

LA EXENCIÓN POR REINVERSIÓN EN VIVIENDA HABITUAL: ANÁLISIS DE LOS REQUISITOS PARA SU APLICACIÓN

PILAR ÁLVAREZ BARBEITO

*Profesora Titular de Derecho Financiero y Tributario.
Facultad de Derecho de La Coruña*

Extracto:

DE entre los incentivos fiscales que tienen por objeto la vivienda habitual de los contribuyentes, la exención por reinversión desempeña, sin duda, un relevante papel. A su análisis hemos dedicado este estudio atendiendo, fundamentalmente, a la interpretación que debe hacerse de los distintos requisitos que condicionan su efectiva aplicación en la práctica. Desde esta perspectiva hemos tenido en cuenta de forma especial, tanto las modificaciones normativas realizadas últimamente en torno a este tema, como los matices que sobre la interpretación de tales aspectos ha introducido la más reciente doctrina administrativa.

Palabras clave: IRPF, vivienda habitual y exención por reinversión.

Sumario

- I. Consideraciones generales.
- II. El concepto de vivienda habitual a efectos de la exención.
 1. Requisitos objetivos.
 2. Requisitos temporales.
 3. Requisitos subjetivos.
 4. Requisitos territoriales o espaciales.
- III. Las operaciones de reinversión.
 1. La adquisición de una nueva vivienda habitual.
 2. La rehabilitación de vivienda habitual.
- IV. Aspectos temporales de la exención por reinversión.
 1. Plazo de reinversión.
 2. Plazo para la transmisión.
- V. Cuantificación del importe de la reinversión.
- VI. Consecuencias derivadas de la coexistencia entre la exención por reinversión y la deducción por inversión en vivienda habitual.

I. CONSIDERACIONES GENERALES

La exención por reinversión en vivienda habitual constituye uno de los incentivos fiscales más importantes que, junto con otras medidas como la deducción por inversión en vivienda habitual, han sido arbitradas en el contexto del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (IRPF) con la finalidad de adoptar soluciones destinadas a dar cumplimiento efectivo al derecho recogido en el artículo 47 de nuestra Constitución. En virtud de este precepto, los poderes públicos deben promover las condiciones necesarias y establecer las normas pertinentes para hacer efectivo el derecho de todos los ciudadanos a disfrutar de una vivienda digna.

Pues bien, son los artículos 38 de la Ley del IRPF y 41 del Reglamento que la desarrolla, los encargados de regular el aludido beneficio fiscal, en virtud del cual la ganancia patrimonial que se ponga de manifiesto con ocasión de la transmisión de una vivienda habitual no se integrará en la base imponible del impuesto, siempre y cuando el importe obtenido sea objeto de reinversión en la adquisición de una nueva vivienda habitual.

A efectos del cálculo de la citada ganancia patrimonial deberá tenerse en cuenta lo dispuesto en ese sentido por el artículo 35 de la Ley del IRPF sobre el valor de adquisición y de transmisión de inmuebles. De acuerdo con este precepto, el valor de adquisición estará formado por el importe real por el que dicha adquisición se hubiera efectuado, incluido el coste de las inversiones y mejoras realizadas en los bienes adquiridos, así como los gastos y tributos inherentes a tal operación, excluidos intereses, siempre que hubieran sido satisfechos por el contribuyente. Este valor será actualizado mediante la aplicación de los coeficientes fijados al efecto por la Ley de Presupuesto Generales del Estado (LPGE), que se aplicarán sobre los importes anteriores y sobre las amortizaciones, atendiendo al año que corresponda. Por lo que atañe al valor de transmisión, éste vendrá determinado por el valor real de la enajenación, siempre que el mismo no resulte inferior al normal de mercado, en cuyo caso prevalecería este último. Determinado dicho importe, el contribuyente podrá deducir los gastos y tributos inherentes cuando resulten satisfechos por el transmitente.

Éstos son, a grandes rasgos, los aspectos fundamentales que rodean al cálculo de la ganancia patrimonial que podrá beneficiarse de la exención por reinversión, si bien la posibilidad de aplicarla efectivamente está sujeta a una serie de condiciones específicas y limitaciones establecidas al efecto, que pasamos a examinar, no sin antes detenernos en el objeto sobre el que recae el aludido beneficio fiscal, esto es, el concepto de vivienda habitual.

II. EL CONCEPTO DE VIVIENDA HABITUAL A EFECTOS DE LA EXENCIÓN

Para determinar el concepto sobre el que pivota la exención, esto es, la vivienda habitual, ha de concretarse en primer lugar qué ha de entenderse por vivienda para, a continuación, acotar más el significado de dicha expresión, ya que, de entre todos los inmuebles susceptibles de ser calificados de ese modo, aquí vamos a centrarnos en aquellas viviendas que, además, reúnan la condición de habituales. Como veremos, ello requiere que la vivienda cumpla determinados requisitos previstos en la propia normativa del IRPF, concretamente en el artículo 54 del Reglamento del IRPF de 2007, condiciones que pasamos a examinar de forma separada.

1. Requisitos objetivos.

Abordando el primero de los extremos apuntados hemos de referirnos a la Resolución Vinculante de la DGT de 22 de diciembre de 1986¹, en la que dicho centro directivo identificó el concepto de vivienda con la noción usual del mismo, definiéndolo como aquel edificio o parte del mismo destinado a habitación o morada de una persona física o de una familia, constituyendo su hogar o sede de su vida doméstica².

En ese sentido, la definición de vivienda que se desprende de la normativa reguladora del IRPF vuelve a insistir, al igual que las normas anteriormente vigentes, en el carácter de «edificación» que debe concurrir en la misma, extremo que ha sido interpretado en el sentido de considerar que «la vivienda habitual, desde el punto de vista físico, exige una construcción unida permanentemente al suelo, separada e independiente»³.

De acuerdo con esa idea debe considerarse resuelta la problemática suscitada en su día sobre la posibilidad de catalogar como vivienda habitual bienes tales como vehículos o remolques tipo caravana⁴ o incluso barcos o embarcaciones de recreo⁵. De igual modo, han de excluirse de la condición de vivienda habitual, especialmente a efectos de aplicarle los incentivos fiscales previstos para las mismas, lugares como las residencias de la tercera edad⁶ o los hoteles, ya que tanto por su denominación como por su naturaleza, en nada se asemejan a una vivienda.

¹ BOE de 19 de enero de 1987.

² En la misma línea, ALMAGRO MARTÍN, C.: «Beneficios fiscales sobre la vivienda», en la obra colectiva, *Estudios sobre los beneficios fiscales en el sistema tributario español*, dir. SÁNCHEZ GALIANA, J.A., Madrid, Marcial Pons, 2008, pág. 136, señala que «con carácter general podemos entender la vivienda como todo alojamiento permanente destinado a satisfacer de manera habitual las necesidades vitales de habitación de una o varias personas. Se trata de las edificaciones cuya principal función es ofrecer refugio y habitación a los seres humanos, protegiéndolos de las inclemencias climáticas y de otras amenazas naturales, proporcionándoles un espacio seguro y confortable donde resguardarse».

³ LÓPEZ DÍAZ, A.: «La deducción por adquisición de la vivienda habitual en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», *Revista Contabilidad y Tributación*, CEF, núm. 142, 1995, pág. 87.

⁴ Resolución de la AEAT de 10 de marzo de 1995. Sobre esta cuestión *vid.* LÓPEZ DÍAZ, A.: «La deducción por adquisición de vivienda habitual en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas», *op. cit.*, pág. 87.

⁵ *Vid.* DGT de 21 de enero de 2003 [n.º 0063-03 (NFC017195)].

⁶ DGT de 4 de diciembre de 2000 [n.º 2209-00 (NFC012011)].

A diferencia de casos como los anteriores, tanto la doctrina como la jurisprudencia han considerado la posibilidad de incluir en el concepto de vivienda habitual determinados inmuebles que, pese a tener una naturaleza y características en principio no aptas o pensadas para constituir la residencia o morada de una persona o su familia, terminan participando de ese carácter previo acondicionamiento de las mismas. Ése es el caso, por ejemplo, de un trastero utilizado como vivienda, respecto del que la DGT aceptó su condición de vivienda habitual, siempre y cuando se cumplan los requisitos de residencia efectiva y permanente del contribuyente que exige el Reglamento del IRPF, y a los que haremos referencia a continuación ⁷. De igual modo el aludido centro directivo estimó que las edificaciones que vienen denominándose *loft*, pese a ser en principio y según la normativa del sector, espacios destinados a actividad industrial o económica, podrán disfrutar, cuando se destinen y acondicionen como residencia habitual, de cuantos beneficios fiscales establece la normativa del IRPF para las viviendas habituales, y con las mismas condiciones y limitaciones exigidas con carácter general ⁸.

Ahora bien, a nuestro modo de ver, respecto de cualquier edificación que pretenda tener la consideración de vivienda habitual, y más aun en supuestos «atípicos» como los que acaban de apuntarse, deben poder aportarse pruebas acerca de su condición de tal, extremo que entendemos que debe ir más allá del hecho de que sea posible constatar el cumplimiento de los requisitos temporales de ocupación a los que se refiere el artículo 54 del Reglamento del IRPF, a cuya mención se ha limitado en ocasiones la DGT. En ese sentido, y siguiendo los dictados del artículo 106 de la Ley General Tributaria (LGT), la acreditación de la condición de una edificación como vivienda habitual podrá realizarse «por cualquier medio de prueba admitido en derecho», entre los cuales el hecho de que el inmueble, objetivamente considerado, sea susceptible de ser utilizado como vivienda, unido a la obtención de la cédula de habitabilidad o, en su caso, de la licencia de primera ocupación, han sido considerados como criterios válidos ⁹.

En relación con esta cuestión conviene aclarar que si bien la cédula de habitabilidad ha sido la fórmula elegida por la normativa de la mayor parte de las comunidades autónomas para acreditar la aptitud del inmueble para ser usado como vivienda, en alguna de ellas se ha sustituido por la licencia de primera ocupación, entendida ésta como acto administrativo a través del cual se acredita que un edificio o vivienda cumple los requisitos exigidos para ser destinado a uso residencial. En cualquier caso, lo cierto es que la ausencia del documento que según la norma aplicable en cada caso acredite la aptitud de un inmueble para poder ser destinado a fines de habitación o morada de una persona física o familia, impide, tal y como ha señalado el Tribunal Económico-Administrativo Central (TEAC), que el mismo pueda conceptuarse como vivienda ¹⁰.

Al margen de lo anterior, el Reglamento del IRPF considera que forman parte del concepto de vivienda habitual, a efectos de la deducción establecida en dicho tributo para su adquisición, una serie de elementos anexos a la vivienda, los cuales, aun no constituyendo vivienda propiamente dicha, podrá considerarse que forman parte de ésta cuando se adquieran conjuntamente con ella en un mismo acto jurídico. Éste es el caso de bienes tales como plazas de garaje (con el límite máximo de dos),

⁷ DGT de 21 de enero de 2003 [n.º 0063-03 (NFC017195)].

⁸ Resolución de la DGT de 24 de octubre de 2006 [n.º 2105-06 (NFC024128)].

⁹ *Vid.* Resolución de la DGT de 12 de abril de 2006 [n.º 707-06 (NFC022244)].

¹⁰ Resolución del TEAC de 1 de febrero de 2006 (NFJ022925).

jardines, parques, piscinas o instalaciones deportivas. Dichos anexos sólo quedarán excluidos del concepto de vivienda cuando se adquieran independientemente de aquélla, tal y como apunta el artículo 55 del Reglamento del IRPF ¹¹.

2. Requisitos temporales.

Los requisitos objetivos que acaban de examinarse son susceptibles de ser atribuidos al concepto de vivienda que, en términos generales, puede manejarse a efectos tributarios. Sin embargo, de entre todos los inmuebles que puedan catalogarse como tales, este estudio pivota en torno a aquellos que, además, reúnen una serie de características temporales que determinan su habitualidad. Esto es, circunstancias que afectan especialmente al tiempo durante el cual son utilizados así como al plazo que transcurre desde que se dispone de la vivienda hasta que la misma es objeto de ocupación efectiva.

2.a. Periodo de utilización.

2.a.1. Regla general.

Para abordar el análisis de los requisitos temporales que dotan de habitualidad a la vivienda de un contribuyente hemos de partir de lo dispuesto en el ya mencionado artículo 54 del Reglamento del IRPF. Este precepto, al igual que el artículo 68 de la Ley del IRPF, considera vivienda habitual del contribuyente la edificación que constituya su residencia durante un plazo continuado de, al menos, tres años. Dicha utilización continuada se traduce en el uso efectivo y con carácter permanente de la vivienda por el propio sujeto pasivo, sin que a esos efectos hayan de tenerse en consideración las ausencias esporádicas o temporales.

No obstante lo anterior, lo cierto es que existen supuestos en los que, por motivos laborales, familiares, de salud o de cualquier otra índole, un mismo sujeto puede utilizar con «habitualidad», entendida ésta en el sentido usual del término, más de una vivienda, en cuyo caso pueden generarse dudas sobre cuál de ellas constituye su residencia habitual. En estos casos y partiendo de las exigencias de continuidad y permanencia aludidas, consideramos que debe otorgarse carácter de habitual a aquel domicilio donde se resida por más tiempo a lo largo de cada periodo impositivo ¹², ya que no parece admisible que una persona pueda disfrutar de los beneficios fiscales previstos para el acceso a la vivienda habitual respecto de dos o más inmuebles ¹³.

Ciertamente, afirmaciones como la anterior trasladan la problemática que puede suscitar esa cuestión al ámbito de la prueba. Piénsese que en el caso de que un sujeto tenga a su disposición, por

¹¹ A este respecto la Resolución de la DGT de 3 de diciembre de 2003 [n.º 2060-03 (NFC034761)] señala que «se entenderán transmitidos conjuntamente los garajes y las viviendas cuando la transmisión se efectúe en el mismo acto y simultáneamente, siendo esta circunstancia una cuestión de hecho que podrá probarse por los medios admisibles en derecho».

¹² DGT de 25 de marzo de 1998 [n.º 0474-98 (NFC007407)].

¹³ LÓPEZ DÍAZ, A.: «La deducción por adquisición de vivienda habitual en el IRPF», *RDFHP*, núm. 235, 1995, págs. 133 y ss.

razones de cualquier índole, más de una vivienda, sólo podrá aplicar los beneficios que a efectos fiscales estén previstos para la vivienda habitual respecto de aquella de la que realmente pueda probarse que lo es, de acuerdo con el periodo de ocupación exigido por la normativa del IRPF.

Pues bien, aunque de acuerdo con lo dispuesto en la LGT, cualquier medio de prueba servirá para determinar la «habitualidad» del uso de una vivienda, tanto la doctrina como la jurisprudencia han venido apoyando sus pronunciamientos en la valoración conjunta de varios elementos probatorios. En esa línea se ha estimado insuficiente, en muchos casos, la simple alegación por parte de la Administración o de los contribuyentes de cuestiones aisladas tales como el domicilio fiscal, el empadronamiento, o la simple constatación de los consumos energéticos de una vivienda, aspectos que se han considerado indicios pero no pruebas definitivas de la habitualidad de la misma. En ese sentido, y concretamente respecto del domicilio tributario, se considera que «la prueba no puede descansar de modo privilegiado e inatacable, en el puro dato jurídico-formal del domicilio declarado en la autoliquidación del recurrente (...). El cometido de esa fijación no es, primordialmente, hacer prueba real sobre la efectiva y habitual residencia del contribuyente, aunque el concepto la suponga, sino situar el ámbito de ejercicio de los derechos y cumplimiento de los deberes en el terreno tributario-formal o procedimental, o determinar regímenes y puntos de conexión. De su siempre posible valoración como indicio no cabe extraer consecuencias que anulen toda la potencialidad probatoria que se deriva de (...) la Ley General Tributaria y de (...) la Ley de Enjuiciamiento Civil (...). El domicilio fiscal consignado por el recurrente en su declaración no permite prescindir del examen de los distintos principios de prueba aportados por el recurrente»¹⁴.

2.a.2. Excepciones.

De acuerdo con lo que acabamos de analizar, la vivienda tendrá la condición de habitual cuando, conforme a lo dispuesto en la normativa reguladora del IRPF, sea objeto de utilización efectiva durante un periodo de tiempo continuado de, al menos, tres años, extremo que para la aplicación de la exención por reinversión debe poder predicarse tanto de la vivienda que se enajena como de la que se adquiere.

¹⁴ STSJ de Castilla y León, Valladolid, 2045/2005 (NFJ021709). En la misma línea, la STSJ de Castilla-La Mancha 167/2003, (NFJ014846) señala que «(...) el empadronamiento en Toledo del actor y su domicilio fiscal en la c/ ... NUM... - NUM... si bien podría constituir un indicio de que esa era su residencia habitual, no es un dato suficiente pues sabido es que se trata de un dato administrativo formal que puede no corresponder a una realidad que es posible acreditar por otros medios (...)». El recurrente señaló que «(...) el mantenimiento del empadronamiento en Toledo, aunque no se correspondiera con la realidad de su residencia, resultaba forzoso si pretendía ejercer su profesión en la comunidad autónoma, pero donde vivía habitualmente era en Madrid. Esa afirmación podrá merecer la opinión que sea, pero a los efectos que nos ocupan debemos indagar cuál era efectivamente su domicilio, dónde, como señala el Abogado del Estado en su contestación, se producen los hechos relativos directa o indirectamente a su persona desarrollando los actos típicos de su vida ordinaria y habitual. La Administración rechaza que la simple constatación de consumos energéticos en la vivienda de Madrid sirva para acreditar que esa era la residencia habitual del sujeto pasivo (...), pero no se cuenta sólo con ese dato. En efecto, consta que (...) el inmueble donde el Sr. Martínez hacía figurar su domicilio fiscal en Toledo, (...) era arrendado exclusivamente para ser destinado a oficinas y despacho de arquitectura sin que pudiera destinarse a otro uso; consta que se pagaba IAE por el ejercicio de esa actividad en el citado local, y además el recurrente ha traído al proceso dos testigos que manifiestan que lo conocen y que saben que vivía en Madrid en los años 1995 y 1996 sin que el Abogado del Estado formulara ninguna pre pregunta al objeto de indagar sobre la razón de ciencia de los testigos y si la misma era el conocimiento directo y personal de la cuestión. La valoración conjunta de todo lo actuado permite llegar a la conclusión de que el inmueble por cuya adquisición se practicaron las deducciones en la autoliquidaciones del IRPF de 1995 y 1996 constituía la vivienda habitual del sujeto pasivo a efectos del citado impuesto, lo que determina la estimación del recurso».

No obstante lo anterior, tanto el artículo 54 del Reglamento del IRPF como el artículo 68.1 de la Ley del IRPF introducen excepciones al respecto. En ese sentido, mientras que el precepto legal señala que «se entenderá que la vivienda tuvo aquel carácter (habitual) cuando, a pesar de no haber transcurrido dicho plazo tres años), se produzca el fallecimiento del contribuyente o cuando concurren circunstancias que necesariamente exijan el cambio de vivienda, tales como la separación matrimonial, traslado laboral, obtención de primer empleo o de empleo más ventajoso u otras análogas»; el artículo 54 del Reglamento del IRPF considera que una vivienda no pierde su carácter de habitual cuando, a pesar de no haber transcurrido dicho plazo desde que comenzó a utilizarse, «se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurren 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».

Varios son los aspectos cuyo análisis sugiere la lectura conjunta de ambos preceptos. Así, en primer término, comparando la relación de las circunstancias a la que hacen referencia ambos artículos, es fácil advertir que el texto reglamentario introduce una lista más amplia de motivos por los que la vivienda no pierde su carácter de habitual, aun cuando no se haya utilizado durante tres años ¹⁵.

Sin embargo, esto no podrá considerarse a priori como una extralimitación reglamentaria, toda vez que el texto legal, al igual que el propio artículo 54 del Reglamento del IRPF, introduce un inciso final con el que deja abierta la posibilidad de barajar otras circunstancias, a los efectos que estamos analizando, diferentes a las allí mencionadas de forma expresa, aludiendo a «otras análogas».

Así las cosas, existen una serie de circunstancias cuya concurrencia impide, sin lugar a dudas, que una vivienda pierda la condición de habitual aun cuando no se haya ocupado durante un plazo ininterrumpido de tres años. Ahora bien, las causas legal y reglamentariamente detalladas como susceptibles de producir el efecto mencionado no conforman un *numerus clausus* sino que, antes al contrario, es posible incluir en esa relación cualquier otra circunstancia «análoga» que exija necesariamente un cambio de domicilio, siempre y cuando tales razones puedan justificarse debidamente.

Tal y como ha advertido CALVO ORTEGA, existe aquí una cuestión que suscita especial interés, y es la «llamada a la analogía que hacen la Ley y el Reglamento (...). Hay que tener en cuenta que la LGT excluye la aplicación de la analogía para extender más allá de sus estrictos términos «las exenciones y demás beneficios o incentivos fiscales». Es evidente que la exención por reinversión en vivienda habitual participa de esa naturaleza, y «que la extensión de las circunstancias a través de la técnica analógica puede entrar en conflicto con la interdicción citada» ¹⁶.

Partiendo de esa afirmación consideramos que ha de ser el adverbio «necesariamente», al que tanto la Ley como el Reglamento del IRPF hacen referencia, el elemento que debe situarse como punto de referencia obligado para solucionar las posibles dudas que puedan surgir en torno a esta cuestión. Así las cosas, para que pueda entrar en juego la excepción al plazo general de tres años no

¹⁵ Así, el reglamento hace referencia a circunstancias como la celebración del matrimonio, omitidas en la ley, o a un «cambio de empleo», limitado por el texto legal a la condición de que el nuevo trabajo sea «más ventajoso». Vid. CALVO ORTEGA, R.: «Vivienda habitual. Aspectos tributarios. Consideraciones críticas», *Nueva Fiscalidad*, núm. 1, 2007, pág. 12.

¹⁶ CALVO ORTEGA, R.: «Vivienda habitual. Aspectos tributarios. Consideraciones críticas», *op. cit.*, págs. 12-13.

basta la mera concurrencia de cualquier circunstancia que exija cambiar de domicilio, sino que la misma ha de exigir necesariamente dicho cambio.

Resulta preciso, por tanto, concretar el significado del adverbio «necesariamente» que, de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, significa «con o por necesidad o precisión». A su vez, el término necesidad puede indicar todo aquello a lo que es imposible substraerse, faltar o resistir, mientras que el sustantivo precisión, incluido en la aludida definición, supone obligación o necesidad indispensable que fuerza y precisa ejecutar una cosa.

De todo ello se desprende que, para que el cambio de domicilio no impida la consideración como vivienda habitual de la edificación que ha constituido la residencia del sujeto pasivo y que éste ha habitado durante un periodo inferior a tres años, las circunstancias que exigen dicho cambio deben ser ajenas a la mera voluntad o conveniencia del sujeto pasivo.

No obstante lo anterior, lo cierto es que el criterio de la DGT no siempre ha sido unánime en torno a esta cuestión ante circunstancias similares. En ese sentido, en Resolución de 25 de septiembre de 2002¹⁷, estimó que la prescripción médica aconsejando el cambio de domicilio por los problemas sobre la salud y estado emocional del contribuyente causados por problemas vecinales de mala convivencia, no justificaban el incumplimiento del plazo que estamos analizando. En otro supuesto, y también existiendo prescripción facultativa al respecto, la DGT consideró que, siempre que pueda apreciarse su concurrencia suficientemente, a juicio de los órganos de la Administración, el cambio de domicilio por razones de salud puede estimarse como necesario, a los efectos que aquí interesan¹⁸.

En esa línea, la DGT ha estimado que existe necesidad en el cambio de domicilio, sin que éste pierda la condición de vivienda habitual, especialmente a efectos de practicar la deducción correspondiente en el IRPF, cuando dicho cambio responde a circunstancias análogas a las expresamente relacionadas en el artículo 54 del Reglamento del IRPF. Así, se han considerado como tales las necesidades asistenciales de la esposa del consultante¹⁹; la edad de la consultante y su minusvalía en grado del 65 por 100, junto con la falta de adecuación de la vivienda –no hay ascensor– a la situación personal²⁰, siempre y cuando en todos los casos pueda acreditarse la concurrencia de tales motivos.

Por el contrario, se ha denegado la condición de vivienda habitual a aquellos inmuebles que son ocupados durante un periodo inferior al mencionado en casos tales como la adquisición de una casa más grande para albergar a una empleada del hogar encargada del cuidado de los hijos²¹; la pérdida del empleo salvo que, por ejemplo, el empleo fuera la única fuente de rentas del contribuyente²²; o la exigencia de la cooperativa que promueve la construcción de la vivienda a la que desea acceder de no ser propietaria de una vivienda anterior²³.

¹⁷ NFC016857.

¹⁸ DGT de 23 de diciembre de 2003 [n.º 2430-03 (NFC034755)].

¹⁹ DGT de 15 de diciembre de 2000 [n.º 2349-00 (NFC012718)].

²⁰ DGT de 21 de enero de 2002 [n.º 0066-02 (NFC015929)].

²¹ DGT de 1 de marzo de 2000 [n.º 0392-00 (NFC010944)].

²² DGT de 15 de octubre de 1999 [n.º 1882-99 (NFC010320)].

²³ DGT de 21 de enero de 2003 [n.º 0059-03 (NFC017985)].

De todo lo expuesto cabe deducir que la aplicación en la práctica de un término como el que hemos examinado no siempre es fácil de concretar, por lo que habrá que estar a las circunstancias de cada caso concreto así como a las pruebas que de ellas puedan aportarse. Esta situación ha sido objeto de críticas por algunos autores que, aludiendo a los preceptos que tanto la Ley como el Reglamento del IRPF dedican a la regulación de la cuestión que nos ocupa, consideran que «suponen un claro ejemplo de la inseguridad jurídica que provoca la utilización de ciertos conceptos abiertos y marcadamente subjetivos»²⁴, opinión que compartimos.

Al margen de lo anterior, aunque también respecto de esta cuestión, parece que debiera entenderse que cuando sean varios los titulares de la vivienda e integren una misma unidad familiar, la «necesidad» del cambio de vivienda para uno de ellos debe extenderse, con los mismos efectos, a todos los miembros de la familia.

2.b. Plazo para su ocupación.

2.b.1. Regla general.

Continuando con el examen de los requisitos temporales que atañen al concepto de la vivienda habitual de acuerdo con el artículo 54 del Reglamento del IRPF, ha de tenerse en cuenta que para que la vivienda constituya la residencia habitual del contribuyente, éste debe habitarla de manera efectiva y con carácter permanente en un plazo de 12 meses, contados a partir de la fecha de adquisición o terminación de las obras.

Pues bien, con respecto a esta cuestión el principal problema que puede plantearse es la concreción del momento a partir del cual comienza a contar el citado plazo, toda vez que el texto reglamentario habla de la fecha de «adquisición o terminación de las obras», momento en el que, a nuestro juicio y dado el concepto de vivienda que hemos manejado, puede que no siempre coincida con la fecha en la que el inmueble es declarado apto por la Administración para ser utilizado como vivienda. En este sentido podrían plantearse dudas respecto del cómputo exigido por la normativa del IRPF en aquellos casos en los que, por ejemplo, hubiese finalizado la obra de construcción de la vivienda, pero todavía no se hubiera obtenido la cédula de habitabilidad, licencia de primera ocupación o, en definitiva, el documento que en cada caso se considere necesario para acreditar la aptitud del inmueble para poder destinarlo a fines de residencia.

En supuestos como el descrito, aunque a efectos del Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA), la DGT ha emitido varios pronunciamientos que han evolucionado hacia la exigencia de la obtención de los mencionados documentos administrativos como condición para catalogar a un inmueble como vivienda y, por tanto, poder incluir una operación de compraventa en el concepto de primera entrega de la misma manejado a efectos de ese tributo. Así, mientras en la contestación a Consulta de 6 de

²⁴ GARCÍA CALVENTE, Y.: «Comentario a la Resolución de la DGT de 28 de julio de 2003 (JT 2003, 1367)», *Revista Jurisprudencia Tributaria*, Tomo I, 2004, pág. 2.206.

octubre de 2003 (NFC018446) el aludido centro directivo señaló que «la transmisión de la vivienda objeto de consulta por el promotor de dicha vivienda que cuenta con el certificado final de obra del arquitecto director de la misma, estará sujeta y no exenta del IVA, teniendo a efectos de dicho tributo la consideración de primera entrega aunque no se haya obtenido la cédula de habitabilidad», en la Resolución de 29 de junio de 2006 ²⁵ dispuso lo siguiente: «Este centro directivo ha señalado reiteradamente que la aplicación del tipo reducido en el supuesto a que se refiere el artículo citado depende de una circunstancia objetiva: la aptitud del edificio o parte del mismo objeto de entrega para ser utilizado como vivienda, disponiendo de la correspondiente cédula de habitabilidad (sustituida actualmente por la licencia de primera ocupación). Por tanto, la entrega de un local de uso compatible con el alojamiento a que se refiere el escrito de consulta, que tiene concedida la licencia de primera ocupación por el órgano competente de una comunidad autónoma, la cual sustituye actualmente a la cédula de habitabilidad, tributará por el IVA al tipo impositivo del 7 por 100, supuesto que dicha aptitud se extiende a la totalidad del inmueble».

Una vez más, y dadas las dificultades de interpretación que el precepto examinado puede plantear en supuestos como los descritos, consideramos que sería conveniente que el legislador precisara más esta cuestión.

2.b.2. Excepciones.

No obstante todo lo anterior, el texto reglamentario incluye también, al igual que sucede con la condición relativa al tiempo de utilización del inmueble, algunas excepciones respecto al requisito que estamos analizando. En ese sentido, en aquellos casos en los que fallezca el contribuyente o concurran circunstancias que necesariamente impidan la ocupación de la vivienda en los términos señalados anteriormente, se entenderá que la vivienda no pierde el carácter de habitual. Ahora bien, estas circunstancias deben ser posteriores a la adquisición de la vivienda, ya que si concudiesen en el momento de adquirirla no podrán entenderse como un motivo válido para justificar el incumplimiento del plazo de ocupación.

En este caso el texto reglamentario únicamente hace referencia expresa a uno de los motivos que pueden excepcionar el requisito relativo al plazo de ocupación de la vivienda, esto es, el fallecimiento del contribuyente. Sin embargo, y al igual que sucedía respecto de la otra condición temporal que acompaña al concepto de vivienda habitual, también aquí se hace referencia a «otras circunstancias que necesariamente impidan la ocupación de la vivienda», expresión que de nuevo gira en torno al significado que haya de darse al término «necesariamente» que, como indica el propio apartado 2 del artículo 54 del Reglamento del IRPF, ha de interpretarse en el mismo sentido que hemos apuntado respecto de la excepción introducida al requisito del periodo de utilización de la vivienda.

Además de lo anterior, el Reglamento del IRPF introduce también una salvedad al condicionante que estamos analizando cuando un sujeto disfrute de una vivienda por razón de cargo o empleo. En estos casos en los que el contribuyente está utilizando por motivos de trabajo una vivienda diferente de la que él haya adquirido para su residencia habitual, el plazo para su ocupación comenzará

²⁵ Resolución n.º 1242/2006 (NFC022967).

a contar a partir de la fecha del cese del cargo o empleo que otorgaba el derecho a disfrutar de ese otro inmueble.

3. Requisitos subjetivos.

El concepto de vivienda habitual aparece referido en el artículo 54 del Reglamento del IRPF al contribuyente que será, precisamente, el sujeto que a los efectos del tema objeto de este trabajo podrá disfrutar de la exención por reinversión.

En ese sentido ha de tenerse en cuenta que el gravamen de las personas físicas en todos los tributos en los que, como sucede en el IRPF, éstas sean consideradas como sujetos pasivos de los mismos, es estrictamente individual. De acuerdo con lo anterior, en los casos en los que, por ejemplo, exista matrimonio y la condición de contribuyente concorra en ambos cónyuges, ambos podrían beneficiarse de las ventajas arbitradas respecto de la vivienda habitual aunque, lógicamente, cada uno en proporción a la ganancia patrimonial que pueda imputarse teniendo en cuenta la proporción en que cada uno de los cónyuges fuese titular de la vivienda habitual que se transmite. Por otra parte, también es posible que ambos cónyuges adquieran, cada uno de ellos, su propia vivienda habitual, en cuyo caso los dos podrán aplicar los beneficios fiscales previstos para las viviendas habituales respecto de la suya, todo ello siempre y cuando puedan aportarse pruebas de la habitualidad de cada uno de ellos respecto de su vivienda, y siempre que los dos sean contribuyentes por este impuesto ²⁶. En ese sentido la DGT, en contestación a Consulta de 21 de noviembre de 2003 ²⁷, estimó respecto del beneficio fiscal que supone la exención por reinversión en vivienda habitual, que «los cónyuges podrá reinvertir el caudal común en dos nuevas viviendas que obtendrán, ambas, la consideración de habitual, con independencia de su ubicación, siempre y cuando cada una de ellas se constituya en residencia habitual de uno de los cónyuges».

Al margen de lo anterior, lo relevante a efectos de la práctica de la exención desde un punto de vista subjetivo es que el sujeto que pretenda aplicarla pueda ser considerado como contribuyente a efectos del IRPF, extremo cuya determinación exigirá atender a los artículos 8, 9 y 10 de la Ley del IRPF en los que fundamentalmente se facilitan las reglas para determinar la residencia de las personas físicas, extremo determinante en su consideración o no como contribuyentes del impuesto.

No obstante lo anterior, existe un grupo concreto de sujetos que, pese a ser catalogados por la propia Ley del IRPF como «contribuyentes» de ese tributo, presentan ciertas peculiaridades en

²⁶ Sobre esta cuestión deben tenerse en cuenta los efectos que, en el momento de calcular la base de la deducción, puede tener el régimen económico matrimonial de los cónyuges. En ese sentido, la DGT, en Contestación a Consulta de 19 de noviembre de 2003 [n.º 1927 (NFC026873)], aclara la forma de calcular la base de la deducción en el caso de un matrimonio que adquiere en gananciales dos viviendas. Una de ellas es la vivienda habitual del marido, y la otra de la mujer. En este contexto la DGT señala que «el varón sólo podrá practicar deducción (...), donde reside, tomando como base de deducción, al tratarse de recursos gananciales, la participación que tuviera en dicha sociedad, que no es otra que el 50 por 100 que le corresponda de los pagos satisfechos», no pudiendo deducir nada respecto del inmueble ganancial que constituye vivienda habitual de la mujer. Por su parte, las conclusiones respecto de la esposa son idénticas, pero a la inversa.

²⁷ DGT de 21 de noviembre de 2003 [n.º 1954-03 (NFC026797)].

las que es necesario reparar para saber si también ellos podrán ser acreedores del beneficio fiscal que estamos tratando. Nos referimos concretamente a los denominados «impatriados», esto es, trabajadores desplazados a territorio español a los que se dedica el artículo 93 de la Ley del IRPF. Este precepto, que responde a la necesidad de adoptar medidas destinadas a solucionar algunas de las cuestiones suscitadas por la internacionalización y globalización económica existente en la actualidad, extremo que, entre otras cuestiones, ha propiciado una creciente movilidad de las personas entre diferentes países, trata en este caso de favorecer fiscalmente la entrada en territorio español de trabajadores foráneos especializados o cualificados que puedan aportar valor añadido a la economía y empresas de nuestro país.

En esa línea el aludido artículo 93 de la Ley del IRPF permite que una persona física residente (fiscal) en España ostente un derecho de opción referido a las concretas normas que le serán aplicables a efectos de determinar sus obligaciones tributarias (materiales y formales) en la imposición sobre la renta. El artículo 93 de la Ley del IRPF «permite» a tal «residente fiscal», en primer lugar, que tribute «por el IRPF», esto es, en coherencia con su nuevo estatus fiscal; la segunda posibilidad consiste en permitir al «residente fiscal» que tribute a través un impuesto pensado precisamente para sujetos que no reúnen tal condición, esto es, «por el IRNR»²⁸.

Este régimen fiscal se contemplaba ya en el artículo 9.5 del ahora derogado Texto Refundido de la Ley del IRPF, pero con una diferencia esencial entre la redacción que anteriormente se daba a ese precepto y la que ahora se ha introducido en el artículo 93 de la Ley del IRPF. En ese sentido, la normativa actual ha introducido un inciso, que sí se recogía en el artículo 111 del Reglamento del IRPF de 2004, en virtud del cual se aclara expresamente que los residentes que opten por tributar por el Impuesto sobre la Renta de los no Residentes (IRNR) lo harán «manteniendo la condición de contribuyentes por el IRPF».

La aclaración del tema en el sentido indicado tiene importantes consecuencias prácticas, viniendo a resolver algunos problemas que, de otro modo, podrían plantearse. En ese sentido, por ejemplo, es evidente que las autoridades fiscales españolas deben emitir certificados de residencia fiscal en relación con las personas físicas que, en las condiciones del artículo 93 de la Ley del IRPF, tributen como los no residentes, ya que el derecho de opción que poseen no gira en torno a su condición de residentes, sino que atañe a las reglas con arreglo a las cuales deben tributar.

Por otra parte, el inciso del artículo 93 que ahora comentamos evitará los problemas de apatridia fiscal que podrían suscitarse si tuviéramos que entender que dicho precepto contiene una cláusula de recalificación de la residencia fiscal. Piénsese así en la situación que podría plantearse si realmente la opción por tributar por el IRNR al amparo del mencionado artículo conllevara la pérdida de la residencia fiscal en España y, al mismo tiempo, esa persona careciese de residencia fiscal efectiva en otro país.

Situaciones como las descritas nos llevan a realizar un juicio positivo de la aclaración que, en el sentido mencionado, ha introducido el legislador en el artículo 93 de la nueva Ley del IRPF.

²⁸ Éste es un supuesto próximo al articulado en el artículo 46 del Texto Refundido de la Ley del IRNR, pero con carácter inverso: residente al que se permite que tribute por el IRNR (art. 93 LIRPF), en lugar de no residente que se permite que tribute en calidad de contribuyente por el IRPF (art. 46 TRLIRNR).

Llegados a este punto pueden extraerse dos conclusiones. En primer lugar, el ámbito subjetivo de aplicación del artículo 93 se limita a sujetos residentes en nuestro país, ahora bien, sólo a aquellos que hayan adquirido tal calificación en determinadas condiciones impuestas por dicho precepto. Y, en segundo lugar, los impatriados, pese a poder tributar conforme a las reglas del IRNR cuando ejerciten la opción, no pierden su condición de contribuyentes del IRPF. En ese último sentido no hay que olvidar que su estatus de residentes no se altera como consecuencia de la opción que tomen para tributar.

Hasta aquí la cuestión puede parecer clara, pero existen otros aspectos de la regulación de este régimen especial que pueden empañar las conclusiones apuntadas. Así, ha de tenerse en cuenta que a pesar de ser contribuyentes a efectos del IRPF, extremo que es consecuencia de su condición de residentes, sólo tributan por la renta obtenida en España, y no por su renta mundial. Esta situación puede llevar a pensar que estamos ante una categoría sui generis de residentes²⁹ similar a la creada para este tipo de sujetos en países como Reino Unido.

De acuerdo con lo anterior, la respuesta a la cuestión inicialmente apuntada en torno a la posibilidad de los impatriados de aplicar los beneficios fiscales previstos a efectos del IRPF respecto a la vivienda habitual dependerá del régimen por el que decidan tributar. Esto es, si tributan de acuerdo con su nuevo estatus de residentes por el IRPF calcularán su impuesto del mismo modo que cualquier otro residente español, en tanto que la opción de acogerse a las reglas propias del IRNR, con todo lo que ello implica, obligará a descartar la posibilidad de que estos sujetos puedan beneficiarse de los incentivos fiscales que, a efectos de ese tributo, se prevén a efectos del IRPF respecto de la vivienda habitual. En este caso, la condición de contribuyentes del IRPF que en todo caso les atribuye el artículo 93 de la ley reguladora del impuesto no puede ser suficiente, en nuestra opinión, para otorgarles el derecho a beneficiarse de una serie de deducciones o en su caso exenciones pensadas únicamente para aquellos sujetos que calculan su impuesto de acuerdo con las reglas materiales y formales previstas en su normativa reguladora.

4. Requisitos territoriales o espaciales.

Analizando la exención por reinversión en vivienda habitual desde una perspectiva territorial o espacial es necesario reparar en una cuestión a la que no alude la normativa del impuesto y que ha sido expresamente aclarada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Nos referimos al supuesto en el que un contribuyente transmita una vivienda habitual con intención de reinvertir el importe obtenido en otra nueva y que, alguno de los inmuebles implicados en la operación esté ubicado en otro país, bien porque allí va a trasladar su residencia el sujeto afectado, bien porque el traslado se realiza desde otro país de la Unión Europea a territorio español.

Respecto del primero de los supuestos apuntados estaríamos hablando de un contribuyente del IRPF que, en un momento determinado, va a trasladar su residencia habitual a otro Estado de la Unión Europea. En estos casos la DGT³⁰ ha entendido que, toda vez que la normativa del impuesto no exige,

²⁹ En un sentido similar CARMONA FERNÁNDEZ, sin arriesgar una posición definitiva, considera que el artículo 9.5 del Texto Refundido de la Ley del IRPF constituye un estatuto híbrido de tributación o una situación fronteriza entre residencia y no residencia (CARMONA FERNÁNDEZ, N., *Manual del IRNR*, Ciss, Valencia, E-7, I págs. 89-90).

³⁰ DGT de 5 de agosto de 2004 [n.º 1564-04 (NFC019521)].

entre las condiciones de reinversión, la ubicación de la vivienda en territorio español, debe poder aplicarse la exención respecto de la ganancia patrimonial obtenida por la venta de una vivienda habitual que vaya a reinvertirse en otra situada en el país al que va a trasladar su residencia la persona afectada.

Pues bien, ésta debe ser la pauta que debería seguirse en el resto de los países de la Unión Europea que cuenten con una medida fiscal similar a la exención por reinversión en vivienda habitual cuando el sujeto que hasta ese momento hubiera sido residente en dichos territorios decida trasladarse a España realizando aquí la reinversión.

Dicha conclusión ha de extraerse a partir de los dictados de la STJCE de 26 de octubre de 2006 [asunto C-345/05 (NFJ024025)]. En ella se consideró que la restricción de la legislación portuguesa, en el sentido de limitar la exención por reinversión a aquellos inmuebles que se adquirieran para ser utilizados como vivienda habitual en territorio portugués, era contraria al Derecho Comunitario. En concreto, dicho fallo se refiere a vulneración que dicha medida implica respecto a las reglas del Tratado relativas al derecho de residencia en otros Estados miembros, a la libre circulación de trabajadores, a la libertad de establecimiento y a la libre circulación de capitales, así como a las disposiciones del acuerdo sobre el espacio económico europeo (EEE).

Con ese fallo el Tribunal de Luxemburgo se sitúa en la línea de manifestaciones anteriores realizadas por otras instituciones comunitarias. En ese sentido, la Comisión utilizó los mismos argumentos para responder a una petición³¹ presentada por un ciudadano británico en la que consideraba que la legislación fiscal sueca contrariaba elementales derechos comunitarios. El análisis arrancaba del artículo 47 de la Ley del Impuesto sobre la Renta sueco (*Inkomstskattelagen*), en el que se disponía que el contribuyente residente en el país (la mujer del peticionario) podía beneficiarse de un diferimiento del impuesto de plusvalía generado por la venta de la vivienda en la que habite, siempre que haya adquirido, o tenga la intención de adquirir una nueva vivienda en la que haya establecido o vaya a establecer su residencia. Para poder disfrutar de dicho beneficio fiscal, tanto la vivienda anterior como la nueva deberían localizarse en Suecia.

Tal y como hemos señalado, a diferencia de los casos expuestos, en España no se ha planteado esta polémica, toda vez que nuestra normativa no restringe el derecho a beneficiarse de la exención por reinversión en función del territorio en el que se halle la nueva vivienda en la que se reinvierta la cantidad obtenida con la venta de la anterior.

III. LAS OPERACIONES DE REINVERSIÓN

Analizado el objeto sobre el que pivota la exención que estamos analizando, ha de determinarse ahora qué es lo que ha de entenderse por «reinversión», a efectos de conocer en qué supuestos cabe aplicar dicho beneficio tributario, operación que el artículo 41 del Reglamento del IRPF iden-

³¹ Petición 849/2004, presentada por Bernard ROSS, de nacionalidad británica, sobre la fiscalidad en Suecia y la libre circulación de capitales.

tífica con la transmisión de la vivienda habitual seguida de la «adquisición» de una nueva o bien con su «rehabilitación», términos estos cuyo significado debe ser concretado.

1. La adquisición de una nueva vivienda habitual.

De acuerdo con lo anterior procede aclarar, en primer término, cuál es la clase de derechos a los que hace referencia el legislador tributario cuando habla de «adquisición de vivienda». Esto es, si lo que debe adquirirse es la propiedad de aquella o, por el contrario, sería suficiente con la adquisición de algún derecho que faculte a su titular para usar o disfrutar de la vivienda en calidad de residencia habitual como podría ser el caso, por ejemplo, del derecho de usufructo. Pues bien, a este respecto la DGT se ha manifestado en numerosas ocasiones entendiendo que, en este caso, la adquisición debe equipararse a la titularidad del pleno dominio de la vivienda, descartando así la posibilidad de dar cabida a derechos tales como el de uso, habitación, usufructo o nuda propiedad de la vivienda. Dice textualmente el aludido centro directivo que «los beneficios fiscales relacionados con la residencia habitual del contribuyente están ligados a la titularidad del pleno dominio del inmueble. Tanto del que se adquiere o rehabilita, en cuanto a la deducción por inversión en vivienda habitual, como, también, del que se transmite, a efectos de acogerse a la exención por reinversión en vivienda habitual, y de la exención en el supuesto de transmisión por mayor de 65 años o situaciones de dependencia, dispuesta en el artículo 33.4 b) de la Ley del IRPF (Consultas 1867/00, V1278/06 y V0845/06)»³².

De ese modo, a efectos de practicar la exención que estamos analizando es preciso que confluayan de forma simultánea el pleno dominio de la vivienda, condición que debe poder predicarse tanto de la nueva como de la antigua, junto con el resto de los requisitos establecidos a esos efectos por la normativa del IRPF, especialmente en lo que respecta a las condiciones temporales de ocupación a las que ya hemos hecho referencia³³. Además, la exención no será aplicable hasta que jurídicamente no se adquiera la propiedad. Por ese motivo este beneficio fiscal no podrá aplicarse en los casos de compraventas con cláusulas suspensivas conforme a las cuales no se adquiere la propiedad por el comprador hasta que no satisfaga la totalidad del precio³⁴ y esta circunstancia se demore por encima de los dos años fijados por la normativa reguladora del IRPF como plazo máximo desde que se enajena la vivienda antigua y hasta que se adquiere la nueva, extremo que después analizaremos con mayor profundidad.

Sentado lo anterior es necesario precisar cuáles, de entre los diferentes vehículos jurídicos a través de los cuales es posible llegar a detentar la titularidad del pleno dominio de una vivienda, pueden incluirse bajo el término «adquisición» al que alude el legislador en el artículo 38 de la Ley del IRPF como condición para aplicar la exención. Esto es, habrá que plantear si realmente sirve a esos efectos cualquier tipo de negocio adquisitivo o si, por el contrario, habrá de restringirse tal definición

³² DGT V0570-08, de 18 de marzo de 2008 (NFC028803).

³³ DGT de 4 de marzo de 2004 [n.º 0521-04 (NFC020853)].

³⁴ Vid. ADAME MARTÍNEZ, CASTILLO MANZANO y LÓPEZ VALPUESTA: «El sector público y la inversión en vivienda: la deducción por inversión en vivienda habitual en España», *Documento del IEF*, núm. 17, 2004, pág. 22.

reconduciéndola a determinadas operaciones de adquisición de vivienda, entre las cuales, sin duda, las más frecuentes serán las que se instrumenten a través de negocios jurídicos de compraventa.

En principio, y dado que el legislador no acota este concepto, parece que la adquisición de vivienda puede entenderse en el sentido jurídico del derecho de propiedad o pleno dominio de la misma, siendo indiferente que sea por compra, donación, herencia, permuta, etcétera.

De acuerdo con lo anterior, y reparando en la clasificación que desde el Derecho Civil se ofrece sobre los modos de adquisición de la propiedad, entendida ésta como aquel derecho real que «otorga un señorío pleno sobre la cosa, consistente en el poder de someterla a nuestra voluntad en todos sus aspectos y obtener de ella toda la utilidad que pueda prestar en cualquiera de ellos»³⁵, son varias las vías jurídicas que pueden conllevar la adquisición de tal derecho.

Entre ellas podríamos mencionar, en primer lugar, las adquisiciones de la propiedad que tengan lugar como consecuencia de la celebración de un negocio traslativo, ya sea oneroso o gratuito.

Por lo que respecta a aquellos contratos que puedan calificarse como onerosos, el supuesto más típico vendrá representado por la tradición precedida de una compraventa, lo cual no obsta para que puedan incluirse también supuestos de adjudicaciones por actos de autoridad (judicial o no), en los casos en que proceda; casos de adquisición precedida del ejercicio de un derecho real de adquisición, como el tanteo o el retracto³⁶; supuestos en los que la adquisición de la vivienda sea consecuencia de una dación en pago de una deuda anterior; o negocios a través de los cuales se haya obtenido la vivienda habitual como consecuencia de la constitución de un contrato de renta vitalicia.

Mención especial merece la permuta, calificada por los civilistas como un contrato consensual, recíproco, traslativo y oneroso³⁷. De acuerdo con esas características, no parece que deba dudarse de la posibilidad de incluir los contratos de permuta entre las vías que habilitan al titular de una vivienda que haya adquirido su pleno dominio de este modo para practicar la exención que estamos analizando.

Precisamente como un supuesto especial de permuta califican mayoritariamente los civilistas a aquellas operaciones en virtud de las cuales un sujeto cede su vivienda antigua a un promotor o constructor que adquiere su propiedad, a cambio de entregar uno de los pisos nuevos que se edifiquen en el solar donde se hallaba la vivienda antigua³⁸, operaciones cada vez más frecuentes en la práctica. En estos supuestos el elemento fundamental a tener en cuenta para considerar aplicable la

³⁵ ALBADALEJO, M.: *Derecho Civil III. Derecho de Bienes*, 10.ª ed. Madrid, Edisofer, 2004, pág. 232.

³⁶ En los casos en los que se ejerciten estos derechos habrán de tenerse en cuenta, para calcular la base de la deducción, todos los gastos en los que haya incurrido el adquirente de la misma. Piénsese así que en el caso de que se ejercite un derecho de retracto, el retrayente ha de sufragar, entre otros, y además del precio de la vivienda y los gastos que conlleve dicha adquisición, los que hubiera generado, en su caso, la primera transmisión que finalmente resultó frustrada por el ejercicio de tal derecho.

³⁷ VV.AA.: *Manual de Derecho civil. Contratos*, coord. Rodrigo BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Madrid, Bercal, 2003, pág. 139.

³⁸ VV.AA.: *Manual de Derecho civil. Contratos, op. cit.*, pág. 143.

exención que comentamos pasa por atender al plazo que transcurra entre la entrega de la vivienda antigua y el de la reinversión, que debe coincidir con el instante de la entrega al contribuyente de su nueva vivienda, adquiriendo por ese acto la titularidad de la misma. Entre ambos momentos no podrá existir, para aplicar la exención, un intervalo temporal superior a dos años, como después analizaremos.

En relación con los negocios traslativos de carácter gratuito ha de tenerse en cuenta que, dada la redacción de los preceptos que la normativa reguladora del IRPF dedica a la exención por reinversión en vivienda habitual, cuando los mismos generen una efectiva traslación del pleno dominio de la vivienda se convierten en presupuestos habilitantes de la práctica de la exención.

Indudablemente, la donación constituye el supuesto más paradigmático de los aludidos negocios, teniendo por objeto la transmisión de la propiedad o pleno dominio, sin reservas, de la que va a constituir la vivienda habitual del donatario. En ese contexto éste podrá aplicar la exención que nos ocupa respecto de todos los gastos inherentes a la operación, tales como los de notario y registro que conlleva la exigencia legal de efectuar la donación de inmuebles en escritura pública, el importe abonado en concepto de ISD, así como el importe de las cargas que graven el inmueble donado³⁹ y, en su caso, «el importe del gravamen o contraprestación impuesto al donatario»⁴⁰, en el caso de que la donación sea de las denominadas onerosas⁴¹.

Al hilo de las donaciones como vehículo válido para aplicar la exención por reinversión, la DGT ha abordado en alguna ocasión el tratamiento fiscal que debe darse a las donaciones recíprocas que pueden realizarse entre dos sujetos como vía para cambiar sus respectivas viviendas habituales. En esos casos las entregas de los inmuebles se han calificado como transmisiones onerosas, susceptibles de generar ganancias patrimoniales exentas por reinversión en vivienda habitual con la única particularidad de que en estos casos la contraprestación se satisface en especie⁴².

Todos los vehículos jurídicos mencionados hasta el momento como aptos para producir la «adquisición» de la vivienda habitual, en los términos en los que se manifiesta la Ley del IRPF, son consecuencia de actos *inter vivos*. Sin embargo, la normativa del impuesto no establece, como ya señalamos, limitación alguna al respecto, por lo que ha de entenderse que también servirán como

³⁹ «Al haber adquirido la consultante su vivienda habitual por donación y haber asumido el pago de las cantidades pendientes de la hipoteca que gravaba la misma, podrá practicar deducción por inversión en vivienda habitual por las cantidades satisfechas anualmente por la amortización del préstamo hipotecario (capital e intereses), siempre que la vivienda cumpla los requisitos exigibles para ser considerada la vivienda habitual de la consultante». DGT de 15 de julio de 2003 [n.º 0998/2003 (NFC018080)].

⁴⁰ LÓPEZ DÍAZ, A.: «Las deducciones en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas. Análisis especial de la deducción por adquisición de vivienda habitual», *op. cit.*, págs. 504-505.

⁴¹ Tal y como señala el artículo 619 del Código Civil, es también donación aquella en la que se impone al donatario un gravamen inferior al valor de lo donado, en cuyo caso, y según el artículo 622 del Código Civil, la donación onerosa se regirá por las reglas generales de los contratos y por las específicas de la donación en la parte que exceda del valor del gravamen impuesto. Así pues, en el caso de que la donación onerosa tenga por objeto una vivienda que constituirá la residencia habitual del donatario, éste podrá tomar en consideración, a efectos de calcular la base de la deducción que nos ocupa, tanto los gastos que conlleva la donación en la parte de la operación que pueda calificarse como liberalidad, como el importe del gravamen que le hubiera impuesto el donante.

⁴² *Vid.* DGT V2385-08, de 16 de diciembre de 2008 (NFC031525).

presupuestos para aplicar la exención aquellas adquisiciones que se produzcan como consecuencia de actos mortis causa, tales como la donación mortis causa⁴³, la herencia o el legado. En esos casos, obviamente, la reinversión se limitaría a los gastos que la adquisición de la vivienda por esta vía pueda acarrear teniendo en cuenta que, por lo que respecta al importe de lo pagado por el Impuesto sobre Sucesiones, habrá de tener únicamente en cuenta la parte que se corresponde con la vivienda, en caso de existir otros bienes.

De acuerdo con todo lo señalado en torno a los diferentes negocios jurídicos que pueden servir para adquirir una vivienda habitual es necesario insistir en que, cualquiera que haya sido la vía utilizada, el resultado ha de ser la titularidad del pleno dominio del inmueble por parte de una persona física que sea contribuyente del IRPF. Ése será precisamente el sujeto que pueda beneficiarse de la exención que estamos analizando, beneficio que podrá recaer sobre varios sujetos cuando todos ellos hayan adquirido la propiedad de la vivienda conjuntamente, en cuyo caso, lógicamente, la deducción se practicará en proporción a su participación en la adquisición. Del mismo modo, en estos casos, la pérdida de las condiciones que posibilitan la práctica de la deducción por uno de ellos no tiene por qué afectar al resto de los cotitulares.

2. La rehabilitación de vivienda habitual.

El artículo 41 del Reglamento del IRPF, encargado de regular la exención por reinversión, asimila expresamente la «adquisición» de una nueva vivienda habitual a su «rehabilitación» como presupuesto para aplicar dicho beneficio fiscal, remitiéndose expresamente al artículo 55.5 de ese cuerpo normativo para saber qué ha de entenderse por rehabilitación de vivienda habitual. Pues bien, partiendo de lo dispuesto por ese precepto, podrán calificarse como rehabilitación las obras que cumplan cualquiera de los siguientes requisitos:

- a) Que hayan sido calificadas o declaradas como actuación protegida en materia de rehabilitación de viviendas en los términos previstos en el Real Decreto 801/2005, de 1 de julio (NFL009265), por el que se aprueba el Plan Estatal 2005-2008, para favorecer el acceso de los ciudadanos a la vivienda. Actualmente la remisión a esta norma puede entenderse hecha al Real Decreto 2066/2008, de 12 de diciembre, por el que se regula el Plan Estatal de Vivienda y Rehabilitación 2009-2012 (NSL011434).
- 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 100 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.

⁴³ La donación mortis causa, esto es, la que haya de producir sus efectos a la muerte del donante participa, a tenor del artículo 620 del Código Civil, de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad y, por tanto, su naturaleza jurídica se aleja de la de una verdadera donación.

La primera de las condiciones se remite a una norma en la que se regula la rehabilitación de vivienda, no en términos absolutos, sino haciendo únicamente referencia a la rehabilitación protegida de las mismas en los términos a los que se refiere el citado real decreto. Así pues, únicamente incluye como tales a una serie de actuaciones sobre viviendas realizadas con el concurso de ayudas a cargo de fondos del Estado, en función de programas diseñados por la Administración central, siempre y cuando el órgano competente les otorgue la oportuna calificación de actuaciones protegibles.

No obstante lo anterior, no podemos olvidar las competencias que las comunidades autónomas tienen atribuidas en materia de vivienda, con lo que a estos efectos podríamos hablar también de actuaciones de rehabilitación de normativa autonómica cuando las viviendas sean objeto de rehabilitación sobre la base de los diferentes programas definidos y gestionados por la respectiva comunidad autónoma, con la aportación de ayudas a cargo de fondos públicos autonómicos. A este respecto habrá que analizar en cada comunidad autónoma si se ha establecido, al margen de lo dispuesto en la normativa estatal, alguna deducción autonómica que afecte a la rehabilitación de viviendas.

Por lo que atañe a la segunda de las condiciones cuyo cumplimiento posibilitará la aplicación de la deducción que estamos analizando en concepto de rehabilitación de vivienda, es necesario reparar en diversas cuestiones. En primer lugar, de la lectura de dicho apartado se desprende la necesidad de constatar dos requisitos para apreciar la existencia de una obra de rehabilitación.

Así, por un lado, existe una condición cuantitativa, toda vez que el importe de las obras debe exceder del 25 por 100 del precio de adquisición, si ésta se efectuó durante los dos años inmediatamente anteriores al inicio de las obras de rehabilitación, o del valor de mercado que tuviera la vivienda en el momento de dicho inicio. En relación con esta cuestión ha de destacarse la modificación que sobre el concepto de rehabilitación recogido en el artículo 55.5 del Reglamento del IRPF se ha realizado por el Real Decreto 861/2008, de 23 de mayo. Así, mientras que antes de este cambio las obras realizadas en un edificio se consideraban rehabilitación cuando su coste superase el 25 por 100 del precio de adquisición del inmueble o, en su caso, su valor de mercado, importes en los que se incluía el precio del suelo, esta posibilidad se excluye expresamente por el vigente artículo 55.5 del Reglamento del IRPF al disponer que «se descontará del precio de adquisición o del valor de mercado de la vivienda la parte proporcional correspondiente al suelo»⁴⁴.

Por otra parte, y desde una perspectiva cualitativa, las obras deben consistir en la consolidación o tratamiento de elementos estructurales de la edificación (estructuras, fachadas, cubiertas, o elementos estructurales análogos). Sobre esta cuestión resulta ilustrativa la Resolución de la DGT de 5 de marzo de 1997⁴⁵. En ella se analiza el concepto de rehabilitación a efectos del IVA, donde se define en términos similares a los del Reglamento del IRPF, y se aclara lo siguiente: «Con independencia del coste de las reparaciones o reconstrucciones y su relación con el valor del edificio, para que dichas operaciones tengan la consideración de "rehabilitación" (...), es necesario que (...) consistan en la

⁴⁴ En relación con el IVA, ha sido el Real Decreto-Ley 2/2008 el que ha modificado el concepto de «rehabilitación de edificios» en el sentido arriba expuesto.

⁴⁵ BOE de 12 de marzo de 1997.

consolidación o tratamiento de elementos estructurales de la edificación (estructuras, fachadas, cubiertas o elementos estructurales análogos), de manera que las operaciones de reacondicionamiento, mejora o reforma de la vivienda, por elevado que sea el importe de su coste, no tendrán el carácter de "rehabilitación" a efectos del referido impuesto. Tal ocurrirá con las obras consistentes en la redistribución del espacio interior, cambio o modernización de instalaciones de fontanería, calefacción, electricidad, gas, solado, alicatado, carpintería, bajada de techos, etc.

En cuanto a las ejecuciones de obra complejas, en las que junto a las referidas operaciones se realizan, asimismo, tareas de tratamiento y consolidación de elementos estructurales, debe tenerse en cuenta el objetivo perseguido con el beneficio fiscal, por lo que una interpretación recta de la norma debe llevar a entender que las referidas ejecuciones de obra tributarán al tipo reducido del impuesto sólo cuando consistan principalmente en el tratamiento de los elementos estructurales de la edificación, de manera que si este tratamiento supone sólo una pequeña parte del presupuesto total de la ejecución, no cabe calificar la obra en su conjunto como "de rehabilitación" en los términos indicados por la Ley del IVA.

En consecuencia con todo lo indicado, esta Dirección General considera que las ejecuciones de obra consistentes en la reforma, readaptación, redistribución, mejora o reconstrucción de edificaciones cuya construcción ya esté terminada, que no tenga única o principalmente por objeto el tratamiento o consolidación de elementos estructurales de la edificación (estructuras, cubiertas, fachadas o análogos), no se considerarán de rehabilitación a efectos de lo previsto en la Ley del IVA, con independencia de que el coste de dichas obras exceda del 25 por 100 del precio de adquisición o verdadero valor de la edificación»⁴⁶.

Éste debe ser, en nuestra opinión, el criterio que se aplique también a efectos del IRPF en relación con el concepto de rehabilitación manejado en dicha norma.

IV. ASPECTOS TEMPORALES DE LA EXENCIÓN POR REINVERSIÓN

1. Plazo de reinversión.

Todo lo señalado hasta el momento respecto de la habitualidad como condición para aplicar el beneficio fiscal que comentamos debe poder predicarse, como ya se ha apuntado, tanto del inmueble que se transmite como del que se adquiere, y en el que se materializa la reinversión.

Cumplida dicha condición respecto del primero de ellos, la reinversión del importe obtenido con la enajenación debe efectuarse, de una sola vez o sucesivamente, en un periodo no superior a dos

⁴⁶ En los mismos términos, aunque a efectos del IRPF, *vid.* contestación a consulta de la DGT de 25 de febrero de 2003 [n.º 0268-03 (NFC017359)].

años desde la fecha de la transmisión, tal y como se desprende del artículo 41 del Reglamento del IRPF. En aquellos casos en los que la venta se hubiera efectuado a plazos o con precio aplazado, tal y como señala ese mismo precepto, se entenderá que la reinversión se efectúa en plazo siempre y cuando el importe de los plazos se destine a la reinversión dentro del periodo impositivo en que se vayan percibiendo. Así pues, en el caso de que la reinversión no se realice en el año de la enajenación o en el de la percepción del importe de los plazos aludidos, el contribuyente debe hacer constar en la declaración del IRPF del ejercicio en el que se obtenga la ganancia, su intención de reinvertir en las condiciones y plazos señalados, tal y como señala el Reglamento del IRPF.

De acuerdo con lo anterior, en esos casos habrá que entender, en línea con las consideraciones de la DGT, que existen dos plazos diferenciados: en primer lugar, el plazo de adquisición de la nueva vivienda, consistente en dos años desde la enajenación de la vivienda antigua; y, en segundo lugar, el plazo de aplicación del importe obtenido por la enajenación de la vivienda antigua, en el caso de venta a plazos o con precio aplazado, consistente en su posibilidad de aplicación en el mismo ejercicio en que se perciban dichos importes. Habrá que entender así, que «dichos plazos son complementarios y no excluyentes, de tal forma que en el caso de venta a plazos de la vivienda habitual, la nueva vivienda deberá ser adquirida en el plazo de dos años, pero el importe obtenido por la venta podrá aplicarse al pago de la vivienda ya adquirida conforme se vayan percibiendo los distintos plazos»⁴⁷.

En torno a esta cuestión el aludido centro directivo analizó un caso de permuta de vivienda antigua por una nueva construida sobre el solar de aquella. Respecto de este supuesto el consultante planteaba la posibilidad de aplicar la exención que nos ocupa aun cuando la adquisición de la nueva vivienda se produjese en un periodo superior a los dos años que fija la ley para la reinversión, amparándose en la posibilidad de asimilar la permuta a la venta con precio aplazado. Sobre este particular la DGT afirmó que «debe ser rechazado el criterio que se consulta de que la adquisición de la nueva vivienda pueda efectuarse pasados los dos años, en el caso de las permutas, cuando la nueva vivienda forme parte del precio obtenido en la enajenación de la antigua»⁴⁸.

Ciertamente el criterio manifestado por la DGT no sólo se ajusta a lo dispuesto por la normativa vigente, sino también a los más recientes criterios doctrinales y jurisprudenciales emitidos respecto al momento en el que deben entenderse producidos los efectos de las permutas, especialmente por lo que respecta al momento de la imputación temporal de la renta derivada de tales operaciones y ello, tanto a efectos del IRPF⁴⁹ como respecto de otros tributos⁵⁰.

⁴⁷ Vid. DGT V1076-08, de 30 de mayo de 2008 (NFC029780).

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ En ese sentido, la SAN de 5 de diciembre de 2006 (NFJ024646) establece que la imputación temporal del incremento patrimonial ha de hacerse en el ejercicio en que se reciban dichas edificaciones y no en el momento de la perfección del contrato.

⁵⁰ Vid. Resolución del TEAC de 25 de junio de 2004 (NFJ018004), donde se concluye que «las ventas de los pisos, realizadas durante su construcción por las empresas inmobiliarias, deben computarse en resultados en el momento en que éstos estén sustancialmente terminados». En ese sentido, Resolución del TEAC de 28 de junio de 2007 (NFJ028215): «En una permuta de un solar por edificaciones futuras el incremento se imputará al promotor que recibe el solar cuando las construcciones estén en condiciones de la entrega material, es decir, cuando los inmuebles estén sustancialmente terminados».

De este modo, cuando se permuta una vivienda antigua por otra nueva, el momento en el que debe imputarse la correspondiente ganancia patrimonial es el de la entrega de la vivienda nueva. En ese sentido se ha manifestado la Audiencia Nacional, que siguiendo la «tesis de la Inspección y del TEAC», considera que «la imputación del incremento ha de hacerse en el ejercicio (...) en que se recibieron los pisos o locales, y no en el momento de la percepción del contrato».

Así las cosas, cuando un sujeto firma un contrato de permuta cediendo su vivienda a cambio de otra de nueva construcción, podrá aplicar la exención por reinversión en vivienda habitual siempre y cuando «adquiera» la nueva vivienda en un plazo no superior a dos años desde que abandonó la anterior en virtud de la permuta, siendo en ese momento cuando habrá de calcular el incremento patrimonial exento por reinversión.

Así las cosas, los aspectos temporales que vienen a condicionar la aplicación de la exención por reinversión son fundamentales y deben ser siempre interpretados conjuntamente con las operaciones en las que, como vimos, debe materializarse la reinversión, esto es, la adquisición o rehabilitación de una nueva vivienda habitual.

Dicha interpretación conjunta obliga a referirnos ahora a un supuesto de adquisición de vivienda al que no hicimos referencia cuando tratamos de aclarar el significado de dicha expresión, por encontrarse directamente condicionado por los aspectos temporales de la exención que nos ocupa. Nos referimos al supuesto de construcción de vivienda que el legislador del IRPF asimila a la «adquisición» de la misma a efectos de la práctica de la deducción por inversión en vivienda habitual. En ese caso, la normativa reguladora del IRPF asimila la construcción de la vivienda en un plazo de cuatro años a la adquisición, pero sólo respecto de la aplicación de dicha deducción. Así pues, no cabe extrapolar lo que respecto a la construcción de viviendas se establece a esos efectos a la exención por reinversión.

No obstante lo anterior, es necesario hacer una precisión ulterior a lo que acaba de señalarse, ya que con ello no queremos decir que se excluya la exención por reinversión en todos los casos en los que un sujeto venda su vivienda para invertir lo obtenido en la construcción de otro inmueble que vaya a constituir su residencia habitual. En casos como éste podría aplicarse la exención que comentamos, pero siempre que dentro del plazo de dos años se produzca una verdadera adquisición de la vivienda nueva ⁵¹. En ese sentido no puede perderse de vista que la adquisición se producirá en la fecha en que, de acuerdo con las disposiciones del Código Civil, concurren el título o contrato y la entrega o tradición de la nueva vivienda. Así pues, será indiferente el momento en el que se iniciara la construcción, pero la misma debe finalizar, para que se produzca una verdadera adquisición ⁵², dentro del mencionado plazo, respecto del cual no se contempla posibilidad alguna de prórroga en este caso.

⁵¹ En ese sentido se manifiesta la DGT, que en un Informe de 20 de diciembre de 2004 (ref. 123417) interpreta en el sentido aludido la posibilidad de aplicar la exención por reinversión en el supuesto en el que se transmita una vivienda habitual y se pretenda reinvertir lo obtenido en una vivienda en construcción.

⁵² A estos efectos la DGT, en Consulta Vinculante n.º 2429-06, de 1 de diciembre (NFC024789), señaló lo siguiente: «Por otra parte, para el cómputo de este plazo de dos años, debe tenerse en cuenta que en Derecho español, según el Tribunal Supremo y opinión mayoritaria de la doctrina, rige la teoría del título y el modo, de tal manera que "la constancia de un contrato de compraventa en documento privado no transfiere por sí sola el dominio si no se acredita la tradición de la cosa vendida" (Sentencia de 27 de abril de 1983). La tradición puede realizarse de múltiples formas, entre las que pueden citarse para los bienes inmuebles: la puesta en poder y posesión de la cosa, la entrega de las llaves o de los títulos de pertenencia o el otorgamiento de escritura pública.

En ese sentido, la DGT señala que «teniendo en cuenta que las normas civiles no incluyen la construcción dentro del concepto de adquisición, ni el (...) Reglamento del Impuesto la asimila a la adquisición a efectos del beneficio fiscal de la exención por reinversión, ni admite posibilidad alguna de ampliación de plazo, se puede concluir que si la entrega de la vivienda se produce fuera del plazo de los dos años establecido reglamentariamente, no se podrá aplicar el beneficio fiscal de la exención por reinversión en vivienda habitual a la ganancia patrimonial derivada de la transmisión. Dicho plazo es aplicable para todos los casos, independientemente de que la adquisición se produzca por compraventa, donación permuta, como en el presente caso, o por cualquier otro medio válido en Derecho»⁵³.

Esta situación constituye una diferencia relevante respecto de lo que sucede con la deducción por inversión en vivienda habitual aplicable en los supuestos de construcción⁵⁴, la cual, a juicio de algunos autores, «conlleva en la práctica una limitación en la aplicación de la exención que no resulta justificable»⁵⁵.

2. Plazo para la transmisión.

Desde un punto de vista temporal hemos examinado cuál es el plazo que un sujeto tiene para reinvertir las cantidades obtenidas por la enajenación de su vivienda habitual. Sin embargo, desde esta perspectiva existe otra cuestión de carácter temporal que es necesario abordar, sobre todo por la relevancia que la misma tiene a efectos prácticos.

Nos referimos a una cuestión cuya regulación ha sido incorporada *ex novo* por el Real Decreto 439/2007, en virtud del cual se aprobó el Reglamento del IRPF, y que ha introducido un importante elemento de flexibilización respecto del sentido en el que, en los supuestos de reinversión, debe entenderse la habitualidad referida a la vivienda que se enajena. En ese sentido la nueva regulación permite, a efectos de la práctica de la exención que nos ocupa, que un inmueble no pierda tal condición aun cuando hubiera sido desocupado por su titular durante un plazo de hasta dos años antes de la fecha de su transmisión⁵⁶, y ello con motivo de la compra de su nueva vivienda habitual con carácter previo a la transmisión de la antigua.

Así las cosas, la aplicación de la exención por reinversión en vivienda habitual no sólo beneficiará a los sujetos cuyo inmueble reúna las condiciones que conlleva la aludida habitualidad en

Por tanto, el otorgamiento de escritura pública, conforme al artículo 1.462 del Código Civil, supone la entrega del inmueble, de modo que la fecha de su formalización determina la fecha de adquisición del inmueble, salvo que se pruebe la existencia de título y entrega anterior, y será ésta la fecha que la consultante deberá tener en cuenta para computar el plazo de dos años».

⁵³ Vid. DGT V1076-08, de 30 de mayo de 2008 (NFC029780).

⁵⁴ DGT de 14 de abril de 2004 [n.º 0945-04 (NFC034476)].

⁵⁵ GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A.I.: «Inversión en vivienda y beneficios fiscales en el IRPF», *Revista de Información fiscal*, n.º 77, 2006, pág. 17.

⁵⁶ Vid. artículo 54.4 del Reglamento del IRPF.

el momento en el que decidan disponer de él, sino también a aquellos cuya vivienda hubiera tenido tal consideración «hasta cualquier día de los dos años anteriores a la fecha de la transmisión», plazo en el que debe haberse adquirido una nueva vivienda habitual. Es decir, el contribuyente podrá beneficiarse de la exención de la plusvalía generada en la venta si la reinvierte en la nueva vivienda habitual, aunque la primera vivienda la hubiera abandonado hasta dos años antes del momento de la venta.

Esta última posibilidad, no contemplada en la normativa anterior, permite que el contribuyente pueda adquirir una vivienda nueva sin haber transmitido todavía la anterior, para lo cual cuenta con dos años, sin perder por ello el derecho a la exención por reinversión. Esto no era posible hasta la aludida reforma normativa, toda vez que con anterioridad a la misma había que interpretar que abandonada la vivienda que constituía la residencia habitual del sujeto procediendo a su venta con posterioridad, se estaba realizando la enajenación de un inmueble que había dejado de tener la condición de vivienda habitual para el transmitente.

No obstante lo que de positivo tiene la aludida modificación, conviene introducir algunas aclaraciones al respecto. En ese sentido, ha de tenerse en cuenta que el periodo de hasta dos años en el que la vivienda puede permanecer desocupada por su titular no formará parte del cómputo de tres años que, como regla general y a salvo de algunas excepciones, es necesario que transcurra para que una edificación adquiera el carácter de vivienda habitual. Así las cosas, dicha condición debe poder atribuirse a la vivienda, tal y como se desprende del tenor literal del artículo 54.4 del Reglamento del IRPF, bien en el momento en el que se transmita o bien en cualquier día de los dos años anteriores a la fecha de la transmisión.

En relación con la circunstancia temporal aludida puede hacerse una precisión ulterior, ya que hasta ahora hemos hablado de la posible desocupación de la vivienda por parte de su titular durante un plazo de hasta dos años previos a la fecha de la transmisión. En ese sentido, cabe plantear la posibilidad de que, aun cuando dicho contribuyente hubiera dejado de residir en dicho inmueble, el mismo no estuviese desocupado. Éste podría ser el caso de la constitución de un contrato de arrendamiento sobre el mismo o de la constitución de un derecho de usufructo a favor de un tercero, constituidos durante ese periodo de hasta dos años en el que, a los efectos que aquí interesan, la vivienda no perdería su condición de habitual para su propietario. En estos casos, y toda vez que la normativa aplicable no establece ninguna limitación, no parece que este hecho impida considerar a la vivienda objeto de alquiler o usufructo como habitual a los efectos de practicar la exención por reinversión. Todo ello, obviamente, siempre y cuando el contribuyente que quiera aplicar dicho beneficio fiscal recupere la plena titularidad y poder de disposición de la vivienda en el momento de la transmisión.

Al margen de lo anterior, lo cierto es que el Reglamento del IRPF ha flexibilizado significativamente la regulación de los supuestos en los que cabe aplicar la exención que nos ocupa por la vía que acaba de exponerse. A mayor abundamiento, y aunque no se trata de una medida de carácter general, el Real Decreto 1975/2008, de 28 de noviembre, ha introducido una disposición transitoria novena al Reglamento del IRPF en la que se dispone una ampliación del plazo de dos años para transmitir la vivienda habitual a efectos de la exención por reinversión, aunque sólo en aquellos casos en los que previamente se hubiera adquirido otra vivienda en los ejercicios 2006, 2007 y 2008. Concretamente

se señala que en los casos «en los que se adquiriera una nueva vivienda previamente a la transmisión de su vivienda habitual y dicha adquisición hubiera tenido lugar durante los ejercicios 2006, 2007 ó 2008, el plazo de dos años a que se refiere el último párrafo del apartado 2 del artículo 41 de este reglamento para la transmisión de la vivienda habitual se ampliará hasta el día 31 de diciembre de 2010». En estos supuestos, «se entenderá que el contribuyente está transmitiendo su vivienda habitual cuando se cumpla lo establecido en el apartado 4 del artículo 54 de este reglamento, así como cuando la vivienda que se transmite hubiese dejado de tener la consideración de vivienda habitual por haber trasladado su residencia habitual a la nueva vivienda en cualquier momento posterior a la adquisición de esta última».

El ejecutivo trata así de introducir una medida que contribuya a paliar los efectos que la crisis económica, especialmente dura en el sector de la construcción, puede generar para aquellas personas que habían adquirido una vivienda nueva con la intención de vender la anterior y esta última operación se ha retrasado por la drástica caída que ha experimentado la venta de viviendas, especialmente de segunda mano.

V. CUANTIFICACIÓN DEL IMPORTE DE LA REINVERSIÓN

De entre las diferentes cuestiones que pueden abordarse en relación con la exención que comentamos, la normativa del IRPF presta especial atención a su dimensión cuantitativa, esto es, al importe que en cada caso podrá dejar de integrarse en la base imponible del tributo.

Así, en primer término, cabe hablar de una exención total cuando el importe obtenido con la transmisión de la vivienda se reinvierta, íntegramente, en la adquisición de la nueva vivienda habitual. No obstante lo anterior hay que tener en cuenta un supuesto que se pone de manifiesto en la práctica en muchas de estas operaciones, y al que se refiere expresamente el artículo 41 del Reglamento del IRPF. Nos referimos al caso de que la vivienda que se enajena tuviese pendiente de amortización parte del préstamo utilizado en su día para su adquisición. Respecto de estos supuestos se establece que únicamente se considerará como importe total obtenido con la enajenación, el que resulte de minorar el valor de transmisión en el importe del principal del préstamo que se encuentre pendiente de amortización en el momento de formalizar la operación.

En segundo término, y también teniendo en cuenta la salvedad que acabamos de hacer, existe la posibilidad de que la ganancia patrimonial obtenida con la transmisión de la vivienda no se reinvierta en su totalidad en la adquisición de la nueva, en cuyo caso estaremos hablando de una exención parcial. Esto es, únicamente dejará de integrarse en la base imponible del impuesto la parte proporcional que corresponda a la cantidad efectivamente reinvertida.

Por otra parte y continuando con las cuestiones que desde un punto de vista cuantitativo suscita la exención por reinversión, ha de hacerse referencia a otro tipo de operaciones que no son infrecuentes en la práctica y en las que un sujeto, en el proceso de cambio de su vivienda habitual, invierte en la adquisición de la que será su próxima residencia habitual cantidades ahorradas. Con

posterioridad vende su hasta entonces vivienda, destinando el importe obtenido en su venta a reponer la cuantía de los ahorros que invirtió en la adquisición de la nueva. Pues bien, valorando la posibilidad que el contribuyente tiene en estos casos de acogerse a la exención por reinversión respecto de las cantidades ahorradas previamente adelantadas y que posteriormente son repuestas al enajenar su primera vivienda, la DGT se manifiesta contraria a tal posibilidad.

En ese sentido, en una consulta vinculante de 2006⁵⁷, el aludido centro directivo señaló textualmente lo siguiente: «el contribuyente podrá exonerar el total de la ganancia patrimonial obtenida en la transmisión de su vivienda habitual siempre que reinvierta el total importe obtenido en dicha transmisión en el plazo de los dos años anteriores o posteriores contados a partir de la fecha en que se efectúa la transmisión, en la adquisición de su futura vivienda habitual (...). En el presente caso, habiendo adquirido, la que va a constituir nueva vivienda habitual, dentro de los dos años previos a la fecha de transmisión, la exención por reinversión podrá aplicarse en función del importe que del total obtenido destine a satisfacer el precio pendiente de pago de la nueva vivienda. Por tanto *de aplicar los fondos obtenidos a reponer ahorros previamente invertidos en la adquisición de la nueva vivienda habitual, la ganancia patrimonial generada quedará sujeta y no exenta de tributación*».

A nuestro modo de ver, la DGT realiza en este punto una interpretación que no cabe deducir, ni del artículo 38 de la Ley del IRPF, ni del artículo 41 del Reglamento del IRPF. En ese sentido, la doctrina administrativa establece en este punto un requisito que en ningún caso puede deducirse de la normativa reguladora de la exención que comentamos. Así, mientras en ésta se alude la necesidad de que el importe obtenido se destine 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 la antigua, la DGT ha considerado que el destino de esas cantidades, para considerarlas exentas, debe ser el de la satisfacción del precio «pendiente de pago» de la nueva vivienda.

Ciertamente este añadido es el que conduce a la interpretación mantenida por la DGT que, a nuestro juicio, no cabe deducir ni de la Ley y Reglamento del IRPF ni, por otra parte, se ajusta a la finalidad de la norma. Piénsese que si el vigente Reglamento del IRPF incorporó la posibilidad de aplicar la exención en los supuestos de adquisición de la nueva vivienda habitual con carácter previo a la transmisión de la antigua con la intención de flexibilizar la aplicación de la exención, extremo que ha sido valorado muy positivamente, una interpretación teleológica de la norma no debería conducir a negar dicho beneficio fiscal a aquellos que utilizan cantidades ahorradas en la adquisición total o parcial de la nueva vivienda habitual. A mayor abundamiento, resulta discutible que esa interpretación sea coherente con la idea de justicia tributaria ya que, a todas luces, se trata de una opinión que no hace sino penalizar el ahorro en este caso. Piénsese que si la adquisición de la nueva vivienda se produce con financiación ajena, las cantidades obtenidas con la venta de la antigua sí podrían beneficiarse de la exención.

En definitiva, la doctrina de la DGT en este caso no viene sino a limitar injustificadamente la aplicación de la exención que nos ocupa, ya que, a nuestro juicio, nada cabe deducir en ese sentido de la normativa reguladora del IRPF.

⁵⁷ DGT V1304-06, de 30 de junio de 2006 (NFC023267).

Por último, y para cerrar el examen de los requisitos previstos para la aplicación de la exención por reinversión ha de hacerse mención de la posibilidad de que, por circunstancias sobrevenidas, se incumpla alguna de las condiciones impuestas por la normativa del impuesto para poder beneficiarse de la exención. En ese supuesto el reglamento establece, como no puede ser de otro modo, el sometimiento a gravamen de la ganancia patrimonial que corresponda.

En estas circunstancias el contribuyente deberá practicar una autoliquidación complementaria imputándose la parte de la plusvalía no exenta al año de su obtención, incluyendo los intereses de demora. La presentación de la declaración-liquidación se realizará en el plazo que medie entre la fecha del incumplimiento y la finalización del plazo reglamentario de declaración correspondiente al ejercicio en que se produzca dicho incumplimiento.

VI. CONSECUENCIAS DERIVADAS DE LA COEXISTENCIA ENTRE LA EXENCIÓN POR REINVERSIÓN Y LA DEDUCCIÓN POR INVERSIÓN EN VIVIENDA HABITUAL

Para terminar este estudio es preciso hacer una referencia a la forma en la que pueden conciliarse los dos principales beneficios fiscales arbitrados a efectos del IRPF respecto de la adquisición de una nueva vivienda habitual por parte de un contribuyente. Éstos son, la exención por reinversión y la deducción por inversión en vivienda habitual.

Atendiendo a la regulación de esta última, abordada esencialmente por los artículos 68.1 y 55 de la Ley y el Reglamento del IRPF, respectivamente, los contribuyentes pueden deducirse un porcentaje de las cantidades satisfechas en el periodo de que se trate por la adquisición o rehabilitación de la que vaya a constituir su vivienda habitual, teniendo en cuenta el límite máximo de 9.015 euros que para la base de la deducción establece dicha normativa.

Así las cosas, existe la posibilidad de aplicar dos tratamientos fiscales que han de plantearse como alternativos para la ganancia obtenida por la enajenación de una vivienda habitual cuando su importe se destina, en todo o en parte, a la adquisición de otra vivienda habitual, éstos son: la exención por reinversión a la que hemos hecho referencia o que dicha cantidad opere como mayor base de cálculo de la deducción por adquisición de vivienda habitual.

La incompatibilidad entre ambas alternativas referida a las mismas cantidades exige que el contribuyente deba optar por una de ellas en el ejercicio en el que se ponga de manifiesto la ganancia patrimonial, procediendo a declarar la existencia de dicha renta y optando en su caso por la exención por reinversión. Precisamente en torno a la forma de ejercitar dicha opción se ha manifestado recientemente el TEAC⁵⁸, conociendo de un recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio. El tribunal examina aquí si la opción por la exención por reinversión, en detrimento de una mayor base de cálculo de la deducción por adquisición de vivienda habitual, sólo surtirá efectos si se explicita formalmente esa opción en la declaración del ejercicio en el que se devenga la ganancia patrimonial, de tal forma que, de no hacerse así, se perdería la posibilidad de aplicar dicho beneficio fiscal.

⁵⁸ Vid. Resolución del TEAC de 18 de diciembre de 2008 [n.º 00/3277/2006 (NFJ030929)].

Ésta fue la opinión defendida por el director del Departamento de Gestión Tributaria de la AEAT, solicitando unificación de criterio en el sentido de declarar que: «La opción por la exención de la ganancia patrimonial obtenida en la transmisión de la vivienda habitual como consecuencia de la intención de reinvertir el importe total obtenido en dicha enajenación en la adquisición de una nueva vivienda habitual, deberá hacerse constar en la declaración del impuesto del ejercicio en el que se obtenga la ganancia, rellenando las casillas correspondientes del modelo de autoliquidación con toda la información que requiera la normativa del impuesto, sin que, con posterioridad a la finalización del periodo reglamentario de declaración, pueda rectificarse dicha opción».

Pues bien, no ha sido ésta la interpretación mantenida por el tribunal, que procedió a desestimar el aludido recurso centrando sus argumentos, básicamente, en la consideración de que la referida opción «no parece demandar un especial rigor formal», por lo que «no puede otorgarse carácter sustancial a la forma de exteriorización de la exención por reinversión planteada como obligatoria por el director recurrente, esto es, a la inclusión en la declaración del ejercicio en el que se obtuvo la ganancia misma y de todas las menciones exigidas por el modelo de declaración». Esta idea se hace pivotar sobre dos razones. De una parte, en el hecho de que la normativa del impuesto no otorga condición sustancial a los requisitos formales que acompañan de forma «muy poco clara y precisa» al ejercicio de la opción de aplicación de la exención. Por otro lado, porque no se aprecian razones ligadas al sustrato de las operaciones a las que se aplica la exención que exijan rigor formal, a diferencia de otros supuestos en los que sí estaríamos ante formas sustanciales.

En virtud de lo anterior, el TEAC concluye que «si no se desmiente por alguna otra circunstancia de la declaración del mismo ejercicio o de los siguientes (como sería la aplicación de la deducción por adquisición de vivienda habitual a una base de cálculo que incluyera las ganancias consideradas exentas), la falta de inclusión en ella de la ganancia patrimonial puede ser reveladora de la intención de elegir la exención por reinversión y, si se cumple, obviamente, la totalidad de los requisitos de esta figura, aceptar su aplicación. Ello sin perjuicio, como es obvio, de que se pueda considerar como constitutiva de infracción tributaria la falta de incorporación al modelo de declaración de información que es requerida por él, en particular si, cuando en el ejercicio de la venta aún no se ha realizado la reinversión, no se informa de la intención de reinvertir en el plazo legalmente disponible para ello».

Las consideraciones anteriores se han referido a la posibilidad que tiene el contribuyente de «escoger» la fiscalidad que va a recaer sobre la ganancia patrimonial obtenida con la enajenación de su vivienda antigua invirtiendo dicha renta en la adquisición de una nueva.

Sin embargo, en algunos supuestos más que hablar de opción a esos efectos podríamos referirnos a la forma en la que ambos beneficios fiscales pueden compatibilizarse, posibilidad esta que se desprende de la propia regulación de la deducción por inversión en vivienda habitual, aunque con importantes limitaciones a las que en todo caso debe atenderse.

En ese sentido, ha de plantearse el supuesto de que la ganancia obtenida con la transmisión no fuera suficiente para hacer frente al pago de la nueva vivienda habitual, esto es, que estemos ante un supuesto de reinversión total de la ganancia patrimonial obtenida con la venta pero con la particula-

ridad de que una parte del precio de compra de la nueva vivienda ha de ser abonado por el contribuyente, bien recurriendo a cantidades ahorradas, bien a financiación ajena.

Para esos casos, frecuentes en la práctica, la Ley y Reglamento del IRPF contemplan expresamente la posibilidad de aplicar ambos beneficios tributarios, aunque, evidentemente, no respecto de las mismas cantidades. Ello se deduce del tenor literal del artículo 68.1.2.º de la Ley del IRPF, en virtud del cual «cuando la enajenación de una vivienda habitual hubiera generado una ganancia patrimonial exenta por reinversión, la base de deducción por adquisición o rehabilitación de la nueva se minorará en el importe de la ganancia patrimonial a la que se aplique la exención por reinversión. En este caso, no se podrá practicar deducción por la adquisición de la nueva mientras las cantidades invertidas en la misma no superen tanto el precio de la anterior, en la medida en que haya sido objeto de deducción, como la ganancia patrimonial exenta por reinversión».

De acuerdo con lo anterior, sólo procederá la deducción por inversión en una nueva vivienda habitual en estos casos, cuando las cantidades invertidas superen la suma de ambas partidas, esto es, ganancia patrimonial acogida a la exención por reinversión y base de deducción acumulada, efectivamente aplicada a deducir, por la o las viviendas habituales anteriormente adquiridas o rehabilitadas.

Así las cosas, sólo la cantidad que supere la suma de dichas partidas podrá beneficiarse de la deducción por inversión en vivienda habitual a la que acabamos de referirnos.