

TRIBUNAL SUPREMO**Auto de 15 de octubre de 2025****Sala de lo Contencioso-Administrativo****Recurso n.º 6833/2024****SUMARIO:**

IRPF. Exención por reinversión. Vivienda habitual. *Vivienda habitual del otro cónyuge y de los hijos comunes en caso de divorcio.* La sentencia recurrida no reconoce la exención por reinversión en vivienda habitual del art. 38 Ley IRPF, lo cual parece apartarse de manera inmotivada de la jurisprudencia existente del TS [Vid., STS de 5 de mayo de 2023, recurso n.º 7851/2021], en la que se declara que en las situaciones de separación, divorcio o nulidad del matrimonio que hubieren 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, que exige el art 41 bis Rgto IRPF, se entenderá cumplido cuando tal situación concorra en el cónyuge que permaneció en la misma. Por ello, conviene un pronunciamiento del Tribunal Supremo que, cumpliendo su función uniformadora, sirva para dar respuesta a la cuestión que consiste en determinar si la vivienda transmitida puede considerarse residencia habitual, a los efectos de disfrutar de la exención por reinversión contemplada en el art. 38 Ley IRPF, cuando en aquella no reside el cónyuge en el momento de la transmisión ni ha vivido en la misma en los dos años anteriores, en virtud de sentencia de divorcio, aunque en el momento de la transmisión la vivienda sea residencia habitual del otro cónyuge y de los hijos comunes.

TRIBUNAL SUPREMO**AUTO****Magistrados/as**

PABLO MARIA LUCAS MURILLO DE LA CUEVA

DIEGO CORDOBA CASTROVERDE

JOSE LUIS REQUERO IBAÑEZ

RAFAEL TOLEDANO CANTERO

ANGELES HUET DE SANDE

TRIBUNAL SUPREMO**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO****SECCIÓN: PRIMERA****A U T O**

Fecha del auto: 15/10/2025

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 6833/2024

Materia:

Submateria:

Fallo/Acuerdo: Auto Admisión

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Rincón Llorente

Secretaría de Sala Destino: 002

Transcrito por:

Nota:

Resumen

R. CASACION núm.: 6833/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Rincón Llorente

TRIBUNAL SUPREMO**SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO****SECCIÓN: PRIMERA****A U T O**

Excmos. Sres. y Excmo. Sra.

D. Pablo Lucas Murillo de la Cueva, presidente

D. Diego Córdoba Castroverde

Síguenos en...

D. José Luis Requero Ibáñez
D. Rafael Toledano Cantero
D.ª Ángeles Huet De Sande
En Madrid, a 15 de octubre de 2025.

HECHOS

PRIMERO.- Proceso de instancia y resolución judicial recurrida.

La representación procesal de don Hermenegildo interpuso recurso contencioso-administrativo frente a la resolución del TEAR de Andalucía, de fecha 5 de junio de 2020, que desestima la reclamación económico administrativa interpuesta contra el Acuerdo de liquidación provisional por el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, ejercicio 2015, del que deriva una cantidad a ingresar de 6.572,28 euros al aumentar la Administración Tributaria la base imponible del impuesto mediante la imputación al contribuyente una ganancia patrimonial derivada de la transmisión de vivienda, por entender que no era aplicable la exención por reinversión en vivienda habitual aplicada en su declaración, puesto que el inmueble vendido había dejado de ser su vivienda habitual hacía más de dos años en virtud de sentencia de divorcio y convenio regulador, por los que se adjudicaba la vivienda a su cónyuge e hijos comunes.

La sentencia n.º 1058, de 16 de abril de 2024, dictada por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada, desestimó el recurso contencioso-administrativo, tramitado como procedimiento ordinario n.º 533/2020.

La Sala de instancia contiene el siguiente razonamiento en su Fundamento Jurídico Sexto:

«No se cuestiona que la sentencia de divorcio fue la causa determinante del cambio de residencia del recurrente el 18 de junio de 2012, al adjudicarse a su esposa y a los tres hijos comunes por el tiempo máximo de tres años; ni que la liquidación de la sociedad de gananciales y extinción del condominio tuvo lugar el 09 de junio de 2015, en la que percibió 105.000 euros de su cónyuge al haber sido valorada la vivienda en la escritura en 210.000 euros y quedarse ésta con el pleno dominio del inmueble, cantidad que dedicó en su integridad a la adquisición de una nueva vivienda el 25 de julio de 2015.

Pero aunque el cambio de residencia del recurrente y la adjudicación de la vivienda conyugal a su esposa y a sus hijos comunes por el tiempo máximo de tres años, transcurrido el cual se procedería a la venta de la vivienda, no se ha debido a su libre voluntad, sino al divorcio y a las condiciones pactadas en el convenio regulador -dado que los tres hijos comunes convivían en el domicilio familiar y uno de ellos contaba con once años-; y a pesar de haber reinvertido la totalidad de la cantidad percibida de su esposa, por la adjudicación a ésta de la plena propiedad de la que era la vivienda habitual de ambos, a la adquisición de una nueva vivienda habitual en menos de dos meses; el recurso no puede prosperar porque la normativa aplicable entiende que el contribuyente está transmitiendo su vivienda habitual cuando dicha edificación haya constituido su vivienda habitual en el momento de la transmisión o cuando haya tenido tal consideración en los dos años anteriores a la fecha de transmisión; y lo cierto es que el inmueble sito en la DIRECCION000 de Granada dejó de ser la vivienda habitual del recurrente el 18 de junio de 2012 y que la nueva adquisición no se produjo hasta el 25 de julio de 2015».

Frente a esta sentencia recurre en casación don Hermenegildo.

SEGUNDO.- Preparación del recurso de casación.

1.La parte recurrente, tras justificar la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución impugnada, identifica como infringidos el artículo 38.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, el artículo 41 bis del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y la sentencia 553/2023, de 5 de mayo, dictada en el recurso de casación 7851/2021.

2.Razona que tales infracciones han sido relevantes y determinantes de la decisión adoptada en la resolución recurrida, toda vez que la sentencia recurrida, pese a reconocer que la sentencia de divorcio fue la causa determinante del cambio de residencia del recurrente, y que se adjudicó a su cónyuge e hijos comunes el uso del domicilio conyugal por el tiempo máximo de tres años, en virtud de convenio regulador del divorcio, en cuyo cumplimiento la liquidación de gananciales y extinción de condominio tuvo lugar el 9 de junio de 2015, dentro del plazo fijado, con la adquisición por la cónyuge del pleno dominio del domicilio conyugal, y abonando 105.000 euros a su cónyuge, en pago del 50% que adquiere, cantidad que dedicó el recurrente en su integridad a la adquisición de una nueva vivienda el 25 de julio de 2015; pese a todo ello, resuelve afirmando que la pretensión del recurrente no puede prosperar porque el inmueble transmitido dejó de ser la

vivienda habitual del recurrente el 18 de junio de 2012 y que la nueva adquisición no se produjo hasta el 25 de julio de 2015

3. Subraya que la normativa que entiende vulnerada forma parte del Derecho estatal o del de la Unión Europea.

4. Considera que concurre interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia porque se dan las circunstancias contempladas en la letra a) del artículo 88.2 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa [«LJCA»], así como la presunción contenida en el artículo 88.3, letra b) LJCA.

TERCERO.- Auto teniendo por preparado el recurso de casación y personación de las partes ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo.

La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada, tuvo por preparado el recurso de casación por medio de auto de 10 de septiembre de 2024, habiendo comparecido la procuradora D.^a Elena Peralta Ruiz, en representación de D. Hermenegildo -como parte recurrente-, ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, dentro del plazo de 30 días señalado en el artículo 89.5 LJCA.

De igual modo lo ha hecho como parte recurrida la Abogacía del Estado, quien no se ha opuesto a la admisión del recurso.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Toledano Cantero, Magistrado de la Sección.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- *Requisitos formales del escrito de preparación.*

1. El escrito de preparación fue presentado en plazo (artículo 89.1 LJCA), la sentencia contra la que se dirige el recurso es susceptible de casación (artículo 86 LJCA, apartados 1 y 2) y la Administración General del Estado, se encuentra legitimada para interponerlo, por haber sido parte en el proceso de instancia (artículo 89.1 LJCA).

2. Se acredita el cumplimiento de tales requisitos reglados, se identifican con precisión las normas de Derecho estatal que se reputan infringidas, y se justifica que fueron alegadas en el proceso, tomadas en consideración por la Sala de instancia o que esta hubiera debido observarlas aun sin ser alegadas [artículo 89.2 LJCA, letras a), b), d) y e)].

3. En el repetido escrito, la parte recurrente entiende presente el interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia en su recurso de casación, al concurrir las circunstancias contenidas en el artículo 88.2 a) LJCA, así como la presunción contenida en el artículo 88.3.b) LJCA.

SEGUNDO.- *Cuestiones litigiosas y marco jurídico.*

1. La única cuestión jurídica que suscita el presente recurso consistente en 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 la vivienda sea residencia habitual del otro cónyuge y de los hijos comunes, al haberse atribuido su uso en sentencia de divorcio y convenio regulador.

2. El marco jurídico de aplicación viene conformado por los siguientes preceptos:

El artículo 38.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas:

«Podrán 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».

El artículo 41 del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, que aprueba el reglamento de la LIRPF:

«Podrán gozar de exención las ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto en la transmisión de la vivienda habitual del contribuyente cuando el importe total obtenido se reinvierta en la adquisición de una nueva vivienda habitual, en las condiciones que se establecen en este artículo».

Así como el artículo 41 bis de este último texto legal:

«1. A los efectos previstos en los artículos 7.t), 33.4.b), y 38 de la Ley del Impuesto se considera vivienda habitual del contribuyente la edificación que constituya su residencia durante un plazo continuado de, al menos, tres años.

No obstante, se entenderá que la vivienda tuvo el carácter de habitual cuando, a pesar de no haber transcurrido dicho plazo, se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurran otras circunstancias que necesariamente exijan el cambio de domicilio, tales como celebración de matrimonio, separación matrimonial, traslado laboral, obtención del primer empleo, o cambio de empleo, u otras análogas justificadas.

2. 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 concurran 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».

TERCERO.- Verificación de la concurrencia de interés casacional objetivo en el recurso.

1. Esta cuestión presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, a juicio de esta Sección de Admisión, porque la decisión que adopta la Sala sentenciadora, al no reconocer la exención por reinversión en vivienda habitual contemplada en el artículo 38 LIRPF, parece apartarse de manera inmotivada de la jurisprudencia existente (art. 88.3.b) LJCA) recogida en la sentencia del Tribunal Supremo 553/2023, de 5 de mayo, dictada en el recurso de casación 7851/2021, en la que se declara que «(...) en las situaciones de separación, divorcio o nulidad del matrimonio que hubieren 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, que exige el apartado 3 del art. 41 bis del RLIRPF, se entenderá cumplido cuando tal situación concorra en el cónyuge que permaneció en la misma».

2. A la vista de lo anterior, conviene un pronunciamiento del Tribunal Supremo que, cumpliendo su función uniformadora, sirva para dar respuesta a la cuestión nuclear que suscita este recurso de casación a fin de reafirmar, reforzar o preservar la jurisprudencia, tarea propia del recurso de casación, que no solo debe operar para formar la jurisprudencia *ex novo*, sino también salvaguardar o defender la jurisprudencia ya creada cuando se aprecia una desviación en la interpretación del ordenamiento jurídico que puede tener efectos expansivos a otras situaciones [vid. auto de 6 de mayo de 2021 (RCA/5517/2020)].

CUARTO.- Admisión del recurso de casación. Normas objeto de interpretación.

1. Conforme a lo indicado anteriormente, y de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 88.1 LJCA, en relación con el artículo 90.4 de la misma norma, esta Sección de Admisión aprecia que este recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, respecto de la siguiente cuestión:

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, en virtud de sentencia de divorcio, aunque en el momento de la transmisión la vivienda sea residencia habitual del otro cónyuge y de los hijos comunes.

2. Las normas que, en principio, serán objeto de interpretación son el artículo 38 1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en relación con los artículos 41.1 y 41 bis del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, que aprueba el reglamento de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA.

QUINTO.- Publicación en la página web del Tribunal Supremo.

Conforme a lo dispuesto por el artículo 90.7 de la LJCA, este auto se publicará íntegramente en la página web del Tribunal Supremo.

SEXTO.- Comunicación inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto. Procede comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto, como dispone el artículo 90.6 de la LJCA, y conferir a las actuaciones el trámite previsto en los artículos 92 y 93 de la LJCA, remitiéndolas a la Sección segunda de esta Sala, competente para su sustanciación y decisión de conformidad con las reglas de reparto. Por todo lo anterior,

LA SECCIÓN DE ADMISIÓN ACUERDA:

1º) Admitir el recurso de casación 6833/2024, preparado por la representación procesal de D. Hermenegildo frente a la sentencia dictada el 16 de abril de 2024, por la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada, en el recurso contencioso-administrativo n.º 533/2020.

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

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, en virtud de sentencia de divorcio, aunque en el momento de la transmisión la vivienda sea residencia habitual del otro cónyuge y de los hijos comunes.

3º) Identificar como normas jurídicas que, en principio, deben ser interpretadas, el artículo 38 1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en relación con los artículos 41.1 y 41 bis del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, que aprueba el reglamento de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Ello sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la LJCA.

4º) Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

5º) Comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

6º) Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Segunda de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.

El presente auto, contra el que no cabe recurso alguno, es firme (artículo 90.5 de la LJCA).

Así lo acuerdan y firman

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ).