

## BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NFJ086655

### TRIBUNAL SUPREMO

Auto de 15 de junio de 2022

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Rec. n.º 7851/2021

## SUMARIO:

**IRPF. Exención por reinversión. Vivienda habitual.** *Vivienda habitual del otro cónyuge y de los hijos comunes en caso de divorcio.* El contribuyente presentó el 26 de junio de 2018, declaración-liquidación del IRPF de 2017, haciendo constar una deducción por inversión en vivienda habitual y la exención de la ganancia patrimonial derivada de la venta de vivienda habitual. Este Tribunal ha sentado doctrina en relación a cuestiones vinculadas con la reinversión en vivienda habitual, verbigracia, la permuta de vivienda habitual a cambio de obra futura [Vid., STS de 16 de julio de 2020, recurso n.º 5076/2017 (NFJ078576)]; la consideración del importe procedente de un préstamo concertado para la adquisición de la nueva vivienda [Vid., STS de 5 de julio de 2021, recurso n.º 1965/2020 (NFJ083039)]; la reinversión materializada en una vivienda que se halla en fase de construcción y el plazo en el que se verifica [Vid., de 17 de febrero de 2021, recurso n.º 6309/2019 (NFJ081132)] o, sin ánimo exhaustivo, la reinversión en vivienda habitual mediante constitución de hipoteca sobre el inmueble adquirido y el derecho a bonificación [Vid., STS de 15 de septiembre de 2021, recurso n.º 2033/2020 (NFJ083642)]. Sin embargo, la Sala no se ha pronunciado todavía sobre la interpretación del concepto «vivienda habitual» del art. 41 bis Rgto IRPF, en relación con la exención por reinversión en vivienda habitual, en el marco de situaciones de separación, divorcio o similares, en las que se transmite la vivienda cuando el cónyuge que pretende aplicarse la exención lleva más de dos años sin habitarla. Las cuestiones que presentan interés casacional consisten 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, aunque en el momento de la transmisión la vivienda sea residencia habitual del otro cónyuge y de los hijos comunes. [Vid., STSJ de la Comunidad Valenciana de 15 de septiembre de 2021, recurso n.º 1430/2020 (NFJ086656) contra la que se plantea el recurso de casación].

## PRECEPTOS:

Ley 35/2006 (Ley IRPF), art. 38.  
RD 439/2007 (Rgto IRPF), arts. 41 y 41 bis.

## PONENTE:

*Doña María de la Esperanza Córdoba Castroverde.*

Magistrados:

Don CESAR TOLOSA TRIBIÑO  
Don MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH  
Don JOSE LUIS REQUERO IBAÑEZ  
Don ANGELES HUET DE SANDE  
Don MARIA DE LA ESPERANZA CORDOBA CASTROVERDE

## TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: PRIMERA

A U T O

Fecha del auto: 15/06/2022

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 7851/2021

Materia: RENTA Y RENTA NO RESIDENTES

Submateria:

Fallo/Acuerdo: Auto Admisión

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Esperanza Córdoba Castroverde

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca

Secretaría de Sala Destino: 002

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 7851/2021

Ponente: Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Esperanza Córdoba Castroverde

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

SECCIÓN: PRIMERA

A U T O

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. César Tolosa Tribiño, presidente

D.<sup>a</sup> María Isabel Perelló Doménech

D. José Luis Requero Ibáñez

D.<sup>a</sup> Ángeles Huet De Sande

D.<sup>a</sup> Esperanza Córdoba Castroverde

En Madrid, a 15 de junio de 2022.

## HECHOS

### Primero.

Preparación del recurso de casación

1. El abogado del Estado, en la representación y asistencia letrada que le es propia, preparó recurso de casación contra la sentencia de 15 de septiembre de 2021, dictada en el recurso 1430/2020 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, que estimó parcialmente el recurso contencioso administrativo interpuesto contra el acuerdo del Tribunal Económico-Administrativo Regional de la Comunidad Valenciana (TEARCV), de 30 de julio de 2020, que desestimó la

reclamación planteada por don Nazario contra la liquidación practicada por el concepto de Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF), ejercicio 2017, por importe de 10.865,39 euros.

2. La administración recurrente, tras justificar la concurrencia de los requisitos reglados de plazo, legitimación y recurribilidad de la resolución judicial impugnada, identifica como infringidos los artículos 38.1 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (BOE de 29 de noviembre) ["LIRPF"], en relación con los artículos 41 y 41 bis del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, que aprueba el reglamento de la LIRPF (BOE de 31 de marzo) ["RIRPF"].

3. En el escrito de preparación presentado por el abogado del Estado se afirma que la infracción que imputa a la sentencia recurrida resulta determinante del fallo.

4. Asimismo, la Administración recurrente entiende que en su recurso de casación concurren las circunstancias previstas en el artículo 88.2, letras b) y c) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso- administrativa (BOE de 14 de julio) ["LJCA"], y la presunción contenida en el artículo 88.3.a) del mismo texto legal, lo que justifica la existencia de un interés casacional objetivo que, a su vez, hace conveniente el pronunciamiento del Tribunal Supremo.

Por último, defiende la conveniencia de un pronunciamiento del Tribunal Supremo.

## Segundo.

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

La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso de casación mediante auto de 8 de noviembre de 2021.

Emplazadas las partes para su comparecencia, tanto el abogado del Estado, como la representación de don Nazario, se han personado ante esta Sala Tercera del Tribunal Supremo dentro del plazo de 30 días señalado en el artículo 89.5 LJCA, no oponiéndose esta última a la admisión del recurso presentado de contrario.

Es Magistrado Ponente la Excm. Sra. D.<sup>a</sup> Esperanza Córdoba Castroverde, Magistrada de la Sala.

## 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. En el escrito de preparación 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.b) y c) LJCA y la presunción del artículo 88.3.a) del mismo texto legal.

### Segundo.

Objeto del presente recurso de casación.

El recurso interpuesto por la Administración General del Estado se contrae a una única cuestión, 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.

### Tercero.

Hechos relevantes a efectos del trámite de admisión del presente recurso de casación.

Con carácter previo a determinar si concurre el interés casacional en la cuestión planteada en el escrito, conviene tener en consideración los siguientes antecedentes fácticos:

1. Don Nazario presentó el 26 de junio de 2018, declaración-liquidación del IRPF de 2017, haciendo constar una deducción por inversión en vivienda habitual y la exención de la ganancia patrimonial derivada de la venta de vivienda habitual.

2. En 15 de enero de 2019 se inició procedimiento de comprobación limitada en aras a determinar la correcta aplicación de la citada deducción y exención, dictándose el 25 de junio siguiente liquidación provisional en la que se consideró incorrecta la aplicación de ambas, eliminando la exención de la ganancia patrimonial derivada de la transmisión de la vivienda en la que residió el interesado con su familia hasta su divorcio en el año 2005 y que después, hasta la venta en 2017, había sido el domicilio habitual de su ex esposa e hijos menores.

3. El contribuyente interpuso reclamación económico-administrativa frente al acuerdo referido, que fue desestimada por resolución del TEARCV de 30 de julio de 2020, confirmando la eliminación de la exención de la ganancia patrimonial derivada de la vivienda, al considerar que aquella había perdido la condición de vivienda habitual debido al divorcio del contribuyente, que tuvo lugar doce años antes de la venta.

4. Frente a este acuerdo, interpuso recurso contencioso-administrativo ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, registrado con el número 1430/2020, que fue parcialmente estimado por sentencia de 15 de septiembre de 2021.

El razonamiento jurídico que lleva a la Sala a la estimación parcial del recurso se sintetiza en su fundamento de derecho quinto del siguiente tenor:

<QUINTO.- Ahora interesa transcribir en parte el art. 41 del Reglamento del IRPF (RD 439/2007, 30 de marzo) precepto relativo a la "exención por reinversión en vivienda habitual" según 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 la adquisición de una nueva vivienda habitual, en las condiciones que se establecen en este artículo. [...] Para la calificación de la vivienda como habitual, se estará a lo dispuesto en el artículo 41 bis de este Reglamento".

El citado art. 41 bis, que trata del "concepto de vivienda habitual a efectos de determinadas exenciones", dice en su apartado 2 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. [...]". Y añade en su apartado 3: "A los exclusivos efectos de la aplicación de las exenciones previstas en los arts. 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".

Hicimos transcripción del art. 55 del Reglamento del Impuesto cuando dice que "se asimilan a la adquisición de la vivienda" el supuesto de hecho descrito en el apartado 1.2º del citado precepto reglamentario, conforme al cual el cónyuge separado judicialmente puede seguir beneficiándose de la deducción siempre que de la que se marche e invierta hubiera sido su residencia habitual hasta su marcha, y lo siga siendo para el otro progenitor y los hijos comunes. Así pues, el precepto reglamentario asimila a una residencia habitual la que no disfruta de hecho el cónyuge separado. 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 utilizar términos del art. 44 bis 2 del citado Reglamento. 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 (sic)".

#### Cuarto.

Marco jurídico.

A estos efectos, el recurrente plantea la necesidad de interpretar los artículos 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 y 41 bis del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, que aprueba el reglamento de la LIRPF.

#### Quinto.

Justificación suficiente de que el recurso planteado cuenta con interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia.

Ciertamente este Tribunal ha sentado doctrina en relación a cuestiones vinculadas con la reinversión en vivienda habitual, verbigracia, la permuta de vivienda habitual a cambio de obra futura ( STS de 16 de julio de 2020,

RCA/5076/2017; ECLI:ES:TS.2020:2697); la consideración del importe procedente de un préstamo concertado para la adquisición de la nueva vivienda ( STS de 5 de julio de 2021, RCA/1965/2020; ECLI:ES:TS.2021:2990); la reinversión materializada en una vivienda que se halla en fase de construcción y el plazo en el que se verifica ( STS de 17 de febrero de 2021, RCA/6309/2019; ECLI:ES:TS.2021:663) o, sin ánimo exhaustivo, la reinversión en vivienda habitual mediante constitución de hipoteca sobre el inmueble adquirido y el derecho a bonificación ( STS de 15 de septiembre de 2021, RCA/2033/2020; ECLI:ES:TS.2021:3484).

Sin embargo, la Sala no se ha pronunciado todavía sobre la interpretación del concepto "vivienda habitual" del artículo 41 bis RIRPF, en relación con la exención por reinversión en vivienda habitual, en el marco de situaciones de separación, divorcio o similares, en las que se transmite la vivienda cuando el cónyuge que pretende aplicarse la exención lleva más de dos años sin habitarla.

Por todo ello, se considera conveniente que este Tribunal se pronuncie sobre la cuestión que el abogado del Estado pretende someter a enjuiciamiento, pues concurre la presunción invocada en su escrito de preparación, contenida en el artículo 88.3.a) LJCA, al no haberse emitido por esta Sala doctrina sobre este particular. Además, la trascendencia de la cuestión planteada es patente, pues es susceptible de proyectarse en un significativo número de situaciones.

#### **Sexto.**

Cuestión en la que se entiende que existe interés casacional.

Conforme a lo indicado anteriormente y, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 88.1 LJCA, en relación con el 90.4 de la misma norma, la 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, aunque en el momento de la transmisión la vivienda sea residencia habitual del otro cónyuge y de los hijos comunes.

#### **Séptimo.**

Admisión del recurso de casación. Normas que en principio serán objeto de interpretación.

1. En virtud de lo dispuesto en el artículo 88.1 LJCA, en relación con el artículo 90.4 LJCA, procede admitir este recurso de casación, cuyo objeto será, por presentar interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia, la cuestión precisada en el anterior razonamiento jurídico de esta resolución.

2. Las normas que, en principio, serán objeto de interpretación, son los artículos 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 y 41 bis del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, que aprueba el reglamento de la LIRPF.

#### **Octavo.**

Publicación en la página web del Tribunal Supremo.

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

#### **Noveno.**

Comunicación inmediata 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 LJCA, y conferir a las actuaciones el trámite previsto en los artículos 92 y 93 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 tramitado con el número RCA/7851/2021, preparado por el abogado del Estado, en la representación y asistencia letrada que le es propia, contra la sentencia de 15 de septiembre de 2021, dictada en el recurso 1430/2020 por la Sección Tercera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.

**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, 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, los artículos 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 y 41 bis del Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo, que aprueba el Reglamento de la LIRPF.

Ello sin perjuicio de que la sentencia que resuelva la presente casación haya de extenderse a otras normas si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso, ex artículo 90.4 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

**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 Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa).

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). 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.