

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NFJ085383

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID**

Sentencia 560/2021, de 14 de octubre de 2021

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 1717/2019

**SUMARIO:**

**IRPF. Exención por reinversión. Vivienda habitual.** El Tribunal Supremo parece querer decir [Vid., SSTs de 1 de octubre de 2020, recurso n.º 1056/2019 (NFJ079207) y de 5 de julio de 2021, recurso n.º 1965/2020 (NFJ083039)], que las cantidades tomadas a préstamo de un tercero para la adquisición de la nueva vivienda habitual, deben de considerarse como sumas invertidas en la adquisición de la misma, además de las cantidades de dinero directamente entregadas para su adquisición, sin que se haga referencia al hecho de que el sujeto pasivo vaya a devolver el préstamo obtenido con sus correspondientes intereses a lo largo de un periodo considerable de tiempo, mucho más allá del plazo de dos años en que debe materializarse la reinversión. Al ser un criterio consolidado del Tribunal Supremo, esta Sala debe de modificar el criterio seguido hasta ahora en esta cuestión, y entender que es conforme a derecho el criterio de la actora, ya que sigue las tesis del Tribunal Supremo. De ahí que, deba de entenderse que procede estimar parcialmente el recurso ya que la actora pretende en la demanda que la reinversión de la ganancia obtenida sea de 130.000 €, mientras que, tal como consta en el acuerdo de liquidación, y no ha sido rebatido por la recurrente en este recurso, realmente, la cantidad a reinvertir ascendía a 120.107,30 €, ya que, al precio obtenido por la venta de la vivienda de 130.000 €, había que restarle gastos de plusvalía de 9.892,70 €, lo que determinaba un valor de transmisión de 120.107,30 €, que era la cantidad a reinvertir establecida en el acuerdo de liquidación, sobre lo que no se discute en la demanda. El coste total de adquisición de la nueva vivienda fue de 288.839,58 €, y su compra se financia con un préstamo hipotecario, de principal 279.872 €, por lo que, en aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo, podía reinvertirse plenamente la ganancia patrimonial obtenida, de 120.107,30 €, en la adquisición de la segunda vivienda habitual. Cabe así una estimación parcial del recurso y la anulación de la resolución del TEAR, así como del acuerdo de liquidación, debiendo de entenderse que la cantidad de 120.107,30 €, obtenida como ganancia por la venta de la primera vivienda habitual, estaba exenta de tributación al haberse reinvertido en la adquisición de la segunda vivienda habitual.

**PRECEPTOS:**

Ley 35/2006 (Ley IRPF), arts. 38.

RD 439/2007 (Rgto IRPF), art. 41.

Ley 58/2003 (LGT), arts. 102 y 239.

Código Civil, art. 1.227.

**PONENTE:***Doña Maria Rosario Ornosa Fernandez.*

Magistrados:

Don JOSE ALBERTO GALLEGO LAGUNA

Don JOSE IGNACIO ZARZALEJOS BURGUILLO

Don MARIA ROSARIO ORNOSA FERNANDEZ

Don MARIA ANTONIA DE LA PEÑA ELIAS

Don ANA RUFZ REY

**Tribunal Superior de Justicia de Madrid**

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

C/ General Castaños, 1 , Planta 1 - 28004

33009750

NIG: 28.079.00.3-2019/0032310

Procedimiento Ordinario 1717/2019

Demandante: Dña. Benita

PROCURADOR D. RODRIGO PASCUAL PEÑA

Demandado: TRIBUNAL ECONOMICO ADMINISTRATIVO REGIONAL DE MADRID MEH

Sr. ABOGADO DEL ESTADO

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE

MADRID

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

SENTENCIA Nº 560/21

RECURSO NÚM.: 1717/2019

PROCURADOR D. RODRIGO PASCUAL PEÑA

Ilmos. Sres.:

Presidente

D. José Alberto Gallego Laguna

Magistrados

D. José Ignacio Zarzalejos Burguillo

Dña. María Rosario Ornos Fernández

Dña. María Antonia de la Peña Elías

Dña. Ana Rufz Rey

-----

En Madrid, a 14 de octubre de 2021.

Visto por la Sala del margen el recurso núm. 1717/2019 interpuesto por D<sup>a</sup> Benita representada por el Procurador D. RODRIGO PASCUAL PEÑA contra Resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Madrid, de fecha 28 de octubre de 2019, en la reclamación económico administrativa nº NUM000, interpuesta por el concepto de IRPF.

Ha sido parte demandada la Administración General del Estado, representada y defendida por su Abogacía.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **Primero.**

Por la representación procesal del recurrente, se interpuso el presente recurso, y después de cumplidos los trámites preceptivos, formalizó la demanda que basaba sustancialmente en los hechos del expediente administrativo, citó los fundamentos de derecho que estimó aplicables al caso, y concluyó con la súplica de que en su día y, previos los trámites legales se dicte sentencia de conformidad con lo expuesto en el suplico de la demanda.

#### **Segundo.**

Se dio traslado al Abogado del Estado, para contestación de la demanda y alegó a su derecho lo que consideró oportuno, y solicitó la confirmación en todos sus extremos del acuerdo recurrido.

#### **Tercero.**

Siguió el procedimiento por sus trámites y se emplazó a las partes para que evacuaran el trámite de conclusiones, lo que llevaron a efecto en tiempo y forma, señalándose para votación y fallo, la audiencia del día 13 de octubre de 2021, en que tuvo lugar, quedando el recurso concluso para Sentencia.

#### **Cuarto.**

Por acuerdo del Presidente de Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid se dictó la presente Sentencia dentro del Plan de Apoyo de sustituciones voluntarias.

Siendo Ponente la Ilma. Sra. Magistrada D<sup>a</sup> María Rosario Ornos Fernández.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **Primero.**

Se impugna en este recurso contencioso administrativo la resolución dictada por el Tribunal Económico Administrativo Regional de Madrid, de fecha 28 de octubre de 2019, en la que se acuerda desestimar la reclamación económico administrativa nº NUM000 interpuesta contra acuerdo de liquidación NUM001, por el concepto de IRPF del ejercicio 2014, por importe de 6.696,44 €.

#### **Segundo.**

La actora señala en la demanda que con fecha 25 de septiembre de 2014 procedió a la venta del inmueble, situado en Madrid en la CALLE000 número NUM002, escalera NUM003, planta NUM004, otorgándose para ello escritura pública ante el notario de Madrid D. Ignacio Maldonado Ramos.

El precio de venta del inmueble fue de 130.000 € a los que hubo que restar el Impuesto sobre el incremento del valor de los terrenos de naturaleza urbana, que ascendió a 9892,70 €, por lo que el valor de transmisión finalmente ascendió a 120.107,30 €. El valor actualizado de adquisición del inmueble el 13 de octubre de 1976 fue de 1893,23 €.

La venta de dicho inmueble generó a la actora una ganancia patrimonial reducida de 27.035,47 €.

La actora declaró la ganancia patrimonial obtenida por la venta de la vivienda en su declaración del ejercicio 2014 y la acogió al beneficio fiscal de la exención por reinversión. El 23 de septiembre de 2016 la actora reinvertió en la ganancia patrimonial obtenida, comprando la nueva vivienda habitual en Madrid, en la CALLE001 número NUM005, escalera NUM006, planta NUM007, parcela NUM008, mediante escritura pública de compraventa con subrogación de préstamo hipotecario.

El precio total de la compraventa, incluidos los gastos, ascendió a 288.839,58 €, si bien parte de ese precio se financió con un préstamo hipotecario concedido por el banco Santander por importe total de 279.872,02 €.

La ganancia patrimonial obtenida en la enajenación de la vivienda habitual está exenta siempre que el obligado tributario reinvierta en una nueva vivienda habitual en el plazo de dos años anteriores o posteriores a la fecha de transmisión de la vivienda habitual y en ningún caso se limita en los preceptos que regulan esta materia que el importe a reinvertir sea el dinero material obtenido, siendo posible utilizar, dado el carácter fungible del dinero, el propio dinero que forme parte del patrimonio del obligado tributario, ya que, lo que señala la normativa tributaria, es que la ganancia patrimonial obtenida en la transmisión de una vivienda habitual está exenta siempre y cuando el sujeto pasivo del IRPF invierta en una nueva vivienda habitual en el plazo de dos años anteriores o posteriores a la transmisión de la vivienda habitual.

La administración entiende que como adquirió su nueva vivienda habitual, con un préstamo hipotecario concedido por el Banco Santander, por importe de 279.872,02 €, y dado que el importe total de la adquisición ascendió a 288.839,58 € solo se han reinvertido 8967,56€, por lo que de la ganancia patrimonial obtenida en 2014 solo goza de exención la cantidad de 8967,56 €.

Entiende por ello que se dan todos los requisitos exigidos legalmente y que lo planteado por la actora no es una cuestión pacífica ya que el Tribunal Supremo mediante Auto de 9 de julio de 2019 ha admitido a trámite el recurso de casación 1052/2019, para determinar si para gozar de la exención por reinversión en vivienda habitual resulta preciso emplear en su totalidad el dinero obtenido por la venta de la anterior vivienda o si, por el contrario, es suficiente con aplicar para el mismo el dinero tomado a préstamo de un tercero, ya sea directamente, o bien como consecuencia de la subrogación en un préstamo previamente contratado por el transmitente del Inmueble.

Solicita la anulación de la resolución del TEAR así como la liquidación provisional de la que traía causa.

### **Tercero.**

La defensa de la Administración General del Estado, en la contestación a la demanda, después de reproducir los argumentos del TEAR en la resolución recurrida, indica que, teniendo en cuenta lo que significa el concepto económico de reinversión, la reinversión en vivienda habitual sería el empleo o colocación de un caudal o más concretamente, el de los fondos obtenidos en la venta de una vivienda en la adquisición de otra vivienda y solamente reinvierte en la adquisición de una vivienda quien gasta los fondos obtenidos por la venta de la primera vivienda en la adquisición de la segunda.

Sin embargo, si parte de la adquisición de la nueva vivienda se produce con financiación ajena, la parte financiada por la entidad bancaria no constituye reinversión, salvo por la parte del préstamo efectivamente amortizada en el periodo en que puede efectuarse la reinversión.

No puede considerarse que se satisfaga una cantidad cuando transcurridos dos años queda pendiente de devolver a la entidad financiera el importe que se adquiere por el préstamo proporcionado.

Alega, además, que esta misma Sala ha seguido ese criterio en la Sentencia de 15 de enero de 2020 dictada en el recurso 1526/2018.

Solicita, en consecuencia, la desestimación del recurso.

### **Cuarto.**

El acuerdo de liquidación de 26 de febrero de 2018 indica los motivos de la regularización en la siguiente forma:

"- Se aumenta la base imponible del ahorro declarada en el importe de las ganancias patrimoniales, generadas en más de un año, derivadas de la transmisión de elementos patrimoniales, según lo dispuesto en los artículos 6.2.d , 33 a 37 y 39 de la Ley del Impuesto .

- Se modifica el importe obtenido en la transmisión de la vivienda habitual susceptible de reinversión a efectos de la exención de la ganancia patrimonial, al no ajustarse a lo establecido en el artículo 35.3 de la Ley del Impuesto .

- Se modifica el importe obtenido en la transmisión de la vivienda habitual susceptible de reinversión a efectos de la exención de la ganancia patrimonial, al no ajustarse a lo establecido en el artículo 35 de la Ley del Impuesto .

- Se modifica el importe reinvertido en el ejercicio en la adquisición de la nueva vivienda habitual, al no ajustarse a lo establecido en el artículo 41 del Reglamento del Impuesto .

- Se modifica el importe que ha de reinvertir en vivienda habitual en los dos años siguientes, en virtud del artículo 38 de la Ley del Impuesto y el 41 del Reglamento.

- Se modifica el importe de la ganancia patrimonial exenta por reinversión, por la transmisión de la vivienda habitual, al no ajustarse a lo establecido en el artículo 38 de la Ley del Impuesto .

- Con motivo del requerimiento notificado en fecha 21/12/2017, Doña Benita con NIF NUM009 aporta documentación en fecha 22/12/2017 con número de entrada en el registro de la Administración NUM012. Se comprueba que ha adquirido la plena propiedad del inmueble sito en CALLE000 NUM002 NUM004 (Madrid), con

referencia catastral NUM010 en fecha 13/10/1976 por importe 1.051,77 euros, y unos gastos de 371,82 euros, lo que hace un valor de adquisición actualizado de 1.893,23 euros. Asimismo, dicho inmueble ha sido transmitido en fecha 25/09/2014 con una valoración de 130.000 euros, con unos gastos de plusvalía de 9.892,70 euros, lo que hace un valor de transmisión de 120.107,30 euros. 2. Por tanto, el obligado tributario debe reinvertir el precio de venta 130.000 euros menos los gastos de la venta 9.892,70 euros, un total de 120.107,30 euros.

- La ganancia patrimonial obtenida es de 118.214,07 euros, que se calcula restando al valor de transmisión el valor de adquisición (120.107,30 euros menos 1.893,23 euros). La parte susceptible de la ganancia sujeta a reducción asciende a 91.178,60 euros y el número de años de permanencia hasta el 31/12/1994 son 19. La reducción aplicable (disp. transitoria 9a de la Ley del Impuesto es de 91.178,60 euros lo que genera una ganancia patrimonial reducida por importe de 27.035,47 euros.

- En fecha 23/09/2016, según escritura de adquisición, la contribuyente adquiere el 100% de la titularidad de la vivienda sita en CALLE001 NUM005 (Madrid), con referencia catastral NUM011. El precio de compra del inmueble asciende a 288.839,58 euros incluidos gastos (IVA., Notario y Tasación), el cual se financia, con un crédito hipotecario a cargo de la Entidad Banco de Santander con un principal de 279.872 euros.

- El importe realmente reinvertido es el valor de adquisición de la vivienda adquirida en C/ CALLE001 NUM005 (288.839,58 euros) menos el préstamo hipotecario vinculado a la adquisición (279.872 euros), por lo que ha reinvertido 8.967,56 euros.

- Por tanto, ha reinvertido un 7,466 por ciento (importe reinvertido 8967,56 / la cantidad a reinvertir 120.107,30) x100). Por lo que la ganancia patrimonial exenta por reinversión es de 2.018,55 euros (27.035,47 x 7,466 %), y deberá tributar por el resto de la ganancia, es decir, 25.016,92 euros.

- De conformidad con la disposición adicional vigésima tercera de la Ley IRPF y 41 bis del Reglamento 'A efectos fiscales, se considera vivienda habitual del contribuyente la edificación en la que el contribuyente resida durante un plazo continuado de, al menos, tres años. Se entenderá que la vivienda tuvo ese carácter, aunque no haya transcurrido dicho plazo, cuando se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurren circunstancias que necesariamente exijan el cambio de domicilio. Esta no constituirá vivienda habitual cuando transcurridos 12 meses desde la fecha de adquisición o terminación de las obras, no se hubiera habitado de manera efectiva y con carácter permanente por el contribuyente salvo que: 1-se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurren otras circunstancias que necesariamente impidan la ocupación de la vivienda, en los términos previstos en el apdo. 1 del artículo 54 del Reglamento del IRPF . 2-se disfrute de vivienda habitual por cargo o empleo y la vivienda no sea objeto de otra utilización. En este caso el plazo se contará a partir del cese. Artículo 54 .1 Y 2 Real Decreto 439 / 2007, de 30 de marzo de 2007.'

- A la vista de los datos anteriores y teniendo en cuenta las disposiciones contenidas en la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (LIRPF), en concreto el artículo 38 , de conformidad con el cual podrán excluirse de gravamen las ganancias patrimoniales obtenidas por la transmisión de la vivienda habitual del contribuyente, siempre que el importe total obtenido de la transmisión se reinvierta en la adquisición de una nueva vivienda habitual en las condiciones que reglamentariamente se determinen. Cuando el importe reinvertido sea inferior al total de lo percibido en la transmisión, únicamente se excluirá de tributación la parte proporcional de la ganancia patrimonial obtenida que corresponda a la cantidad reinvertida. El R.D. 439/2007 por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto ( RIRPF), en particular: El artículo 41 de conformidad con el cual 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 otra vivienda habitual, en las condiciones que se establecen en este artículo. Cuando para adquirir la vivienda transmitida el contribuyente hubiera utilizado financiación ajena, se considerará, exclusivamente a estos efectos, como importe total obtenido el resultante de minorar el valor de transmisión en el principal del préstamo que se encuentre pendiente de amortizar en el momento de la transmisión. La reinversión del importe obtenido en la enajenación deberá efectuarse, de una sola vez o sucesivamente, en un período no superior a dos años desde la fecha de la transmisión. Se entenderá que la reinversión se efectúa dentro de plazo cuando la venta se hubiese efectuado a plazos o con precio aplazado, siempre que el importe de los plazos se destine a la finalidad indicada dentro del período impositivo en que se vayan percibiendo.

- Igualmente darán derecho a la exención por reinversión las cantidades obtenidas en la enajenación que se destinen a satisfacer el precio de una nueva vivienda habitual que se hubiera adquirido en el plazo de los dos años anteriores a la transmisión de aquélla. El incumplimiento de cualquiera de los requisitos que dan derecho a excluir de gravamen la ganancia patrimonial determina el sometimiento a gravamen de la parte de la ganancia patrimonial correspondiente.

- Cuando se pierde el derecho al beneficio fiscal procedente de la exención por reinversión en vivienda habitual se ha de proceder conforme al artículo 41.5 del Reglamento del Impuesto , aprobado por R.D 439/2007, de 30 de marzo, que dispone: El incumplimiento de cualquiera de las condiciones establecidas en este artículo determinará el sometimiento a gravamen de la parte de la ganancia patrimonial correspondiente. En tal caso, el contribuyente imputará la parte de la ganancia patrimonial no exenta al año de su obtención, practicando autoliquidación complementaria, con inclusión de los intereses de demora, y se presentará en el plazo que medie



entre la fecha en que se produzca el incumplimiento y la finalización del plazo reglamentario de declaración correspondiente al período impositivo en que se produzca dicho incumplimiento.

- Igualmente darán derecho a la exención por reinversión las cantidades obtenidas en la enajenación que se destinen a satisfacer el precio de una nueva vivienda habitual que se hubiera adquirido en el plazo de los dos años anteriores a la transmisión de aquélla. El incumplimiento de cualquiera de los requisitos que dan derecho a excluir de gravamen la ganancia patrimonial determina el sometimiento a gravamen de la parte de la ganancia patrimonial correspondiente. El artículo 41 bis del Reglamento del Impuesto (RIRPF), establece que a los efectos previstos en el artículo 38 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, salvo que concurra alguna de las circunstancias señaladas en el propio artículo. Para que la vivienda adquirida constituya la residencia habitual del contribuyente es preciso que sea 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. El apartado 3 de dicho artículo 41 bis dispone que 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.

- Cuando se pierde el derecho al beneficio fiscal procedente de la exención por reinversión en vivienda habitual se ha de proceder conforme al artículo 41.5 del Reglamento del Impuesto, aprobado por R.D 439/2007, de 30 de marzo, que dispone: El incumplimiento de cualquiera de las condiciones establecidas en este artículo determinará el sometimiento a gravamen de la parte de la ganancia patrimonial correspondiente. En tal caso, el contribuyente imputará la parte de la ganancia patrimonial no exenta al año de su obtención, practicando autoliquidación complementaria, con inclusión de los intereses de demora, y se presentará en el plazo que medie entre la fecha en que se produzca el incumplimiento y la finalización del plazo reglamentario de declaración correspondiente al período impositivo en que se produzca dicho incumplimiento.

- Según establece el art. 105 de la Ley General Tributaria Ley 58/2003, de 17 de diciembre, en los procedimientos de aplicación de los tributos quien haga valer su derecho deberá probar los hechos constitutivos.

- En fecha 16/02/2018, la contribuyente Benita con DNI: NUM009 presenta escrito de alegaciones con número de registro de entrada NUM013. La contribuyente manifiesta disconformidad con la propuesta de liquidación provisional realizada y alega lo siguiente: 'He reinvertido correctamente en plazo y tiempo y forma el dinero obtenido por la venta de mi vivienda en 2014'.

A la vista de las manifestaciones realizadas y la documentación aportada, se procede a la desestimación de las mismas en base a los siguientes datos: La cantidad a reinvertir asciende a 120.107,30 euros, el coste total de adquisición de la nueva vivienda es de 288.839,58 euros cuya compra se financia con un préstamo de principal 279.872 euros por lo que el total reinvertido asciende a 8.967,58 euros (diferencia entre el precio de compra y la cantidad financiada). La cantidad reinvertida supone un 7,466 por ciento de 120.107,30 euros por lo que el porcentaje de ganancia exenta asciende a 2.018,55 euros.

La contribuyente no ha acreditado en sus alegaciones que los datos reflejados en la propuesta de liquidación provisional enviada sean incorrectos es por lo que se procede a su desestimación."

QUINTO: Una vez delimitadas las cuestiones suscitadas por las partes, hay que tener en cuenta que la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en su art. 38, en la redacción vigente en el ejercicio objeto de la controversia establecía:

"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.

Cuando el importe reinvertido sea inferior al total de lo percibido en la transmisión, únicamente se excluirá de tributación la parte proporcional de la ganancia patrimonial obtenida que corresponda a la cantidad reinvertida."

Por su parte, el Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas en su art. 41 determinaba lo siguiente:

"1. 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. Cuando para adquirir la vivienda transmitida el contribuyente hubiera utilizado financiación ajena, se considerará, exclusivamente a estos efectos, como importe total obtenido el resultante de minorar el valor de transmisión en el principal del préstamo que se encuentre pendiente de amortizar en el momento de la transmisión.

A estos efectos, se asimila a la adquisición de vivienda su rehabilitación, en los términos previstos en el artículo 55.5 de este Reglamento.

Para la calificación de la vivienda como habitual, se estará a lo dispuesto en el artículo 54 de este Reglamento.

2. La reinversión del importe obtenido en la enajenación deberá efectuarse, de una sola vez o sucesivamente, en un período no superior a dos años desde la fecha de transmisión.

Se entenderá que la reinversión se efectúa dentro de plazo cuando la venta se hubiese efectuado a plazos o con precio aplazado, siempre que el importe de los plazos se destine a la finalidad indicada dentro del período impositivo en que se vayan percibiendo.

Cuando, conforme a lo dispuesto en los párrafos anteriores, la reinversión no se realice en el mismo año de la enajenación, el contribuyente vendrá obligado a hacer constar en la declaración del Impuesto del ejercicio en el que se obtenga la ganancia de patrimonio su intención de reinvertir en las condiciones y plazos señalados.

Igualmente darán derecho a la exención por reinversión las cantidades obtenidas en la enajenación que se destinen a satisfacer el precio de una nueva vivienda habitual que se hubiera adquirido en el plazo de los dos años anteriores a la transmisión de aquélla.

3. En el caso de que el importe de la reinversión fuera inferior al total obtenido en la enajenación, solamente se excluirá de gravamen la parte proporcional de la ganancia patrimonial que corresponda a la cantidad efectivamente invertida en las condiciones de este artículo.

4. El incumplimiento de cualquiera de las condiciones establecidas en este artículo determinará el sometimiento a gravamen de la parte de la ganancia patrimonial correspondiente.

En tal caso, el contribuyente imputará la parte de la ganancia patrimonial no exenta al año de su obtención, practicando autoliquidación complementaria, con inclusión de los intereses de demora, y se presentará en el plazo que medie entre la fecha en que se produzca el incumplimiento y la finalización del plazo reglamentario de declaración correspondiente al período impositivo en que se produzca dicho incumplimiento."

## Sexto.

En el recurso 1526/2018, recayó Sentencia el 15 de enero de 2020, ponente Sr. Gallego Laguna, en la que se abordaba la misma cuestión que la suscitada en este recurso, y en ella se afirmaba:

"...En cuanto al importe del préstamo con garantía hipotecaria suscrito el mismo día de la adquisición de la vivienda el 5 de mayo de 2010, debe tenerse en cuenta que en la propia escritura de préstamo con garantía hipotecaria se expresa que la finalidad del préstamo hipotecario es la adquisición de la finca que se menciona en la misma escritura, así se indica que "...que la parte prestataria deberá destinar a la financiación de la adquisición, construcción o rehabilitación de viviendas, ..."

Por tanto, atendiendo al propio pacto de las partes, efectuado en escritura pública, el recurrente admitió que la finalidad del préstamo era la adquisición de la vivienda, lo que determina que debe ser imputado la totalidad de su importe a dicha adquisición, restando, en consecuencia, el total del precio de adquisición.

Ello implica que el importe reinvertido sea inferior al total de lo percibido en la transmisión, lo que conduce a que únicamente se excluya de tributación la parte proporcional de la ganancia patrimonial obtenida que corresponda a la cantidad reinvertida, de acuerdo con los preceptos citados, siendo en este punto conforme a derecho liquidación y es asumido en la resolución recurrida.

En cuanto a las manifestaciones de la recurrente referidas a que la ganancia patrimonial reducida no exenta ascendería a la cantidad de 108.170'09 € y no a la cantidad de 108.249'10 €, lo que determinaría una cantidad a ingresar inferior a la establecida tanto en concepto de principal como, en consecuencia, en concepto de intereses, debe precisarse que como se señala en la resolución del TEAR, que en el importe de la reinversión no deben incluirse, como hace el órgano de gestión, los intereses del préstamo ya que los costes de la financiación pueden integrar la base de cálculo de la deducción por adquisición en vivienda pero no pueden integrar el importe de la reinversión a efectos de la exención prevista en el artículo 38. A pesar de ello el TEAR considera que no obstante teniendo en cuenta que el resultado de una nueva liquidación que excluyese los intereses y los gastos del préstamo sería perjudicial para el interesado, para no infringir el principio de la "reformatio in peius", procede confirmar el acuerdo de liquidación en este punto. De tal manera que aunque, como manifiesta el recurrente la ganancia patrimonial no exenta ascendería a la cantidad de 108.170'09 € y no a la cantidad de 108.249'10 €, la exclusión de los intereses supondría aún una liquidación más perjudicial para el contribuyente, dada la pequeña diferencia en relación con el importe total de la ganancia patrimonial, por lo que la referida alegación de la demanda no determina la nulidad de la liquidación.

Cumpliendo la liquidación los requisitos de motivación establecidos en el art. 102 de la Ley General Tributaria y teniendo en cuenta que la motivación de la misma se entiende completada con la resolución del recurso de reposición según viene interpretando el Tribunal Supremo. Estando, igualmente debidamente motivada la resolución del TEAR, cumpliendo lo dispuesto en el art. 239 de la Ley General Tributaria, sin que se haya generado ningún tipo de indefensión pues el recurrente conoce perfectamente los motivos de la discrepancia y ha podido alegar y presentar las pruebas que ha considerado oportunas.

En cuanto a las alegaciones de la demanda sobre el destino que ha dado al préstamo hipotecario, así como los documentos aportados, se debe precisar que tales documentos no prueban que fuera ese precisamente el destino del importe ni total ni parcial del préstamo, ya que bien pudieron satisfacerse las facturas aportadas y el préstamo concedido entre particulares a otras personas al que se refiere en la demanda, con dinero de distinta procedencia a la del préstamo, por lo que las indicadas manifestaciones y documentos no desvirtúan lo manifestado por el propio recurrente en la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria antes referido.

Por otro lado se debe añadir que los documentos privados expresados no producen los efectos que pretende el recurrente frente a la Administración pública, de conformidad con lo dispuesto en el art. 1227 del Código Civil ."

Esta Sentencia reflejaba el criterio de esta Sala hasta este momento.

### **Séptimo.**

Sin embargo, la Sección Segunda de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en Sentencia de 1 de octubre de 2020, dictada en el recurso de casación 1056/2020, determina lo siguiente:

"SEGUNDO.- Normativa aplicable y análisis de la cuestión jurídica planteada.

El artículo 36 TRLIRPF, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2004, de 5 de marzo (y en la actualidad el art. 38.1 LIRP vigente), reconoce la siguiente exención:

"Reinversión en los supuestos de transmisión de vivienda habitual. 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. Cuando el importe reinvertido sea inferior al total de lo percibido en la transmisión, únicamente se excluirá de tributación la parte proporcional de la ganancia patrimonial obtenida que corresponda a la cantidad reinvertida."

Y según el primer párrafo del apartado 2 del art. 39 del Reglamento aprobado por RD 1775/2004, de 30 de julio , (art. 41 del Reglamento vigente):

" La reinversión del importe obtenido en la enajenación deberá efectuarse, de una sola vez o sucesivamente, en un periodo no superior a dos años."

Sostiene el Abogado del Estado que la cuestión que se plantea en el auto de admisión no es otra que determinar el alcance de lo que sea la "reinversión" en la adquisición de una nueva vivienda habitual. Para lo cual recuerda una para determinar el alcance de ese concepto debemos tener en cuenta lo dispuesto en el art. 12 LGT que para la interpretación de las normas tributarias remite al art. 3.1 del Código Civil , aclarando en el apartado 2 que "en tanto no se definan por la normativa tributaria, los términos empleados en sus normas se entenderán conforme a su sentido jurídico, técnico o usual, según proceda."

Reconoce el Abogado del Estado que ni en las normas tributarias, ni en otras ramas del ordenamiento jurídico, se establece un concepto de "reinversión", por lo que habrá que atendiendo a su sentido usual, vinculado normalmente a la actividad económica de las empresas o de las personas que desarrollan actividades económicas el diccionario. RAE "emplear, gastar, colocar un caudal". Y la acción de "reinvertir" se define de en el DRAE de la siguiente forma: "Aplicar los beneficios de una actividad productiva al aumento de su capital", y de ahí que la "reinversión" se defina como "Acción y efecto de reinvertir." Para la parte recurrida, el concepto económico de reinversión es demasiado restrictivo a los efectos que aquí interesan porque queda circunscrito a la acción de guardar o ahorrar los beneficios obtenidos en una actividad económica incrementando el capital social o los fondos propios, ya se mantengan en tesorería, ya se "inviertan" en la adquisición de otros bienes".

Añade el Abogado del Estado que la reinversión en vivienda habitual sería el empleo o la colocación de un caudal o más concretamente el de los fondos obtenidos en la venta de una vivienda en la adquisición de otra vivienda. Solamente reinvierte en la adquisición de una vivienda habitual quien gasta los fondos obtenidos por la venta de la primera vivienda en la adquisición de la segunda. Sin embargo, si parte de la adquisición de la nueva vivienda se produce con financiación ajena, la parte financiada por la entidad bancaria no constituye reinversión (salvo por la parte del préstamo efectivamente amortizada en el periodo en que puede efectuarse la reinversión).

Hay que reconocer que la tesis mantenida por la sentencia y brillantemente defendida por el Abogado del Estado podría haber sido una opción legislativa adecuada . Sin embargo lo cierto es que , como sostiene la recurrente la Administración en ningún momento cuestiona la calificación como vivienda habitual de la vivienda objeto de transmisión, ni de la vivienda en la que se materializa la reinversión. Tampoco el cumplimiento de los plazos en los que se realiza la reinversión. Y solo cuestiona los importes destinados a la adquisición de la nueva vivienda en la que se materializa la reinversión.

Coincide esta Sala con el recurrente en que la Administración realiza una interpretación del concepto de reinversión de naturaleza prácticamente física entendiendo que se trata de un traslado material de un flujo monetario de un origen a un destino predeterminado en lugar de atender al concepto económico de inversión entendiendo que hay reinversión cuando el nuevo activo adquirido (la vivienda habitual de destino) iguala o supera el precio obtenido



de la enajenación del activo precedente (la vivienda habitual de origen). Ni la Ley ni el Reglamento contienen una sola norma que valide el actual criterio administrativo descrito.

Ni el art. 36 LIRPF (RDL 3/2004) ni el art. 39 RIRPF (RD 1775/2004) establecen que el importe de la "reversión" deba entenderse solamente por el importe desembolsado no considerando el importe de la financiación ajena dispuesta.

En consecuencia, esta Sala comparte el criterio de la recurrente de que por inversión debe entenderse un acto negocial jurídico económico, dándose la realidad del mismo y cumpliéndose con los períodos establecidos por ley y siempre con independencia de los pagos monetarios del crédito/préstamos/deuda hipotecaria asumida en la nueva adquisición.

Ni del artículo 36 RDL 3/2004 ni del artículo 39 RD1775/2004 se desprende que deba existir una correlación financiera entre la cantidad obtenida por la venta de la vivienda transmitida y la cantidad reinvertida en la nueva vivienda habitual. Y tampoco que no deba considerarse el importe de la financiación ajena solicitada para la compra de la nueva vivienda como cuantía equivalente al importe obtenido por la vivienda transmitida.

En consecuencia la Sala considera que la sentencia recurrida hace una interpretación restrictiva de la deducción por vivienda habitual que no se acomoda a los límites estrictos de la misma y a las condiciones establecidas normativamente para su disfrute lo que lleva a dar lugar al recurso de casación .

### **Tercero.**

Fijación de doctrina.

La Sección Primera formula la siguiente cuestión:

"Determinar si para aplicar la exención por inversión regulada en el artículo 36 del TRLIRPF de 2004, y en el 39.1 Reglamento del Impuesto -Real Decreto 1775/2004, de 30 de julio-, resulta preciso emplear en su totalidad el dinero obtenido de la venta de la anterior vivienda o, por el contrario, es suficiente con aplicar para el mismo fin dinero tomado a préstamo de un tercero, ya sea directamente o bien como consecuencia de la subrogación en un préstamo previamente contratado por el transmitente del inmueble".

A dicha cuestión se debe responder lo siguiente:

"Para aplicar la exención por inversión regulada en el artículo 36 del TRLIRPF de 2004, y en el 39.1 Reglamento del Impuesto -Real Decreto 1775/2004, de 30 de julio, para aplicar la exención por inversión regulada en el artículo 36 del TRLIRPF de 2004, y en el 39.1 Reglamento del Impuesto -Real Decreto 1775/2004, de 30 de julio- no resulta preciso emplear en su totalidad el dinero obtenido de la venta de la anterior vivienda siendo suficiente con aplicar para el mismo fin dinero tomado a préstamo de un tercero, ya sea directamente o bien como consecuencia de la subrogación en un préstamo previamente contratado por el transmitente del inmueble es suficiente con aplicar para el mismo fin dinero tomado a préstamo de un tercero, ya sea directamente o bien como consecuencia de la subrogación en un préstamo previamente contratado por el transmitente del inmueble".

### **Cuarto.**

Resolución del fondo del asunto.

En consecuencia procede dar lugar al recurso de casación y anular la sentencia recurrida, y en su lugar resolver el recurso contencioso administrativo mediante sentencia estimatoria de la pretensión del recurrente en los términos solicitados."

Ese mismo criterio se sigue en la Sentencia de la misma Sección, de 5 de julio de 2021, dictada en el recurso de casación 1965/2020.

El Tribunal Supremo parece querer decir, en las Sentencias citadas, que las cantidades tomadas a préstamo de un tercero para la adquisición de la nueva vivienda habitual, deben de considerarse como sumas invertidas en la adquisición de la misma, además de las cantidades de dinero directamente entregadas para su adquisición, sin que se haga referencia al hecho de que el sujeto pasivo vaya a devolver el préstamo obtenido con sus correspondientes intereses a lo largo de un periodo considerable de tiempo, mucho más allá del plazo de dos años en que debe materializarse la inversión.

En todo caso, al ser un criterio consolidado del Tribunal Supremo, esta Sala debe de modificar el criterio seguido hasta ahora en esta cuestión, y entender que es conforme a derecho el criterio de la actora, ya que sigue las tesis del Tribunal Supremo.

De ahí que, deba de entenderse que procede estimar parcialmente el recurso ya que la actora pretende en la demanda que la inversión de la ganancia obtenida sea de 130.000 €, mientras que, tal como consta en el acuerdo de liquidación, y no ha sido rebatido por la recurrente en este recurso, realmente, la cantidad a reinvertir ascendía a 120.107,30 €, ya que, al precio obtenido por la venta de la vivienda de 130.000 €, había que restarle gastos de plusvalía de 9.892,70 €, lo que determinaba un valor de transmisión de 120.107,30 €, que era la cantidad a reinvertir establecida en el acuerdo de liquidación, sobre lo que no se discute en la demanda.

El coste total de adquisición de la nueva vivienda fue de 288.839,58 €, y su compra se financia con un préstamo hipotecario, de principal 279.872 €, por lo que, en aplicación de la doctrina del Tribunal Supremo, podía reinvertirse plenamente la ganancia patrimonial obtenida, de 120.107,30 €, en la adquisición de la segunda vivienda habitual.

Cabe así una estimación parcial del recurso y la anulación de la resolución del TEAR, así como del acuerdo de liquidación, debiendo de entenderse que la cantidad de 120.107,30 €, obtenida como ganancia por la venta de la primera vivienda habitual, estaba exenta de tributación al haberse reinvertido en la adquisición de la segunda vivienda habitual. .

#### **Octavo.**

Al estimarse parcialmente el recurso, no procede la expresa imposición de las costas procesales causadas, según lo previsto en el art. 139 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa.

### **FALLAMOS**

Que debemos estimar y estimamos parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto por D<sup>a</sup> Benita representada por el Procurador D. RODRIGO PASCUAL PEÑA contra Resolución del Tribunal Económico Administrativo Regional de Madrid, de fecha 28 de octubre de 2019, en la reclamación económico administrativa nº NUM000, anulando la Resolución del TEAR por no ser conforme a derecho, así como el acuerdo de liquidación, determinándose que únicamente la cantidad de 120.107,30€, obtenida como ganancia patrimonial por la venta de la primera vivienda habitual, estaba exenta de tributación al haberse reinvertido en la adquisición de la segunda vivienda habitual. Sin que proceda una expresa imposición de las costas procesales causadas.

Notifíquese esta resolución conforme dispone el artículo 248 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, expresando que contra la misma cabe interponer recurso de casación cumpliendo los requisitos establecidos en los artículos 86 y siguientes de la Ley de esta Jurisdicción, en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2015, debiendo prepararse el recurso ante esta Sección en el plazo de treinta días contados desde el siguiente al de la notificación, previa constitución del depósito previsto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, bajo apercibimiento de no tener por preparado el recurso.

Dicho depósito habrá de realizarse mediante el ingreso de su importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección, cuenta-expediente nº 2610-0000-93-1717-19 (Banco de Santander, Sucursal c/ Barquillo nº 49), especificando en el campo concepto del documento Resguardo de ingreso que se trata de un "Recurso" 24 Contencioso-Casación (50 euros). Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria, se realizará a la cuenta general nº 0049-3569-92-0005001274 (IBAN ES55-0049-3569 9200 0500 1274) y se consignará el número de cuenta-expediente 2610-0000-93-1717-19 en el campo "Observaciones" o "Concepto de la transferencia" y a continuación, separados por espacios, los demás datos de interés.

Así por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.

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