

E. Concepto de vivienda a efectos fiscales y pérdida de la condición de vivienda habitual

José María Salcedo Benavente

Abogado especialista en Procedimiento Tributario

Socio Director de «Salcedo Tax Litigation»

jmsalcedo@josemariasalcedo.com

Resumen: *Este trabajo analiza el concepto de vivienda habitual previsto en la normativa del IRPF, por ser el más utilizado por la normativa fiscal. Además, se explican los requisitos que la vivienda tiene que cumplir para tener la condición de habitual, y en qué supuestos puede perderse dicha condición.*

Palabras clave: *Vivienda habitual, requisitos, transmisión de la vivienda, prueba, ocupación efectiva, residencia continuada, IRPF, Impuesto de Sucesiones.*

Abstract: *This work analyzes the concept of habitual residence provided for in personal income tax regulations, as it is the most used by tax regulations. In addition, the requirements that the home must meet to have habitual status are explained, and in what cases this status may be lost.*



Keywords: *Habitual residence, requirements, transfer of residence, proof, effective occupation, continued residence, personal income tax, inheritance tax.*

Sumario: 1. Concepto de vivienda habitual en la normativa del IRPF y aplicación en otros impuestos. 1.1 Aplicación en otros impuestos. Incidencia de la entrada en vigor de la Ley 12/2023. 1.2 Requisitos para que la vivienda adquiera el carácter de habitual, y excepciones a la regla general. 2. Pérdida de la condición de la vivienda habitual: supuestos en los que se produce y consecuencias. 2.1 El plazo de dos años para transmitir la vivienda habitual desde que se deja de habitar en ella. 2.1.1 El caso de los divorciados que abandonaron su vivienda habitual por decisión judicial: la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2023. 2.1.2 Aplicación a otros supuestos. 2.2 Pluralidad de viviendas habituales en un mismo contribuyente. 2.3 La prueba de que la vivienda es la habitual.

1. CONCEPTO DE VIVIENDA HABITUAL EN LA NORMATIVA DEL IRPF Y APLICACIÓN EN OTROS IMPUESTOS

No existe en la LGT un concepto de vivienda habitual que pueda aplicarse a la generalidad de impuestos que de una manera u otra recaen sobre ésta, o que contemplan al menos beneficios fiscales asociados a la misma.

Así, el concepto de vivienda habitual más utilizado es el de la Ley 35/2006 del IRPF (LIRPF). Y es a este concepto al que se remiten de forma casi constante las distintas normativas que regulan el resto de los impuestos que aluden a la vivienda habitual, como el ITPAJD, o el ISyD⁽¹⁾.

El concepto de vivienda habitual de la normativa del IRPF es el contemplado en los artículos 68.1, apartados 3.^º y 4.^º f) de la Ley del IRPF, en su redacción vigente a 31 de diciembre de 2012, y artículos 54 y 55.2 del Real Decreto 439/2007, Reglamento del IRPF (RIRPF), redacción vigente a 31 de diciembre de 2012. Dichos artículos, pese a haber sido derogados o modificados, siguen siendo aplicables en virtud de la Disposición Transitoria Decimoctava de la LIRPF.

(1) Ejemplo de ello es el artículo 28.1 de la Ley 22/2009, que al referirse a la determinación de la residencia en una determinada Comunidad Autónoma dispone que «*Salvo prueba en contrario, se considerará que una persona física permanece en el territorio de una Comunidad Autónoma cuando en dicho territorio radique su vivienda habitual, definiéndose ésta conforme a lo dispuesto en la normativa reguladora del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas*



E. CONCEPTO DE VIVIENDA A EFECTOS FISCALES Y PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN...

Pues bien, lo primero que llama la atención en relación con el concepto de vivienda, es que debe tratarse de una edificación, condición exigida por el artículo 54.1 del RIRPF. Ello excluye del concepto de vivienda espacios como las autocaravanas o las embarcaciones⁽²⁾.

Además, el RIRPF también considera vivienda habitual las plazas de garaje, hasta un máximo de dos, adquiridas juntamente con la vivienda. En relación con éstas, el criterio de la Dirección General de Tributos, expresado en la resolución V0008-10 es que *«para que se produzca tal asimilación será necesario que las dos plazas de garaje se encuentren en el mismo edificio o complejo inmobiliario de la vivienda y que la adquisición, tanto de la vivienda como de las plazas de garaje, se produzca en el mismo acto, aunque puede ser en documento distinto, entregándose todas en el mismo momento, considerándose en la consulta 0077-01 adquiridos de forma conjunta los anteriores elementos en los casos en que la adquisición se produce respecto de diferentes propietarios y en documentos separados, si bien se adquieran en la misma fecha»*.

Por otro lado, y en cuanto al elemento temporal, el artículo 68.1.3.º de la LIRPF (redacción vigente a 31 de diciembre de 2012) considera vivienda habitual *«aquella en la que el contribuyente resida durante un plazo continuado de tres años. No obstante, se entenderá que la vivienda tuvo aquel carácter cuando, a pesar de no haber transcurrido dicho plazo, se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurren circunstancias que necesariamente exijan el cambio de vivienda, tales como separación matrimonial, traslado laboral, obtención de primer empleo o de empleo más ventajoso u otras análogas»*.

Por último, el artículo 54 del RIRPF exige que la vivienda sea habitada de manera efectiva y con carácter permanente por el propio contribuyente, en un plazo de doce meses contado a partir de la fecha de adquisición o terminación de las obras.

En definitiva, residencia durante un tiempo mínimo y ocupación efectiva son los requisitos de carácter temporal que la normativa exige para

(2) Según resolución V0863-08 de la Dirección General de Tributos, *«dentro del concepto de vivienda habitual regulado en el IRPF se incluye todo tipo de edificación, aun cuando ésta no cumpla con la normativa urbanística propia de la misma o se ubique en un suelo que no disponga de la calificación requerida para edificar, con independencia de la calificación que pudiera tener en el Registro de la Propiedad. [...] En cuanto al concepto de edificación, debe señalarse que, al margen de los conceptos específicos establecidos a los exclusivos efectos de la aplicación de otras leyes, no existe un concepto de edificación a efectos del IRPF. El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia define edificio como “Construcción fija, hecha con materiales resistentes, para habitación humana o para otros usos”; por lo que una vivienda prefabricada, cuyas características requieran necesariamente su ubicación de forma permanente en un determinado terreno podría considerarse incluida en dicho término»*.



que la vivienda tenga el carácter de habitual. Como luego veremos, ambos requisitos admiten múltiples excepciones, que son fuente de profusa litigiosidad.

1.1 Aplicación en otros impuestos. Incidencia de la entrada en vigor de la Ley 12/2023

Como se ha indicado, estamos ante un concepto de vivienda que se ha generalizado en el ámbito tributario, remitiéndose a él la práctica totalidad de las normativas del resto de impuestos cuando pretenden gravar de algún modo la vivienda habitual, o cuando regulan algún beneficio fiscal aplicable a la misma⁽³⁾. Y desde luego, de aplicación supletoria cuando dichas normativas guardan silencio sobre el concepto de vivienda habitual.

Y es que solo en el IRPF se regulan los requisitos para determinar cuándo una vivienda es la habitual del contribuyente, cuándo permanece en tal situación, y en qué supuestos se pierde la condición de vivienda habitual.

En cuanto a los tributos que regulan imposición indirecta (IVA o ITPA-JD), su normativa no regula expresamente el concepto de vivienda habitual, ni se refiere a ella con esa denominación. Ello, a pesar de que sí contempla la existencia de beneficios fiscales referidos a la «vivienda». En efecto, en ambos impuestos encontramos referencias a la vivienda de protección oficial, lo cual presupone la condición de vivienda habitual, además de constituir una remisión a las normas administrativas que regulan estas viviendas, para verificar si se cumplen los requisitos allí previstos.

En el ámbito del Impuesto de Sucesiones y Donaciones, la adquisición *mortis causa* de la vivienda habitual del causante goza de una considerable reducción. Sin embargo, el concepto de vivienda habitual no aparece definido en la norma estatal del impuesto, por lo que ha de atenderse al concepto de vivienda habitual previsto en la normativa del IRPF, que expresamente se refiere a ella y lo define.

Por último, la Ley 19/1991 que regula el Impuesto sobre el Patrimonio establece la exención de la vivienda habitual hasta un importe máximo de 300.000 euros. Ello, considerando que tal vivienda es la que «*se define*

(3) Esta afirmación, no obstante, no puede realizarse en términos absolutos. Ejemplo de ello es el artículo 105.1 del Real Decreto Legislativo 2/2004, que al regular la exención por la transmisión de la vivienda, en el ámbito del Impuesto sobre el Incremento del Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana (IIVTNU), dispone que «*A estos efectos, se considerará vivienda habitual aquella en la que haya figurado empadronado el contribuyente de forma ininterrumpida durante, al menos, los dos años anteriores a la transmisión o desde el momento de la adquisición si dicho plazo fuese inferior a los dos años*».



E. CONCEPTO DE VIVIENDA A EFECTOS FISCALES Y PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN...

en el artículo 68.1.3.º de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio».

En definitiva, de forma explícita o implícita, las remisiones al concepto de vivienda habitual previsto en la norma del IRPF son constantes. Por ello ha venido siendo utilizado de forma habitual por todos los operadores jurídicos, salvo que la normativa aplicable al caso regule expresamente dicho concepto.

Dicha situación, no obstante, podría cambiar a partir de la entrada en vigor de la Ley 12/2023, por el Derecho a la Vivienda (LDV). Y es que dicha norma introduce en su artículo 3 (Definiciones) un nuevo concepto de vivienda que, en defecto de una regulación específica, podría ser aplicable a los tributos que no tengan un concepto de vivienda definido en sus normativas, ni se remitan al concepto de vivienda previsto en la LIRPF.

En concreto, la LDV en su artículo 3, apartado a), se refiere al concepto de «Vivienda», como el «*edificio o parte de un edificio de carácter privativo y con destino a residencia y habitación de las personas, que reúne las condiciones mínimas de habitabilidad exigidas legalmente, pudiendo disponer de acceso a espacios y servicios comunes del edificio en el que se ubica, todo ello de conformidad con la legislación aplicable y con la ordenación urbanística y territorial.*» Y en su apartado f), al de «Residencia habitual» como «*la vivienda que constituye el domicilio permanente de la persona que la ocupa y que puede acreditarse a través de los datos obrantes en el padrón municipal u otros medios válidos en derecho.*»

Por tanto, y como se ha indicado, considero que en el caso de tributos que no tengan prevista en su propia normativa una definición de vivienda habitual, ni contemplen una remisión tácita o expresa al concepto de vivienda previsto en la LIRPF, será posible acudir a partir de ahora al concepto de vivienda y residencia habitual previsto en la LDV, cuyos requisitos son mucho más laxos que los estrictos de la normativa del IRPF.

1.2 Requisitos para que la vivienda adquiera el carácter de habitual, y excepciones a la regla general

Pues bien, volviendo al concepto de vivienda habitual previsto en la normativa del IRPF, por ser el más utilizado en la práctica por la Administración Tributaria, vemos que, a parte del elemento objetivo de constituir una edificación, antes comentado, la vivienda debe cumplir un doble requisito temporal. En concreto, debe habitarse de forma efectiva en el



plazo de doce meses desde su adquisición o desde la terminación de las obras de reforma o rehabilitación, y debe residirse en ella un plazo mínimo de tres años.

Ambos requisitos contemplan variadas excepciones, que analizaré a continuación.

Así, y en cuanto al requisito de residir en la vivienda durante un plazo continuado de al menos tres años, prevé el artículo 54 del RIRPF (redacción vigente a 31 de diciembre de 2012, según se ha indicado), que la vivienda no perderá la condición de habitual, a pesar de no cumplirse el requisito de residencia, *«cuando, a pesar de no haber transcurrido dicho plazo, 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»*.

Pues bien, lo primero que hay que indicar es que el plazo mínimo de residencia exigido por la normativa del IRPF comienza a computarse desde que se adquiera la titularidad en pleno dominio del inmueble, aunque ésta sea parcial. Por ello, no cuenta como tiempo de residencia en el inmueble el período anterior a la adquisición jurídica⁽⁴⁾ de dicha titularidad, ni tampoco los supuestos en que la vivienda se haya ocupado en la condición de nudo propietario⁽⁵⁾.

Además, y en cuanto a las excepciones al período mínimo de residencia, hay que tener en cuenta que no estamos ante una lista cerrada o «*numerus clausus*». Ello lo confirma la referencia que el propio precepto reglamentario realiza a la existencia de otras circunstancias análogas debidamente justificadas.

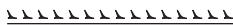
Como puede imaginarse el lector, esta previsión normativa ha motivado numerosos pronunciamientos de la Dirección General de Tributos y de los Tribunales, en los que se analizan qué circunstancias pueden ser consideradas como causa suficiente para dejar de habitar la vivienda sin que ésta pierda la condición de habitual a efectos de los distintos beneficios fiscales.

De este modo, y como regla general, se considera que ello ocurre cuando el cambio de residencia obedece a circunstancias o razones ajena a la mera voluntad del contribuyente, que además supongan la necesidad objetiva de dicho cambio, no pudiendo quedar éste a la libre elección del contribuyente, ni tampoco a su beneficio o conveniencia⁽⁶⁾.

(4) Resolución V1432-09 de la Dirección General de Tributos.

(5) STS 12 de diciembre de 2022, recurso 7219/2020.

(6) Como puede imaginarse el lector, la casuística es infinita. Así, la Dirección General de Tributos se ha referido al abandono de la vivienda por problemas vecinales (V2786-07), o por problemas



E. CONCEPTO DE VIVIENDA A EFECTOS FISCALES Y PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN...

Un supuesto particular en el que los Tribunales están considerando que la vivienda no pierde el carácter de habitual a pesar de haber dejado de habitarla es el del traslado del contribuyente a un centro geriátrico. Así, son varios los Tribunales que han considerado dicho traslado no supone que la vivienda en la que habitaba hasta entonces pierda la consideración de habitual. Ello, principalmente en el ámbito del Impuesto de Sucesiones, cuya normativa se remite a la del IRPF para determinar qué debe entenderse por vivienda habitual del causante. Y a lo anterior no obsta, siquiera, que se modifique el empadronamiento del contribuyente para fijarlo en el de la residencia a la que se traslada.

Ejemplo de ello es la sentencia de 22 de enero de 2015 (recurso 1052/2011), dictada por el Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Cataluña en la que declara que *«el inmueble controvertido no perdió el carácter de vivienda habitual por el mero hecho del traslado de su titular a una residencia geriátrica, pues vino motivado por cuestiones de salud, lo que es de todo punto natural y lógico. Este hecho ha de interpretarse conjuntamente, en primer lugar, con los datos obrantes en el padrón [...] con la justificación proporcionada en relación con el empadronamiento en la CALLE001 NUM003, en donde se ubica la residencia, pues es de sobra conocido que la asignación de los centros de salud se realiza en función de la dirección de empadronamiento. Es por ello que debe entenderse como algo regular y ordinario la modificación de los datos del padrón de los residentes de los geriátricos para facilitar la obtención de atención médica y la comodidad de estas gestiones, precisamente tratándose de una fase del ciclo vital en la que tanta importancia tienen estas cuestiones que podrían considerarse de mera logística»*.

En este mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo, resolviendo un supuesto planteado en relación con el Impuesto de Sucesiones, y referido a un causante que residió los últimos tres años de vida en una

médicos como una alergia (consulta general 2191-03), o por una enfermedad grave de un hijo (V0230-05), o por el nacimiento de hijos vinculado a la falta de espacio en la vivienda (V2386-05), entre muchos otros supuestos. Tampoco la ruptura de la pareja de hecho se considera por regla general como una excepción que justifique el abandono de la vivienda antes del plazo de los tres años, equivalente a la ruptura matrimonial (V1254-23).

Puede ocurrir que estemos ante alguna de las excepciones previstas en la ley, como la celebración de matrimonio, o el traslado laboral, y que sin embargo no quede acreditada la necesidad de cambio de vivienda. Ejemplo de ello son las resoluciones V2483-05 o V1976-09. También las dificultades económicas pueden ser causa justificada de abandono de la vivienda, con el fin de venderla y adquirir otra más económica. Así lo ha declarado el TEAR de Valencia en resolución de 30 de octubre de 2023 (03/02442/2022). Tampoco el traslado laboral (excepción prevista en la norma) supone que siempre que concurre esta circunstancia deba considerarse justificado el cambio de vivienda. Ejemplo de ello es la resolución V1976-09 que se refiere a un cambio no voluntario de lugar de trabajo a un municipio ubicado 20 km más lejos que el anterior.



residencia geriátrica. Ello, declarando que en el ámbito de las «otras causas análogas justificadas» que, ex artículo 41bis del RIRPF, no hacen perder al inmueble la consideración de vivienda habitual, ha de incluirse la enfermedad acreditada que obliga al cambio de residencia, máxime cuando el fallecimiento sobreviene durante y como consecuencia de dicha enfermedad⁽⁷⁾.

Por último, y ya en el ámbito del IRPF conviene destacar la sentencia de 13 de febrero de 2023 (recurso 15206/2021), dictada por el TSJ de Galicia en relación con la deducción por inversión en vivienda. Ello, considerando que el traslado del contribuyente a un centro geriátrico no hace perder la condición de vivienda habitual⁽⁸⁾.

Además de los supuestos comentados en los que la vivienda puede seguir teniendo el carácter de habitual, a pesar de no residir en ella el contribuyente el plazo mínimo de tres años, o de haber dejado de vivir allí, existe también en el RIRPF un supuesto de suspensión del plazo para residir en la vivienda durante el plazo mínimo de tres años, con posibilidad de reanudarlo más adelante.

Éste es el referido al supuesto en el que el contribuyente disfrute de vivienda habitual por razón de cargo o empleo, que puede ser público o privado. Y que por este motivo no llegue a ocupar la vivienda habitual adquirida durante el plazo mínimo de tres años. Pues bien, en este caso se produciría una suspensión del cómputo del referido plazo hasta que el contribuyente cese en el cargo y en el disfrute de vivienda asociada al mismo, debiendo el contribuyente volver a residir en la vivienda hasta completar el plazo de los tres años para que tal vivienda no pierda el carácter de habitual a los efectos de aplicar los beneficios fiscales asociados a la misma.

Por su parte, y en cuanto al segundo requisito temporal, que es el de «ocupación efectiva», prevé el artículo 54 del RIRPF (redacción vigente

(7) Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de mayo de 2017 (recurso 1657/2016), en la que declara que «el artículo 41 bis del Reglamento, aprobado por Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo (como antes el artículo 51.1 del Reglamento de 1999), define la vivienda habitual a efectos de determinadas exenciones en los siguientes términos «[...] se considera vivienda habitual del contribuyente la edificación que constituya su residencia durante un plazo continuado de, al menos, tres años. No obstante, se entenderá que la vivienda tuvo el carácter de habitual cuando, a pesar de no haber transcurrido dicho plazo, se produzca el fallecimiento del contribuyente o 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, o otras análogas justificadas».

(8) En concreto, afirma el TSJ de Galicia que «en congruencia con los criterios anteriormente expuestos entendemos que el hecho de que la recurrente, por razón de sus circunstancias físicas, resida temporalmente en una residencia geriátrica, ello no priva de la consideración de su vivienda como habitual a los efectos de la deducción prevista en el artículo 68 de la LIRPF en la redacción vigente antes de la supresión del beneficio fiscal con efectos de 1 de enero de 2013».



E. CONCEPTO DE VIVIENDA A EFECTOS FISCALES Y PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN...

a 31 de diciembre de 2012, según se ha indicado), que la vivienda no perderá el carácter de habitual, a pesar de no haber sido habitada en el plazo indicado, cuando se produzca el fallecimiento del contribuyente o concurran otras circunstancias que necesariamente impidan la ocupación de la vivienda, en los términos previstos en el apartado 1 de este artículo.

Nuevamente nos encontramos ante una relación de excepciones al plazo máximo de ocupación efectiva, que no es cerrada, ya que se admite la posibilidad de que concurran otras circunstancias (aparte del fallecimiento del contribuyente), que impidan la ocupación de la vivienda en el plazo de doce meses desde que se adquirió.

Al igual que en el caso anterior, la casuística que puede plantearse es muy variada, y ha dado pie a numerosos pronunciamientos de la Dirección General de Tributos. Particularmente frecuente es el supuesto en el que se adquiere la vivienda habitual y acto seguido se realizan obras de rehabilitación sobre la misma, que impiden su ocupación efectiva dentro del referido plazo máximo de doce meses.

Pues bien, en estos casos el criterio de la Dirección General de Tributos, expresado en la resolución V01376-12 es el de que *«será a partir del momento en el que el consultante traslade su residencia de forma efectiva y con carácter permanente a la vivienda de su titularidad, cuando comience el derecho a practicar la deducción en función de las cantidades que, desde entonces, destine a sufragar los costes de adquisición y rehabilitación, bien sean por pagos directos o se deriven de la financiación de los mismos, supeditándose la consolidación de dichas deducciones al cumplimiento del plazo de tres años de residencia continuada, salvo concurrencia de circunstancias que necesariamente exijan el cambio de domicilio, en los términos que establece el artículo 54 del Reglamento del Impuesto».*

En consecuencia, y según el órgano directivo, *«durante el período en el que se realicen las obras de rehabilitación no existirá derecho a deducir por las cantidades destinadas a estas, ya que no se cumple el requisito de que las obras han de realizarse sobre una vivienda que tenga la consideración de habitual».*

Por último, en este caso también rige la excepción al plazo previsto para el caso de que el contribuyente no ocupe efectivamente la vivienda en los doce meses siguientes a su adquisición, por disfrutar de otra vivienda habitual por razón de cargo o empleo. En ese supuesto, y tal y como dispone el artículo 54 del RIRPF, *«el plazo antes indicado comenzará a contarse a partir de la fecha del cese».*



2 PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN DE LA VIVIENDA HABITUAL: SUPUESTOS EN LOS QUE SE PRODUCE Y CONSECUENCIAS

Es evidente que el incumplimiento de los plazos antes indicados (de doce meses para ocupar la vivienda, y de tres años como mínimo de residencia en la misma), supondrá que la vivienda pierda el carácter de habitual. Estamos ante supuestos que generan gran litigiosidad. Ello, teniendo en cuenta que muchos contribuyentes están interesados en defender a capa y espada la condición de habitual de su vivienda, para poder disfrutar de los beneficios fiscales antes comentados, como son en el IRPF la deducción por inversión en vivienda o la exención de la ganancia obtenida por la transmisión de la vivienda. Ello, además de los beneficios fiscales previstos en otras normativas que se remitan al concepto de vivienda previsto en la LIRPF.

Además, son muy frecuentes también los casos de contribuyentes que cumplen efectivamente ambos requisitos, pero que sin embargo ven como la Administración Tributaria les cuestiona la residencia efectiva en la vivienda. Ello, basándose principalmente en la ausencia de consumos de luz, agua o gas, para el uso de un inmueble como vivienda habitual, o la existencia de consumos, pero en una cuantía muy reducida que resulta incompatible con el referido uso de vivienda⁽⁹⁾.

Por tanto, en la medida en que el consumo eléctrico de la vivienda habitual del contribuyente sea notablemente inferior a los consumos medios considerados por la Administración, existen bastantes posibilidades de que se produzca el inicio de una comprobación para cuestionar la condición de vivienda habitual. Ello, a efectos de negar al contribuyente la aplicación de cualquier beneficio fiscal asociado a la consideración de la vivienda como habitual tanto en el IRPF, como en cualquier otro impuesto.

Y es que las consecuencias del incumplimiento del plazo mínimo de tres años de residencia en la vivienda, o del plazo máximo de doce meses

(9) Conviene recordar que el criterio de la Agencia Tributaria en sus regularizaciones es que el consumo eléctrico medio anual de un hogar es (según el Instituto Nacional de Estadística, INE) de aproximadamente 1418 Kw anuales, que prorrataeidos por meses da 118,67 Kw mensuales (resolución del TEAR de Cataluña 30 de junio de 2020, 08/9949/2018). En este mismo sentido y ratificando dicho consumo medio se ha pronunciado el TSJ de la Comunidad Valenciana en sentencia de 6 de marzo de 2019 (recurso 594/2016).

Del mismo modo, el TSJ de Castilla y León afirma en sentencia de 11 de noviembre de 2020 (recurso 201/2019) que «según datos del Instituto Nacional de Estadística (INE), Encuesta de Presupuestos familiares Base 2006, para el año 2017: Electricidad (vivienda principal): la cantidad consumida media por hogar es 2.858,20 Kwh/año, y la cantidad consumida media por persona es 1.146,60 Kwh/año».



E. CONCEPTO DE VIVIENDA A EFECTOS FISCALES Y PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN...

para ocuparla tras su adquisición, son la pérdida de los beneficios fiscales asociados a la condición de vivienda habitual.

Así, el incumplimiento del plazo continuado de residencia durante un período mínimo de tres años supondrá la pérdida de las deducciones que el contribuyente se hubiera practicado hasta la fecha en relación con dicha vivienda. En este caso, el contribuyente deberá regularizar las deducciones indebidamente practicadas en la declaración del IRPF del ejercicio en que se produjo el incumplimiento. Y si en ese ejercicio el contribuyente no tuviera obligación de presentar declaración, la regularización se llevará a cabo presentando complementarias de los ejercicios anteriores en los que se aplicó la deducción.

No obstante, si se produce el fallecimiento del contribuyente o concurre cualquiera de las circunstancias que justifican el cambio de domicilio con anterioridad al plazo de tres años, no se perderán las deducciones practicadas por la adquisición de la vivienda. En cualquier caso, a partir de que se den las citadas circunstancias ya no podrá seguir practicándose la deducción por inversión en vivienda.

Además, y en el caso de transmisión de la vivienda habitual, el contribuyente no podrá declarar exenta la ganancia patrimonial obtenida⁽¹⁰⁾. Ello, en el ámbito del IRPF. Pero, como se ha indicado, hay que contemplar también la pérdida de beneficios fiscales en cualquier otro impuesto, siempre que tales beneficios estén condicionados a la consideración de la vivienda como habitual según los requisitos previstos en la normativa del IRPF⁽¹¹⁾.

Además, el momento en que la vivienda deje de ser la habitual por cualquiera de las causas justificadas previstas en el artículo 54 del RIRPF (redacción vigente a 31 de diciembre de 2012) marcará el inicio del cómputo del plazo de dos años para transmitir la vivienda del artículo 41bis, apartado 3, del RIRPF, sin que ésta pierda su carácter de habitual, y pudiendo en consecuencia disfrutar de las exenciones de la ganancia patrimonial con motivo de la transmisión de la vivienda previstas en la normativa⁽¹²⁾.

Por su parte, el incumplimiento del plazo máximo de doce meses para ocupar la vivienda determinará igualmente que la vivienda no sea considerada la habitual del contribuyente. Ello supondrá en el IRPF la pérdida de la deducción por inversión en vivienda que se hubiera podido aplicar

(10) Exención prevista en el artículo 33.4, apartados b y d, y en el artículo 38.1 de la LIRPF.

(11) Ejemplo de ello es la reducción por adquisición *mortis causa* de la vivienda habitual en el Impuesto sobre Sucesiones (art. 20.2.c, Ley 29/1987), que puede ser suprimida por la Administración si no queda acreditado que la vivienda fue la habitual del causante en sus últimos años de vida, de acuerdo con los requisitos previstos en la normativa del IRPF.

(12) Vide nota 10 anterior.



hasta la fecha, debiendo regularizarse la deducción indebidamente practicada en la declaración del IRPF de la misma forma en que antes se ha indicado respecto a la regularización en caso de incumplimiento del requisito de residencia mínima durante tres años.

Del mismo modo, se perderá el derecho a aplicar la exención de la ganancia patrimonial obtenida por la transmisión de la vivienda habitual, en los distintos supuestos previstos en la normativa. Y también se perderán los beneficios fiscales previstos en la normativa de otros impuestos, cuando queden condicionados a que la vivienda sea la habitual de acuerdo con los requisitos previstos en las normas del IRPF.

Además y volviendo a la pérdida de la deducción por inversión en vivienda en el IRPF, hay que tener en cuenta la supresión de tal deducción con efectos desde el 1 de enero de 2013, y el régimen transitorio establecido en la Disposición Transitoria decimoctava de la LIRPF, condicionado no solo a que la vivienda se adquiriera antes de dicha fecha, sino también a que se aplicara la deducción en algún ejercicio anterior al de 2013.

Por este motivo, y aunque la vivienda se hubiera adquirido mucho antes del 1 de enero de 2013, si se incumplió el plazo de ocupación efectiva se perdería la deducción, y también la posibilidad de aplicar el régimen transitorio. Y solo se podría «recuperar» si se produjo una nueva ocupación de la vivienda antes de la referida fecha del 1 de enero de 2013, y se comenzó a aplicar la deducción desde entonces.

Esto no ocurre en relación con las exenciones previstas en el IRPF por la transmisión de la vivienda habitual, ni en relación con los beneficios fiscales asociados a dicha vivienda contemplados en otras normativas, por remisión a la normativa del IRPF. Ello, teniendo en cuenta que el régimen transitorio aludido solo es de aplicación respecto a la deducción por inversión en vivienda del IRPF.

Por ello, en relación con estos otros beneficios fiscales es posible que inicialmente se haya incumplido el requisito de ocupación efectiva de la vivienda en el plazo máximo de doce meses. Y que sin embargo a pesar de ello la vivienda adquiera posteriormente la condición de habitual, porque se habita en ella de forma continuada durante más de tres años⁽¹³⁾.

(13) Ello ocurrirá, por ejemplo, si se adquirió hace años una vivienda destinándola a segunda residencia, y tiempo después el contribuyente comienza a habitar la vivienda de forma habitual, convirtiéndose en su primera residencia. En este caso, si se acredita el cumplimiento del período mínimo de residencia de tres años, la vivienda sería considerada la habitual. Y en caso de transmisión sería posible aplicar la exención de la ganancia obtenida si se está en alguno de los supuestos previstos en la normativa. O también cualquier otro beneficio fiscal que esté previsto en otra normativa y que quede vinculado a los requisitos previstos en la del IRPF.



2.1 **El plazo de dos años para transmitir la vivienda habitual desde que se deja de habitar en ella.**

El RIRPF también se refiere a un supuesto particular de pérdida de la condición de vivienda habitual, que solo resulta aplicable en relación con la exención de la ganancia patrimonial obtenida con motivo de la transmisión de la vivienda habitual. Es decir, la prevista en los artículo 33.4.b y 38.1 de la LIRPF.

Así, dispone el artículo 41bis, apartado 3, del RIRPF que *«A los exclusivos efectos de la aplicación de las exenciones previstas en los artículos 33.4. b) y 38 de la Ley del Impuesto⁽¹⁴⁾, se entenderá que el contribuyente está transmitiendo su vivienda habitual cuando, con arreglo a lo dispuesto en este artículo, dicha edificación constituya su vivienda habitual en ese momento o hubiera tenido tal consideración hasta cualquier día de los dos años anteriores a la fecha de transmisión».*

Lo anterior supone que aunque la vivienda tenga la condición de habitual por haberse cumplido el requisito de residencia mínima de tres años, dicha condición se perderá si deja de habitarse en ella y la transmisión se produce más allá del plazo de dos años contados desde entonces. En ese caso, la ganancia patrimonial obtenida en dicha transmisión, verificada una vez superado el plazo del artículo 41bis, apartado 3 del RIRPF, ya no disfrutaría de la exención prevista en el artículo 33.4.b o en el 38.1, ambos de la LIRPF.

Además, en relación con este supuesto de pérdida de la condición de vivienda habitual, llama poderosamente la atención el hecho de que la norma no prevea excepciones. Es decir, no que no se haga referencia a supuesto alguno en el que por las circunstancias concurrentes y debidamente justificadas, y ante la imposibilidad objetiva de transmitir la vivienda antes del plazo de dos años, se posibilite la exención de la ganancia patrimonial aunque la transmisión se haya verificado más allá del plazo de dos años.

Ello está generando gran litigiosidad. En primer lugar, en relación con la determinación de la fecha exacta en la que se dejó de habitar la vivienda, que es la que iniciaría el plazo de los dos años del artículo 41bis, apartado 3, del RRIPF. Y en segundo lugar, en relación con la falta de excepciones al referido plazo de dos años.

(14) Llama la atención que la previsión del artículo 41bis, apartado 3 del RIRPF no se refiera a los supuestos de exención de la ganancia patrimonial por dación en pago o ejecución hipotecaria de la vivienda habitual. Por ello, en estos casos sería a priori posible aplicar la exención, aunque en el momento en que se lleve a cabo la dación o ejecución hipotecaria hubieran transcurrido más de dos años desde que se dejó de habitar la vivienda.

En este punto, hay que recordar que mientras que los apartados 1 y 2 del citado artículo 41bis del RIRPF sí establecen excepciones diversas en relación con el requisito de ocupación efectiva de la vivienda en el plazo máximo de doce meses, o con el de residencia durante un plazo continuado de al menos tres años, no ocurre lo mismo con el plazo de dos años para transmitir la vivienda habitual, que no admite excepciones.

Para mayor INRI, las excepciones de los apartados 1 y 2 se han considerado intercambiables, aplicándose unas y otras de forma indistinta para ambos requisitos temporales. Sin embargo, no ocurre lo mismo con el supuesto del apartado 3 al que ahora me refiero, que viene siendo aplicado por la Agencia Tributaria de forma literal, no admitiendo excepción alguna que inaplique dicho plazo de dos años para transmitir la vivienda tras haber dejado de habitarla.

Particularmente sangrante ha sido el caso de los contribuyentes divorciados o separados, o con nulidad matrimonial reconocida, que se vieron obligados a abandonar su vivienda habitual por decisión judicial, o en virtud de convenio regulador homologado judicialmente. Y es que a dichos contribuyentes se les ha venido negando la exención de la ganancia patrimonial obtenida cuando finalmente han podido transmitir la que fue vivienda su habitual, por haber cesado la atribución del uso de la vivienda reconocido a su excónyuge. Todo ello, con el argumento de que para aquel entonces, el plazo de dos años desde que dejaron de habitar la vivienda transmitida ya había transcurrido con creces. Paradójicamente, al excónyuge al que se atribuyó el uso de la vivienda junto con los hijos comunes sí se le permite aplicar la exención.

*2.1.1 **El caso de los divorciados que abandonaron su vivienda habitual por decisión judicial: la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2023***

En efecto, el criterio de la Administración siempre ha sido el de considerar que se trataba de un plazo que no admitía excepciones. Ello, ni en supuestos tan flagrantes como el de los contribuyentes divorciados o separados, o que obtuvieron la nulidad de su matrimonio.

Ejemplo de ello es la resolución del TEAR de Cataluña de 14 de abril de 2023 que declaró que «*A la vista de la normativa expuesta, el interesado no tendría derecho a esta exención al haber transmitido una vivienda que desde 2007 (fecha de la sentencia judicial de separación) ya no era su vivienda habitual.*» Añadiendo que «*no encontramos ninguna previsión legal que permita la exención de la ganancia por la transmisión de la que fue la vivienda habitual del*



E. CONCEPTO DE VIVIENDA A EFECTOS FISCALES Y PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN...

contribuyente durante la vigencia de su matrimonio en las condiciones expuestas; éste tendrá derecho a la exención, pero sólo por la ganancia que en su caso obtenga por la transmisión de la que, tras abandonar la anterior vivienda, sea su nueva residencia habitual, cumplidos obviamente los restante requisitos – no por la que fue–, pues éste sólo puede tener una única residencia habitual».

Sin embargo, se trata de una interpretación tremadamente injusta, teniendo en cuenta que en este caso existe una imposibilidad real para transmitir la vivienda en el plazo reglamentario de dos años, motivada por la atribución del uso de la misma al excónyuge por decisión judicial, concretada en una sentencia o en un convenio regulador ratificado judicialmente.

Dicha interpretación vulnera además el derecho de igualdad, teniendo en cuenta el diferente tratamiento fiscal que reciben ambos excónyuges, permitiéndose al que permaneció en la vivienda aplicar la exención de la ganancia patrimonial obtenida con motivo de su venta, y negándola sin embargo al otro excónyuge.

Afortunadamente, se trata de una doctrina que hoy puede considerarse plenamente superada. Ello a partir de la sentencia Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2023 (recurso 7851/2021) que refiriéndose al caso concreto de los contribuyentes separados, divorciados, o que obtuvieron la nulidad matrimonial, ha fijado como doctrina de interés casacional que «*en las situaciones de separación, divorcio o nulidad del matrimonio que hubieren determinado el cese de la ocupación efectiva como vivienda habitual para el cónyuge que ha de abandonar el domicilio habitual por tales causas, el requisito de ocupación efectiva de la vivienda habitual en el momento de la transmisión o en cualquier día de los dos años anteriores a la misma, que exige el apartado 3 del artículo 41 bis del RLIRPF, se entenderá cumplido cuando tal situación concorra en el cónyuge que permaneció en la misma».*

En concreto, el Tribunal Supremo considera que los motivos previstos en los apartados 1 y 2 del referido artículo 41 bis del RIRPF por los que se considera que la vivienda adquiere la condición de habitual, pese a no haberla ocupado en el plazo de 12 meses desde su adquisición, o por no haberla habitado durante 3 años, son plenamente extrapolables al supuesto de venta de la vivienda.

Así, declara el Alto Tribunal que «*no cabe una lectura aislada de ese apartado 3 del artículo 41 bis RLIRPF, puesto que la propia norma se remite a todo el artículo [“con arreglo a lo dispuesto en este artículo” dice] y a los “exclusivos efectos” de cuando se “entenderá” que se está transmitiendo una edificación que constituye su vivienda habitual, lo que evidencia que el reglamento asume que se trata de un concepto*



legalmente definido por la propia norma tributaria (art. 12.2 LGT). Los apartados 1 y 2 del artículo 41 bis deben integrarse en su totalidad en ese requisito del apartado 3 del mismo precepto, acerca de la actualidad de la condición de vivienda habitual, porque todos ellos forman parte de un concepto específico de la norma tributaria, el de vivienda habitual a efectos de la exención por reinversión. Y esa integración no se limita tan solo a las situaciones de efectiva ocupación de la vivienda habitual, sino también aquellas que han sido asimiladas por los apartados 1 y 2 a la condición de inicio de la residencia como vivienda habitual y permanencia en tal concepto, como son las situaciones de separación, divorcio y nulidad. De ahí la mención a las situaciones en que, sin ser la vivienda habitual efectiva “tuviere tal consideración” a que se refiere expresamente el artículo 41 bis. 3».

Y todo ello le lleva a concluir que «*No existe ningún elemento interpretativo en el artículo 41 y 41 bis del RLIRPF, y tampoco en el artículo 38.1 LIRPF, que justifique una ruptura de la asimilación del tratamiento tributario del ex cónyuge que permanece en la vivienda habitual, en su caso junto a los hijos comunes, con el otorgado al cónyuge que debe cesar en el uso de la vivienda habitual por la situación de separación, nulidad o divorcio, asimilación que se formula explícitamente para el requisito de inicio y mantenimiento en la ocupación de la vivienda habitual en los apartados 1 y 2 del artículo art. 41 bis, y por remisión al conjunto, y por tanto a aquellos apartados, en cuanto al requisito de ocupación actual al tiempo de la enajenación. La interpretación que establecemos es la más coherente con la plena efectividad del principio de igualdad ante la ley (art. 14 CE) y en el sostenimiento de las cargas públicas (art. 31.1 CE), igualdad que, por su carácter de derecho fundamental y principio básico de la ordenación del sistema tributario (art. 3.1 LGT), informa la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico (art. 5.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial)».*

Teniendo en cuenta lo anterior, el hecho de que un contribuyente en situación de divorcio, separación o nulidad matrimonial dejara de habitar la que era su vivienda hasta el divorcio, no supone que la misma pierda para él el carácter de habitual, mientras no lo haya perdido también para el otro excónyuge.

No estamos, en cualquier caso, ante una sentencia que pueda aplicarse de forma automática a todos los supuestos de divorcio, separación matrimonial o nulidad. Y es que habrá que tener siempre muy en cuenta lo pactado en el convenio regulador homologado judicialmente, o lo decidido por el órgano judicial en la sentencia.



E. CONCEPTO DE VIVIENDA A EFECTOS FISCALES Y PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN...

Ello, en la medida en que la doctrina del Tribunal Supremo aboga por considerar que las excepciones de los apartados 1 y 2 del artículo 41bis de RIRPF son aplicables también al supuesto del apartado 3 (transmisión de la vivienda habitual). Y que, en consecuencia, es imprescindible que exista una imposibilidad clara y objetiva de transmitir la vivienda en el plazo de dos años previstos en el Reglamento, y no una decisión voluntaria o motivada por la conveniencia del contribuyente.

Por ello, en estos casos será necesario analizar el convenio regulador, o la sentencia, para ver durante cuánto tiempo tenía uno de los excónyuges atribuido el uso de la vivienda familiar. Y es que lo cierto es que en estos casos la imposibilidad de transmitir la vivienda estará justificada mientras dicho excónyuge tenga el uso y disfrute de la vivienda, pero no una vez dicho uso haya expirado, momento en el que en mi opinión, empezaría a computar el plazo de dos años del artículo 41bis, apartado 3 del RIRPF a que vengo refiriéndome.

2.1.2 *Aplicación a otros supuestos*

Que, la sentencia de 5 de mayo de 2023 abre la puerta a considerar que en determinados supuestos debidamente justificados, es posible exceptuar el plazo de dos años para transmitir la vivienda habitual tras dejar de vivir en ella, previsto en el artículo 41bis, apartado 3, del RIRPF. El problema en estos casos será el de determinar cuándo cesaron las causas que impedían enajenar la vivienda, y por tanto puede considerarse iniciado el plazo de dos años previsto en el precepto reglamentario.

La casuística es inmensa, y en este caso se trataría de justificar que existían circunstancias o motivos de peso que impidieron la transmisión de la vivienda habitual. Pues bien, entre dichas circunstancias debe necesariamente considerarse el traslado a un centro geriátrico por motivos de salud, teniendo en cuenta que, como antes se ha indicado, los Tribunales han reconocido que dicha circunstancia no hace perder a la vivienda la condición de habitual. Ejemplo de ello es la sentencia del TSJ de Cataluña de 23 de marzo de 2025 (recurso 78/2023) que reconoce el derecho a aplicar la exención por la venta de la vivienda a un contribuyente que transmitió la vivienda pasados más de dos años desde que dejó de habitar su vivienda, al ser trasladado a un centro geriátrico.

Por ello, lo lógico sería que la condición de vivienda habitual no se perdiera en estos casos hasta que cese la estancia del contribuyente en el centro geriátrico, retornando a su hogar, o en caso de que se produzca su fallecimiento en la propia residencia, empezando a computar el plazo de dos años para enajenar la vivienda a partir de esa fecha.



En el mismo caso se encuentra el contribuyente que dejó de habitar su vivienda por traslado laboral, y que acaba transmitiéndola pasados más de dos años. Ciertamente, en este caso es la propia normativa la que considera que la vivienda no pierde el carácter de habitual en la medida en que dicho traslado es obligado para el contribuyente⁽¹⁵⁾. Sin embargo, sobre el papel el plazo para transmitir la vivienda sin que la misma perdiera dicho carácter de habitual comenzaría a computar a partir del traslado. Y ello choca con el supuesto tan habitual de que el traslado no sea definitivo, sino provisional, y que el contribuyente tenga previsto volver a habitar la que era su vivienda. Y que por este motivo decida no deshacerse de ella.

El problema será si finalmente dicha esperanza se frustra pasados más de dos años, y el contribuyente acaba transmitiendo su vivienda fuera del plazo previsto en el artículo 41bis, apartado 3, del RIRPF.

Pues bien, también este supuesto tendría en mi opinión acogida en la nueva doctrina del Supremo, que permite acreditar la existencia de circunstancias o motivos que necesariamente impidieron la transmisión de la vivienda habitual. Ello, siempre que dicha imposibilidad, ante la confianza de que el traslado sería provisional, quede debidamente acreditada.

Me referiré por último, a otro supuesto particular, referido a la transmisión de la vivienda habitual pasados más de dos años siendo la contribuyente víctima de violencia de género, y habiendo tenido que abandonar en su día la que fue su vivienda huyendo precisamente de dicha lacra social.

Pues bien, en relación con esta cuestión se pronunció hace tiempo el TSJ de Andalucía, cuando todavía no existía la doctrina casacional establecida por el Tribunal Supremo en sentencia de 5 de mayo de 2023, antes comentada.

Así, el Tribunal andaluz declaró⁽¹⁶⁾ que «*por ese abandono, la que fue vivienda habitual dejó de serlo, y no se puede invocar la concurrencia de una circunstancia análoga a aquellas que habilitaban para dotar de la condición de vivienda habitual a las que no habían sido ocupadas en los plazos establecidos, para mantener artificiosa y artificialmente esa condición durante 6 años, que fue el período que*

(15) En este sentido se expresa la Dirección General de Tributos en consulta general 0972-02, de 25 de junio de 2002, en la que afirma que «*La expresión utilizada por el legislador –circunstancias que necesariamente exijan el cambio de vivienda– comporta una obligatoriedad en dicho cambio, lo que significa la concurrencia de circunstancias ajenas a la mera voluntad o conveniencia del contribuyente: no basta la concurrencia de cualquier circunstancia por la que convenga cambiar de domicilio, sino que debe concurrir alguna que obligue a ese cambio anticipado sin completar el período mínimo de tres años de residencia en la vivienda. En el caso consultado, el cambio de destino (de Cartagena a Canarias) del sujeto pasivo conlleva, evidentemente, una obligatoriedad en el cambio de domicilio, por lo que procede concluir que concurre una de las circunstancias que exigen el cambio de vivienda habitual anticipado al plazo mínimo de los tres años».*

(16) Sentencia de 16 de septiembre de 2020, recurso 977/2017.



transcurrió desde que perdió esa habitualidad, por cuanto que la dejó de habitar; hasta que la transmitió.» Ello, añadiendo que «*la ficción que consagra esos preceptos implica que la no ocupación de la vivienda en el período de tres años o doce meses, por cualquiera de las causas reseñadas, no impide que la vivienda adquiera el carácter de habitual, mas lo que no permite, tal como pretende la parte recurrente, es que la vivienda que fue habitual y que por su abandono dejó de serlo, mantenga esa consideración tras dejar de ocuparla».*

Estamos ante un pronunciamiento claramente superado por la sentencia del Tribunal Supremo de 5 de mayo de 2023 antes citada. Sin embargo, el hecho de que la condición de víctima de violencia de género (que deberá acreditarse) impidiera vender la vivienda habitual en el breve espacio de dos años desde que tuvo que abandonarse, no justifica a priori un retraso de 6 años en su venta.

Será ésta una circunstancia que deberá acreditarse oportunamente, para poder determinar a partir de qué fecha la contribuyente pudo enajenar la vivienda habitual, comenzando a computar el plazo de dos años desde entonces.

2.2 Pluralidad de viviendas habituales en un mismo contribuyente

Un caso peculiar es el de si un contribuyente puede tener varias viviendas habituales de forma simultánea. Es decir, que todas ellas reúnan dicha condición al mismo tiempo.

Dicha circunstancia se reconoce para el matrimonio, permitiendo la Dirección General de Tributos que puedan existir dos viviendas habituales en la misma unidad familiar, residiendo cada cónyuge en una de ellas. Así, el criterio de Hacienda es que si «*ambas viviendas adquiridas por el matrimonio tuvieran la consideración de habitual, una para el cónyuge del consultante y la otra para éste, cada cónyuge tendría derecho a practicar la deducción por inversión en vivienda habitual por aquella vivienda que constituya su respectiva residencia habitual, siempre que se cumplan los demás requisitos previstos en la normativa del Impuesto, por el 50 por ciento de las cantidades que satisfagan, hasta cubrir el porcentaje de participación que de la propiedad de la misma le corresponde, con el límite de base de deducción de 9.040 euros anuales⁽¹⁷⁾*

(17) Resolución V1572-12 de 18 de julio.

la Dirección General de Tributos descarta de plano dicha posibilidad, considerando que un contribuyente no pueden tener simultáneamente más que una vivienda habitual. Por ello debe tenerse en cuenta el número de días del período impositivo en que se ha habitado cada vivienda, para saber cuál de ellas es la habitual. Y en caso de que a pesar de ello pudieran existir dudas sobre qué vivienda es la que constituye la residencia habitual, o de si las dos viviendas pudieran tener simultáneamente tal condición, el criterio de Tributos es que *«las exigencias de continuidad y permanencia otorgarían el carácter de habitual a aquel domicilio donde se residiera por más tiempo a lo largo de cada período impositivo; puesto que un mismo contribuyente no puede tener más de una vivienda habitual en cada momento»*⁽¹⁸⁾.

El mismo criterio se aplicará si, por motivos laborales, un contribuyente residiera parte de la semana en un domicilio, y el resto en otro, ambos de su propiedad. Pues bien, Hacienda obliga a elegir, y solo tendrá el carácter de habitual aquella vivienda en las que se resida más días durante el período impositivo.

Sin embargo, la doctrina casacional del Supremo contenida en la sentencia de 5 de mayo de 2023 antes comentada, que afecta a los contribuyentes en situación de separación, divorcio, o nulidad matrimonial, y que podría ser extensible a otros supuestos, sí podría generar en mi opinión situaciones de pluralidad de viviendas habituales en un mismo contribuyente, y además de forma simultánea.

Así, si tomamos el caso de los contribuyentes separados, divorciados, o con nulidad matrimonial, vemos como a veces pueden pasar muchos años hasta que cese el derecho de uso de la vivienda del excónyuge, y pueda transmitirse la vivienda familiar. Pues bien, en todo ese plazo es lógico que el excónyuge que tuvo que abandonar la vivienda haya adquirido una nueva. Y que dicha vivienda a su vez haya obtenido la condición de habitual, por ocuparse en el plazo de doce meses y residir en ella el contribuyente de forma continuada durante más de tres años.

Pues bien, esa nueva vivienda conviviría con la anterior, que según la doctrina del Supremo no habría perdido la condición de habitual mientras el excónyuge siga residiendo en ella en virtud de los pactos contenidos en el convenio regulador o acordados por el órgano judicial en sentencia.

De hecho, cuando finalmente la que fue vivienda habitual del matrimonio se transmita, el contribuyente podrá considerar exenta la ganancia patrimonial por reinversión, o directamente, si es mayor de 65 años. Ello, a pesar de que ya sea propietario de otra vivienda habitual, que si la transmite le generará igual derecho.

(18) Resolución V2411-09 de 29 de octubre.

Y lo mismo puede decirse de otros supuestos en los que ya no se habite la que fue vivienda habitual, pero que sin embargo conserve tal condición ante la imposibilidad real y objetiva de transmitir la misma, y en tanto en cuanto no pueda llevarse a cabo su transmisión.

2.3 La prueba de que la vivienda es la habitual

Ya hemos visto que para poder aplicar los distintos beneficios fiscales cuyo objeto es la vivienda habitual, tanto en el IRPF como en otras normativas que se remiten al concepto de vivienda de este impuesto, es necesario poder acreditar la residencia continuada en dicha vivienda.

Ello será necesario para poder seguir aplicando la deducción por inversión en vivienda mientras se amortiza el préstamo hipotecario suscrito para la adquisición de la vivienda. O también para tener derecho a la exención de la ganancia patrimonial obtenida con motivo de su transmisión. E igualmente en el ámbito de otros impuestos, para gozar de la reducción por adquisición *mortis causa* de la vivienda prevista en el Impuesto de Sucesiones, o para poder aplicar tipos reducidos en el Impuesto de Transmisiones por la compra de la vivienda habitual.

El problema es, sin embargo, cómo probar que la vivienda en la que se reside es la habitual cuando dicha condición sea cuestionada por Hacienda respecto a alguno de los beneficios fiscales comentados (u otros previstos en cualquier normativa). No hablamos de una discusión sobre la carga de la prueba. Y es que ésta corresponderá a quien haga valer su derecho, de acuerdo con el artículo 105 de la LGT⁽¹⁹⁾.

Por el contrario, el problema se plantea en relación con los medios de prueba, al no estar definidos con cuáles cuenta el contribuyente para

(19) Artículo 105, LGT: «*En los procedimientos de aplicación de los tributos quien haga valer su derecho deberá probar los hechos constitutivos del mismo.*» En la práctica tributaria, ello se traduce en que corresponde a la Administración la prueba del hecho imponible del tributo (presupuesto necesario para poder exigirlo), y al contribuyente la de la existencia de supuestos de no sujeción, exenciones, bonificaciones o cualquier tipo de deducción o reducción que pretenda aplicarse, y minore la cuota tributaria a pagar, como sería cualquiera de los beneficios fiscales asociados a la adquisición o transmisión de la vivienda habitual. Así lo ha declarado el Tribunal Supremo en sentencia de 19 de marzo de 2007 (Recurso 6169/2001), afirmando que «*[...] en nuestro Derecho ha regido y rige la otra concepción que puede denominarse clásica regida por el principio dispositivo y plasmada en el artículo 114 de la LGT/1963 (también en el artículo 105.1 LGT/2003), según la cual cada parte tiene la carga de probar aquellas circunstancias que le favorecen; esto es, la Administración la realización del hecho imponible y de los elementos de cuantificación de la obligación, y el obligado tributario las circunstancias determinantes de los supuestos de no sujeción, exenciones y bonificaciones o beneficios fiscales. Si bien es verdad que nuestra jurisprudencia ha matizado, en ciertas situaciones, el rigor el principio establecido en el mencionado artículo 114 LGT/1963, desplazando la carga de la prueba hacia la Administración por disponer de los medios necesarios que no están al alcance de los sujetos pasivos.*»



acreditar el carácter habitual de su vivienda, cuando éste es cuestionado por la administración tributaria⁽²⁰⁾.

En efecto, a la hora de regularizar la situación del contribuyente la Administración suele utilizar como referencia el informe de consumos del sector residencial en España, elaborado por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo, o las estadísticas del Instituto Nacional de Estadística (INE), extraídas de la encuesta de presupuestos familiares⁽²¹⁾. Sin embargo, la aplicación de dichos consumos a la concreta vivienda del contribuyente no se lleva a cabo utilizando parámetros concretos que tengan en cuenta el número de personas que habitan la vivienda, la superficie de la misma, su ubicación, equipamientos, etc.

Además, la Administración tampoco relaciona los consumos medios indicados con los días en que la vivienda estuvo ocupada, presumiendo siempre una permanencia en la vivienda de 365 días al año. Ello, a pesar de que para determinar la residencia habitual el artículo 9 de la LIRPF establece tan solo una permanencia de más de 183 días en la misma. Por tanto, dichos consumos debieran prorratearse al período de permanencia en la vivienda acreditado por el contribuyente, siempre que éste sea superior a esos 183 días.

En definitiva, lo cierto es que la existencia de consumos mínimos e insuficientes en la vivienda del contribuyente suele ser la principal prueba de

(20) Dicha indeterminación de los medios de prueba que puede aportar el contribuyente para acreditar que la vivienda es la habitual ha motivado incluso una Recomendación por parte del Defensor del Pueblo, expresada en el marco de la Queja número 15017471. Ello, considerando necesario «*Establecer un listado abierto de pruebas que pueden ser aportadas por los contribuyentes para acreditar que un inmueble de su titularidad puede ser considerado su vivienda habitual, y unos criterios uniformes sobre los consumos que se consideran mínimos a efectos de determinar que el inmueble es la residencia habitual; y flexibilizar el criterio administrativo.*» Todo ello, insistiendo el Defensor del Pueblo en que «*desde esta institución no se pretende la publicación de una lista tasada de pruebas sino que se faciliten ejemplos de pruebas acreditativas de que una vivienda reúne los requisitos para ser considerada como habitual.*»

(21) Vide nota 9 anterior. En cualquier caso, la exigencia de unos consumos mínimos para poder reconocer el carácter habitual de la vivienda no tiene respaldo legal alguno, lo que podría vulnerar el principio de legalidad y el principio de seguridad jurídica. Ello, teniendo en cuenta que ni en la LIRPF, ni en su Reglamento, se determina que para que la vivienda tenga la condición de habitual deban existir unos consumos mínimos energéticos. No obstante, frente a tal alegación, el criterio del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León (Burgos), expresado en sentencia de 24 de febrero de 2020 (recurso 75/2019) es el de considerar que «*«aunque ciertamente la normativa no contiene tal exigencia, sin embargo, la valoración de tales consumos como un elemento probatorio más a los efectos de acreditar que estamos ante una vivienda habitual es algo que viene admitiendo habitualmente esta Sala, y por tanto no puede acarrear las consecuencias que el recurrente pretende, ya que nos encontramos ante una deducción, que como tal, constituye un beneficio fiscal, y por ello, de conformidad con lo prevenido en el artículo 105 de la LGT, corresponde al recurrente acreditar su residencia real, efectiva y permanente en la vivienda adquirida, correspondiendo a los órganos de gestión valorar la totalidad de las pruebas aportadas, por lo que estamos ante una simple cuestión de valoración de prueba y no tanto de aplicación normativa».*



E. CONCEPTO DE VIVIENDA A EFECTOS FISCALES Y PÉRDIDA DE LA CONDICIÓN...

cargo que utiliza la Administración⁽²²⁾. Y frente a ella al contribuyente no le quedará más remedio que acreditar la condición de vivienda habitual del inmueble acudiendo a cualquier medio de prueba admitido en Derecho.

En este sentido, la resolución del TEAR de Valencia de 25 de noviembre de 2016 (46/09791/2016) da la razón a una contribuyente en su reclamación frente a Hacienda, y constituye un buen ejemplo de los distintos medios de prueba que el contribuyente puede oponer frente a la regularización practicada por la Administración rechazando la condición de habitual de su vivienda por insuficiencia de consumos.

Así, se afirma en dicha resolución que *«La interesada manifiesta residir en la vivienda por la que se practica la deducción y explica el bajo consumo de luz en el incorrecto funcionamiento del contador. Aporta en prueba de su pretensión: comunicaciones electrónicas realizadas con la entidad Iberdrola solicitando acreditación del cambio del contador realizado, volante de empadronamiento, contrato de luz, declaraciones de vecinos, facturas de agua, alta en teléfono fijo y ADSL en 2014, aunque en 2013 no tenía teléfono fijo, y facturas de teléfono. Además de lo anterior, en el procedimiento llevado a cabo respecto a su regularización del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, ejercicio 2013, la reclamante presentó en prueba de su residencia efectiva, permanente y habitual en la vivienda, lo siguiente: escritura de la vivienda y del préstamo hipotecario, justificantes de pagos realizados, certificado de empadronamiento figurando empadronada en la vivienda desde 2009, certificado de retenciones de 2013 dirigido a la interesada al domicilio de Aldaya, contratos de suministro eléctrico y de agua y renovación del seguro de automóvil, dirigido a la interesada al domicilio de Aldaya.»*

En el mismo sentido, el TSJ de Madrid, en sentencia de 31-01-19 (recurso 477/2017), da la razón a un contribuyente, militar de profesión, que pese a tener consumos de electricidad muy bajos logró acreditar el carácter habitual de su vivienda aportando diversas pruebas, y explicando su situación profesional y personal⁽²³⁾.

(22) Así, considera el TEAR de Madrid en resolución de 12 de marzo de 2020 (28/21584/2018) que *«La falta de suministros, o la existencia de suministros muy reducidos, es un indicio de que, con independencia de que se trate de un inmueble de titularidad del contribuyente, aquél no constituye la vivienda habitual de éste. Se trata, en consecuencia, de la utilización de la inexistencia o irrelevancia de los consumos como una prueba indiciaria de que contribuyente no habita de modo habitual el inmueble».*

(23) En concreto, afirma el Tribunal que *«Estos documentos avalan suficientemente que el recurrente tiene dicha vivienda y que constituye su domicilio habitual aun cuando su uso, por razones de su profesión y por vivir solo, no sea el ordinario de una familia y ello porque las declaraciones ante órganos oficiales le vinculan con efectos jurídicos, no aparece como titular de inmueble distinto en su condición de militar ni tampoco como particular por lo que, salvo que comparta vivienda, lo que no consta, su domicilio será el que consta en su empadronamiento. En conclusión, en una valoración conjunta de la prueba documental obrante en autos y en el*



Sin embargo, la prueba debe ser muy exhaustiva, siendo también bastantes los supuestos en los que los Tribunales consideran que los medios de prueba aportados por el contribuyente no son suficientes para acreditar que la vivienda tenía el carácter de habitual en el ejercicio regularizado. Ello, por considerar que con la prueba aportada no se desvirtúan los consumos mínimos de la vivienda, incompatibles con una efectiva residencia en la misma⁽²⁴⁾.

Estamos, en definitiva, ante una cuestión que debe ser analizada caso por caso. Y ello, no solo teniendo en cuenta la valoración objetiva de las pruebas aportadas por el contribuyente, sino atendiendo también a sus circunstancias personales, y a los motivos que, en conjunto, pueden justificar un período de permanencia en la vivienda inferior al que a priori puede considerarse el normal para una residencia habitual.

expediente administrativo, en aplicación de las reglas sobre medios y valoración de la prueba previstas en el CC y en la LEC, según dispone el artículo 106.1 de la LGT, no podemos sino concluir que el actor ha logrado justificar los hechos constitutivos del derecho que pretende hacer valer y que la Administración ha negado indebidamente que la vivienda hubiera sido habitada de manera efectiva y con carácter permanente durante el tiempo pretendido por el actor, de forma que habiéndose acreditado dicha residencia desde la adquisición de la mencionada vivienda, hemos de estimar íntegramente el recurso que nos ocupa y anular la resolución recurrida».

(24) Ejemplo de ello es la sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid de 10 de diciembre de 2019 que niega la deducción por inversión en vivienda practicada considerando que «*otras pruebas aportadas como una nota del Registro de la Propiedad, el empadronamiento en el inmueble, la tarjeta sanitaria, y las actas de las reuniones de la junta de propietarios, carecen de fuerza probatoria suficiente para acreditar que la misma constituyera la residencia habitual, pues resultan insuficientes para desvirtuar la conclusión expuesta, sustentada en los consumos insignificantes constatados, absolutamente incompatibles con la residencia habitual de la demandante en la vivienda indicada».*

En igual sentido se ha pronunciado el TSJ de Madrid, entre otras, en dos sentencias de 27 de octubre de 2021 (recursos 1728/2019 y 1707/2019), al entender que los datos sobre el consumo de energía eléctrica, notoriamente bajos, no sostienen la veracidad de la residencia habitual del recurrente en la vivienda y que los documentos presentados carecen de la entidad necesaria para enervar la realidad de los exiguos consumos eléctricos de la vivienda, de los que únicamente cabe inferir, de forma lógica y racional, que nadie reside allí de manera continuada y permanente o, cuando menos, existen dudas al respecto.

También el TSJ de Cataluña (sentencia de 26 de enero de 2022, recurso 2716/2020) rechaza como prueba las «*declaraciones juradas de vecinos que no constituyen un medio útil para acreditar los efectos pretendidos, habida cuenta que son meras manifestaciones carentes de sustento fáctico probatorio. Lo mismo sucede con el certificado de la empresa donde prestaba servicios, sobre el horario laboral, o declaración escrita de su madre, en que manifiesta que durante el periodo comprendido entre octubre de 2015 a junio de 2017 había cuidado de su nieto en su domicilio».*

Del mismo modo, el TSJ de la Comunidad Valenciana en sentencias de 23 de julio de 2021 (recursos 185/2020 y 1156/2020) concluye que resulta difícil de creer que pueda considerarse como residencia habitual un inmueble con el escasísimo consumo eléctrico acreditado, rechazando las alegaciones del contribuyente relativas a los horarios laborales y de ayuda de la familia, cuando estamos ante consumos mínimos incompatibles con una residencia habitual, partiendo de los datos suministrados por el Ministerio de Industria, Energía y Turismo.

Por último, y sin ánimo de ser exhaustivo, interesa citar la sentencia de 7 de junio de 2021 (recurso 453/2020) dictada por el TSJ Castilla y León (Valladolid), en la que el Tribunal razona que el reducido uso de la energía eléctrica, incluso atendiendo a las circunstancias personales y laborales alegadas, no es realmente compatible con considerar un inmueble como una vivienda habitual. Ello, recalando que «*Lo que de verdad despeja las dudas sobre la efectividad de la ocupación son los consumos de energía y agua, que como tales, son indispensables para la vida diaria».*

