Roj: **STS 2490/2019 - ECLI:ES:TS:2019:2490**

Id Cendoj: **28079130022019100345**
Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**
Sede: **Madrid**
Sección: **2**
Fecha: **09/07/2019**
Nº de Recurso: **5663/2017**
Nº de Resolución: **1013/2019**
Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**
Ponente: **NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN**
Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **TEAR, Andalucía (Sevilla), 14-10-2016,**
STSJ AND 8871/2017,
ATS 2344/2018,
STS 2490/2019

FONDO DOCUMENTAL

T R I B U N A L S U P R E M O

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 1.013/2019

Fecha de sentencia: 09/07/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: **5663/2017**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/03/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Nicolas Maurandi Guillen

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA CON/AD SEC.2

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

Transcrito por: FGG

Nota:

R. CASACION núm.: **5663/2017**

Ponente: Excmo. Sr. D. Nicolas Maurandi Guillen

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 1013/2019

Excmos. Sres.

D. Nicolas Maurandi Guillen, presidente

D. Jose Diaz Delgado

D. Angel Aguallo Aviles

D. Jose Antonio Montero Fernandez

D. Jesus Cudero Blas

D. Rafael Toledano Cantero

D. Dimitry Berberoff Ayuda

D. Isaac Merino Jara

En Madrid, a 9 de julio de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación que con el número **5663/2017** ante la misma pende de resolución, interpuesto por la Junta de Andalucía, representada y defendida por el letrado de su Gabinete Jurídico, contra la sentencia de 20 julio de 2017 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (dictada en el recurso contencioso-administrativo núm. 132/2017).

Siendo parte recurrida don Demetrio , representado por la procuradora doña María Fernández Roche; y la Administración General del Estado, representada por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Nicolas Maurandi Guillen.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia aquí recurrida tiene una parte dispositiva que copiada literalmente dice:

"Que estimando el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Demetrio contra la Resolución citada en el Fundamento de Derecho Primero de esta Sentencia, debemos anular, por no ser ajustadas a Derecho, dicha Resolución así como la liquidación de la que trae causa. Se imponen a las partes demandadas las costas procesales causadas".

SEGUNDO.- Notificada la anterior sentencia, por la Junta de Andalucía se preparó recurso de casación, y la Sala de instancia lo tuvo por preparado y remitió las actuaciones a este Tribunal con emplazamiento de las partes.

TERCERO.- Recibidas las actuaciones, el auto de 7 de marzo de 2018 de la Sección Primera de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo resolvió admitir el recurso de casación y determinar cuál era la cuestión que presentaba interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, lo que efectuó en los términos que se indican más adelante en el apartado de *"fundamentos de derecho"* de la actual sentencia.

CUARTO.- La representación procesal de la Junta de Andalucía presentó escrito de interposición de su recurso de casación en el que, tras exponer las infracciones normativas y jurisprudenciales reprochadas a la sentencia recurrida en que se apoyaba, se terminaba así:

" **A LA EXCMA. SALA SUPLICO:** tenga por presentado este escrito y por formalizado el recurso de casación contra la Sentencia de fecha 20 de Julio de 2017 , continuando el procedimiento en todos sus trámites y dictando sentencia por la que con estimación del recurso interpuesto, acuerde la anulación de la Sentencia de instancia y la desestimación del recurso contencioso-administrativo, confirmando el acto administrativo impugnado".

QUINTO.- La representación procesal de don Demetrio , en el trámite de oposición al recurso de casación que le fue conferido, ha pedido a la Sala:

"que teniendo por presentado éste escrito, y por formalizada oposición contra el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la Administración autonómica, contra la Sentencia de fecha 20.07.2017, dictada por la Secc. 2ª de la Sala de lo Contencioso Administrativo del TSJA con sede en Sevilla, para que tras los trámites de rigor, resuelva de manera que desestime el recurso interpuesto, confirme la meritada Sentencia recurrida que ha anulado el acto administrativo y con ello la liquidación que trae su causa, dejando sentado que no hay motivo parar declara(r) interés casacional en el recurso interpuesto, porque la doctrina fijada por este Tribunal no entra en contradicción, sino que más bien determina el hecho imponible que nace en cada extinción de condominio, y con ello la sujeción al impuesto correspondiente".

SEXTO.- El Abogado del Estado presentó escrito manifestando que se abstenía de formular oposición.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

SÉPTIMO.- Se señaló para votación y fallo del presente recurso la audiencia de 5 de marzo de 2019; pero la acumulación de asuntos existente en la Sección obligó a continuar la deliberación en fechas posteriores, finalizando el 2 de julio inmediato posterior.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Hechos y actos administrativos litigiosos; proceso de instancia; e indicación de quien es aquí la parte recurrente en la actual casación.*

1.- Entre las personas que seguidamente se indican, y en los términos que también a continuación se expresan, existió una comunidad respecto de la titularidad de estas dos fincas: la vivienda señalada con la letra NUM000 en la planta NUM001 del edificio sito en CALLE000 número NUM002 de la ciudad de Cádiz; y plaza de garaje o aparcamiento número NUM001 en planta NUM003 del mismo edificio.

- D. Demetrio y Dña. Lina eran dueños con carácter ganancial de **6/12** partes indivisas adquiridas por compra a Edigadir, S.L. en escritura de 1 de febrero de 2007;

- Dña. Salome era dueña con carácter privativo de **3/12** avas partes indivisas, más **el usufructo vitalicio** de otra **1/12** ava parte, adjudicadas al fallecimiento de su esposo en fecha 17 de julio de 2007; y

- D. Jesús , D. Obdulio , D. Demetrio , Dña Ángela , Dña Emilia , y D. Jose Ángel eran dueños con carácter privativo, por sextas e iguales partes entre ellos, de **2/12** avas partes indivisas, más la **nuda propiedad de 1/12** parte indivisa, adjudicadas al fallecimiento en fecha 17 de julio de 2007 de su padre.

2.- En la escritura notarial otorgada en fecha 27 de noviembre de 2014, Dña. Salome , D. Jesús , D. Obdulio , Dña Ángela , Dña. Emilia y D. Demetrio , Dña Lina y D. Jose Ángel disolvieron la comunidad existente entre ellos sobre las dos fincas urbanas que se han mencionado.

En virtud de la referida escritura, y tratándose de fincas indivisibles que desmerecen por la división, sus otorgantes adjudicaron las mismas al matrimonio formado por los cónyuges D. Demetrio y Dña. Lina , con la obligación de abonar: a Dña. Salome la cantidad de 25.655,40 euros; y a los hermanos D. Jesús , D. Obdulio , Dña. Ángela , Dña Emilia , y D. Jose Ángel la cantidad de 3.691,60 euros a cada uno de ellos.

3.- D. Demetrio presentó autoliquidación por el Impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados con una cuota a ingresar de cero euros resultante de aplicar sobre el valor declarado (95.610,00 euros) una solicitud de exención.

4.- La Administración tributaria adoptó en fecha 6 de octubre de 2015 propuesta de liquidación por el mismo concepto de Actos Jurídicos Documentados y un importe a ingresar de 1.481,25 euros, tomando al efecto como base imponible la suma declarada (95.610,00 euros); propuesta que fue elevada a definitiva mediante acuerdo liquidatorio de 1 de febrero de 2016.

5.- El último acuerdo fue confirmado en vía económico-administrativa por la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de Andalucía [TEAR-A] de 14 de octubre de 2016.

6.- El proceso de instancia fue iniciado mediante recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Demetrio dirigido contra la resolución del TEAR-A que acaba de mencionarse; y la sentencia objeto de esta casación anuló dicha resolución y la liquidación de que traía objeto.

Como más adelante se expone con mayor detalle, su razonamiento principal fue que no procedía gravar por la modalidad impositiva de Actos Jurídicos Documentados la documentación en escritura pública de la operación de extinción del condominio, en tanto que ésta constituía, *"en palabras del Tribunal Supremo, una mera especificación o concreción de un derecho abstracto preexistente que no tiene efectos fiscales"*.

Y esta doctrina del Tribunal Supremo la refería a la sentencia de 28 de junio de 1998 .

7.- El actual recurso de casación lo ha interpuesto la Junta de Andalucía.

SEGUNDO.- *Los razonamientos que la sentencia recurrida desarrolla para justificar su fallo estimatorio.*

Están contenidos en su fundamento de derecho cuarto y consisten en lo que continúa.

1.- Se citan precedentes anteriores de la Sala de Sevilla en los siguientes términos:

"Esta Sala y Sección ha tenido ocasión de pronunciarse en relación con la materia aquí debatida en diversas Sentencias entre las que cabe destacar, por más recientes, las de 6 de septiembre de 2012 dictada en autos 131/2012, de 13 de septiembre del mismo año dictada en autos 132/2012, o de 5 de noviembre de 2015 dictada

en recurso 192/2015, cuyos razonamientos reiteramos y reproducimos seguidamente en base a los principios de seguridad jurídica, unidad de doctrina e igualdad en la aplicación e interpretación de la Ley.

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 (...)".

2.- Se transcriben estas declaraciones de esa sentencia de 28 de junio de 1999 del Tribunal Supremo que es invocada:

"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. 7º.1.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 1º, 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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

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. 7º.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"".

3.- Se efectúa esta consideración sobre dicha sentencia de 28 de junio de 1999 de este Tribunal Supremo:

"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".

4.- Después de todo lo anterior se concluye lo siguiente:

"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 dicha modalidad impositiva la documentación en escritura pública de la operación de extinción del condominio en tanto que ésta constituye, en palabras del Tribunal Supremo, una mera especificación o concreción de un derecho abstracto preexistente que no tiene efectos fiscales".

TERCERO.- *La cuestión que presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia según el auto de admisión del recurso de casación.*

La determina así la parte dispositiva del auto:

" **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 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

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación el artículo 7.2.B) del texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, en conexión con los artículos 28 y 31.2 de ese mismo texto refundido".

CUARTO.- *El recurso de casación de la Junta de Andalucía.*

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Reprocha a la sentencia recurrida la infracción de los artículos 7.2.B), 28 , 31.2 y 45 del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados aprobado por el Real Decreto legislativo 1/1993, de 24 de septiembre [TRITPyAJD].

La argumentación central desarrollada para justificar esa infracción que se preconiza es que la Sala de instancia ha considerado, de manera errónea, que las excepciones que el primero de esos preceptos establece, respecto de las transmisiones patrimoniales sujetas, lo que encarnan son supuestos de sujeción a la modalidad de Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales Onerosas (ITPO) pero exentos; y que tal sujeción debe determinar la no sujeción a la modalidad de Actos Jurídicos Documentados (IAJD).

QUINTO.- La oposición al recurso de casación que realiza don Demetrio .

Defiende la tesis de que el hecho aquí litigioso, frente a lo pretendido por la Administración recurrente en la actual casación, sí está sujeto a la modalidad de ITPO, aunque exento; y, por tal razón, no resulta de aplicación la imposición dispuesta en el artículo 31.2 del TRITPyAJD.

SEXTO.- *Reiteración de la doctrina establecida por la sentencia núm. 344/ 2019, de 14 de marzo de 2019, dictada por esta Sala y Sección en el recurso de casación 5404/2017 .*

Esa sentencia que acaba de mencionarse aborda y resuelve una cuestión de sustancial identidad a la aquí suscitada, por lo que razones de coherencia y unidad de doctrina, inherentes a los postulados constitucionales de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley (artículos 9.3 y 14 CE), imponen, como seguidamente de hace, reiterar lo razonado y resuelto en dicha anterior sentencia.

SÉPTIMO.- *El juicio de la Sala sobre la cuestión que presenta interés casacional.*

1.- El punto de partida debe ser examinar cómo está regulada 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 su parte, 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".

2.- Tras lo anterior, debe decirse que en el caso litigioso no se ha producido ningún exceso de adjudicación, pues lo acontecido ha sido que los copartícipes han convenido extinguir el condominio existente sobre dos fincas indivisibles y efectuar la adjudicación de sus cuotas abstractas sobre esas dos fincas comunes de la manera que imponía su indivisibilidad.

Esto es, la extinción del condominio no ha conllevado la división material de las dos fincas comunes (al no ser ello posible). Ha determinado estas dos consecuencias o efectos: de un lado, la adjudicación de la totalidad de cada una de ellas a la sociedad de gananciales de un matrimonio que era copartícipe en el condominio; y, de otro lado, el pago en metálico a los demás copartícipes, por parte de dicha sociedad de gananciales, del valor de la cuota abstracta que tenían en la comunidad (al no poder recibir esa cuota mediante la entrega de una parte material de las fincas debido a la indivisibilidad de éstas).

Explicado lo anterior de otra manera equivale a lo siguiente. Antes de la extinción cada uno de los comuneros era propietario de un determinado porcentaje de esas dos fincas comunes. A la vista de que dichos inmuebles son indivisibles, extremo que no se discute, los copartícipes decidieron que la sociedad de gananciales del matrimonio que participaba en la comunidad se adjudicara el porcentaje de los otros comuneros; y que lo hiciera compensando a estos últimos mediante una entrega de dinero equivalente al porcentaje del valor de cada una de esas dos fincas que les correspondía en la comunidad.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

3.- Lo que exterioriza lo anterior es la extinción de una comunidad de bienes en la que, ante la indivisibilidad de las fincas comunes, uno de los copartícipes (la sociedad gananciales de un matrimonio) se adjudica la totalidad de las fincas y paga en metálico a los otros copartícipes la cuota abstracta o porción porcentual que tenían en la comunidad.

Y esta solución es conforme con el régimen establecido para la comunidad de bienes en el Código Civil (CC), como ponen de manifiesto los siguientes preceptos de este texto legal.

El artículo 392 CC establece que

"hay comunidad cuando la propiedad de una cosa o de un derecho pertenece pro indiviso a varias personas".

Por su parte, el artículo 450 del mismo CC dispone 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".

Este último precepto, según se comprueba, 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). Pues pone de manifiesto que la división de la cosa común no es una transmisión patrimonial; al ser, simplemente, la 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".

Una remisión que 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".

Debiéndose añadir que 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).

4.- También ha de destacarse que la STS de 28 de junio de 1999, rec. casación 8138/1998 , FJ 3º, aborda una situación equivalente a la del actual caso litigioso cuando afirma lo siguiente:

"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, articulo 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".

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

Y 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 los hechos litigiosos no tienen acomodo en los supuestos definidos en el apartado 1 del artículo 7 [particularmente su letra A)], como tampoco en 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; y 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".

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

Efectivamente, nos hallamos ante i) la primera copia de una escritura pública; ii) que tiene por objeto cantidad o cosa valuable; 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.

6.- Ahora bien **,** dicho todo lo anterior, es preciso dar un paso más para determinar cuál es la base imponible en el caso litigioso; lo que debe ser el resultado de efectuar en estas tres precisiones.

La primera es que esa base imponible, según establece el apartado 1 del artículo 30 TRITPyAJD, es el valor declarado, sin perjuicio de la comprobación administrativa.

La segunda es que, en el actual caso litigioso, el valor declarado y aceptado por la Administración tributaria es 95.610 euros.

Y la tercera es que la base imponible, en este caso litigioso, no es 95.610 euros, sino el porcentaje de ese importe que se adjudicó a la sociedad de gananciales del matrimonio formado por don Demetrio y doña Lina y que con anterioridad pertenecía a los otros comuneros; y así debe ser porque la sociedad de gananciales que resultó adjudicataria de dicho inmueble ya era titular de otro porcentaje en esas dos fincas comunes a título dominical.

Este criterio está en línea con lo que se declaró 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 se afirmó:

"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".

OCTAVO.- *Contenido interpretativo de la sentencia.*

La respuesta que ha de darse a la cuestión de interés casacional antes mencionada, en consonancia con lo expuesto, es que la extinción de un condominio, en el que se adjudica un bien indivisible a uno de los condóminos, que ya era titular dominical de una cuota de dicho bien, 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.

NOVENO.- *Resolución de las pretensiones.*

Aplicando el criterio acabado de exponer y, poniéndolo en relación con las pretensiones de las partes, se llega a la conclusión de que el recurso de casación ha de ser estimado.

Así debe ser porque la extinción del condominio por la que se han adjudicado a la sociedad de gananciales del matrimonio que se ha venido mencionando dos fincas urbanas (una vivienda y una plaza de aparcamiento) de las que ya era titular dominical en una parte porcentual, a cambio de su equivalente en dinero, está sujeta a la cuota gradual de la modalidad de actos jurídicos documentados del ITPAJD en tanto en cuanto no está sujeta a la modalidad de transmisiones onerosas.

Siendo de subrayar que tal operación no es una transmisión patrimonial en sentido propio sino, pura y simplemente, la especificación de un derecho preexistente.

Y al mismo tiempo debe declararse 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 declarado y aceptado del bien, cuando, como se ha puesto de relieve, la liquidación debe girarse una parte de ese valor, dado que la base imponible es única y exclusivamente el valor de la parte que se adquiere *ex novo.*

DÉCIMO.- *Pronunciamiento sobre costas.*

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ

FALLO

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

1.- Fijar los criterios interpretativos expresados en los fundamentos jurídicos séptimo y octavo de esta sentencia.

2.- Haber lugar al recurso de casación interpuesto por la Junta de Andalucía contra la sentencia de 20 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. 132/2017 ; que se anula y deja sin efecto con el alcance de lo que seguidamente se decide.

3.- Estimar en parte el recurso contencioso-administrativo interpuesto por don Demetrio en el proceso de instancia; a los sólo efectos de que la extinción del condominio a la que está referida la controversia quede sujeta a la cuota gradual de la modalidad de actos jurídicos documentados del ITPAJD, pero constituyendo la base imponible de dicho gravamen única y exclusivamente el valor de las partes que se adquieren *ex novo* en las dos fincas a que se refiere la liquidación litigiosa .

4 .- No hacer especial imposición de las costas correspondientes a esta casación.

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. Angel Aguallo Aviles D. Jose Antonio Montero Fernandez

D. Jesus Cudero Blas D. Dimitry Berberoff Ayuda

D. Rafael Toledano Cantero D. Isaac Merino Jara

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el Excmo. Sr. Don Nicolas Maurandi Guillen, Magistrado Ponente en estos autos, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal Supremo, lo que como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.-

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ