooperativas, mercantil...).

- 2 La aportación de bienes troncales a sociedad civil regular, con independencia de que se le reconozca o no personalidad jurídica (art. 35 y 1665 del C.c.¹⁴), está igualmente sujeta a los derechos forales de adquisición preferente, pues, como se constituye “*ad solemnitatem*” (STS, Sala 1ª, de 24-7-1993) mediante escritura pública (art. 1667 y 1668 del C.c.), se transmite su propiedad, ora a dicha personalidad jurídica (art. 38 del C.c.), en cuyo caso puede inscribirse a su favor, ora al de los diferentes consocios pues hay título y modo (art. 609 y 1462 del C.c.) y como veremos de seguido la aportación a comunidad supone enajenación.
- 3 Lo mismo será de aplicación respecto de la aportación a sociedades sin personalidad jurídica, tanto porque, sea la aportación acto de comunicación, destinación o transmisión, se permite el cambio de cotitular en el bien troncal (art. 399 y 1696 del C.c.¹⁵), cuanto que la mayoría de la Doctrina y la Jurisprudencia¹⁶ entienden

¹⁴ El camino de ida y vuelta de la DGRN se observa en las RDGRN de 31-03-1997, 14-02-2001 y 25-06-2012.

¹⁵ La calidad de socio es personalísima (STS, Sala 1ª, de 16-06-1995 y art. 143 del C.d.c. y 1696 del C.c.), pero ello no supone que sea intransmisible sino que precisa la unanimidad para la transmisión, cosa que no sucede en la sociedad de gananciales.

¹⁶ Lo que implica que todos los bienes presentes son propiedad de los socios en régimen de copropiedad ordinaria, a los que se aplican las normas atinentes a la comunidad de bienes de los art. 392 y siguientes del C.c. (SAP de Bizkaia, Sec. 4ª, de 2-6-2009 y SAP de Las Palmas, Sec. 4ª, de 19-4-2000, STS, Sala 1ª, de 24-7-1993, 19-11-2008 y 27-05-1988) ex art. 1699-II, 1673 y 1674 del C.c. STS, Sala 1ª, de 24-7-1993 y 21-10-2005:

que sus bienes son de los socios como comunidad de bienes y ésta es una “*propiedad plúrima total*”¹⁷, o sea, transmitir una cuota es “*achicar*” mi espacio para dar entrada a otra persona en ese mismo derecho subjetivo pleno que yo tengo supone, por lo tanto, una transmisión (art. 348 y 609 del C.c.). Efectivamente, el régimen de la troncalidad se extiende a las enajenaciones de cuotas indivisas de bienes troncales (SAP de Bizkaia, Sec. 4ª, de 02-02-1999, SAP de Bizkaia, Sec. 4ª, de 6-07-2007, SAP de Bizkaia, Sec. 4ª, de 01-10-2010). Y en cuanto qué acto de enajenación a título oneroso abarquen los derechos forales de adquisición preferente, ha de contestarse que se comprenden todos conforme a la STSJ del País Vasco, Sala 1ª, de 02-06-2004 (“*con lo que la expresión literal del precepto –art. 112 de la LDCFV– está indicando que el derecho preferente existe cualquiera que sea la figura contractual bajo la cual se lleve a cabo*

“*Parece claro que las normas de la comunidad rigen el fondo común o sustrato material, donde está enclavada la configuración del derecho de cada comunero, en tanto que los aspectos organizativos y obligatorios se han de llevar a la sociedad, en función de las remisiones de los artículos 392 II y 1669 II del Código civil*”.

17 “... hoy en día se ha impuesto la tesis de la PROPIEDAD PLURIMA TOTAL... en los casos de cotitularidad o comunidad, el derecho de cada uno de los titulares debe entenderse como un derecho pleno, autónomo, cualitativamente idéntico al derecho de propiedad en cuanto a su extensión, pero que en cuanto a su ejercicio se ve limitado por la coexistencia de los derechos de los demás comuneros...” (Beltrán de Heredia y Castaño, José. “*La comunidad de bienes en derecho español*”. Editorial Revista Española de Derecho Privado. Madrid, 1954).

Invariablemente la Jurisprudencia opta por la propiedad plúrima total (STS, Sala 1ª, de 28-05-1986 y 19-05-2006 y RDGRN de 26-12-1946 y 10-2-2003, pues aunque carente de personalidad jurídica (STS, Sala 1ª, de 22-05-1993 y 5-02-1994), es la fórmula jurídica de integración, como sujeto de derecho, de una pluralidad de personas titulares de un único derecho de propiedad sobre la misma cosa, hay un trasvase, transmisión y un ejemplo “*jurisprudencial*” es la RDGRN de 02-02-1960 en la que los herederos de un cónyuge renunciaron a su participación en la sociedad de gananciales, y la DGRN resolvió que esa porción renunciada no pasaba a los herederos abintestato, sino que acrecía al cónyuge supérstite, lo cual es el efecto típico de la comunidad germánica. Implícitamente, la STS, Sala 1ª, de 21-10-2005: “*ya se entienda el proceso de liquidación como subsistencia transformada de la misma sociedad ya se piense que se produce la extinción social por venir a menos del vínculo, como ocurre en las llamadas sociedades internas*”.

la enajenación, si ésta se verifica a título oneroso” y la SAP de Bizkaia, Sec. 3ª, de 20-10-1998 (“Pues bien para poder promover con éxito el derecho de saca, es preciso que se haya enajenado un bien troncal, debiendo entender el concepto de enajenación en un sentido amplio, como aquel acto o contrato por el que el titular del bien raíz transmite a otra persona por el título que sea la propiedad de la finca” y “no habiendo entrado dicho bien en el patrimonio ajeno, no existe la premisa de la transmisión efectiva del bien raíz que legitime a sacar el mismo”).

- 4 La dotación a fundaciones: Para la mayoría de la Doctrina (ALBADALEJO¹⁸, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN¹⁹ y LACRUZ²⁰) se trata de un negocio jurídico de carácter dispositivo y gratuito, y no recepticio, pues la voluntad no necesita ser notificada a nadie para que produzca efectos. Efectivamente, es dispositivo y traslativo, como hemos visto²¹ y gratuito pues el dotante precisa capacidad para disponer a título gratuito no tienen ánimo de lucro y a su extinción sus bienes no retornan a los socios sino que siguen afectos de varias maneras a fines generales (art. 35 del C.c., art. 3 y 35 de la Ley 12/1994, de 17 de junio, de Fundaciones del País Vasco, art. 2 y 33 de la Ley 50/2002, de 26 de diciembre, de Fundaciones. La dotación de bienes troncales a fundaciones es pues, nula, como acto a título gratuito (art. 24 de la LDCFV). Por el contrario, ARRIOLA²², entiende que “no obstante, la vocación perdida por el Parlamento Vasco para subsanar un error histórico, no deben de dejarse de en-

¹⁸ ALBADALEJO GARCÍA, Derecho Civil, I, Parte General. 15ª ed. Librería Bosch. Barcelona, 2002.

¹⁹ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, Sistema de Derecho Civil, vol. 1, Introducción. Tecnos, 2003.

²⁰ LACRUZ BERDEJO y otros, Elementos de Derecho Civil, I, Parte General, vol. 2º (Personas), DIKINSON, Madrid, 2002.

²¹ En cuanto a dotación a fundaciones, la STS, Sala 1ª, de 07-03-2011, implícitamente y la SAP de Sevilla, Sec. 7ª, de 04-07-2007 y 24-10-2007, explícitamente.

²² El Derecho Foral Vasco tras la Reforma de 1992. Aranzadi, 1994.

tender admisibles las dotaciones inmobiliarias de bienes troncales a Fundaciones en Vizcaya, amparadas en la tradición, en la costumbre y en el carácter dispositivo de sus normas”.

- 5 La aportación a asociaciones: Como quiera que, no tienen ánimo de lucro y a su extinción sus bienes no retornan a los socios sino que siguen afectos de varias maneras a fines generales art. 5, 8.2. y 18.1.e) de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación y art. 5, 6.2 y 19 de la Ley 3/1988, de 12 de febrero, de asociaciones) la aportación de bienes troncales es nula como acto a título gratuito²³ ex art. 24 de la LDCFV.

IV. APORTACIÓN DE BIENES TRONCALES A COMUNIDAD MATRIMONIAL

1º. Introducción: Cuando un socio realiza una aportación a la sociedad recibe como contrapartida de lo aportado un título que representa una parte del capital, mayor o menor, en función de lo aportado. En la comunidad ordinaria, por cuotas o romana, también lo aportado o comunicado por cada comunero determina su participación en la misma. Y ambos derechos son transmisibles y hay libre derecho de separación, como hemos visto. Pero este esquema no se reproduce en la sociedad de gananciales, por ser comunidades en mano común o germánica a tenor de la predominante Jurisprudencia²⁴, cuya consecuencia es la existencia de tres masas patrimoniales (dos privativas y una ganancial) entre las que son posibles negocios traslativos pero como comunidad estable, indefinida, sólo disoluble por causas tasadas, con indivisión del objeto e indivisión del derecho, sin atribución por tanto a los partícipes de cuotas que les permita a cada uno de ellos la realización de actos dispositivos sobre

²³ SAP de León, Sec. 1ª, de 24-02-2012 y STC nº 135/2006, de 27-04-2006.

²⁴ STS, Sala 1ª, de 21-11-198, 12-06-1990, 8-10-1990, 29-04-1994 y 25-02-1997.

las mismas o la propia cosa común (art. 1375 y ss. del C.c.) o el ejercicio de las acciones de división (art. 1392 y ss. del C.c.) y, además, la participación de cada cónyuge (art. 1344 del C.c.) es fija en la mitad del patrimonio común. La misma naturaleza es predicable respecto de la comunicación foral de bienes vizcaína (art. 95, 106, 109 de la LDCFV)²⁵.

2º.- Concepto: Superando la literal norma del art. 1355 del C.c. que sólo contempla la posibilidad de asignar de carácter ganancial a los bienes adquiridos a título oneroso²⁶, desde la RDGRN de 10-03-1989 es viable que los cónyuges puedan transmitirse por cualquier título bienes y derechos y celebrar, entre sí, toda clase de contratos (art. 1323, 1355 y 1458 del C.c.). Así se admiten cualesquiera desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges y por ende, entre sus patrimonios privativos y el consorcial, siempre que aquéllos se produzcan por cualquiera de los medios legítimos previstos al efecto. Y, específicamente, se reconoce el negocio de aportación de derechos concretos a una comunidad de bienes no personalizada jurídicamente o de comunicación de bienes, como categoría autónoma y diferenciada. Sin embargo, esta resolución no perfila sus requisitos ni hace referencia expresa a la causa, de este negocio.

3º. Naturaleza jurídica: A partir de dicha Resolución, la Doctrina de la DGRN admite dichos negocios, como hemos avanzado, pero exige la especificación causal del negocio (oneroso o gratuito, RDGRN de 11-

²⁵ En la Doctrina, MARTÍN OSANTE, Luis Carlos. “*El régimen económico matrimonial en el Derecho vizcaíno. La comunicación foral de bienes*”. Gobierno Vasco. Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social - Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A., Madrid, 1996 y en la Jurisprudencia: SAP de Bizkaia, Sec. 4ª, de 25-01-1988, Auto de la AP de Bizkaia, Sec. 5ª, de 26-04-2006 y SAP de Bizkaia, Sec. 4ª, de 5-06-2009.

²⁶ De Castro señaló que en ningún caso basta la interpretación gramatical de toda regla jurídica, aún la de apariencia gramatical más clara requiere una interpretación conforme a su fin. Doctrina confirmada por la STS, Sala 1ª, de 6-10-1991 al expresar que el criterio para la interpretación de una norma no debe ser exclusivamente el gramatical, porque ello conduciría a una solución opuesta al sistema en que la norma está encajada en muchos casos, debiendo acudir, por tanto a un sistema espiritualista a fin de conocer el ámbito de aplicación de la norma.

06-1993 y 28-05-1996), especificación que puede ser más o menos explícita. De modo que se predica la atipicidad del negocio, no de su causa. En consecuencia hay una miscelánea de Resoluciones que consideran suficiente que se mencione la onerosidad o gratuidad de la aportación, y entienden inscribible siempre que se haga referencia a las mismas, de manera más o menos explícita²⁷.

Ha de destacarse la aislada introducción por la RDGRN de 06-06-2007, con ambiguos precedentes en la de 22-06-2006, de la admisión de los actos neutros, con gran éxito de seguimiento, mero seguidismo, en la Jurisprudencia menor²⁸. Es una resolución “*tramposa*” que introduce la aportación a gananciales como acto neutro mediante el recurso a interpretar sesgadamente Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado y Sentencias del Tribunal Supremo. Así la causa a que se refería la RDGRN de 10-03-1989 era la “*iusta causa traditionibus*”. Por el contrario la la RDGRN de 06-06-2007 “*la baila*” y pretende que la pri-

²⁷ “... aporta... con derecho a su reembolso económico con valoración actualizada al tiempo de la disolución” (RDGRN de 21-07-2001); el pacto capitular por el que se inicia una nueva sociedad de gananciales a la que se aporta “*gratuitamente*” un bien privativo (RDGRN de 30-12-1999); “*La causa de dicha aportación tiene su origen en eliminar dificultades a la hora de liquidar su sociedad de gananciales debido a los gastos habidos al contraer matrimonio y que el préstamo hipotecario reseñado se está reintegrando y se va a pagar con dinero ganancial*” (RDGRN de 17-04-2002), aportan por ambos cónyuges bienes a la nueva sociedad de gananciales que se constituye, estimando los otorgantes de igual valor los aportados por cada uno de ellos (RDGRN de 8-05-2000) “*no plantea, desde ningún punto de vista, problema alguno de expresión de la causa*”; y la escritura por la que dos cónyuges casados en régimen de gananciales declaran que, sobre una finca privativa del marido al haberla adquirido por título de donación, han construido una edificación, con aportaciones proporcionales a fin de que el valor del solar quede compensado con una mayor aportación privativa de la esposa en el dinero invertido en la construcción, igual al valor del solar, de modo que cada uno de los cónyuges resulte tener el mismo interés económico en el edificio resultante y en suelo, por lo que solicitan la inscripción correspondiente con carácter ganancial (RDGRN de 12-06-2003 y 18-09-2003).

²⁸ SAP de Bizkaia, Sec. 4ª, de 12-09-2012, 04-11-2010 y 27-11-2009, SAP de Asturias, Sec. 5ª, de 23-1-2012, de Castellón, Sec. 2ª, de 18-5-2009, de Valladolid, Sec. 3ª, de 1-12-2009, de Madrid, Sec. 11ª, de 27-7-2010, de Toledo, Sec. 1ª, de 2-11-2012.

mera no trata del negocio traslativo entre cónyuges (art. 609 del C.c.) como causa de la transmisión, sino de la causa de dicho negocio (art. 1261 y 1274 del C.c.). Así la RDGRN de 06-06-2007 por primera vez declara existir causa distinta de la onerosa o gratuita, a la vez que, y consecuentemente, se habla menos de transmisión entre los cónyuges y se introduce la teoría de la destinación (“*Se trata de sujetar el bien al peculiar régimen de afectión propio de los bienes gananciales, en cuanto a su administración, disposición, cargas, responsabilidades, liquidación que puede conducir a su atribución definitiva a uno u otro cónyuge, de acuerdo con las circunstancias de cada uno, o sus respectivos herederos*”). Igualmente, la citada RDGRN de 06-06-2007, reproduce parcialmente como parte de su fundamentación la STS, Sala 3ª, de 02-10-2001²⁹, ignorando párrafos enteros de esta última, específicamente cuando afirma “*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...*”, por lo que declara las mismas sujetas como transmisiones, pero exentas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, por contraposición a las transmisiones entre cónyuges (entres sus patrimonios privativos) sujetas y no exentas. Por lo tanto la afectión es transmisión para este alto tribunal, no es figura jurídica distinta que es la retorcida interpretación que introduce la DGRN.

Sin embargo, un amplio sector doctrinal, como hemos visto, es reacio a la consideración de una causa distinta de las típicas (onerosa o gratuita ex art. 1274 del C.c.), autónoma y que por algunos se identifica con la “*causa matrimonii*” o “*ad sustinenda oneri matrimonii*” como factor determi-

²⁹ Nuevo “*truco*”, pues la Jurisprudencia civil, art. 1.6 del C.c. debe emanar del Tribunal Supremo (o del Tribunal Superior de Justicia) pero sólo de la Sala de lo Civil (STS, Sala 1ª, de 16-12-1976 y 22-2-1993) “*sin que merezca tal concepto la doctrina que, de modo reiterado, establezcan las restantes Salas de este Supremo Tribunal, entre ellas las de lo contencioso-administrativo (sentencias de 23 de abril de 1929, 8 de marzo de 1935, 29 de octubre de 1951, 23 de febrero de 1967, 15 de octubre de 1971 y 19 de febrero de 1972)*”.

nante de la razón o causa jurídica de la aportación. De hecho, la Dirección General de Registros y del Notariado en su RDGRN de 23-05-2013 ha vuelto sobre sus pasos, a propósito del régimen económico matrimonial valenciano de “*germanía*”, que reconoce similar a la de gananciales y a la que expresamente extiende su doctrina sobre esta última relativa a los requisitos precisos para la inscripción en el Registro de la Propiedad de bienes desplazados desde una masa patrimonial privativa a otra en mano común y establece que: 1º.- estos desplazamientos patrimoniales se someterán al régimen jurídico determinado por las previsiones estipuladas por los contratantes dentro de los límites legales (arts. 609, 1255 y 1274 del C.c.) y subsidiariamente por la normativa del Código Civil. 2º.- En todo caso, han de quedar debidamente exteriorizados y precisados en el título inscribible³⁰ los elementos constitutivos del negocio de aportación por el que se produce el desplazamiento entre los patrimonios privativos y el común, y especialmente su causa, que no puede presumirse a efectos registrales (cfr. arts. 1.261-3º y 1.274 y siguientes del C.c.). 3º.- Un pacto semejante, de acuerdo con las consideraciones más arriba expuestas, comporta un verdadero desplazamiento patrimonial de un bien privativo de uno de los cónyuges a la masa común (constituída por un patrimonio separado colectivo, distinto de los patrimonios personales de los cónyuges, afecto a la satisfacción de necesidades distintas y con un régimen jurídico diverso).

³⁰ La STS, Sala 1ª, de 10-10-1997 exige la determinación del objeto y causa en el mismo negocio: “*La determinabilidad por tanto equivale a la posibilidad de reputar como cierto el objeto del contrato siempre que sea posible determinarlo con sujeción a las disposiciones contenidas en el mismo; es claro que la determinación no puede dejarse ni al arbitrio de uno de los contratantes (arts. 1256) ni a un nuevo acuerdo entre ellos (...). Al no haberlo entendido así la Sala de instancia ha infringido lo dispuesto en el art. 1261, 2º, del Código civil, que requiere la existencia del objeto cierto para la validez del contrato. Como dice la sentencia de esta Sala de 8 de marzo de 1996, se infringe, por interpretación errónea, el núm. 2º del art. 1261 del Código Civil al no estimar la indeterminación del objeto de la compraventa, que es lo acontecido en este caso*”.

4º. Clases: A efectos de entrar en el fondo del asunto, vamos a seguir el esquema de GARRIDO CERDÁ³¹ acerca de la alteración del carácter privativo o ganancial de los bienes gananciales en nuestro análisis:

- A) Puede tratarse de una alteración formal: Cuando teniendo los bienes uno u otro carácter resulten circunstancias posteriores que acrediten que estaban mal catalogados. A este supuesto se refiere el art. 95.6 del Reglamento Hipotecario, cuando dispone que “*La justificación o confesión de la privatividad hechas con posterioridad a la inscripción se hará constar por nota marginal. No se consignará la confesión contraria a una aseveración o a otra confesión previamente registrada de la misma persona*”. Aunque nada diga el Reglamento Hipotecario, ni el Código civil (art. 1324³²) lo mismo puede aplicarse a la justificación o confesión de ganancialidad, después de estar inscrito el bien como privativo o presuntivamente privativo a favor de uno de los cónyuges.

Estamos hablando de un mero problema de prueba, no de aportación a la sociedad conyugal, por lo que, a diferencia del supuesto siguiente, la confesión no es un negocio traslativo de dominio, sino mero medio de prueba del carácter ganancial de ciertos bienes. Según la mayoría de la Doctrina y de la Jurisprudencia, se reconoce a la confesión la eficacia de ser prueba bastante entre cónyuges y sus herederos no legitimarios, a los que vinculan los actos propios de su causante, y, al contrario, (STS, Sala 1ª, de 8-10-2004 y de 25-09-2001) dicho precepto tiende a “*preservar los intereses de los herederos forzosos y de los acreedores, para no “blindar” situaciones de posibles fraudes...*”, a los que no vincula dicha declaración, lo cual

³¹ GARRIDO CERDÁ, Emilio, “*Los gananciales, teoría general. Los negocios para la alteración del carácter privativo o ganancial de los bienes*”. Fundación Matritense del Notariado. Madrid, 1998.

³² “*Para probar entre cónyuges que determinados bienes son propios de uno de ellos, será bastante la confesión del otro, pero tal confesión por sí sola no perjudicará a los herederos forzosos del confesante, ni a los acreedores, sean de la comunidad o de cada uno de los cónyuges*”.

es obviamente extensible a los parientes tronqueros, como beneficiarios de una sucesión forzosa.

B) Puede tratarse de una alteración de fondo: Cuando determinados bienes que deberían ser privativos o gananciales, tengan, sin embargo, un carácter contrario por voluntad de los cónyuges o de terceros. Y a su vez, esta alteración puede producirse:

1. De manos de terceros, ex art. 1353 del C.c. (“*Los bienes donados o dejados en testamento a los cónyuges, conjuntamente y sin designación de partes, constante la sociedad, se entenderán gananciales, siempre que la liberalidad fuere aceptada por ambos y el donante o testador no hubiere dispuesto otra cosa*”). Podemos concluir que, tanto por la nulidad de la donación de la parte del bien troncal (art. 24 de la LDCFV), como por la reserva impuesta por el art. 87 de la LDCFV (“*En los bienes raíces donados para un matrimonio, antes o después de su celebración, sucederán los hijos o descendientes habidos de él, con exclusión de cualesquiera otros*”), ni en régimen de gananciales ni en comunicación foral (art. 97 de la LDCFV) parece que los bienes troncales puedan eludir, al entrar en el patrimonio conyugal, su afección o destino troncal mediante la acción de nulidad ex art. 24 de la LDCFV.

2. De manos de los cónyuges. El art. 1355.1 del C.c., para la sociedad de gananciales, establece que “*Podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir 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*”. Los art. 4 y 97 de la LDCFV permiten llegar a la misma conclusión, de absoluta libertad para celebrar negocios entre las tres masas patrimoniales en comunicación foral, las dos privativas y la ganada. Ahora bien, ha de tenerse muy presente la especial naturaleza de la consolidación de la Comunicación Foral de Bienes, de modo que constante matrimonio, la relación entre las masas patrimoniales funciona prácticamente como en el

régimen de gananciales, y serán aplicables las reglas que disciplinan la libertad de contratación entre cónyuges (art. 1323 y 1355 del C.c.) y en su virtud se podrán realizar contratos y trasvases de la masa ganancial a la privativa y viceversa. Pero:

- i. Caso de consolidarse la comunicación, las atribuciones que se hayan realizado durante la vida del matrimonio, sólo tendrán eficacia si se han otorgado como modificaciones del mencionado régimen y en capitulaciones matrimoniales, pues la fusión de patrimonios es inexorable, en caso contrario (art. 95 de la LDCFV y Auto de la AP de Bizkaia, Sec. 5^a, de 26-04-2006).
- ii. No consolidándose la comunicación foral, la comunidad de bienes resultante queda prácticamente en la misma situación que bajo el régimen del Código Civil; manteniéndose dos patrimonios privativos y dos cuotas sobre un patrimonio común de naturaleza post consorcial³³ que tienden a separarse según su procedencia (art. 109.1), sin mezcolanza y con un derecho de reembolso (art. 109.3 y 110.3).

Es decir, el legislador vasco no contempla el negocio de aportación a comunicación foral (pese todos los Notarios autores de la Ponencia origen de la Ley 3/1992, Arriola, Hernández, Fernández de Bilbao y Urrutia) pues el mismo es innecesario para el supuesto de dicha inexorable fusión de patrimonios³⁴, o al contrario, el negocio de aportación es innecesario en caso de frustración de la comunicación dado el inexorable destino de los bienes troncales a su origen (art.

³³ SAP de Bizkaia, Sec. 4^a, de 10-02-1999, en la comunidad postcomunicación foral los partícipes ostentan una titularidad abstracta sobre el conjunto, no pudiendo ningún miembro de la comunidad hacer disposición de bienes concretos que a ella pertenezcan en tanto no se realice la correspondiente división.

³⁴ La cuál, aquí sí, como recuerda la STS, Sala 1^a, de 18-07-1991 “*en la comunidad universal, implican desplazamientos sin correspondiente*”, porque tiene lugar por ministerio de la ley.

108.1 y 109.1 de la LDCFV). Pero como la vida es más variada y rica que la Ley, quedó sin regular el supuesto de que difiriese la ley aplicable al matrimonio y la aplicable a la sucesión (fuera de la previsión del art. 9.8 del C.c.).

Según MARTÍNEZ SANCHIZ³⁵ y GARRIDO CERDÁ³⁶ este tipo de negocio de atribución podrá configurarse de una de dos maneras³⁷:

- a. “*Afección*” de ganancialidad sin alterar la titularidad inicial, con lo que el bien seguirá titulado a nombre del aportante, pero sujeto al régimen de gananciales y a un derecho liquidativo al fin de la sociedad, interpretación avalada por el art. 93 del Reglamento Hipotecario y minoritaria en Doctrina y Jurisprudencia³⁸ y, suponemos, tiene un evidente origen y fin tributario para evitar el pago de impuestos por transferencias entre cónyuges, pues no olvidemos que las oficinas de los Registros de la Propiedad son en muchos casos oficinas liquidadoras de ese tributo.

La RDGRN de 06-06-2007, como hemos visto, pretexto el art. 45.I.B).3 del Real Decreto Legislativo 1/1993, regulador del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, mas lo cierto es que el mismo habla de “*Las aportaciones (no tintado o mera afección) de bienes y derechos verificados por los cónyuges a la sociedad conyugal, las adjudicaciones que a su favor y en pago de las*

³⁵ “*Casos dudosos de bienes privativos y gananciales*”. Obra citada.

³⁶ “*Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro*”. Obra citada.

³⁷ El artículo 1355 C.c. no puede aplicarse si no concurren los requisitos que el mismo exige: adquisición onerosa, constante el matrimonio y acuerdo de los cónyuges, que deberá ser simultáneo al acto de adquisición, pues de lo contrario lo que existiría es un negocio traslativo y no una calificación.

³⁸ Como hemos visto en nota anterior, para estos autores la ganancialidad es una realidad económica que “*imprime carácter*”, sujeta a un régimen a los bienes, pero no precisa la existencia de tres masas separadas, dos privativas y una común, de modo que ésta puede existir o no. La STSJ de la Rioja, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 28-2-2001 y RDGRN de 06-06-2007, con ambiguos precedentes en la 22-06-2006.

mismas se verifiquen a su disolución y las transmisiones que por tal causa se hagan a los cónyuges en pago de su haber de gananciales”. Todavía más importante, en mi opinión, es el insalvable obstáculo del juego de la responsabilidad de los bienes comunes por deudas de uno de los cónyuges, pues si el deudor responde de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros (art. 1911 del C.c.), los bienes gananciales/ganados están sujetos a embargo, ejecución e inclusión en la masa activa del concurso por deudas de cualquier cónyuge, aportante o no (art. 1373 del C.c. y 102 de la LDCFV, 541 de la LEC y 77.2 de la Ley Concursal), luego el mismo ha adquirido propiamente los bienes, sin que pueda argüirse una afección a modo de garantía de deuda ajena, pues el art. 538 de la LEC específicamente trata ese supuesto como distinto del embargo de bienes gananciales. En suma, ese conjunto normativo considera los bienes comunes como copropiedad del cónyuge deudor. Aparte de dicha incongruencia, la aceptación de la teoría de la mera afección choca con indudables obstáculos en relación a la troncalidad, por lo que necesariamente ha de apartarse el Derecho Foral vizcaíno de la aplicación de esta interpretación sobre el Derecho común, porque los partidarios de la mera “afección o tintado” ganancial dejan abierta la “atribución definitiva a uno u otro cónyuge” de los bienes y la contrapesan con la presunción favorable al derecho de reembolso previsto (art. 1358 del C.c.)³⁹. Mas en las adjudicaciones preferentes de gananciales (art. 1406 del C.c.) no se incluyen los bienes troncales, obviamente, con lo que hay los

³⁹ A favor del reembolso, SAP de Bizkaia, Sec. 4ª, de 12-09-2012, de Salamanca, Sec. 1ª, de 14-10-2008 y 23-12-2008, de La Coruña, Sec. 6ª, de 26-05-2009 y de Asturias, Sec. 4ª, de 13-07-2009 y RDGRN de 22-06-2006. Derecho reembolso que, como crédito subordinado en caso de concurso (art. 92.5 y 93 de la Ley Concursal), puede llegar a ser una veleidad.

siguientes motivos para negar tal afectación: 1º.- De seguir las tesis del tintado/afectación de bienes troncales, subrogables por un equivalente en la liquidación del consorcio conyugal, éstos devendrían en fungibles⁴⁰ (da lo mismo que aporte bienes raíces si me lo compensas al fin del régimen económico matrimonial), lo que es diametralmente opuesto a la esencia de la troncalidad, la permanencia del bien en la familia, la llamada de los bienes troncales a “*su procedencia*” (art. 17 de la LDCFV). 2º.- la subrogación de bienes troncales sólo puede operar entre bienes troncales (art. 22.3 de la LDCFV), no sobre el dinero (SAP de Bizkaia, Sec. 4ª, de 13-02-2004); 3º.- si el régimen de la frustración de la comunicación foral de bienes (art. 109.1 de la LDCFV) responde al fin de reservar éstos a otros parientes tronqueros ante la imposibilidad en ese caso de que los hijos del matrimonio sucedan en los bienes troncales (SAP de Bizkaia, Sec. 3ª, de 22-12-1992) no se ve por qué ha de ser distinta la aplicación a una misma sociedad de gananciales; 4º.- En consecuencia con esta tesis y la mayoritaria opción doctrinal⁴¹ y Jurisprudencia por el carácter meramente declarativo o determinativo de la partición y ad-

⁴⁰ Al contrario que en los art. 839 y 840 del C.c. no existe la opción para el tronquero (no querida por el viudo) de conmutar el usufructo del viudo por nada que no sea un capital en efectivo, lo cual evita los problemas de reservas que podría generar en caso contrario como en Derecho común (véase la SAP de Bizkaia, Sec. 5ª, de 24-06-2002), o sea, se facilita la salida del viudo de los bienes troncales, pues el dinero es exactamente lo contrario del bien raíz, fungible (art. 1170 del C.c.) y no troncal (art. 19 de la LDCFV y SAP de Bizkaia, Sec. 4ª, de 13-02-2004). De ahí que ordena el art. 58 de la LDCFV que el dinero que se entregue al viudo será de su libre disponibilidad y no podrá estar sometido a reserva, devolución, carga ni limitación de ninguna clase ni aun en los supuestos de extinción sobrevenida del usufructo. Igualmente el art. 89 de la LDCFV, en línea con el art. 110, extiende por accesión la troncalidad a los bienes reservables, sin perjuicio de la obligación de indemnizar.

⁴¹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. “*Derechos reales. Derecho hipotecario*” Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2001.

judicación, no traslativo de derechos⁴² resultaría que sin haber entrado nunca los bienes troncales en la propiedad del cónyuge advenedizo, pues sólo ha habido por la mera afectación, resulta que ingresan en su patrimonio en un momento indefinido, pues la partición tampoco es un acto traslativo, sino que se especifica su cuota sobre bienes concretos. 5º.- además de los principios generales de la LDCFV (art. 17) están las normas específicas de protección de la troncalidad (art. 24 y 112), dentro del cuál destaquemos que el manejado por la LDCFV concepto de “*actos de disposición*” es mayor que el de actos de enajenación y aparte la postura mayoritaria que considera la aportación como verdadera transmisión, la aportación a gananciales es, en todo caso, un acto de disposición (RDGRN de 22-04-2006 y STS, Sala 1ª, de 17-10-1978) conforme a “*la distinción entre actos de disposición- los tendentes a enajenar la cosa o a constituir sobre ella derechos reales o gravámenes y actos de administración –los que tienden a la conservación, goce y uso de la cosa...*”. Y según la SAP de Bizkaia, Sec. 4ª, de 4-02-2009 el usufructo es un gravamen y, en cuanto afecte a bienes troncales, su constitución gratuita es nula de pleno derecho (derecho viudal aparte ex art. 60 de la LDCFV). Y no cabe duda que la afección a gananciales, en todo caso, grava, es un gravamen, sobre la titularidad por el aportante del bien troncal aportado, sometiéndola a un régimen jurídico restrictivo y

⁴² En general acerca de la partición de herencia, STS, Sala 1ª, de 3-02-1999, 5-03-1991, 18-02-1987, 3-02-1982 y 25-01-1943. La RDGRN de 06-06-2007 afirma que la línea que delimita lo particional de lo dispositivo no es nítida y cita varias las Resoluciones (RDGRN de 2-01-2004, 4-04-2005 y 14-04-2005) aunque prevalece la línea determinativa (RDGRN de 2-01-2004, de 6-04-1962. La STS, Sala 1ª, de 21-05-1990 y SAP de Asturias de 14-10-1992 defienden el carácter especificativo o determinativa, no traslativa de la partición y adjudicación de gananciales. La STS, Sala 1ª, de 10-01-1991 explica que “*la división de cosa común o extinción de condominio no tiene función traslativa sino de concreción de cuotas abstractas correspondientes a los copropietarios, por lo que no supone una transmisión onerosa*”.

que puede avocar, caso de mecanicista aplicación de la teoría de la mera afectación, a que el bien troncal pase a advenedizos sin que haya habido nunca propiamente enajenación, luego es un acto de disposición, que habrá de ser juzgado en cada caso como oneroso o gratuito, como veremos después.

- b. Aportación a gananciales, transformando la titularidad inicial en una cotitularidad (aportación a la sociedad matrimonial, a la masa común, a los gananciales o bienes ganados). Entonces ya no habrá una simple afectación patrimonial, sino algo más, una verdadera transferencia dominical⁴³, que es lo que nosotros sostenemos.

En régimen de comunicación foral de bienes, tanto si se consolida (art. 108.1 de la LDCFV), como si no (art. 109.1), el cónyuge pariente tronquero tiene derecho a la adjudicación preferente de bienes troncales. Y, caso de frustración, en relación a las adquisiciones onerosas o mejoras de bienes raíces troncales, da origen a un derecho de crédito, al abono de estas impensas al cónyuge de la otra línea (art. 109) y la facultad de éste de gozar y disfrutar de su mitad durante sus días (art.110). Por el contrario, si se le adjudicaran los bienes troncales al viudo advenedizo (art. 108.3) los tiene que reservar en todo caso a la descendencia del premuerto (art. 86).

Pero si el régimen económico matrimonial es de gananciales, no existe tal derecho de predetracción de bienes troncales ni la reserva viudal troncal que garantiza en comunica-

⁴³ Postura mayoritaria en la Doctrina y Jurisprudencia la STSJ de Castilla-La Mancha, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16-11-1998 (“... el contrato de aportación de bienes a la comunidad de gananciales ha tenido por objeto la atribución de ganancialidad de bienes originariamente privativos, lo que en rigor supone la transmisión de un bien de un patrimonio (privativo) a otro (ganancial) y no solamente un simple cambio de calificación del mismo”) que por tanto declara sujeta pero exenta del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, la STS, Sala 3ª, de 2-10-2001 reconoce igualmente dicha exención pero reconoce que es una verdadera transmisión entre cónyuges.

ción foral de bienes la perduración del patrimonio troncal dentro de la parentela tronquera. La duda surge si existe una aparente libre transmisión de bienes troncales por esta vía de aportación a gananciales, lo que “huele” a que choca con la troncalidad como limitación de disponer (art. 1 y 3.2, 17 y 112 de la LDCFV) que es incluso el fundamento del régimen de la frustración de la comunicación foral de bienes, como hemos visto⁴⁴.

En este caso podríamos encontrar dos situaciones: 1º.- Ir al “*primer asalto*” o impugnar la aportación a la sociedad de gananciales, lo que supone buscar la equiparación del acto neutro de aportación de bien troncal a los gratuitos u onerosos, según el caso. 2º.- Ir al “*segundo asalto*” o “*repesca*” del bien troncal a la disolución de la sociedad conyugal.

1. Equiparación del acto neutro de aportación de bien troncal a los gratuitos u onerosos, según el caso: Ello lo podemos sostener en cinco ideas:

a. Ya hemos visto porqué el legislador vasco no previó la posibilidad –más bien la excluyó– de los actos neutros: Porque en el régimen de comunicación foral la fusión por consolidación hacía innecesaria ninguna aportación al patrimonio común y porque su frustración la hacía innecesaria por la devolución de los bienes troncales al tronco. Esto y la constante remisión a actos a título oneroso y gratuito en la Exposición de Motivos de la LDCFV y en su articulado (art. 17, 24, 112, etc.) permite afirmar que la supletoria aplicación del negocio de derecho común de aporta-

⁴⁴ La SAP de Bizkaia, Sec. 3ª, de 22-12-1992 entiende que la frustración de la comunicación foral de bienes responde al fin de reservar éstos a otros parientes tronqueros ante la imposibilidad en ese caso de que los hijos del matrimonio sucedan en los bienes troncales, hasta ahí llega el predominio de la troncalidad sobre otra institución básica, cual es el matrimonio.

- ción como acto neutro atenta contra la troncalidad y debe ser rechazado (art. 3.2 y 16 de la LDFCV)⁴⁵.
- b. La STSJPV, Sala 1^a, de 2-06-2004 descartó un criterio interpretativo según la cual los derechos o facultades que limiten la libertad de los derechos dominicales, han de ser entendidos en sentido restrictivo, porque la preferencia reconocida a los parientes tronqueros y las limitaciones que esa preferencia conlleva no constituyen sino medios de protección a la troncalidad, que es institución clave en el derecho vizcaíno y cuya prevalencia debe mantenerse, por tanto al interpretar las normas que regulan este instituto.
- c. El negocio jurídico de aportación de bien troncal se rige igualmente por la LDFCV por el juego de los art. 10.1, 10.5 y 16 del C.c. en relación al art. 5 que el Fuero de Bizkaia “*rige en toda su extensión en el Infanzonado o Tierra Llana*”, pues en las relaciones interregionales se aplica la ley del lugar en que estén sitos los inmuebles para regular la posesión, propiedad y demás derechos reales sobre bienes inmuebles, ley aplicable igualmente, a los contratos sobre los mismos, a falta de sumisión expresa de las partes, sumisión en contrario que (art. 6.4 y 12.4 del C.c. y art. 4, 16, 23 y 93 de la LDFCV) no sería válida.
- d. El art. 78.1 de la Ley Concursal: (“*1. Declarado el concurso de persona casada en régimen de separación de bienes, se presumirá en beneficio de la masa, salvo prueba en contrario, que donó a su cónyuge la contraprestación satisfecha por éste para la adquisición de bienes a título oneroso cuando esta contraprestación proceda del patrimonio del concursado. De no poderse probar la procedencia de la*

⁴⁵ Ya dijo DE CASTRO que “*la eficacia de los principios generales es indudablemente superior a la de la norma subsidiaria, puesto que son en primer término la base de las normas jurídicas legales o consuetudinarias*”.

contraprestación se presumirá, salvo prueba en contrario, que la mitad de ella fue donada por el concursado a su cónyuge, siempre que la adquisición de los bienes se haya realizado en el año anterior a la declaración de concurso”) permite pensar que el legislador ha optado por reducir los actos neutros a título gratuito u oneroso según o no haya contraprestación efectiva, no se pierde en el bizantino concepto de acto incoloro.

- c. Ello nos lleva a reconducir la aportación a que la misma sea necesariamente a título oneroso o gratuito. Obvia decir que cuando se expresa en el título que la aportación es a título gratuito, estaremos a lo dispuesto en el art. 24 de la LDCFV, o sea, es nula de pleno derecho. El problema es cuando no constase causa gratuita, constase la “*causa matrimonii*” o el carácter oneroso, sin contraprestación⁴⁶. Dado el carácter inmobiliario de los bienes troncales optamos por el criterio de, obvio ex art. 1281 y ss. del C.c., de la RDGRN de 23-05-2013 de interpretar la voluntad de las partes han de quedar debidamente exteriorizados y precisados en el título inscribible los elementos constitutivos del negocio de aportación por el que se produce el desplaza-

⁴⁶ La STS, Sala 1ª, de 10-10-1997 exige la determinación del objeto y causa en el mismo negocio: “La determinabilidad por tanto equivale a la posibilidad de reputar como cierto el objeto del contrato siempre que sea posible determinarlo con sujeción a las disposiciones contenidas en el mismo; es claro que la determinación no puede dejarse ni al arbitrio de uno de los contratantes (arts. 1256) ni a un nuevo acuerdo entre ellos (...). Al no haberlo entendido así la Sala de instancia ha infringido lo dispuesto en el art. 1261, 2º, del Código civil, que requiere la existencia del objeto cierto para la validez del contrato. Como dice la sentencia de esta Sala de 8 de marzo de 1996, se infringe, por interpretación errónea, el núm. 2º del art. 1261 del Código Civil al no estimar la indeterminación del objeto de la compraventa, que es lo acontecido en este caso”. Igualmente dice la STS, Sala 1ª, de 20-07-1992: “la naturaleza de un negocio jurídico depende de la intención y declaraciones de voluntad que lo integran y no de la denominación que le hayan atribuido las partes, siendo el contenido real del contrato el que determina la calificación del contrato”.

miento entre los patrimonios privativos y el común⁴⁷. Entendemos fundamental atender a la valoración conjunta de la operación realizada para entender cuál sea la finalidad perseguida en el caso concreto y así la causa será onerosa cuando la atribución ligue a una contraprestación y gratuita en los demás⁴⁸.

Efectivamente, decía ALBADALEJO que “*las figuras jurídicas son lo que son y no lo que los particulares quieren que sean*”, lo que viene a colación de que las manifestaciones de los otorgantes por sí y ante sí nada prueban sobre el carácter oneroso o gratuito del negocio, pues la manifestación del carácter ganancial del bien y de su adquisición a título oneroso es lo mismo, a la inversa, o participa de la naturaleza de la confesión de privatividad (art. 1324 del C.c.), precepto tendente a “*preservar los intereses de los herederos forzosos y de los acreedores, para no “blindar” situaciones de posibles fraudes...*” (STS, Sala 1ª, de 8-10-2004 y de 25-09-2001) y que conforme a la Jurisprudencia expuesta por la STS de 24-09-2003 “*la manifestación hecha en los contratos sobre la entrega del precio no acredita su veracidad por lo que (...) incumbe al demandado la prueba de la existencia del precio*”.

2. La “*repesca*” del bien troncal a la disolución de la sociedad conyugal: Tanto el mayoritario punto de vista Jurispruden-

⁴⁷ La Ley 10/2007, de 20 de marzo, de la Generalitat, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano establece en sus art. 38 y ss. el régimen de germanía, muy parecido al de comunicación foral de bienes de Bizkaia por cuanto que es una comunidad en mano común, incluso universal de los bienes de los cónyuges, en la que se integraban tanto los aportados al matrimonio como los adquiridos durante el mismo, por cualquier título y que, al disolverse la sociedad conyugal y una vez liquidadas las deudas, quedaban atribuidos por mitad a cada uno de los esposos. Similares la gestión, responsabilidad por deudas y la disolución y liquidación.

⁴⁸ STS de 20-07-1992: “*la naturaleza de un negocio jurídico depende de la intención y declaraciones de voluntad que lo integran y no de la denominación que le hayan atribuido las partes, siendo el contenido real del contrato el que determina la calificación del contrato*”.

cial sobre el convenio⁴⁹ de adjudicación como meramente declarativo⁵⁰, como que la acción de división de cosa común no es acto de disposición (STS, Sala 1ª, de 5-6-1989) parecen limitar muchísimo un posible éxito de la impugnación de la adjudicación de bienes troncales en la partición de la sociedad de gananciales a favor del advenedizo, del que no sea pariente tronquero. Sólo nos quedaría el recurso al derecho de adquisición preferente foral, no aplicable en la mayoría de los casos, a saber, suelo urbano o urbanizable sectorizado (art. 114 de la LDCFV).

V. APORTACIÓN DE BIENES TRONCALES A PAREJAS DE HECHO

Existen tres tipos de parejas de hecho en la Comunidad Autónoma del País Vasco: A) Las constituidas con arreglo a la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho, B) La “*unidad convivencial*” a que se refiere la Ley 1/2008, de 8 de febrero, del Parlamento Vasco, de Mediación Familiar, constituidas por “*las personas unidas por una relación permanente análoga a la conyugal*” y C) El resto.

Desde el punto de vista del régimen patrimonial, podemos reducirlas a las inscritas conforme a la Ley 2/2003, por una parte; y las demás, por la otra.

⁴⁹ STS, Sala 1ª, de 9-06-1997: “*La naturaleza de este hecho, -dar ejecución a la distribución del caudal hereditario-, es de relación contractual, al surgir del acuerdo unánime de las voluntades de los interesados, que se perfecciona con la concurrencia de los requisitos del artículo 1261 del Código Civil, al acomodarse a sus intereses (Ss. de 3-1-1962, 25-2-1966, 21-5-1966, 18-2-1967, 8-2-1996), sin que sea necesario que afecte a todos los bienes, pues puede proyectarse sobre parte de los mismos, subsistiendo una comunidad hereditaria sobre los restantes o llevarse a cabo la definitiva en su momento, que tendrá en cuenta la parcial precedente, y esta tiene acceso al Registro de la Propiedad, conforme al artículo 14 de la Ley Hipotecaria y 80 de su Reglamento*”. Igualmente da naturaleza traslativa a la partición.

⁵⁰ STS, Sala 1ª, de 21-05-1990 y SAP de Asturias de 14-10-1992.

- A) En cuanto a estas últimas la Jurisprudencia ha establecido que (STS, Sala 1ª, de 6-10-2011 y de 12-09-2005), la unión de hecho, como institución que no tiene nada que ver con el matrimonio - STC 184/1990 y la 222/92, por todas-, aunque las dos estén dentro del derecho de familia, se puede proclamar que está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias, máxime tras la existencia jurídica del matrimonio homosexual y el divorcio unilateral, por lo que debe huirse de la aplicación por “*analogía legis*” de normas propias del matrimonio, ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad.
- B) En cuanto a las parejas ex Ley 2/2003, su Disposición Adicional Primera afirma que todas las referencias hechas al matrimonio en las normas legales y reglamentarias aprobadas en la Comunidad Autónoma de Euskadi con anterioridad a la entrada en vigor de dicha Ley se entenderán hechas también a las parejas de hecho, luego al merece la pena acotar que:
1. La aportación de bienes troncales a una pareja de hecho no debe presumirse como dice la reciente RDGRN de 7-02-2013 a propósito de la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, sobre Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Andalucía, parecidísima a la Ley 2/2003 del Parlamento Vasco (“*cuando las barbas de tu vecino veas pelar...*”: “*la unión no matrimonial, por el mero hecho de iniciarse, no conlleva el nacimiento de un régimen de comunidad de bienes. En consecuencia que los bienes adquiridos por alguno de los convivientes constante la unión de hecho, por el solo hecho de su existencia, no pueden hacerse comunes a ambos. Pertencerán a aquel que los adquiriera, y, si los hubiesen adquirido en común, pertenecerán a ambos en copropiedad. Sólo estos bienes podrán ser repartidos al finalizar la unión o en cualquier momento, anterior o posterior, si es que se solicita su división*”).
 2. Se rechaza “*la existencia junto a una causa matrimonii que ampara y protege los desplazamientos patrimoniales entre los cónyuges, de una*

causa convivendi o familiae que ampara y protege igualmente los desplazamientos patrimoniales entre los convivientes con igual fuerza”.

3. De nuevo, la partición y adjudicación como actos meramente declarativos, limitan muchísimo un posible éxito de la impugnación de la adjudicación de bienes troncales en la partición del patrimonio común. No obstante, queda el consuelo de la aplicación de la reserva viudal troncal del art. 86 de la LDCFV (no aplicable cuando el matrimonio se disuelve por causa distinta de la muerte) y dicho precepto es una “*disposición común a las distintas formas de suceder*” (Capítulo V del Título III del Libro I de la LDCFV), por lo que sólo se aplicaría si el causante fuera vizcaíno aforado y le sobreviviera el cónyuge.
4. Por fin, algo de gran interés para las parejas de hecho vascas, añade la citada RDGRN de 7-02-2013: “*El documento donde consten los pactos será inscribible en el Registro de Uniones de Hecho (para establecer el régimen económico de la relación de la pareja estable) nunca perjudicarán a terceros*”, pues mientras el Registro de la Propiedad es un “*registro jurídico*”, “*el Registro de Parejas de Hecho es un Registro administrativo y por tanto su contenido no perjudica a tercero*”. A los datos del Registro de la Propiedad estaremos cara a determinar qué bienes están sujetos a la acción de los acreedores por deudas de un cónyuge, comunes por ser contraídas por ambos, o, en su caso, comunes por contribuir a las cargas o ser de interés de este tipo de familia.

BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel. “*Derecho Civil, I, Parte General*”. Librería Bosch. Barcelona, 2002.

BLANQUER UBEROS, Roberto. “*Acerca de la sociedad de gananciales, la responsabilidad y la relación obligatoria*”; Anales de la Academia Matritense del Notariado, 1976.

BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, José. “*La comunidad de bienes en derecho español*”. Editorial Revista Española de Derecho Privado. Madrid, 1954).

CASTÁN Y TOBEÑAS, José. “Derecho Civil Español, común y foral”. Reus, S.A. Madrid 1988.

CARIOTA-FERRARA, “*El Negocio Jurídico*”.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio. “*Sistema de Derecho Civil*”. Tecnos. Madrid.1988 y 2003.

GARRIDO CERDÁ, Emilio. “*Derechos de un cónyuge sobre los bienes del otro*”; Anales de la Academia Matritense del Notariado y Edersa, 1982.

GARRIDO CERDÁ, Emilio. *Los gananciales, teoría general. Los negocios para la alteración del carácter privativo o ganancial de los bienes*”. Fundación Matritense del Notariado. Madrid, 1998.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis, y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, Sistema de Derecho Civil, vol. 1, Introducción. Tecnos, 2003.

LACRUZ BERDEJO, José-Luis y otros, “*Elementos de Derecho Civil, I, Parte General*”, vol. 2º (Personas), DIKINSON, Madrid, 2002.

LÓPEZ JACOISTE, J. J., “*La fundación y su estructura a la luz de sus nuevas funciones*”. R.D.P. 1965.

MARTÍN OSANTE, Luis Carlos. “*El régimen económico matrimonial en el Derecho vizcaíno. La comunicación foral de bienes*”. Gobierno Vasco. Departamento de Justicia, Economía, Trabajo y Seguridad Social - Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S. A., Madrid, 1996

MARTÍNEZ SANCHIZ, José-Ángel. “*Casos dudosos de bienes privativos y gananciales*”. Anales de la Academia Matritense del Notariado, 1985

Spota, “*Contratos, I*”.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. “*Derechos reales. Derecho hipotecario*” Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2001.

DE PRADA GONZÁLEZ, José-M^a. “*La onerosidad y gratuidad de los actos jurídicos*”. Anales de la Academia Matritense del Notariado. 1968.