

IMPUESTO SOBRE LA RENTA DE LAS PERSONAS FÍSICAS

Aplicación de la exención por reinversión en vivienda habitual en supuestos de divorcio

Sentencia del Tribunal Supremo nº 553/2023, de 5 de mayo de 2023
(recurso 7851/2021)

Carlos Romero Plaza

Socio Director de Arttax & Legal

Profesor en UDIMA y UCV

Resumen: En estas líneas se procede a analizar el concepto de vivienda habitual a la hora de aplicar la exención por reinversión de la misma, contenida en el artículo 38.1 de la LIRPF y desarrollada en los artículos 41 y 41 bis del RIRPF.

Para ello, se analiza la sentencia núm. 553/2023 que establece como criterio jurisprudencial la posibilidad de que los cónyuges separados o divorciados que hayan abandonado el domicilio conyugal puedan aplicarse este beneficio fiscal, siempre que el otro cónyuge, y los hijos si procede, mantengan dicho domicilio como su vivienda habitual.

Palabras clave: exención por reinversión; vivienda habitual; ganancia patrimonial; separación; divorcio; IRPF; cónyuge; deducción

I. OBJETO DE ESTUDIO

La exención por reinversión en vivienda habitual es uno de los beneficios fiscales que más atraen a los contribuyentes a la hora de cambiar de domicilio. Ahora bien, es conocido que la normativa exige una serie de requisitos muy estrictos para su aplicación que en muchas ocasiones suponen una grave limitación a su acceso.

Uno de estos supuestos en los que el acceso a la exención puede quedar condicionado lo encontrábamos en los casos de separación o divorcio que se daba cuando uno de los cónyuges abandona el domicilio familiar. Ahora, con la sentencia de nuestro Alto Tribunal que vamos a comentar en estas líneas, se abre una nueva posibilidad para que los cónyuges que han abandonado la vivienda familiar como consecuencia de la ruptura de su vínculo matrimonial puedan aplicar dicha exención.

Para entrar a analizar este pronunciamiento, cabe hacer referencia a la normativa aplicable en materia de exención

por reinversión en vivienda habitual recogida en el artículo 38 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio, en adelante LIRPF.

«El Tribunal Supremo abre la posibilidad a los contribuyentes separados que han abandonado el domicilio familiar de acceder a la exención por reinversión en vivienda habitual»

Así, recoge este precepto en su apartado primero, que pueden excluirse de gravamen las ganancias patrimoniales obtenidas por la transmisión de la vivienda habitual del contribuyente, siempre que el importe total obtenido por la transmisión se reinvierta en la adquisición de una nueva vivienda habitual en las condiciones que reglamentariamente se determinen.

A la hora de aplicar la citada exención, resulta clave analizar el concepto de «vivienda habitual». Para ello, debemos acudir al artículo 41 bis del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y se modifica el Reglamento de Planes y Fondos de Pensiones, aprobado por Real Decreto 304/2004, de 20 de febrero, en adelante RIRPF.

El citado artículo 41. Bis LIRPF expone que

«Para que la vivienda constituya la residencia habitual del contribuyente debe ser habitada de manera efectiva y con carácter permanente por el propio contribuyente en un plazo de doce meses, contados a partir de la fecha de adquisición o terminación de las obras. No obstante, se entenderá que la vivienda no pierde el carácter de habitual cuando se produzcan las siguientes circunstancias:

- *Cuando se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurren otras circunstancias que necesariamente impidan la ocupación de la vivienda, en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo.*
- *Cuando éste disfrute de vivienda habitual por razón de cargo o empleo y la vivienda adquirida no sea objeto de utilización, en cuyo caso el plazo antes indicado comenzará a contarse a partir de la fecha del cese.*
- *Cuando la vivienda hubiera sido habitada de manera efectiva y permanente por el contribuyente en el plazo de doce meses, contados a partir de la fecha de adquisición o terminación de las obras, el plazo de tres años previsto en el apartado anterior se computará desde esta última fecha.*

3. A los exclusivos efectos de la aplicación de las exenciones previstas en los artículos 33.4. b) y 38 de la Ley del Impuesto, se entenderá que el contribuyente está transmitiendo su vivienda habitual cuando, con arreglo a lo dispuesto en este artículo, dicha edificación constituya su vivienda habitual en ese momento o hubiera tenido tal consideración hasta cualquier día de los dos años anteriores a la fecha de transmisión».

«La exención por reinversión en vivienda habitual la encontramos regulada en el artículo 38 LIRPF y en los artículos 41 y 41bis del RIRPF»

Pues bien, en el presente caso, estamos ante el análisis de dichos requisitos a la hora de aplicar la exención por reinversión en vivienda habitual en caso de abandono de la vivienda familiar en los supuestos de separación o divorcio.

En concreto, nuestro Tribunal Supremo entra a conocer en su sentencia núm. 553/2023 del recurso planteado por la Administración General del Estado contra la sentencia núm. 768/2021 de 15 de septiembre, dictada por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana (TSJCV). La sentencia de instancia estima parcialmente el recurso formulado contra la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Regional de la Comunidad Valenciana (TEARCV) por parte del contribuyente en materia de IRPF.

La sentencia de instancia entiende que procede la aplicación de la exención por reinversión en vivienda habitual por parte del cónyuge que ha abandonado el domicilio conyugal como consecuencia de un divorcio, en la medida en que:

«Por otro lado, con causa en su separación conyugal, se ha visto obligado a abandonar la referida residencia, esto es por una circunstancia que necesariamente impide la ocupación de la vivienda. Por lo que a los efectos de disfrutar del beneficio fiscal del art. 38 de la Ley del Impuesto, si hasta el momento de la venta el otro progenitor y sus hijos comunes hubieron continuado en la residencia que el cónyuge separado hubo adquirido en todo o en parte, debe entenderse que este cónyuge gozaba asimismo de la residencia habitual en la vivienda al momento de su definitiva venta».

No estando de acuerdo la Administración con dicho criterio, interpuso la Abogacía del Estado el recurso de casación, cuya resolución es objeto de análisis.

II. CUESTIÓN PLANTEADA

De acuerdo con el criterio controvertido, el Tribunal Supremo admitió a trámite el recurso de casación, identificando como cuestión con interés casacional objetivo, la siguiente: determinar si la vivienda transmitida puede considerarse residencia habitual, a los efectos de disfrutar de la exención por reinversión contemplada en el artículo 38 LIRPF, cuando en aquella no reside el cónyuge en el momento de la transmisión ni ha vivido en la misma en los dos años anteriores, aunque en el momento de la transmisión de la vivienda sea residencia habitual del otro cónyuge y de los hijos comunes.

La parte recurrente defiende que, a efectos de aplicar la exención por reinversión en vivienda habitual, la vivienda transmitida no puede considerarse residencia habitual cuando el contribuyente no reside en ella en el momento de la transmisión ni ha vivido en la misma en los dos años anteriores, aunque en ese momento la vivienda sea la residencia habitual de su ex cónyuge y de los hijos comunes.

Aduce también la Abogacía del Estado que la sentencia recurrida realiza una interpretación extensiva de las condiciones para la deducción por inversión en vivienda habitual al caso de reinversión de la ganancia patrimonial por enajenación de la misma. Esta sentencia, para la recurrente, aplicaría analógicamente una previsión de un beneficio fiscal distinto, como es el de la deducción por vivienda, pues en el caso de cónyuges separados o divorciados que abandonan, por tal causa la vivienda habitual, aún así podían deducirse en IRPF por la inversión realizada en tal concepto cuando siguen abonando cantidades por la adquisición de aquella vivienda habitual que sigue siendo donde residen en tal concepto el otro cónyuge e hijos comunes.

En este sentido, sostiene que no cabe equiparar los requisitos para la deducción por inversión en vivienda habitual a la exención de la ganancia patrimonial obtenida por la venta de dicha vivienda y su reinversión en una nueva vivienda habitual, puesto que se trata de dos beneficios fiscales, relacionados ambos con la vivienda, diferentes. Por ello, concluye que no han de tener derecho a la exención de la ganancia patrimonial los cónyuges separados o

divorciados que no viven en la vivienda desde dos años antes de ser enajenada, pues no cabe deducir tal consecuencia por el hecho de que el legislador permita que el ex cónyuge, que ya no vive en la vivienda, pero que sigue pagando por ella, siga teniendo derecho a la deducción si la adquirió antes del 31-12-2012.

«De acuerdo con la Abogacía del Estado, la sentencia de instancia realiza de manera improcedente una interpretación analógica de la exención por reinversión en vivienda habitual con la ya derogada deducción por adquisición de vivienda habitual»

Para la Abogacía del Estado, la sentencia de instancia mezcla los requisitos para tener derecho a la exención de la ganancia patrimonial, con la regulación de un supuesto propio de la deducción por vivienda habitual, al considerar que puede tenerse en cuenta la separación matrimonial como circunstancia que exige el cambio de domicilio, de acuerdo con el art. 41.bis.2 RIRPF. En este sentido, sostiene que la sentencia recurrida asimila la deducción por adquisición de vivienda a la exención de la ganancia patrimonial por la transmisión de vivienda, aunque lo cierto es que serían dos beneficios fiscales diferentes, hasta el punto de que en la actualidad uno subsiste y el otro no.

III. CONSIDERACIONES JURÍDICAS DE LA SALA

La Sala, en interpretación de la cuestión planteada coincide con la parte recurrente al considerar que no resultarían aplicables los requisitos del régimen de la deducción por inversión en vivienda habitual a los supuestos de la exención que nos ocupa. Al respecto, señala que este régimen quedó suprimido con efectos desde el 1 de enero de 2013 por la Ley 16/2012.

De acuerdo con el juicio de nuestro Alto Tribunal, *«el examen del régimen de la deducción por inversión en vivienda habitual en comparación con el de la exención de las ganancias por su inversión en vivienda habitual puede ofrecer elementos orientadores para la interpretación de la voluntad del legislador, pero no permite equiparar miméticamente todos y cada uno de los requisitos a efectos de la consideración de vivienda habitual, puesto que son dos beneficios fiscales diferentes, en los que el legislador goza de amplia libertad de configuración, y el art. 14 LGT, proscribida la analogía para extender más allá de sus estrictos términos el ámbito de las exenciones y demás beneficios fiscales».*

«El Alto Tribunal coincide con la Abogacía del Estado a la hora de señalar que los criterios aplicables a la deducción por adquisición de vivienda habitual no pueden equipararse a los de la exención por reinversión en vivienda habitual»

Así pues, prosigue el Tribunal en el Fundamento Jurídico Sexto con su razonamiento, procediendo para ello al análisis de lo dispuesto en el artículo 41 bis del RIRPF, aplicando para ello como criterios interpretativos el (i) gramatical, el (ii) sistemático y el (iii) teleológico. En consecuencia, señala que no existe ningún elemento interpretativo ni en el artículo 41 ni en el 41 bis del RIRPF que justifique una ruptura de la asimilación del tratamiento tributario del ex cónyuge que permanece en la vivienda habitual, con el otorgado al cónyuge que debe cesar en el uso de la vivienda habitual por la situación de separación, nulidad o divorcio. Esta asimilación se realizaría exclusivamente para el requisito de inicio y mantenimiento en la ocupación de la vivienda habitual.

Para el Tribunal, esta interpretación es la más coherente con la plena efectividad del principio de igualdad ante la

Ley y con el de sostenimiento de las cargas públicas.

«De acuerdo con la interpretación jurídica realizada por el Tribunal Supremo del artículo 41. Bis RIRPF, se alcanzan las mismas conclusiones que la sentencia de instancia, aunque el razonamiento seguido difiere completamente»

IV. JURISPRUDENCIA ESTABLECIDA EN LA MATERIA Y CONCLUSIONES

Como consecuencia directa del razonamiento jurídico efectuado por el Tribunal, en el Fundamento Jurídico Séptimo de la sentencia fija su criterio jurisprudencial, siendo este el siguiente: en las situaciones de separación, divorcio o nulidad del matrimonio que hubieran determinado el cese de la ocupación efectiva como vivienda habitual para el cónyuge que ha de abandonar el domicilio habitual por tales causas, el requisito de ocupación efectiva de la vivienda habitual en el momento de la transmisión o en cualquier día de los dos años anteriores a la misma, se entenderá cumplido cuando tal situación concorra en el cónyuge que permaneció en la misma.

Así, el Tribunal alcanza la misma conclusión que la sala de instancia, aunque se fundamenta en razones diferentes, pues para nuestro Alto Tribunal no pueden equipararse los requisitos exigidos en la aplicación de la ya derogada deducción por vivienda habitual con los de la exención por reinversión de la ganancia patrimonial derivada de la transmisión de la vivienda habitual.

«En las situaciones de disolución matrimonial que hubieran determinado el cese de la ocupación efectiva de la vivienda, el requisito de ocupación efectiva se entenderá cumplido cuando tal situación concorra en el cónyuge que permaneció en la misma»

Sobre las consecuencias de este fallo, debemos poner de relieve que es una buena noticia para aquellos contribuyentes que estén en una situación asimilable a la del supuesto enjuiciado. Así, se impide que una disolución matrimonial, que necesariamente va aparejada del abandono por uno de los cónyuges del domicilio familiar pueda suponer un perjuicio todavía mayor, en términos fiscales.

Ahora bien, debe ponerse de relieve que este criterio interpretativo no podría aplicarse en situaciones jurídicas consolidadas. Esto es, los contribuyentes divorciados o separados legalmente que por seguir el criterio administrativo no disfrutaron de la exención, no podrían solicitar la rectificación de sus autoliquidaciones. Y es que la citada exención es una opción a la que el contribuyente puede optar. Por ello, resultaría de aplicación lo dispuesto en el artículo 119 LGT en la medida en que las opciones tributarias solamente pueden rectificarse dentro del periodo reglamentario de declaración. En este sentido, ya se ha pronunciado la Dirección General de Tributos, entre otras en sus consultas vinculantes V343-2011, de 15 de febrero de 2011; V1458-2011, de 7 de junio de 2011 y V1259/2018, de 14 de mayo de 2018. Todas ellas señalan que la exención es de aplicación voluntaria por el contribuyente. En caso de que se declare la ganancia en la autoliquidación correspondiente, una vez finalizado el plazo reglamentario de presentación, ya no podrá rectificarse dicha autoliquidación.

«El criterio asentado por el Tribunal podrá aplicarse por los contribuyentes en las siguientes declaraciones de IRPF, pero estos no podrán solicitar la rectificación de las declaraciones ya presentadas por encontrarse fuera del plazo reglamentario de presentación»

Por tanto, este criterio deberá tenerse muy presente para aplicarse por los contribuyentes que tengan acceso a la exención en las siguientes campañas de declaración del IRPF.