

REVISIÓN DE LA EXENCIÓN POR REINVERSIÓN EN VIVIENDA HABITUAL EN EL IRPF: LA SUBROGACIÓN EN UNA HIPOTECA SE COMPUTA COMO IMPORTE REINVERTIDO*

Gemma Patón García

Universidad de Castilla-La Mancha

Centro Internacional de Estudios Fiscales

Resumen: La exención por reinversión en vivienda habitual constituye un beneficio fiscal aplicable a las ganancias patrimoniales por adquisición o rehabilitación de una nueva vivienda en los supuestos previstos en el IRPF. La sentencia del Tribunal Supremo de octubre de 2020 aporta un criterio que acoge el concepto de reinversión económica que ha de aplicarse en estos casos. En consecuencia, la subrogación del contribuyente en la hipoteca con que se financió la vivienda adquirida constituye un importe que debe ser computado a efectos de la exención. Esta doctrina incide en la función social de la vivienda y la protección fiscal del derecho constitucional de acceso a una vivienda digna y adecuada.

Palabras clave: Fiscalidad inmobiliaria, Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, Exención de ganancias patrimoniales, hipoteca.

Title: Review of the exemption for reinvestment in regular housing in income tax: subrogation in a mortgage is included as reinvested amount

Abstract: The regular housing reinvestment exemption constitutes a tax benefit applicable to property gains from the acquisition or rehabilitation of a new home in the cases provided for in the IRPF. The Supreme Court's October 2020 judgment provides a criterion that welcomes the concept of economic reinvestment to be applied in these cases. Consequently, the surrogacy of the taxpayer in the mortgage which the acquired home was financed constitutes an amount that must be calculated for the purposes of the exemption. This doctrine affects the social function of housing and the tax protection of the constitutional right of access to decent and adequate housing.

Keywords: Housing Taxation, Income Tax, Exemption, Mortgage surrogacy.

1. Planteamiento

Las ganancias patrimoniales obtenidas en la transmisión de la vivienda habitual del contribuyente pueden no ser gravadas en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, cuando el importe obtenido por la transmisión se reinvierta en la adquisición de otra vivienda habitual o en la rehabilitación de aquélla que vaya a tener tal carácter.

Así, nuestro ordenamiento tributario acoge un incentivo fiscal articulado como exención a la ganancia patrimonial producida bajo dos premisas previas: 1) la alteración en el patrimonio inmobiliario de una persona física y 2) que dicha alteración ocasione una variación en el valor de dicho patrimonio a condición de que se produzca una reinversión en concepto de vivienda habitual. Como puede apreciarse, en líneas generales el régimen jurídico de la exención que el legislador ha seguido gira en torno al criterio de la realización -no el criterio de la producción-, es decir, sólo se consideran ganancias o pérdidas los verdaderamente realizados o enajenados.

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) regula el régimen jurídico de las *ganancias patrimoniales excluidas de gravamen en supuestos de reinversión, incluyendo en el apartado 1 aquellas ganancias "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"*. Sin perjuicio de la remisión reglamentaria, la ley adiciona una única limitación de carácter objetivo relativa a la cuantía de la reinversión señalando que *"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"*¹. Por tanto, partimos de que la reinversión beneficiada por la exención

* Este trabajo constituye una aportación en el marco del proyecto de investigación "Los derechos de los contribuyentes y la lucha contra el fraude fiscal en los diferentes niveles de Hacienda", Referencia: SBPLY/17/180501/000166, Consejería de Educación, Cultura y Deportes, Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

¹ Esta es la regulación actual del artículo 38 redactado por el apartado dos del artículo 27 de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. Artículo 41 RIRPF. Exención por reinversión en vivienda habitual y en entidades de nueva o reciente creación. 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.

tributaria puede ser de carácter total o parcial en función de la cuantía que se destine al fin establecido en la norma.

Asimismo, atendiendo a la regulación normativa contenida en los artículos 38 LIRPF y 41 RIRPF, ha adquirido una especial trascendencia la cuestión relativa a la consideración de la vivienda habitual² y a la delimitación temporal del momento de la reinversión³. Téngase presente además que el requisito de la habitualidad, entendido como condición necesaria para la aplicación del presente beneficio fiscal ha de referirse tanto al inmueble que se transmite como a aquel otro que se adquiere, y en el que se materializa la reinversión⁴. No obstante, una vez cumplida la condición

A estos efectos, se asimila a la adquisición de vivienda su rehabilitación, teniendo tal consideración las obras en la misma que cumplan cualquiera de los siguientes requisitos:

a) Que se trate de actuaciones subvencionadas en materia de rehabilitación de viviendas en los términos previstos en el Real Decreto 233/2013, de 5 de abril, por el que se regula el Plan Estatal de fomento del alquiler de viviendas, la rehabilitación edificatoria, y la regeneración y renovación urbanas, 2013-2016.

b) Que tengan por objeto principal la reconstrucción de la vivienda mediante la consolidación y el tratamiento de las estructuras, fachadas o cubiertas y otras análogas siempre que el coste global de las operaciones de rehabilitación exceda del 25 por ciento del precio de adquisición si se hubiese efectuado ésta durante los dos años inmediatamente anteriores al inicio de las obras de rehabilitación o, en otro caso, del valor de mercado que tuviera la vivienda en el momento de dicho inicio. A estos efectos, se descontará del precio de adquisición o del valor de mercado de la vivienda la parte proporcional correspondiente al suelo.

² Una y otra vez la normativa reguladora insiste en que la permanencia efectiva en la vivienda ha de referirse al contribuyente. Por lo tanto, no es vivienda habitual la que lo sea de otros miembros de la unidad familiar. La situación normal en la realidad social y en la norma es la de una vivienda en la que residen todos los miembros de familia cónyuges e hijos, como ejemplo básico. Sin embargo, la inversión en la vivienda familiar no siempre obedece a esos parámetros. En el supuesto en que dos cónyuges residen en ciudades diferentes y, razonablemente, necesitan dos viviendas habituales por motivos evidentes (bien sea como una vivienda principal y otra de apoyo), resultará que el tratamiento que la ley les otorga, si se hayan casados en régimen de gananciales, es claramente perjudicial: como el dinero es ganancial, cada uno sólo puede considerar vivienda habitual aquella en la que habita, de la que es propietario de la mitad (la otra mitad es teóricamente del cónyuge). Pero el otro cónyuge –que trabaja en otra ciudad–, no reside en dicha vivienda, por lo cual no puede considerarla vivienda habitual a efectos de la aplicación de las exenciones como la exención por reinversión. Según la DGT en caso en que por duplicidad de domicilios pudiera haber dudas sobre cuál es la que constituye la residencia habitual, las exigencias de continuidad y permanencia otorgarían el carácter de habitual a aquel domicilio donde se resida por más tiempo a lo largo de cada periodo impositivo.

En la misma línea, de consideración estrictamente formal del contribuyente inversor, se ha planteado el supuesto de adquisición de la vivienda habitual de un hijo, menor o no, que deba desplazarse a otra ciudad por motivos de estudios: sólo se considera vivienda habitual la vivienda propia, no las de los hijos, aunque exista el deber legal, moral o social de subvenir también a esas necesidades de los descendientes. La DGT ha señalado que «se hace preciso insistir en los términos de que la vivienda debe constituir la residencia habitual del propio contribuyente», y por ello, «no cabe considerar como vivienda habitual del propio consultante la vivienda que va a adquirir en dicha localidad para que residan sus hijos», Resolución DGT nº 1005 de 27 abril 2000.

³ Con mayor detalle, remitimos al estudio de CALVO VÉRGEZ, J., “La delimitación de los aspectos temporales que condicionan la aplicación de la exención por reinversión de la ganancia patrimonial derivada de la enajenación de la vivienda habitual en el IRPF: algunas consideraciones”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 7/2018, BIB 2018\10578.

⁴ El art. 41 bis RIRPF, introducido en su día con efectos desde el 1 de enero de 2013 por el Real Decreto 960/2013, de 5 de diciembre, delimita el concepto de vivienda habitual a efectos de determinadas exenciones, señalando lo siguiente: «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

en relación con el primero de ellos, la reinversión del importe obtenido con la enajenación ha de efectuarse de una sola vez o sucesivamente en un período no superior a dos años a contar desde la fecha de la transmisión, de conformidad con lo establecido por el art. 41 del RIRPF⁵.

Dicho sea de paso, ha de tenerse presente que, a efectos del plazo de dos años previsto para la reinversión en una nueva vivienda del importe obtenido en la venta de la vivienda antigua, se paraliza el cómputo desde el 14 de marzo de 2020, fecha de entrada en vigor del Real Decreto 463/2020, hasta el 30 de mayo de 2020, según se ha mantenido por la DGT en las Consultas vinculantes nº1115 de 28 de abril y nº 2114 de 24 de junio de 2020, nº 2114.

Con carácter general la reinversión del valor de transmisión habrá de efectuarse, de una sola vez o sucesivamente, en un período no superior a dos años (supuesto de reinversión efectuada después de la transmisión). Ahora bien, igualmente dan derecho a la exención por reinversión aquellas 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 aquélla (supuesto de reinversión efectuada antes de la transmisión)⁶.

Ciertamente, parece indudable que las circunstancias de crisis económica sufridas de manera muy especial en el sector inmobiliario provocaron modificaciones en los requisitos legales que han dulcificado el aprovechamiento de la exención por

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».

⁵ Vid. Consulta DGT de 10 de agosto de 2009, nº 1234, en la que se subraya la necesidad de que la reinversión del importe total obtenido en la transmisión de la anterior vivienda habitual se produzca antes del transcurso del período de dos años.

⁶ Tal y como afirmó el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC) en su Resolución de 11 de septiembre de 2014, dictada en unificación de doctrina y relativa a los requisitos necesarios para la exención de la ganancia patrimonial resultante de la transmisión de la vivienda habitual en el supuesto de que la vivienda nueva hubiese sido adquirida en los dos años anteriores a la transmisión de la antigua vivienda habitual⁷, para determinar la exención de las ganancias patrimoniales puestas de manifiesto en la transmisión de una vivienda habitual, habiéndose adquirido la nueva vivienda habitual en los dos años anteriores a la transmisión de aquélla, no será preciso que los fondos obtenidos por la transmisión de la primera vivienda habitual sean directa, material y específicamente los mismos que los empleados para satisfacer el pago de la nueva, motivo por el cual no habrá de diferenciarse entre que el importe invertido en la nueva vivienda estuviese a disposición del obligado tributario con anterioridad a la transmisión de la antigua o que hubiese sido obtenido por causa de esa transmisión.

reinversión en vivienda habitual. En consecuencia, las controversias jurídicas que surgían acerca de la aplicación de esta exención también se han reducido⁷, centrándose más concretamente en el concepto de "reinversión" en los últimos tiempos.

Al respecto, goza de interés el pronunciamiento del Tribunal Supremo que precisamente resuelve una cuestión relacionada con el origen de la reinversión en la Sentencia de 1 de octubre de 2020, nº 239 de la Sala Contencioso-Administrativa a la que prestamos atención más detenidamente a continuación, no sin antes hacer un recorrido por la amplia casuística que ha generado una abundante doctrina administrativa y jurisprudencial en relación con este supuesto de exención.

2. El concepto de reinversión en vivienda habitual incluye la subrogación en la hipoteca del vendedor según la Sentencia de 1 de octubre de 2020

2.1. Hechos acontecidos

En el relato de los hechos observamos que no hay discrepancias entre el contribuyente y la Administración tributaria en cuanto a la calificación como vivienda habitual tanto del inmueble vendido como el inmueble comprado. La venta de la vivienda se produce en enero de 2006 por un precio de 600.000€. De la aplicación de la LIRPF, se deriva el reconocimiento de una ganancia patrimonial del contribuyente de 263.808,03€. Por tanto, habrá de reinvertir en adquisición de vivienda habitual la cantidad de 347.661,39€, para conseguir que, la ganancia patrimonial antes mencionada quede exenta. El contribuyente adquiere en mayo de 2006 su nueva vivienda habitual por un importe de 280.000€ más gastos inherentes a la transmisión, aportando 32.000€ en el instante de la compra. Por lo que respecta al resto, decide subrogarse en la hipoteca del antiguo propietario de la vivienda, que ascendía a 248.000€.

Aquí es donde reside la controversia jurídica, en tanto que la Administración tributaria discrepa del importe que el contribuyente entiende destinado a la reinversión. Según éste, la reinversión debería comprender la cantidad aportada en el momento de la compra, así como el importe a que asciende la subrogación en la hipoteca pendiente de pago. De este modo, el contribuyente sólo debería tributar por la diferencia entre 347.661,39 (ganancia patrimonial obtenida) – 280.000 (cantidad reinvertida) que serían 57.661,39€.

Sin embargo, la Administración entiende que el importe reinvertido son únicamente los 32.000€ pagados al instante de la compra, junto con sus gastos asociados y las

⁷ En principio, las cuestiones que jurisprudencialmente han fundado numerosos recursos giraban en torno a la consideración de vivienda habitual y la casuística al respecto del cumplimiento del plazo de dos años entre la enajenación de la vivienda y la adquisición de otra vivienda posterior.

amortizaciones del préstamo en que se había subrogado, por los dos años siguientes (recordemos en este punto, que la ley general tributaria establecía un máximo de 2 años como plazo para la reinversión en el momento en que resulta aplicable el artículo 38). De manera que, la Administración tributaria entiende que, sólo los importes pagados durante los dos primeros años, a posteriori de la compra, en los que se amortiza el préstamo, han de figurar como reinversión, lo que se traduce en imponer al contribuyente, una liquidación tributaria, en 2012, de 41.255,012€ (8.464,37€ son intereses).

Cabe llamar la atención acerca del pronunciamiento del TSJ de Cataluña que en 2018 desestima el recurso interpuesto por el contribuyente ante la Resolución del TEAR que tampoco acogió su postura. Esta sentencia concede una importante distinción entre concesión de un préstamo, donde la cantidad es entregada al cliente en un solo acto al principio, y el cliente se encarga de devolverlo a la entidad bancaria en el plazo acordado, o bien, la apertura de crédito, donde el cliente dispone de las cantidades que necesita hasta el límite marcado por la entidad bancaria. La inspección tributaria entiende que la subrogación en el préstamo se ampara en la forma de apertura de crédito, y que, por tanto, no cabe el reconocimiento de aquellas cuotas pagadas una vez transcurridos 2 años desde que se enajena la vivienda habitual.

2.2. Doctrina del Tribunal Supremo aplicable al caso: la trascendencia del concepto de "reinversión económica"

El problema que se plantea, gira en torno a la delimitación y extensión del concepto de "reinversión" de adquisición de nueva vivienda habitual y el origen de la cantidad reinvertida que permite la aplicación de la exención tributaria de la ganancia patrimonial obtenida en el IRPF. Se entiende reinversión como: *"emplear, gastar, colocar un caudal". Y la acción de "reinvertir" se define 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".*

Bajo estas premisas generales, el Abogado del Estado ofrece un análisis del concepto de reinversión en vivienda habitual: "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)" [FJ. 2º].

No obstante, debe señalarse que la normativa señalada en la LIRPF no adiciona ningún requisito al respecto y tampoco existe normativa reglamentaria que pueda

sustentar o reconocer la cita doctrina. Efectivamente, el TS pone especial énfasis en que no se contiene ninguna norma en nuestro ordenamiento jurídico que avale el criterio de la Administración tributaria.

El TS entiende que la Administración tributaria interpreta el concepto de reinversión de carácter físico: "traslado material de un flujo monetario de un origen a un destino predeterminado" [FJ. 2º], en lugar de atender al concepto económico, entendiéndose que hay reinversión cuando la nueva vivienda adquirida iguala o supera el precio obtenido en la venta de la anterior vivienda habitual.

Por tanto, el Tribunal Supremo sienta doctrina reconociendo la reinversión a pesar de la subrogación en la hipoteca por parte de la contribuyente: "*Esta Sala comparte el criterio de la recurrente de que por reinversión 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*" [FJ. 2º].

Se trata de una sentencia novedosa, ya que, en contra del criterio de la Administración tributaria, el Tribunal Supremo entiende que "no es necesario emplear en su totalidad el dinero obtenido de la venta de la anterior vivienda, siendo suficiente con al mismo fin dinero tomado a préstamo de un tercero". Así pues, partiendo de la inexistencia de normativa que se pronuncie en relación con este extremo de la reinversión en vivienda, asume el Tribunal un concepto de reinversión económica que permite abstraerse de la identidad del flujo monetario en la operación de enajenación y consecutiva adquisición. Como vemos, en la *ratio decidendi* late una cuestión conceptual que radica en la diferencia entre lo que se entiende por reinversión física y reinversión económica. La *reinversión física*, se ajusta a la estricta literalidad de la letra de la norma tributaria, que entiende como cantidades reinvertidas aquellas que efectivamente se entreguen en los dos años posteriores a la venta de la vivienda habitual y que correspondan al importe hecho líquido en la transmisión. Este es el criterio aplicado por la Administración Tributaria. En cambio, la *reinversión económica*, acoge una interpretación flexible del concepto reinversión, afirmando la existencia de la reinversión cuando la cantidad destinada a la compra de la nueva vivienda habitual iguale o supere la cantidad obtenida por la venta de la anterior vivienda habitual, con independencia de donde procedan los fondos para el pago de la nueva vivienda habitual.

En esta línea podemos citar jurisprudencia menor, en la que se mantienen criterios laxos en la interpretación respecto a las fuentes financieras de las que procede la cuantía reinvertida en la vivienda habitual y su inclusión en el requisito objetivo de la exención, pero también es posible encontrar posturas en contrario como la del TSJ de Cataluña en su sentencia del 15 de noviembre de 2018. Ejemplos de la interpretación flexible, en el sentido ahora cogido por el Tribunal Supremo, son la sentencia del 10 de Julio de 2018 del TSJ de Valencia en que se consideraba que en la norma no se establecía ningún tipo de restricción respecto a la procedencia de las cantidades reinvertidas y por tanto podía consistir en financiación ajena; o

la Sentencia del TSJ de la Región de Murcia de 29 mayo de 2017, nº 166217, que se pronuncia explícitamente en relación con el destino de las cantidades obtenidas en la enajenación a satisfacer el precio de una nueva vivienda habitual, señalando que no se requiere que sean los mismos fondos obtenidos por la transmisión de la vivienda los que directa, material y específicamente se empleen para satisfacer el pago de la nueva, siendo necesario únicamente que se reinvierta un importe igual. También, la STSJ de Cataluña de 11 de abril de 2017 abordó este problema, estimando que la *suscripción de un préstamo hipotecario* no incide en la cuantía de las sumas que se entienden reinvertidas⁸. El TSJ de Cataluña, tras observar que la LIRPF no efectúa ninguna mención a si debe o no considerarse, para calcular la ganancia patrimonial reinvertida, el importe del crédito hipotecario suscrito, afirma que la Ley del IRPF y su reglamento solo requieren que las cantidades obtenidas en la enajenación se destinen a satisfacer el precio de la nueva vivienda habitual, porque el dinero es un bien fungible y se considera suficiente que la cantidad abonada por la nueva vivienda, sea equivalente o superior a la obtenida por la venta de la vivienda habitual, toda vez que se cumple el requisito de la afección de la ganancia patrimonial al pago del precio de la nueva vivienda. El Tribunal incide en que la hipoteca puede constituirse en garantía de toda clase de obligaciones, y por ello, no puede afirmarse que “el crédito con garantía hipotecaria viene destinado por su propia naturaleza a la compra de la vivienda y no a otros fines”.

Semejante doctrina jurisprudencial debe relevarse a la vista de la postura de la doctrina administrativa que venía siendo muy restrictiva en la aplicación de la exención por reinversión de la vivienda habitual, especialmente en lo que respecta al requisito subjetivo (vivienda habitual del contribuyente). No obstante, en cuanto al requisito objetivo comienza a vislumbrarse, asimismo, en los últimos tiempos cierta flexibilidad. Ejemplo de ello, es la consulta vinculante nº 2195 de 16 de agosto de 2019, donde la consultante se plantea si el hecho de que en el préstamo, del que es la única titular y con el que financió la vivienda, consten dos prestatarios solidarios, la consultante y su hermana, implica que no podrá gozar en su totalidad de la exención de la ganancia patrimonial que se genere en la venta. En el presente caso, la adquisición de la vivienda se financia, al menos en parte, mediante el citado préstamo en el que constan como prestatarios la consultante y su hermana, actuando ambas de forma solidaria, ello implica entender, desde un punto de vista jurídico, que el pago de las sucesivas anualidades (cuotas de principal más intereses), así como los gastos inherentes a su concesión y cancelación, son satisfechas por partes iguales entre las dos prestatarias, con independencia de la procedencia de los fondos destinados a tal fin. Por tanto, cabe decir que la consultante obtuvo la financiación de dos fuentes: 50% de su hermana y 50% de la entidad financiera. A ambos les ha ido amortizando su respectivo préstamo a medida que iba satisfaciendo

⁸ En el asunto examinado se había vendido una vivienda con una importante plusvalía, debiendo reinvertir, para que se aplicara la exención, 195.000 €. Adquiere con su cónyuge una nueva vivienda por 639.000 €, para lo que suscribe un préstamo hipotecario de 450.000, del que le corresponde la mitad. Mientras que la Administración entiende que se reinvierte la diferencia entre el precio de compra (639.000/2=319.500) y la mitad del préstamo (225.000), esto es, algo más de noventa mil euros.

las sucesivas anualidades a través de la cuenta de su titularidad. Conforme con el artículo 41.1 del RIRPF, en el presente supuesto, en el que existe endeudamiento, se entenderá por importe total obtenido el que resulte de minorar el realmente obtenido en la venta en la suma de las cantidades que estén pendientes de amortizar a cada uno de los dos prestamistas indicados –la cuantía pendiente de amortizar del préstamo, salvo que debiese algo más a su hermana, por haber pagado esta alguna cuota de amortización del préstamo-. Si reinvirtiese la totalidad del importe resultante, podrá gozar de la exención quedando exenta de gravamen la totalidad de la ganancia patrimonial que se llegare a generar en la transmisión de su vivienda habitual.

2.3. Comentarios al pronunciamiento del Tribunal Supremo

La cuestión que presenta interés casacional consiste en determinar si, a efectos de aplicar la exención por reinversión en la adquisición de vivienda habitual en el IRPF, cuando el dinero empleado a tal fin proceda del préstamo concedido por un tercero, ya sea directamente o bien como consecuencia de la subrogación en un préstamo previamente contratado por el transmitente del inmueble, se debe considerar que la cantidad reinvertida es únicamente la desembolsada de forma efectiva en el plazo de dos años exigible para materializar la reinversión o, por el contrario, puede extenderse a las cantidades del préstamo amortizadas con posterioridad.

Pues bien, la Sentencia del TS aporta una interpretación que ciertamente innova en un aspecto no concretado por la normativa fiscal y que se orienta hacia la tendencia progresiva en la flexibilización de los criterios para la aplicación de la exención por reinversión en vivienda habitual. Puede decirse que el único beneficio fiscal en materia de vivienda que permanece, tras la eliminación de la deducción por adquisición de la vivienda habitual que, transitoriamente resulta aplicable a aquellas viviendas que hubieran adquirido el derecho por haberse adquirido antes del 1 de enero de 2013⁹.

El contexto en que se encaja este pronunciamiento es la pérdida del tratamiento fiscal privilegiado que la LIRPF había otorgado tradicionalmente a la vivienda, cuya normativa habitualmente recogía en su seno diversos incentivos fiscales ligados a la vivienda habitual. En el pasado fueron muy importantes las deducciones fiscales ligadas a la adquisición de vivienda habitual, esencialmente, la deducción por inversión en vivienda habitual, derogadas actualmente, si bien aún vigentes para quienes compraron su vivienda antes del 1 de enero de 2013. También las vinculadas al arrendamiento de vivienda, que han seguido similar destino, siendo suprimida la deducción por arrendamiento de vivienda en favor del inquilino, pero manteniéndose

⁹ Recordemos que el legislador optó por un giro en su política económica respecto a la vivienda imponiendo una mayor neutralidad en el régimen fiscal aplicable, tal y como analizamos en "Nuevo régimen tributario de la vivienda habitual. Cambio de tendencia en la política fiscal de la vivienda en el IRPF", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N.º 12/2014, págs. 14-31, <http://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/617>, ISSN: 2254-2582.

un potente beneficio fiscal para el propietario que arrienda una vivienda que se destina a vivienda habitual.

Actualmente se mantiene el incentivo fiscal al cambio de vivienda habitual -la exención por reinversión en vivienda habitual-, así como el ligado a la venta de la misma para hacer frente a las mayores necesidades de la mayor edad o la dependencia (la exención de la ganancia derivada de la venta de la vivienda por mayores de 65 años o personas en situación de dependencia severa o gran dependencia). Así, el Real Decreto 633/2015, de 11 de julio, regula este supuesto de exclusión de gravamen de las ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto con ocasión de la transmisión de elementos patrimoniales –no necesariamente inmuebles– por contribuyentes mayores de 65 años, siempre que el importe, total o parcial, obtenido por la transmisión se destine a constituir una renta vitalicia asegurada a su favor¹⁰. Del mismo modo se recoge un beneficio fiscal para aquellas situaciones en que la vivienda habitual se entregue en dación en pago de un préstamo hipotecario¹¹.

A nuestro juicio, la consecuencia esencial que la doctrina del Tribunal Supremo concatena en el ámbito del consumidor resulta ser positiva en términos de liquidez, permitiendo no descapitalizarse al comprador o bien evitar mayores gastos por tramitación de préstamos hipotecarios, sin que por ello deje de beneficiarse el contribuyente de la exención por el mantenimiento en el destino de la inversión que, dicho sea de paso, es uno de los elementos tradicionales del patrimonio del contribuyente español. Sin duda, al confirmar el beneficio fiscal posibilitando que el empleo de la cantidad reinvertida en una nueva vivienda habitual pueda provenir no sólo de la totalidad del dinero obtenido de la venta de la anterior vivienda, sino también del flujo del capital proporcionado por el "*préstamo de un tercero, ya sea*

¹⁰ A tal efecto se establecen requisitos exigibles para aplicar la exención, como que la renta vitalicia deba constituirse en el plazo de seis meses de la fecha de la transmisión del elemento patrimonial; que el contrato de renta vitalicia deba suscribirse entre el contribuyente y una entidad aseguradora; que la renta vitalicia tenga una periodicidad inferior o igual al año, comenzando a percibirse en el plazo de un año desde su constitución, y que el importe anual de las rentas no podrá decrecer en más de un 5% respecto del año anterior.

También resulta preciso que el contribuyente comunique a la entidad aseguradora que la renta vitalicia que se contrata constituya la reinversión del importe obtenido por la transmisión de elementos patrimoniales; que la cantidad máxima total que a tal efecto pueda destinarse a constituir rentas vitalicias sea de 240.000 euros; y que en aquellos casos en los que el importe reinvertido sea inferior al total de lo percibido en la transmisión únicamente se excluya de tributación la parte proporcional de la ganancia patrimonial obtenida que corresponda a la cantidad reinvertida.

Tal y como se ha precisado la ganancia patrimonial se imputará al año de su obtención y el incumplimiento de estos requisitos o la anticipación, total o parcial, de los derechos económicos derivados de la renta vitalicia constituida, determinará el sometimiento a gravamen de la ganancia.

Según la DGT, en su contestación a Consulta de 27 de mayo de 2015, nº 194170, no resulta de aplicación la exención de ganancias patrimoniales por transmisión de elementos patrimoniales por mayores de 65 años a cambio de renta vitalicia del art. 38.3 LIRPF cuando se perciben las prestaciones de un plan de pensiones del sistema de previsión profesional y personal que incluye, entre otras coberturas, la de jubilación, y se reinvierten en la constitución de una renta vitalicia asegurada.

¹¹ Nos permitimos remitir al comentario al respecto que hicimos en la *Guía CESCO de Tributación para Consumidores*, "Cómo le va a afectar al consumidor la reforma fiscal si decide transmitir bienes", publicación electrónica, 2015, páginas 6 a 12. http://blog.uclm.es/cesco/files/2015/10/Guía-CESCO-de-tributación-para-consumidores__2015.pdf

directamente o bien como consecuencia de la subrogación en un préstamo previamente contratado por el transmitente del inmueble” [FJ. 3º] incide en la protección de la vivienda como bien objeto de inversión, altamente dañado en los últimos tiempos por las propias circunstancias económicas y del mercado inmobiliario. En muchas ocasiones, es bien conocido cómo el particular se ve obligado a incrementar la cantidad del préstamo hipotecario que no se destina a la compra del inmueble, sino a realizar mejoras de adecuación de espacios, accesibilidad, eficiencia energética, etc. Por tanto, debemos dar la bienvenida a interpretaciones jurisprudenciales de este tipo que evitan aumentos en el endeudamiento del consumidor que, además, hará un uso esencial del inmueble por destinarse a ser la vivienda habitual del mismo en que desarrolla sus actividades nucleares como persona.

Por otro lado, el contenido esencial de la exención se fundamenta desde el punto de vista fiscal en los objetivos sociales que imponen la protección jurídica de la vivienda habitual y su encaje dentro del derecho constitucional de acceso a una vivienda digna. Desde esta perspectiva, entendemos que la interpretación jurídica de la norma que no determina taxativamente requisito alguno debe ser flexible y, además, coherente con el fundamento socioeconómico que justifica la exención tributaria en este supuesto. De este modo, el régimen fiscal de la vivienda en el IRPF debe adecuarse al derecho de acceso a la vivienda y sus subderechos. Como señala el artículo 31 de la Carta Social Europea la garantía del ejercicio efectivo y progresivo del derecho a la vivienda determina la adopción de medidas en tres dimensiones distintas: 1) el acceso a vivienda de nivel suficiente, que entendemos pasa por analizar y actuar en orden al escenario del parque inmobiliario; 2) el acceso a una vivienda decente y atender situaciones vulnerables, dimensión en la que encajan medidas como la dación de la vivienda en pago de deudas hipotecarias¹²; y 3) el acceso a una vivienda de precio asequible, en orden al cual deben acordarse medidas de política económica para asegurar el acceso básico a la vivienda.

Sin perjuicio de las medidas legislativas adoptadas, el aseguramiento de la función social de la vivienda incluye que ésta será una directriz de la política económica a tenor de la STC 93/2015, de 14 de mayo, que resuelve el recurso interpuesto por el Presidente del Gobierno en relación con diversos preceptos del Decreto-ley de Andalucía 6/2013, de 9 de abril, de medidas para asegurar el cumplimiento de la función social de la vivienda. Este extremo ha de obligar a una hermenéutica alineada que permita defender dicha función social de la vivienda impidiendo un efecto fiscal abusivo o desproporcionado de la normativa fiscal, máxime si tenemos presente, de un lado, el fundamento de la figura de la exención fiscal de la ganancia

¹² El RD-L 8/2014, de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia, en su art. 33.4 letra d) LIRPF: “Estarán exentas del Impuesto las ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto: d) Con ocasión de la dación en pago de la vivienda habitual del deudor o garante del deudor, para la cancelación de deudas garantizadas con hipoteca que recaiga sobre la misma, contraídas con entidades de crédito o de cualquier otra entidad que, de manera profesional, realice la actividad de concesión de préstamos o créditos hipotecarios. Asimismo, estarán exentas las ganancias patrimoniales que se pongan de manifiesto con ocasión de la transmisión de la vivienda en que concurren los requisitos anteriores, realizada en ejecuciones hipotecarias judiciales o notariales”.

patrimonial en cuestión, y de otro, la reformulación ampliada del derecho a una vivienda digna y adecuada, de acuerdo a los compromisos internacionales¹³ que obligan a integrar dicho derecho con la reclamación al derecho a vivienda digna y adecuada en razón de su naturaleza de derecho socio-económico. La necesidad de garantizar el nivel de vida adecuado compromete la intervención de los poderes públicos para lograr concretar materialmente el derecho a la vivienda digna y el apoyo a actuaciones de rehabilitación que han de incluir la noción de sostenibilidad. De este modo, la flexibilidad manifestada por la doctrina del Tribunal Supremo en el concepto de reinversión que permite la aplicación de la exención parece adecuarse a las necesidades del individuo de financiación ajena para lograr una vivienda digna y adecuada en términos de sostenibilidad. De hecho, la efectividad del derecho a una vivienda digna ha encontrado aún más obstáculos de los habituales ante la crisis económica: en principio, los precios no disminuían al mismo ritmo que la capacidad económica de las familias; en consecuencia, la continuidad en el crecimiento desmesurado del endeudamiento inmobiliario y la falta de despegue del mercado del alquiler de vivienda tal y como sería deseable.

El derecho constitucional a la vivienda digna, consagrado en el artículo 47 de la Constitución, tal vez sea el derecho social que mayores dificultades ha encontrado para su efectividad práctica y, probablemente, ello se deba a su enraizamiento con factores culturales y sociológicos y, sin duda, a la política económica de los poderes públicos.

Pues bien, la necesidad de garantizar el nivel de vida adecuado compromete la intervención de los poderes públicos para lograr concretar materialmente el derecho a la vivienda digna y el apoyo a actuaciones de rehabilitación que han de incluir la noción de sostenibilidad¹⁴. De tal modo que, desde nuestro punto de vista, el concepto actual de vivienda –y el más amplio de “inmueble”– es indisoluble del calificativo de “vivienda sostenible”, conjugando pues la perspectiva de función social, económica y ambiental.

Asimismo, la consecución de los objetivos de implantación de un parque inmobiliario energéticamente sostenible pasa por asumir los compromisos internacionales que implican para nuestro ordenamiento jurídico la obligación de adaptarse a las exigencias establecidas en el orden ambiental. No obstante, la adecuación de los

¹³ Implementación del Objetivo 11 Agenda 2030, en materia de vivienda, Conferencia de Naciones Unidas sobre vivienda y desarrollo sostenible, Octubre de 2016. Acerca de este tema, vid. JIMENA QUESADA, L., “El derecho constitucional a la vivienda digna en el marco de los objetivos de desarrollo sostenible (ODS)”, en *Aspectos financieros y tributarios del patrimonio inmobiliario* (Dir. Patón García, G.), Wolters Kluwer, Madrid, 2018, págs. 49-78.

¹⁴ Al respecto, nos resultan muy expresivas las palabras de GÓMEZ JIMÉNEZ, M.L. al considerar que “la sostenibilidad implica la comparación de diversos escenarios que suponen el consumo de recursos, siendo más sostenible el que puede hacerse efectivo de manera eficiente y con el menor coste de recursos posibles. Es por ello que puede hablarse de la sostenibilidad ambiental como de la económica y ambas sean interdependientes en mayor o menor medida”, en “Estudio preliminar sobre la política vivienda en Andalucía: parámetros normativos de partida”, *Sostenibilidad social y rehabilitación de vivienda* (Dir. Gómez, Jiménez, M.L.), Dykinson, Madrid, 2015, p. 42.

inmuebles a las exigencias de eficiencia energética ha de ponerse en conexión con el escenario actual de crisis económica que ha impactado de manera grave en el sector inmobiliario, lo cual ha determinado la contención en el impulso y apoyo financiero público a las necesidades de inversión privada para la renovación inmobiliaria sostenible.

Es aquí, donde entra en juego el efecto práctico en la interpretación de la exención tributaria por reinversión de la vivienda habitual. No obstante, hemos de señalar que el efecto económico derivado de la interpretación del Tribunal Supremo no se prevé que tenga un impacto realmente relevante en términos de crédito tributario debido precisamente a la situación actual del mercado de la vivienda donde se ha producido un importante descenso en los precios que ha conllevado una reducción cuantitativamente destacable en las ganancias patrimoniales que en teoría podrían generarse por la compraventa de viviendas.

No obstante, la interpretación estricta de la norma que realizaba la Administración tributaria originaba un problema, esencialmente para aquellos consumidores que habían comprado la nueva vivienda habitual con anterioridad a la venta de su vivienda habitual actual, utilizando para ello un préstamo, ya que sólo se les permitía aplicar la exención sobre la cantidad recibida por la venta que utilizaran para amortizar el préstamo adquirido para la compra de la nueva vivienda habitual.

3. Valoración final: la reconstrucción de la doctrina aplicable a la exención por reinversión en vivienda habitual desde la perspectiva de la función social de la vivienda habitual

En definitiva, el Tribunal Supremo, priorizando una interpretación finalista, reconoce que, para entender justificada la reinversión, y por tanto, eximirse, en parte o en su totalidad, de la tributación por la ganancia patrimonial obtenida tras la enajenación de la primera vivienda habitual, no es necesario emplear la totalidad del dinero adquirido en la enajenación, en la reinversión, permitiéndose la posibilidad de reconocer la reinversión siempre y cuando se aplique para el mismo fin (adquisición de nueva vivienda habitual), el dinero tomado a préstamo de un tercero, ya sea mediante la concesión de un nuevo préstamo, o la subrogación en uno ya existente contratado por el vendedor de la segunda vivienda. Esta postura viene a complementar la jurisprudencia previamente asentada en la línea de dar cabida dentro de la exención a supuestos como la venta a plazos o con precio aplazado y de permuta de una vivienda antigua por otra nueva, la asimilación de la construcción de vivienda a los supuestos de «adquisición» de la vivienda habitual.

Sin perjuicio de las consideraciones anteriormente vertidas en relación con la STS de octubre de 2020, hemos de abundar en que el mantenimiento de las consecuencias fiscales que se derivan de la obtención de ganancias patrimoniales por la transmisión

de la vivienda habitual del contribuyente se alinea a la función social de la vivienda en los casos en que la vivienda es un bien de consumo esencial para la vida cotidiana del contribuyente, supuestos en los que la inversión se destina a un aprovechamiento propio del consumidor-inversor. Desde esta óptica, la priorización del destino en el objeto de la inversión en que se traduce la postura del TS hace compatible el derecho de acceso a la vivienda digna y adecuada con las exigencias de protección del consumidor, habida cuenta las situaciones más perentorias a las que está teniendo que hacer frente el contribuyente en la realidad actual y, en otras ocasiones, debido a la pandemia, que decide cambiar de vivienda habitual por la alteración en las necesidades personales, familiares o laborales en tiempos de dificultades económicas.

Es posible que la reducción de la generación de ganancias patrimoniales y, en consecuencia, el menor impacto fiscal que la interpretación extensiva de esta exención -totalmente inusual en la hermenéutica de cualquier beneficio fiscal- tiene en el contexto actual del mercado inmobiliario, se haya tenido presente en la doctrina innovativa respecto de este supuesto no concretado por el legislador. Sea como fuere, bienvenida sea esta doctrina que acoge el concepto de reinversión económica y, en directa correlación, flexibiliza el criterio del flujo monetario que constituye una ganancia patrimonial libre de gravamen por destinarse a la compra de una nueva vivienda habitual del contribuyente.

Como se ha señalado, la exigencia de una correlación financiera entre la cantidad obtenida por la venta de la vivienda transmitida y la cantidad reinvertida en la nueva vivienda habitual no es un requisito de aplicación de la exención y, tampoco se puede desprender 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. El requisito objetivo de la exención impone una interpretación puramente finalista que es seguida por el Tribunal Supremo, concluyendo que para aplicar la exención por reinversión 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 el dinero prestado de un tercero, ya sea directamente o bien como consecuencia de la subrogación en un préstamo previamente contratado por el transmitente del inmueble. Por tanto, es plausible el aporte del TS en términos de seguridad jurídica en estos supuestos donde se habían pronunciado distintos Tribunales Superiores de Justicia con criterios contradictorios.

A efectos prácticos, esta sentencia abre las puertas a que los contribuyentes a partir de ahora puedan aplicar esta exención por reinversión en vivienda habitual respecto de viviendas adquiridas mediante un préstamo hipotecario, disponiendo así del dinero obtenido por la venta con un mayor margen para la planificación doméstica de sus gastos sin necesidad de emplearlo en amortizar préstamo.

Asimismo, y dentro del plazo de prescripción, aquellos contribuyentes que hayan presentado su declaración de IRPF en los últimos cuatro años sin aplicar esta

exención por reinversión en vivienda habitual por haber solicitado financiación ajena para la compra de la nueva vivienda, podrán solicitar la rectificación de su declaración y la correspondiente devolución del importe que hayan ingresado indebidamente, siempre y cuando se cumplan el resto de requisitos que se contemplan en la ley a fin de aplicar esta exención.

BIBLIOGRAFÍA

CALVO VÉRGEZ, J., "La delimitación de los aspectos temporales que condicionan la aplicación de la exención por reinversión de la ganancia patrimonial derivada de la enajenación de la vivienda habitual en el IRPF: algunas consideraciones", *Revista Aranzadi Doctrinal*, nº 7/2018, BIB 2018\10578.

GÓMEZ JIMÉNEZ, M.L. "Estudio preliminar sobre la política vivienda en Andalucía: parámetros normativos de partida", en *Sostenibilidad social y rehabilitación de vivienda* (Dir. Gómez, Jiménez, M.L.), Dykinson, Madrid, 2015.

JIMENA QUESADA, L., "El derecho constitucional a la vivienda digna en el marco de los objetivos de desarrollo sostenible (ODS)", en *Aspectos financieros y tributarios del patrimonio inmobiliario* (Dir. Patón García, G.), Wolters Kluwer, Madrid, 2018, págs. 49-78.

PATÓN GARCÍA, G., "Nuevo régimen tributario de la vivienda habitual. Cambio de tendencia en la política fiscal de la vivienda en el IRPF", *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Nº 12/2014, págs. 14-31, <http://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/617>.

PATÓN GARCÍA, G., *Guía CESCO de Tributación para Consumidores*, "Cómo le va a afectar al consumidor la reforma fiscal si decide transmitir bienes", publicación electrónica, 2015, http://blog.uclm.es/cesco/files/2015/10/Guía-CESCO-de-tributación-para-consumidores__2015.pdf