

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NFJ073025

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 344/2019, de 14 de marzo de 2019

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 5404/2017

SUMARIO:

ITP y AJD. Transmisiones patrimoniales onerosas. Excesos de adjudicación. Actos jurídicos documentados. Documentos notariales. Supuestos de no sujeción. Extinción del condominio. La cuestión con interés casacional consiste en determinar si la extinción de un condominio formalizada en escritura pública notarial, cuando se adjudica el bien inmueble sobre el que recae a uno de los condóminos, quien satisface en metálico a los demás el exceso de adjudicación, constituye una operación sujeta a transmisiones patrimoniales onerosas pero exenta o una operación no sujeta a esa modalidad y, por ende, si está no sujeta o está sujeta, respectivamente, a la modalidad gradual de actos jurídicos documentados, documentos notariales, del Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados. Pues bien, la respuesta que da este Tribunal es la de que la extinción de un condominio, en el que se adjudica a uno de los condóminos un bien indivisible, que ya era titular dominical de una parte de este, a cambio de su equivalente en dinero, no está sujeta a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas sino a la cuota gradual de la modalidad de actos jurídicos documentados del Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

Aplicando todo ello, y poniéndolo en relación con las pretensiones de las partes, el recurso de casación ha de ser estimado puesto que la extinción del condominio en el que se adjudicó a uno de los hermanos una vivienda de la que ya era titular dominical del 50 por 100, a cambio de su equivalente en dinero, está sujeta a la cuota gradual de la modalidad de actos jurídicos documentados del ITP y AJD en tanto en cuanto no está sujeta a la modalidad de transmisiones onerosas, puesto que tal operación no es una transmisión patrimonial en sentido propio sino pura y simplemente, una especificación de un derecho preexistente.

Base imponible. La liquidación recurrida se giró sobre la totalidad del valor comprobado del bien, pero debió de girarse sobre el 50 por 100 de ese valor, dado que la base imponible es única y exclusivamente el valor de la parte que se adquiere *ex novo*.

[Vid., ATS, de 19 de enero de 2018, recurso n.º 5404/2017 (NFJ069404), en el que se plantea el recurso de casación que se resuelve en esta sentencia y, STSJ de Andalucía, de 13 de julio de 2017, recurso n.º 554/2016 (NFJ069403), que se casa y anula].

PRECEPTOS:

RDLeg. 1/1993 (TR Ley ITP y AJD), arts. 4 y 7.
Código Civil, arts. 392, 406, 450 y 1.061.

PONENTE:

Don Isaac Merino Jara.

Magistrados:

Don NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN
Don JOSE DIAZ DELGADO
Don JOSE ANTONIO MONTERO FERNANDEZ
Don JESUS CUDERO BLAS
Don RAFAEL TOLEDANO CANTERO
Don DIMITRY TEODORO BERBEROFF AYUDA

Don ISAAC MERINO JARA

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 344/2019

Fecha de sentencia: 14/03/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 5404/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 26/02/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Isaac Merino Jara

Procedencia: TSJ Andalucía

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Gloria Sancho Mayo

Transcrito por: LMR

Nota:

R. CASACION núm.: 5404/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Isaac Merino Jara

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Gloria Sancho Mayo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 344/2019

Excmos. Sres.

D. Nicolas Maurandi Guillen, presidente

D. Jose Diaz Delgado

D. Jose Antonio Montero Fernandez

D. Jesus Cudero Blas

D. Rafael Toledano Cantero

D. Dimitry Berberoff Ayuda

D. Isaac Merino Jara

En Madrid, a 14 de marzo de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 5404/2017, promovido por la Letrada de la Junta de Andalucía, en la representación que le es propia, contra la sentencia de 13 de julio de 2017, dictada por la Sección segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, recaída en el recurso contencioso-administrativo núm. 554/2016 .

Comparecen como partes recurridas el Abogado del Estado en representación de la Administración General del Estado y Doña Marcelina, representada por el procurador de los tribunales Don Javier Rodríguez Tadey y defendida por la letrada Doña Isabel María Cabeza Calvo.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Isaac Merino Jara.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.

Resolución recurrida en casación y hechos del litigio.

1. El presente recurso de casación se interpuso por la Junta de Andalucía contra la sentencia de 13 de Julio de 2017, dictada por la Sección segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, estimatoria del recurso contencioso administrativo núm. 554/2016 deducido por Doña Marcelina frente a la resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía, de 11 de marzo de 2016, que desestimaba la reclamación realizada contra la liquidación NUM000 practicada en fecha 20 de marzo de 2015 en concepto de Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados por importe de 5.368,92 euros, por la Gerencia Provincial de la Agencia Tributaria de Andalucía.

2. La anterior liquidación se realizó con objeto de la instrucción de un expediente de comprobación sobre la autoliquidación realizada por la ahora recurrida Doña Marcelina , con ocasión de la extinción del condominio sobre un inmueble, finca urbana sita en la planta NUM001 - NUM002 letra NUM003 del número NUM004 de la CALLE000 , en Sevilla, protocolizada con el nº NUM005 mediante escritura de fecha 10 de octubre de 2013 autorizada por el Notario Don Bartolomé Martín Vázquez, en la que se tuvo como base imponible la cantidad de 290.000 euros, y por la que no se efectuó ingreso alguno por entender que la operación se encontraba exenta de gravamen. Instruido el mencionado expediente de comprobación, le fue fijado al inmueble un valor de 324.570,47 euros, procediéndose a practicar la liquidación del impuesto fijando como base imponible una cantidad igual a ésta en la que se valoraba el inmueble, y que arrojaba un saldo pendiente a ingresar de 5.368, 92 euros.

3. Desestimada la reclamación y confirmada la liquidación por resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Andalucía de fecha 11 de marzo de 2016, mediante escrito de 24 de octubre de 2016 la representación procesal de Doña Marcelina interpuso recurso Contencioso- Administrativo ante la Sección segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía. La sala de instancia estimó el recurso por Sentencia de fecha 13 de julio de 2017 en la que reproducía en su fundamento jurídico cuarto los pronunciamientos realizados por esa misma Sala con ocasión de otros recursos sobre la misma materia:

"CUARTO.- [...] "La división de la cosa común es un derecho de los condóminos, establecido en el art. 1062 del Código Civil , mediante el cual se puede producir la extinción del condominio, y una de las formas de extinción es la adjudicación a uno de los partícipes, con compensación de lo que se considera el exceso de adjudicación con una cantidad en metálico a los demás copartícipes. Puede ser que materialmente se produzca

una transmisión, pero jurídicamente no puede tener efecto como tal transmisión, pues el derecho que se adquiere con la adjudicación ya se poseía globalmente con la situación de proindiviso, por lo que la adjudicación no puede tener efectos tributarios. En el mismo sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1999 cuando afirma que: "Y, por último y en tercer lugar, porque no puede tacharse de errónea la doctrina seguida por la sentencia recurrida. Esta Sala, aun en supuestos no estrictamente similares al que ahora se enjuicia y como recuerda la Sentencia de 23 de mayo de 1998, con cita de otras de la Sala Primera y de la Sala Tercera de este Tribunal, tiene reconocida, con vocación de generalidad, la doctrina consistente en que "la división y adjudicación de la cosa común son actos internos de la comunidad de bienes en los que no hay traslación del dominio, de modo que, en consecuencia, por primera transmisión solo puede entenderse la que tiene como destinatario un tercero.

En principio, pues, la división y consiguiente adjudicación de las partes en que se hubieran materializado las cuotas ideales anteriormente existentes no son operaciones susceptibles de realizar el hecho imponible del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales a tenor de lo establecido en el art. 7°.I.A del Texto Refundido y de su Reglamento, aquí aplicables, de 1980 y 1981, respectivamente -hoy los mismos preceptos de los Textos vigentes de 24 de septiembre de 1993 y 29 de mayo de 1995-, La división de la cosa común debe ser contemplada -recuerda la sentencia mencionada de 1998- como la transformación del derecho de un comunero, reflejado en su cuota de condominio, en la propiedad exclusiva sobre la parte de la cosa que la división hubiera individualizado. Con otras palabras: la división de la cosa común y la consiguiente adjudicación a cada comunero en proporción a su interés en la comunidad de las partes resultantes no es una transmisión patrimonial propiamente dicha -ni a efectos civiles ni a efectos fiscales- sino una mera especificación o concreción de un derecho abstracto preexistente. Lo que ocurre es que, en el caso de que la cosa común resulte por su naturaleza indivisible o pueda desmerecer mucho por su división -supuesto que lógicamente concurre en una plaza de aparcamiento e incluso en un piso (no se trata de la división de un edificio, sino de un piso, art. 401 del Código civil) - la única forma de división, en el sentido de extinción de comunidad, es, paradójicamente, no dividirla, sino adjudicarla a uno de los comuneros a calidad de abonar al otro, o a los otros, el exceso en dinero - arts. 404 y 1062, párrafo 1", en relación este con el art. 406, todos del Código civil -. Esta obligación de compensar a los demás, o al otro, en metálico no es un "exceso de adjudicación", sino una obligación consecuencia de la indivisibilidad de la cosa común y de la necesidad en que se ha encontrado el legislador de arbitrar procedimientos para no perpetuar la indivisión, que ninguno de los comuneros se encuentra obligado a soportar - art. 400-. Tampoco, por eso mismo, esa compensación en dinero puede calificarse de "compra" de la otra cuota, sino, simplemente, de respeto a la obligada equivalencia que ha de guardarse en la división de la cosa común por fuerza de lo dispuesto en los arts. 402 y 1.061 del Código civil, en relación este, también, con el 406 del mismo cuerpo legal. En puridad de conceptos, cuando la cosa común es indivisible, bien materialmente o bien por desmerecimiento excesivo si se llevara a cabo la división, cada comunero, aun cuando tenga derecho solo a una parte de la cosa, tiene realmente un derecho abstracto a que, en su día, se le adjudique aquélla en su totalidad, dada su naturaleza de indivisible, con la obligación de compensar a los demás en metálico. Esta forma, pues, de salir de la comunidad es también, por tanto, concreción o materialización de un derecho abstracto en otro concreto, que no impide el efecto de posesión civilísima reconocido en el art. 450 del Código civil y no constituye, conforme ya se ha dicho, transmisión, ni a efectos civiles ni a efectos fiscales. Por lo demás, el hecho de que el art. 7°.2.B) de la Ley y Reglamento del Impuesto aquí aplicables solo exceptúe de la consideración de transmisión, a los efectos de su liquidación y pago, "los excesos de adjudicación declarados, salvo los que surjan de dar cumplimiento a lo dispuesto en los arts. 821, 829, 1056 (segundo) y 1062 (primero) del Código civil ..."y entre ellos no se cite precepto alguno regulador de comunidades voluntarias, sino solo de comunidades hereditarias, no constituye argumento en contra de la conclusión precedentemente sentada, habida cuenta que a lo que quiere con ello aludirse es a los excesos de adjudicación verdaderos, esto es, a aquellos en que la compensación en metálico, en vez de funcionar como elemento equilibrador de la equivalencia y proporcionalidad que deben presidir toda división o partición de comunidad a costa del patrimonio del adjudicatario, sobrepasa en realidad su interés en la comunidad y viene a constituir, efectivamente, una adjudicación que lo supera en perjuicio del resto de los comuneros. No hay, pues, tampoco, con esta interpretación, desconocimiento alguno del art. 24 de la Ley General Tributaria -hoy 23.3 de la misma tras la reforma operada por la Ley 25/1995, de 20 de julio-, cuando veda la utilización del procedimiento analógico para extender, más allá de sus términos estrictos, el ámbito del hecho imponible o el de las exenciones o bonificaciones tributarias".

La sentencia expuesta y su doctrina tienen un carácter eminentemente civil, pero no obstante fundamenta la inexistencia de transmisión en el derecho abstracto preexistente de los condóminos y afirma que por tanto no se producen efectos civiles ni fiscales. Empero en el orden tributario, la interpretación que debe hacerse de la sentencia, no es la de que no haya existido transmisión, sino que la misma no puede tener efectos fiscales, pues la excepción del 7.2.B del R.D.Leg. 1/1993, ha de interpretarse no como un supuesto de no sujeción, sino de sujeción en la que concurre exención, por lo que no puede gravarse como acto jurídico documentado. Con arreglo a la doctrina expuesta ha de confirmarse la resolución impugnada y coincidir con la misma en que la operación realizada debe incluirse en el concepto de exención, en tanto que la adjudicación no produce efectos civiles, ni tributarios, por lo que no debe tributar por el concepto de ITPAJD, so pena de infringir el principio de prohibición de doble imposición del art. 31.2. del R.D.Leg. 1/1993."

Aplicando la posición expuesta al caso de autos, y partiendo del presupuesto de que el acuerdo administrativo impugnado practica liquidación por IAJD, cabe colegir que no procede gravar por actos Jurídicos documentados la operación consistente en la extinción de un condominio con causa hereditaria en tanto que no constituye una transmisión patrimonial sino, en palabras del Tribunal Supremo, una mera especificación o concreción de un derecho abstracto preexistente que además, en nuestro caso, ya se detentaba materialmente.

Ciertamente en el supuesto que aquí nos ocupa se da una peculiaridad, como hemos visto, y es que si atendemos al valor comprobado por la Administración (324.570,47 euros), aquí no cuestionado, podría haberse producido un exceso de adjudicación a favor de la actora desde el momento en que ésta -partiendo del valor declarado fiscalmente y consignado en escritura de 290.000 euros- abonó a su hermano la suma de 145.000 euros, inferior por tanto a la mitad del valor comprobado. Sin embargo, ello no avala la pertinencia en Derecho de la liquidación recurrida desde el momento en que ésta se giró por Actos Jurídicos Documentados sobre el valor total de la finca, y no sobre el exceso de adjudicación producido".

Segundo.

Preparación del recurso de casación.

1. La letrada de la Junta de Andalucía presentó, el 13 de septiembre de 2017, escrito de preparación del recurso de casación contra la sentencia anteriormente mencionada.

2. Tras justificar la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, la recurrente considera que la sentencia infringe la norma contenida en el artículo 7.2.B) del Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, por aplicación incorrecta de la misma lo que genera la vulneración de los artículos 28 y 45 de la misma Ley .

3 . La Sala de instancia acordó, mediante auto de 19 de octubre de 2017, tener por preparado el recurso de casación contra la Sentencia de 13 de julio de 2017, ya reseñada.

Tercero.

Admisión e interposición del recurso.

1. Preparado el recurso en la instancia y emplazadas las partes para comparecer ante esta Sala, por auto de 19 de enero de 2018 , la Sección de Admisión de esta Sala aprecia la presencia de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, enunciada en estos literales términos:

" 2º) La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en:

Determinar si la extinción de un condominio formalizada en escritura pública notarial, cuando se adjudica el bien inmueble sobre el que recae a uno de los condominios, quien satisface en metálico a los demás el exceso de adjudicación, constituye una operación sujeta a transmisiones patrimoniales onerosas pero exenta o una operación no sujeta a esa modalidad y, por ende, si está no sujeta o está sujeta, respectivamente, a la modalidad gradual de actos jurídicos documentados, documentos notariales, del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados".

2. La representación de la Junta de Andalucía interpuso recurso de casación mediante escrito presentado el 6 de marzo de 2018, que observa los requisitos legales, y en que se mencionan como infringidas las normas antes citadas.

Finaliza su escrito solicitando de la Sala que "tras los trámites de rigor, dicte Sentencia por la que, estimando nuestro recurso, case y deje sin efecto la Sentencia de 13 de julio de 2017 de conformidad con lo señalado por esta parte".

Cuarto.

Oposición al recurso de casación.

Conferido traslado de la interposición del recurso a las partes recurridas, la representación procesal de Doña Marcelina presentó el día 14 de mayo de 2018, escrito de oposición en el que suplica a la Sala que "se declare que no ha lugar al recurso de casación presentado y de forma subsidiaria para el caso de que se case la sentencia revocando la sentencia del TSJ de Andalucía no se condene en costas a esta parte".

El abogado del Estado, con fecha 19 de abril presentó escrito en el que manifestó que se abstenía de formular oposición.

Quinto.

Señalamiento para deliberación del recurso.

Evacuados los trámites y de conformidad con lo previsto en el art. 92.6 de la LJCA, al considerar innecesaria la celebración de vista pública, se declararon conclusas las actuaciones, señalándose para votación y fallo del recurso el día 26 de febrero de 2019, fecha en que tuvo lugar, continuándose la deliberación hasta el día 13 de marzo dada la complejidad del asunto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.

Objeto del recurso de casación y delimitación de los hechos

El día 10 de octubre de 2013 se otorgó escritura pública de extinción de condominio, en la que se refleja que D. Marcelina y D. Pelayo, propietarios por partes indivisas, con carácter privativo, de una vivienda sita en la CALLE000 de Sevilla, que valoran en 290.000 euros, y que les pertenece en la indicada proporción y carácter, por título de herencia de su padre D. Roque, en virtud de escritura pública otorgada en Sevilla el 9 de noviembre de 1983, no queriendo continuar en el proindiviso proceden a extinguir el condómino sobre la indicada finca. Siendo indivisible la finca objeto de la extinción de la comunidad, se adjudica íntegramente a D^a. Marcelina, quien abona en el acto a su hermano la cantidad de 145.000 euros, mediante tres cheques nominativos. Con las anteriores adjudicaciones D. Marcelina y D. Pelayo se dan por pagados en la extinta comunidad.

El 22 de noviembre de 2013 se presentó, extemporáneamente, la correspondiente autoliquidación. No se ingresa ninguna cantidad por considerar que la operación está sujeta pero exenta a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre (en lo sucesivo TRITPyAJD), y, por tanto, no sujeta a la cuota gradual del impuesto sobre actos jurídicos documentados, siendo el fundamento de ello las SSTSJ de Andalucía de 17/11/2011 y 11/21/2011. Consta en el expediente el resultado de la comprobación realizada, que lleva fecha de 3 de octubre de 2014, siendo el valor comprobado 324.570,47 euros. Como resultado del expediente de comprobación limitada realizado se giró una propuesta de liquidación provisional, el 15 de enero de 2015, que se notificó el posterior 7 de marzo, frente a la cual el obligado tributario presentó alegaciones el sucesivo día 13, siendo desestimadas el ulterior día 20, teniendo lugar a la notificación el día 24 de abril de 2015. En dicha liquidación se expresa que se trata de una operación sujeta a AJD, que la base imponible (coincidente con la base liquidable) es 324.570,47 euros, que el tipo de gravamen es el 1,50 por 100 y que la cuota a ingresar es 5.368,92 euros (resultado de sumar la cuota de 4.868,56, el recargo de 217,50 y los intereses de demora de 282,86 euros).

El día 18 de mayo de 2015 se interpuso reclamación económico administrativa ante el Tribunal Económico administrativo Regional de Andalucía, que fue desestimada el día 11 de marzo de 2016, aplicando al caso la RTEAC de 17 de septiembre de 2015, dictada en el recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio, que declaró que "en la extinción total de condominio, los excesos de adjudicación declarados que obedezcan al carácter indivisible del bien adjudicado o que desmerezca mucho por su división, cuando la compensación por el condeño adjudicatario del bien se materialice en metálico no están sujetos a la modalidad de Transmisiones Patrimoniales Onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Consecuentemente, y en la medida en que se cumplen el resto de los requisitos del artículo 31.2 del Texto Refundido, el documento notarial, esto es, la escritura pública en que se formaliza la extinción del condominio está sujeta a la cuota gradual de la modalidad de Actos Jurídicos Documentados del mismo impuesto".

Frente a esta resolución se interpuso recurso contencioso administrativo ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía por Doña Marcelina que fue estimado.

Segundo.

La cuestión de interés casacional objeto del recurso.

La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en:

"Determinar si la extinción de un condominio formalizada en escritura pública notarial, cuando se adjudica el bien inmueble sobre el que recae a uno de los condominios, quien satisface en metálico a los demás el exceso de adjudicación, constituye una operación sujeta a transmisiones patrimoniales onerosas pero exenta o una operación no sujeta a esa modalidad y, por ende, si está no sujeta o está sujeta, respectivamente, a la modalidad gradual de actos jurídicos documentados, documentos notariales, del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados".

Tercero.

El juicio de la Sala sobre la cuestión de interés casación

Procederemos a examinar la sujeción a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas de la extinción del condominio.

El artículo 4 del TRITPyAJD establece que "a una sola convención no puede exigírsele más que el pago de un solo derecho, pero cuando un mismo documento o contrato comprenda varias convenciones sujetas al impuesto separadamente, se exigirá el derecho señalado a cada una de aquéllas, salvo en los casos en que se determine expresamente otra cosa".

Por otro lado, el artículo 7 del TRITPyAJD, que define el hecho imponible de la modalidad transmisiones patrimoniales onerosas, dispone, en lo que ahora interesa, por un lado:

"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".

y, por otro, que;

"2. Se considerarán transmisiones patrimoniales a efectos de liquidación y pago del impuesto: [...]

B) Los excesos de adjudicación declarados, salvo los que surjan de dar cumplimiento a lo dispuesto en los artículos 821 , 829, 1.056 (segundo) y 1.062 (primero) del Código Civil y Disposiciones de Derecho Foral, basadas en el mismo fundamento".

Nos encontramos, esta vez, ante una única convención, puesto que la extinción del condominio no es consecuencia de la división de la cosa común sino de la adjudicación del 50 por 100 a uno de los partícipes, que ya es titular dominical del otro 50 por 100, de un bien que tiene carácter indivisible.

En esta ocasión no se ha producido ningún exceso de adjudicación. Se ha decidido por los partícipes extinguir el condominio. Antes de la extinción cada uno de ellos era propietario del 50 por 100 de la vivienda. A la vista de que dicho inmueble es indivisible, extremo que no se discute, decidieron que uno se adjudicara el 50 por 100 del otro compensando mediante la entrega del dinero equivalente al 50 por 100 del valor de la vivienda.

El artículo 392 CC establece que "hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas", disponiendo por su parte el artículo 450 del mismo Código que "cada uno de los partícipes de una cosa que se posea en común, se entenderá que ha poseído exclusivamente la parte que al dividirse le cupiere durante todo el tiempo que duró la indivisión", precepto que da respuesta al problema de si la división de la cosa común tiene carácter declarativo o traslativo de la propiedad (Cfr. STS 2351/2010, de 30 de abril de 2010, rec. casación 21/2008, FJ 5º). La división de la cosa común no es, por tanto, una transmisión patrimonial. Es, simplemente, una especificación de un derecho preexistente.

Por otro lado, el artículo 406 CC establece que "serán aplicables a la división entre los partícipes en la comunidad las reglas concernientes a la división de la herencia", remisión que ahora ha de entenderse realizada al artículo 1061, párrafo primero CC, que dispone que "cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división, podrá adjudicarse a uno, a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero". La indivisibilidad puede ser de tres tipos: legal (cuando viene exigida por el ordenamiento jurídico); material (cuando es imposible la división por la propia naturaleza del bien); y económica o funcional (cuando la división haría desmerecer mucho el valor del bien). Como señala la STS de 28 de junio de 1999, rec. casación 8138 / 1998, FJ 3º, "en el caso de que la cosa común resulte por su naturaleza indivisible o pueda desmerecer mucho con su división -supuesto que lógicamente concurre en una plaza de aparcamiento e incluso en un piso (no se trata de una división de un edificio, sino de un piso, artículo 401 CC - la única forma de división, en el sentido de extinción de la comunidad es paradójicamente, no dividirla, sino adjudicarla a uno de los comuneros a calidad de abonar al otro, el exceso en dinero".

No es, por tanto, la operación enjuiciada por el tribunal andaluz una operación que tenga encaje en el artículo 7 TRITPyAJD referido al hecho imponible de la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas.

Si no estamos, como es el caso, ante una transmisión onerosa "inter vivos", no resulta aplicable dicho precepto en ninguno de sus apartados dado que no tiene acomodo en ninguno de los supuestos definidos en el apartado 1 del artículo 7, particularmente su letra A) ni tampoco ante ninguno de los previstos en el apartado 2 del mismo precepto, en particular en su letra B), puesto que no se ha producido ningún exceso de adjudicación (ni sujeto ni no sujeto).

No se tributará, por tanto, por la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas. Sí se tributará, en cambio, por la modalidad de actos jurídicos documentados, no ya solo por la cuota fija (artículo 31.1 TRITPyAJD), cuestión que es indiscutida, sino por la cuota gradual, puesto que concurren todos los requisitos previstos en el artículo 31.2 TRITPyAJD, cuyo tenor es el siguiente: "Las primeras copias de escrituras y actas notariales, cuando tengan por objeto cantidad o cosa evaluable, contengan actos o contratos inscribibles en los Registros de la Propiedad, Mercantil, de la Propiedad Industrial y de Bienes Muebles no sujetos al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones o a los conceptos comprendidos en los números 1 y 2 del artículo 1 de esta Ley, tributarán, además, al tipo de gravamen que, conforme a lo previsto en la Ley 21/2001, de 27 de diciembre, por la que se regulan las medidas fiscales y administrativas del nuevo sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía, haya sido aprobado por la Comunidad Autónoma.

Si la Comunidad Autónoma no hubiese aprobado el tipo a que se refiere el párrafo anterior, se aplicará el 0,50 por 100, en cuanto a tales actos o contratos".

Efectivamente, nos hallamos ante i) la primera copia de una escritura pública; ii) que tiene por objeto cantidad o cosa evaluable; iii) que contiene acto o contrato inscribible en el Registro de la Propiedad; y iv) que no está sujeto al Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones ni a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas ni a la modalidad de operaciones societarias del propio ITPyAJD. Esta es la tesis que viene sosteniendo la administración andaluza y el TEAR de Andalucía. Ahora bien, dicho esto, es preciso dar un paso más para determinar cuál es la base imponible. Esta es, según establece el apartado 1 del artículo 30 TRITPyAJD, el valor declarado, sin perjuicio de la comprobación administrativa. Pues bien, el valor declarado de la vivienda es 290.000 euros, pero habiéndose llevado a cabo la comprobación se fijó un valor de 324.570,47 euros. Nada se ha objetado contra determinación. Ello, no obstante, la base imponible no es 324.570,47 euros sino el 50 por 100 de ese importe, puesto que quien resultó adjudicatario de dicho inmueble ya disponía del otro 50 por 100 a título dominical, criterio que está en línea con lo que declaramos en la STS 1484/2018, de 2 de octubre, rec. cas 4625/2017, FJ 4º, relativa a la liquidación en concepto de impuesto sobre actos documentados con motivo de la escritura de liquidación de gananciales y de la liquidación de bienes existente sobre una vivienda que les pertenecía con carácter común a ambos cónyuges, siendo dueños cada uno de la mitad indivisa, en la que declaramos: "la convención por virtud de la cual un cónyuge adquiere su mitad indivisa -e indivisible-, de la que ya poseía la otra mitad indivisa por razón de la comunidad que se extingue, compensando en su estricta parte al otro

en el valor de tal mitad, no constituye un exceso de adjudicación y, por ende, una transmisión patrimonial en sentido propio, susceptible de gravamen bajo la modalidad del impuesto sobre transmisiones patrimoniales.

Ello permite inferir racionalmente, con toda lógica, que el valor de lo que se documenta en una convención de esta clase no puede equivaler al de la totalidad del bien, inmueble en este caso, que es objeto de división, sino sólo el de la parte que se adquiere ex novo y sobre el que estrictamente recae la escritura pública"

Cuarto.

Contenido interpretativo de esta sentencia

La cuestión con interés casación consiste en "Determinar si la extinción de un condominio formalizada en escritura pública notarial, cuando se adjudica el bien inmueble sobre el que recae a uno de los condóminos, quien satisface en metálico a los demás el exceso de adjudicación, constituye una operación sujeta a transmisiones patrimoniales onerosas pero exenta o una operación no sujeta a esa modalidad y, por ende, si está no sujeta o está sujeta, respectivamente, a la modalidad gradual de actos jurídicos documentados, documentos notariales, del impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados".

La respuesta que damos, en consonancia con lo expuesto, es que la extinción de un condominio, en el que se adjudica a uno de los condóminos un bien indivisible, que ya era titular dominical de una parte de este, a cambio de su equivalente en dinero, no está sujeta a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas sino a la cuota gradual de la modalidad de actos jurídicos documentados del Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados.

Quinto.

Resolución de las pretensiones

Aplicando el criterio acabado de exponer y, poniéndolo en relación con las pretensiones de las partes, llegamos a la conclusión de que el recurso de casación ha de ser estimado puesto que la extinción del condominio en el que se adjudicó a uno de los hermanos una vivienda de la que ya era titular dominical del 50 por 100, a cambio de su equivalente en dinero, está sujeta a la cuota gradual de la modalidad de actos jurídicos documentados del ITPAJD en tanto no está sujeta a la modalidad de transmisiones onerosas, puesto que tal operación no es una transmisión patrimonial en sentido propio sino pura y simplemente, una especificación de un derecho preexistente, si bien debemos al mismo tiempo declarar que la pretensión de la Junta de Andalucía no puede estimarse en su totalidad puesto que la liquidación recurrida se giró sobre la totalidad del valor comprobado del bien, cuando, como se ha puesto de relieve, la liquidación debe girarse sobre el 50 por 100 de ese valor, dado que la base imponible es única y exclusivamente el valor de la parte que se adquiere ex novo .

Sexto.

Pronunciamiento sobre costas

En virtud de lo dispuesto en el artículo 93.4 LJCA, puesto que no se aprecia mala fe o temeridad no procede declaración de condena al pago de las costas causadas en ese recurso de casación

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

1º) Fijar los criterios interpretativos expresados en el fundamento jurídico tercero de esta sentencia.

2º) Haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía contra la sentencia de 13 de julio de 2017, dictada por la Sección segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Sevilla, recaída en el recurso contencioso-administrativo núm. 554/2016 .

3º) Estimar el recurso interpuesto contra la sentencia de 13 de julio de 2017, dictada por la Sección segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en

Sevilla, recurso contencioso-administrativo núm. 554/2016 , toda vez que la extinción del condominio a la que se refiere está sujeta a la cuota gradual de la modalidad de actos jurídicos documentados del ITPAJD, constituyendo la base imponible única y exclusivamente el valor de la parte que se adquiere ex novo.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

D. Nicolas Maurandi Guillen D. Jose Diaz Delgado

D. Jose Antonio Montero Fernandez D. Jesus Cudero Blas

D. Rafael Toledano Cantero D. Dimitry Berberoff Ayuda

D. Isaac Merino Jara

PUBLICACIÓN. Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Magistrado Ponente en la misma, Excmo. Sr. D. Isaac Merino Jara estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo; certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.