



Roj: **STS 1824/2019 - ECLI:ES:TS:2019:1824**

Id Cendoj: **28079130022019100203**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **2**

Fecha: **30/05/2019**

Nº de Recurso: **3144/2017**

Nº de Resolución: **735/2019**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **JOSE DIAZ DELGADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 3737/2017,**
ATS 11441/2017,
STS 1824/2019,
AATS 8700/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 735/2019

Fecha de sentencia: 30/05/2019

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 3144/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 05/03/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Diaz Delgado

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

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

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 3144/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Diaz Delgado

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Segunda

Sentencia núm. 735/2019

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 30 de mayo de 2019.

Esta Sala ha visto el recurso de casación núm. 3144/2017, interpuesto por la Letrada de la Comunidad de Madrid, en la representación y defensa que ostenta, presentó escrito preparando recurso de casación contra la sentencia dictada el 30 de marzo de 2017 por la Sección Cuarta de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso 383/2016, relativo a una liquidación por el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados ("ITPAJD"), modalidad transmisiones patrimoniales onerosas.

Tras justificar la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, imputa a ésta la infracción de los artículos 7.1.A) y 7.2.B), párrafo primero, 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 (BOE de 20 de octubre) ["LITPAJD"], en relación con el artículo 1062 del Código Civil (BOE de 25 de julio) ["CC"].

Habiendo sido partes recurridas don Rodolfo, representado por el procurador de los Tribunales don Manuel Mansilla García, y la Administración del Estado, representada y defendida por el Abogado del Estado.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Jose Diaz Delgado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso contencioso-administrativo y antecedentes de hechos admitidos por la sentencia recurrida.

En el fundamento jurídico primero de la sentencia recurrida se dice que:

Es objeto del presente recurso contencioso-administrativo la resolución de 5 de abril de 2016 del TEAR dictada en la reclamación económico-administrativa NUM002 interpuesta contra la liquidación por ITP-AJD. Siendo la cuantía del recurso 1.630,20 euros.

"Son antecedentes importantes del caso de autos los siguientes:

1- Los hermanos Rodolfo ostentaban cada uno de ellos con carácter privativo un 25% pro indiviso de tres fincas urbanas en Madrid, valoradas en 130.143 euros, 159.708 euros y 29.565 euros. Su título de propiedad derivaba de la adjudicación por herencia por fallecimiento de su padre en el año 1996, acuerdo transaccional entre los herederos de 11 de julio de 2013, homologado judicialmente por auto de 16 de julio de 2013.

2- Por escritura pública de 30 de diciembre de 2014 otorgada por todos ellos, se estipula la permuta de participaciones indivisas de finca, adquiriendo Doña Otilia y Doña Patricia una cuarta parte indivisa de las fincas NUM000 y NUM001, por un importe total de 39.927 euros (de modo que quedan como titulares cada una de la mitad de las fincas NUM000 y NUM001), y Rodolfo y D. Federico adquieren cada uno una cuarta parte indivisa de la finca NUM003 por un importe de 39.927 euros (de modo que quedan como titulares cada uno de la mitad de esta finca NUM003).

3- El 11 de febrero de 2015 se presenta autoliquidación de ITPAJD en concepto de extinción del proindiviso, aplicándose un tipo impositivo del 1% por actos jurídicos documentados e ingresando la cantidad de 798,56 euros.

4- El 28 de julio de 2015 la Dirección General de Tributos gira liquidación por TPO por importe de 1.630,20 euros. Se presenta por la ahora recurrente reclamación económico-administrativa.

El TEAR desestima la reclamación porque existe una adjudicación de los bienes por los propietarios en proporción distinta de la original manteniendo el proindiviso, por lo que no existe una disolución de la comunidad de bienes sino una transmisión de cuotas de participación indivisas sobre un inmueble, supuesto



previsto en el art. 7.1.A) de la Ley del Impuesto y debe tributar por TPO. Y ello, aunque no haya existido un desembolso dinerario efectivo, pues al recibir cada uno cantidad idéntica de la que debía abonarse quedaban debidamente compensados. Considera que la resolución de la Dirección General de Tributos no esta inmotivada.

SEGUNDO.- Fundamento de la sentencia recurrida.

En su fundamento segundo la citada sentencia sostiene que:

"La cuestión que aquí se plantea ha dado lugar a posturas divergentes por los distintos Tribunales Superiores de Justicia, si bien en nuestro caso esta Sala, en su Sección 9ª, ha terminado decantándose por la postura mantenida por el recurrente, esto es, considerar que estos casos de "disolución parcial" del condominio no deben tributar por transmisiones patrimoniales onerosas. Ejemplos de ello son las sentencias de 4 de noviembre de 2014, recurso 502/2012, 30 de octubre de 2014, recurso 505/2012, o 26 de junio de 2014, recurso 195/2012, así como las citadas por el recurrente en su escrito de demanda (12 de mayo de 2014, recurso 1278/2011, y 18 de mayo de 2015, recurso 24/2013).

Así, la postura de la Comunidad de Madrid se recoge en sentencias como las del TSJ de Asturias de 7 de junio de 2010, TSJ de Castilla la Mancha de 6 de julio de 2010 y TSJ de Valencia de 16 de julio de 2011 entre otras, donde se expone lo siguiente:

"Lo cierto es que no estamos ante un supuesto de cese total de un condominio o disolución de una comunidad sobre una cosa común pues, tras la operación de reducción de la copropiedad de cinco a tres familiares sobre la vivienda, ésta siguió en el mismo régimen de condominio, lo que supone la sujeción al ITP de la operación, puesto que la regla general (artículo 7.2-b) de la LITP y AJD) es que los excesos de adjudicación se consideran transmisiones, salvo los supuestos regulados por los artículos 821 , 829 , 1056.2 y 1062 del Código Civil , en particular esta última norma legal. En efecto, estamos ante una operación susceptible de realizar el hecho imponible del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, a tenor de lo establecido en el art. 7.1.A y 7.2.B del Texto Refundido del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados , aprobado por Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, que establece en este último precepto.

Conviene precisar que en el presente supuesto no se dan las circunstancias previstas en el artículo 1062 del Código Civil , pues ni se acredita la indivisión de la vivienda ni el desmerecimiento económico de su división y ni siquiera la adjudicación se ha producido a un solo comunero, poniendo con ello fin al condominio, existiendo tan solo una compensación a los dos comuneros que cesaron en la copropiedad, lo que constituye un "exceso de adjudicación" sin las contrapartidas previstas en la excepción del artículo 1.062 del Código Civil EDL 1889/1, sin cesar la indivisibilidad de la cosa común, no siendo aplicable una norma que nace 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 ".

Asimismo, existen pronunciamientos en sentido favorable a lo expuesto por el recurrente, contrarios a la tributación modalidad Transmisiones Patrimoniales onerosas, como la sentencia del TSJ de Valencia de 7 de junio de 2010 o del TSJ de Andalucía de 28 de septiembre de 2006 que se citan en las sentencias del TSJ de Madrid, cuyos fundamentos a continuación se reproducen:

"Para resolver la cuestión litigiosa es preciso tener en cuenta 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 sólo 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 conforme a lo establecido en el art. 7º.1.A) del Texto Refundido, a cuyo tenor: "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" Es decir, 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. Por eso lo que el citado art. 7.2.b) establece es que "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 arts. 821 , 829 , 1056 (segundo) y 1062 (primero) del Código Civil , y Disposiciones de Derecho Foral basadas en el mismo fundamento". La salvedad establecida en dicho art. 1062 (apartado primero) es la de que "cuando una cosa sea indivisible o desmerezca mucho por su división -como sucede en este caso con el único bien inmueble integrante de las herencias de los causantes- puede adjudicarse a uno a calidad de abonar a los otros el exceso en dinero" Por tanto, no puede afirmarse "que la finalidad de la exención acordada por el TR.ITP es la de apoyar fiscalmente la cesación del régimen de comunidad" (lo que aquí no se habría producido pues "se ha sustituido la



comunidad hereditaria por otra de tipo ordinario, pero comunidad al fin"), como alega la Administración tributaria; lo que determina dicha norma es que se consideran transmisiones patrimoniales los excesos de adjudicación declarados, "salvo los que surjan de dar cumplimiento a lo dispuesto en el art. 1.062 (primero) del Código Civil .

Pues bien, al caso presente, no se pone en duda que el único bien dejado por los causantes consiste en los derechos sobre una "vivienda unifamiliar" siendo estos derechos el objeto de las herencias a que se contraen las operaciones recogidas en la escritura notarial. Tampoco resulta controvertido que dicho inmueble "tiene carácter de indivisible", y que los recurrentes constituyen una unidad familiar en su condición de hermanos huérfanos y estudiantes, pero sí se entiende habido por las Administraciones demandadas un exceso de adjudicación por cuanto que el bien inmueble indivisible se adjudica a varios herederos y no a uno solo de ellos. Sin embargo, aunque la Administración de la Junta de Andalucía muestra su desacuerdo con la alegación de los recurrentes acerca de "la premoriencia de Doña Lucía " ya que "falleció posteriormente a sus padres, de modo que fue auténtica heredera de los mismos, sin que los hijos de Doña Lucía hayan detentado la representación de la misma en el sentido del art. 924 del C. Civil ", lo cierto es que la adjudicación de la herencia, como afirman los recurrentes, se lleva a cabo a favor de una sola línea sucesoria, de una estirpe, el conjunto de ellos tres, que entiende "debe ser considerado como un único heredero de un único bien" El propio Abogado del Estado admite "la circunstancia de que tales herederos concurrieran por estirpes", si bien insiste en que "la Ley sólo prevé el supuesto excepcional de que la adjudicación se efectúe a uno solo", y "el art. 23 de la Ley General Tributaria claramente determina que no se admitirá la analogía para extender más allá de sus términos estrictos el ámbito del hecho imponible o el de las exenciones o bonificaciones" Ahora bien, no hay una indebida aplicación analógica del precepto en cuestión, porque el precepto establece que se considerarán transmisiones patrimoniales a efectos de liquidación y pago del impuesto: Los excesos de adjudicación declarados, salvo los que surjan de dar cumplimiento a lo dispuesto, entre otros, en el art. 1.062 (primero) del Código Civil , y lo que se especificó expresamente en la escritura es que "los interesados de común acuerdo, y al amparo de lo dispuesto en el artículo 1.062 del Código Civil , han convenido adjudicar los derechos sobre el inmueble a los tres hermanos señores Marcelinacon obligación, como lo han hecho, de satisfacer a los otros interesados, en efectivo, su participación en las herencias". Por tanto, al margen de que subsista la indivisión de la cosa para estos tres hermanos que forman una unidad familiar, la obligación de compensar a los demás en metálico, no es un "exceso de adjudicación", sino que sigue siendo una obligación consecuencia de la indivisibilidad de la cosa común y una forma de poner fin a la comunidad hereditaria y, por tanto, concreción o materialización de un derecho abstracto en otro concreto, que no constituye, conforme ya se ha dicho, transmisión, ni a efectos civiles ni a efectos fiscales. Los excesos de adjudicación verdaderos son 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 la comunidad hereditaria a costa del patrimonio del adjudicatario, sobrepasa en realidad su interés en dicha comunidad y viene a constituir, efectivamente, una adjudicación que la supera en perjuicio del resto de los coherederos, lo que no sucede aquí.

Este último criterio ha sido también el adoptado por el TEAC en resolución resolviendo recurso para unificación de doctrina en la que declaró lo siguiente:

"Sí resulta aplicable la previsión del artículo 1062 apartado primero del Código Civil , y en consecuencia la exoneración de la tributación de los excesos de adjudicación producidos por el concepto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, a aquellos supuestos en que un mismo bien se adjudica no solo a uno sino a varios de los copropietarios (supuestos de extinción parcial del condominio)".

En el fundamento jurídico tercero la sentencia recurrida sostiene lo siguiente:

"En efecto, el art 7.1.B del RDL 1/1993 excluye de tributación por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales onerosas los excesos de adjudicación que surjan de dar cumplimiento a lo previsto en el art. 1062 del Código Civil , y contrariamente a lo planteado por la Comunidad de Madrid, entendemos que en supuestos como el de autos, de condominio sobre un bien indivisible, la transmisión de participación indivisa de un condómino a otro percibiendo la correspondiente compensación en metálico sí surge de dar cumplimiento al art 1062 del Código Civil .

Para sostener la anterior afirmación puede citarse en primer lugar la STS de 30 de abril de 2010, recurso 21/2008 , según la cual la disolución de una comunidad de bienes mediante la adjudicación a los comuneros de bienes con un valor proporcional a sus respectivas participaciones no está sujeto a TPO porque la operación tiene carácter particional y no dispositivo:

"... por esta Sala, entre otras, en la sentencia de 28 de junio de 1999 , ha considerado que la disolución de una comunidad de bienes mediante la adjudicación a los comuneros de bienes con un valor proporcional a sus respectivas participaciones en dicha comunidad no está sujeta a la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas, porque dicha operación tiene carácter particional y no dispositivo. Por otra parte, también niega la



sujeción por la modalidad de transmisiones patrimoniales en aquellos supuestos en los que la división de la cosa común resulta imposible por ser el bien indivisible o de división que reduce sustancialmente su valor y la totalidad del bien se adjudica a uno o varios comuneros con obligación de compensar al resto con metálico ".

También ha dicho el Tribunal Supremo 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 por primera transmisión sólo se puede entender la que tiene como destinatario un tercero (STS de 23 de mayo de 1998, recurso 2327/1997). O que la extinción parcial de un condominio no es la adquisición ex novo de una propiedad inexistente en el patrimonio sino la concreción material y física de una cuota ideal en una comunidad preexistente. La disolución de una comunidad como la partición de una herencia no es más que la determinación específica y concreta de las cuotas que originariamente se tenían (STS 3602/1991, de 11 de diciembre , de la Sala Primera).

Igualmente entendemos que la disolución total del condominio por transmisión de todas las participaciones indivisas a uno solo de los condóminos pasa necesariamente por la realización de la operación aislada de transmisión de la participación de uno de los condóminos a otro. Esta operación por tanto surge para dar cumplimiento a la previsión del art 1062 del Código Civil , que es lo que el art. 7.1.B exige, pues en definitiva dicha transmisión es indispensable y paso necesario para la extinción del condominio. Por ello, no procede excluir el supuesto de autos de la doctrina establecida por el Tribunal Supremo en la sentencia de 23 de mayo de 1998 antes citada, según la cual la división y consiguiente adjudicación de la cosa común no constituye una operación susceptible de integrar el hecho imponible del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, del mismo modo que la cantidad en metálico que viene obligado a abonar el comunero que se adjudique la cosa por razón de su indivisibilidad tampoco se califica como "exceso de adjudicación", a los efectos de la tributación que prevé el art. 7º.2.B) de la Ley 1/1993 de 24 de septiembre .

En nuestro caso existe una división parcial en cada una de las tres fincas, llevándose a cabo la misma de manera que ninguno de los comuneros experimenta un exceso de adjudicación, ya que recibían la cantidad exacta correspondiente a su cuota de participación, siendo indiferente que lo hagan en metálico o, como en el caso de autos, con una mayor participación en otro inmueble. Lo esencial es que con ello no obtienen beneficio alguno ni ganancia patrimonial de ningún tipo, pues pierden en una comunidad lo que ganan en la otra.

En conclusión, y como dice la STS de 28 de junio de 1999, recurso 8138/1998 , " 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, si no, 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"".

TERCERO.- Interposición y tramitación del Recurso de casación.

La letrada de la Comunidad de Madrid, en la representación y defensa que ostenta, presentó escrito preparando recurso de casación contra la sentencia dictada el 30 de marzo de 2017 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso 383/2016 , relativo a una liquidación por el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados (ITPAJD), modalidad transmisiones patrimoniales onerosas. Imputa a ésta la infracción de los artículos 7.1.A) y 7.2.B), párrafo primero, 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 (BOE de 20 de octubre) [LITPAJD], en relación con el artículo 1062 del Código Civil (BOE de 25 de julio) [CC].

La Sección Primera de esta Sala, por Auto de fecha 11 de diciembre de 2017 acuerda Admitir el recurso de casación RCA/3144/2017, preparado por la Comunidad de Madrid contra la sentencia dictada el 30 de marzo de 2017 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el recurso 383/2016 .



Las dos cuestiones que presentan interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia son : Primera: Determinar si la extinción parcial del condominio existente sobre determinado bien inmueble tributa por la modalidad transmisiones patrimoniales onerosas o por la modalidad actos jurídicos documentados del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados. Segunda : Determinar, en caso de que se halle sometida a la modalidad transmisiones patrimoniales onerosas, si tal operación surge de dar cumplimiento a la previsión contenida en el artículo 1062 del Código Civil , concurriendo, por tanto, la salvedad recogida en el artículo 7.2.B), párrafo primero, 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. 3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación los artículos 7.1.A) y 7.2.B), párrafo primero, 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 relación con el artículo 1062 del Código Civil .

CUARTO.- Interposición del recurso.

Por el Letrado de la Comunidad de Madrid, se interpuso recurso de casación con fecha 22 de enero de 2018 en el que terminó suplicando que se que tenga por interpuesto en tiempo y forma recurso de casación contra la Sentencia de 30 de marzo de 2017, de la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid , por la que se estima el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D. Rodolfo contra la resolución del Tribunal Económico- Administrativo Regional de Madrid de 5 de abril de 2016; se sirva estimarlo y fije la interpretación de los artículos 7.1.A) y 7.2.B) párrafo primero TRLITP y AJD en relación con el artículo 1062 CC , en el sentido de considerar que las operaciones de extinción parcial del condominio sobre un inmueble deben tributar por la modalidad de transmisiones patrimoniales onerosas del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, sin que estén incluidas en la salvedad contenida en el artículo 7.2.B TRLITP y AJD y, en consecuencia, anule la sentencia objeto del presente recurso, confirmando la liquidación girada por el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

QUINTO.- El Abogado del Estado por escrito de fecha 5 de marzo de 2018 manifiesta que se abstiene de formular oposición .

SEXTO.- Don Manuel Mansilla García, Procurador de los Tribunales y de don Rodolfo , presenta escrito de oposición de fecha 23 de marzo de 2018 suplica Que teniendo por presentado este escrito, lo admita y tenga por formulada oposición al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de la COMUNIDAD DE MADRID, y en su día el Tribunal dicte sentencia confirmatoria de la Sentencia nº 181/2017 de 30 de marzo dictada por la Sección Cuarta del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el Procedimiento Ordinario nº 383/2016, con expresa imposición de costas a la parte recurrente.

SÉPTIMO.- Se señaló para votación y fallo el día 5 de marzo de 2019. Se deliberó por vez primera en dicha fecha, continuando la deliberación en sucesivas sesiones.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Inexistencia de exceso de adjudicación.

La resolución del TEAR de Madrid de 05/04/2016, como la propia sentencia recurrida en los antecedentes de hecho antes transcritos parte de que los recurrentes con la disolución de la primitiva sociedad no han recibido un exceso de adjudicación. En efecto, se parte de que los hermanos Rodolfo ostentaban cada uno de ellos con carácter privativo un 25% pro indiviso de tres fincas urbanas en Madrid, valoradas en 130.143 euros, 159.708 euros y 29.565 euros. Su título de propiedad derivaba de la adjudicación por herencia por fallecimiento de su padre en el año 1996, acuerdo transaccional entre los herederos de 11 de julio de 2013, homologado judicialmente por auto de 16 de julio de 2013. Y por escritura pública de 30 de diciembre de 2014 otorgada por todos ellos, se estipula la permuta de participaciones indivisas de finca, adquiriendo Doña Otilia y Doña Patricia una cuarta parte indivisa de las fincas NUM000 y NUM001 , por un importe total de 39.927 euros (de modo que quedan como titulares cada una de la mitad de las fincas NUM000 y NUM001), Y Rodolfo y D. Federico adquieren cada uno una cuarta parte indivisa de la finca NUM003 por un importe de 39.927 euros (de modo que quedan como titulares cada uno de la mitad de esta finca NUM003). En consecuencia, no existe exceso de adjudicación de conformidad con lo dispuesto en el artículo. Artículo 7. [Operaciones sujetas] de la Ley del ITP 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 de conformidad con su apartado 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 , 1056 (segundo) y 1062 (primero) del Código Civil .



De ello se deduce que para que se de la sujeción al ITP por exceso en la adjudicación es presupuesto ineludible la existencia de ese exceso, esto es que alguno de los adjudicatarios en la extinción de la comunidad haya obtenido una ventaja o exceso de adjudicación sobre la que en principio le correspondía con arreglo a su título. Y este presupuesto en el presente caso no se da.

SEGUNDO.- El juicio de la Sala sobre la cuestión de interés casación.

Parecida cuestión ha sido resuelta en nuestra sentencia núm. 411/2019 de 26 marzo y en la 344/2019, de 14 de marzo (JUR 2019, 109442) , recaída en el recurso de casación 5404/2017 , cuyos argumentos se reproducen a continuación.

"El artículo 4 del TRITP y AJD (RCL 1993, 2849) 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 TRITP y AJD, 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 (LEG 1889, 27) 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 pleno dominio sobre la totalidad del inmueble a uno de los partícipes, que ya es titular dominical de determinada participación, cuyo alcance y naturaleza no queda concretada en la sentencia de instancia, y que, ante el carácter indivisible de la misma, se acuerda que compense al resto de los copropietarios en la forma descrita en la escritura pública.

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 de determinada participación. A la vista de que dicho inmueble es indivisible, extremo que no se discute, decidieron que uno se adjudicara la totalidad del pleno dominio, mediante la compensación en dinero equivalente a su respectiva participación a los restantes copropietarios de la vivienda.

El artículo 392 del Código Civil ["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 cuerpo legal 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 (RJ 2010, 3478) (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 460 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 del 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 (RJ 1999, 6133) (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 se trata, por tanto, en este caso de una operación que tenga encaje en el artículo 7 TRITP y AJD 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 TRITP y AJD".

TERCERO.- 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.

CUARTO.- Resolución de las pretensiones.

En consecuencia ha de desestimarse el presente recurso de casación ante la inexistencia de exceso de adjudicación en el lote que adquiere el recurrente.

QUINTO.- Pronunciamiento sobre costas.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 93.4 LJCA (RCL 1998,1741) , 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 como criterio interpretativo el expresado en el fundamento jurídico tercero de esta sentencia.

2º) Desestimar el recurso de casación núm. 3144/2017, interpuesto por la Letrada de la Comunidad de Madrid, en la representación y defensa que ostenta, presentó escrito preparando recurso de casación contra la sentencia dictada el 30 de marzo de 2017 por la Sección Cuarta de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal superior de Justicia de Madrid, en el recurso 383/2016 , relativo a una liquidación por el impuesto sobre transmisiones patrimoniales y actos jurídicos documentados ("ITPAJD"), modalidad transmisiones patrimoniales onerosas.

3º) No hacer pronunciamiento expreso sobre condena en las costas procesales.

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. Rafael Toledano Cantero

D. Dimitry Berberoff Ayuda D. Isaac Merino Jara

PUBLICACIÓN. - Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma DON Jose Diaz Delgado, hallándose celebrando audiencia pública, ante mí, la Letrada de la Administración de Justicia. Certifico.