

Referencia: **CTE 04-24/T**

DESCRIPCIÓN SUCINTA DE LOS HECHOS

El consultante tiene una unidad familiar bajo la categoría de familia numerosa y se encuentra divorciado judicialmente con concesión de la custodia compartida de los hijos habidos en el matrimonio, también por sentencia judicial firme.

Se procedió a la venta de la vivienda que constituyó el último domicilio familiar cuyo uso era compartido por ambos cónyuges bajo el sistema de alternancia denominado “casa nido”.

Con el precio de la venta cada uno de los ex cónyuges va a adquirir una nueva vivienda donde residirán junto a sus tres hijos menores en las semanas que corresponda ejercer el sistema de guarda y custodia compartida.

CUESTIÓN PLANTEADA

Si cabe o no la aplicación por ambos cónyuges divorciados con custodia compartida y pertenecientes a familia numerosa del tipo de gravamen reducido del 4% recogido en el artículo 29 del Decreto Legislativo 1/2010, de 21 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales de la Comunidad de Madrid en materia de tributos cedidos por el Estado cedidos por el Estado.

NORMATIVA APLICABLE

Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.

Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias.

Decreto Legislativo 1/2010, de 21 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales de la Comunidad de Madrid en materia de tributos cedidos por el Estado.

CONTESTACIÓN

PRIMERO.- El artículo 88.5 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, establece la competencia para contestar a consultas tributarias escritas corresponde *“a los órganos de la Administración Tributaria que tengan atribuida la iniciativa para la elaboración de disposiciones en el orden tributario, su propuesta o interpretación”*.

La competencia de este Centro Directivo, en materia del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, se encuentra limitada a la interpretación de la aplicación de las disposiciones aprobadas por la Comunidad de Madrid, según establece el

artículo 49 de la Ley 22/2009, de 18 de diciembre, por la que se regula el sistema de financiación de las Comunidades Autónomas de régimen común y Ciudades con Estatuto de Autonomía y se modifican determinadas normas tributarias. Esta competencia alcanza a la interpretación de las deducciones y bonificaciones de la cuota aprobadas por la Comunidad de Madrid.

En base a lo anterior, esta Dirección General de Tributos emite la presente contestación de carácter vinculante.

SEGUNDO.- En primer lugar, este Centro ha podido averiguar que el sistema de “casa nido”, en un procedimiento de separación o divorcio, consiste en atribuir la vivienda familiar a los hijos, de tal forma que estos permanezcan siempre en su interior, y sean los padres quienes, durante su periodo de custodia – generalmente compartida en estos casos – se trasladan a la vivienda para estar con los menores, teniendo que salir de su interior al finalizar ese periodo.

Sin embargo, se plantea la venta de la que fuera la vivienda habitual de los hijos del matrimonio y la compra de una vivienda por cada uno de los progenitores y la posible aplicación del tipo de gravamen reducido del 4% recogido en el artículo 29 del Decreto Legislativo 1/2010, de 21 de octubre, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba el Texto Refundido de las Disposiciones Legales de la Comunidad de Madrid en materia de tributos cedidos por el Estado. Este precepto establece lo siguiente:

“1. Se aplicará el tipo impositivo reducido del 4 por 100 a la transmisión de un inmueble que vaya a constituir la vivienda habitual de una familia numerosa, siempre que se cumplan simultáneamente los siguientes requisitos:

*a) Que el sujeto pasivo sea titular de una familia numerosa.
b) Que el inmueble constituya la vivienda habitual de la familia numerosa de la que sea titular el sujeto pasivo. Se considerará vivienda habitual la que se ajusta a la definición y requisitos establecidos en la disposición adicional vigésima tercera de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas, y en su normativa de desarrollo, en su redacción vigente desde el 1 de enero de 2013.*

Se considerará vivienda habitual la que se ajusta a la definición y requisitos establecidos por la normativa del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

c) Que, en el supuesto de que la anterior vivienda habitual fuera propiedad de alguno de los titulares de la familia numerosa, la misma se venda en el plazo de dos años anteriores o posteriores a la adquisición de la nueva vivienda habitual. No será exigible este requisito cuando se adquiera un inmueble contiguo a la vivienda habitual para unirlo a esta, formando una única vivienda de mayor superficie.

2. A los efectos de lo dispuesto en este artículo, el concepto de familia numerosa es el establecido por la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas. La acreditación de la condición legal de familia numerosa se realizará mediante la presentación del título de familia numerosa, libro de familia u otro documento que pruebe que dicha condición ya concurría en la fecha del devengo.

3. En el caso de que la vivienda adquirida no llegue a habitarse efectivamente en el plazo de 12 meses desde su adquisición o construcción o no se habite efectivamente durante un plazo mínimo continuado de tres años, salvo que concurren las circunstancias indicadas en la disposición adicional vigésima tercera de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto

sobre la Renta de las Personas, y en su normativa de desarrollo, en su redacción vigente desde el 1 de enero de 2013, el adquirente deberá presentar, en el plazo de un mes desde que se produzca el incumplimiento, una autoliquidación complementaria aplicando el tipo impositivo general en la Comunidad de Madrid e incluyendo los correspondientes intereses de demora.”

En este sentido, y a los efectos del caso planteado, el artículo 2 de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, establece que se entiende por familia numerosa la integrada por uno o dos ascendientes con tres o más hijos, sean o no comunes. En su párrafo segundo añade que:

“2. Se equiparan a familia numerosa, a los efectos de esta ley, las familias constituidas por:

a) Uno o dos ascendientes con dos hijos, sean o no comunes, siempre que al menos uno de éstos sea discapacitado o esté incapacitado para trabajar.

b) Dos ascendientes, cuando ambos fueran discapacitados, o, al menos, uno de ellos tuviera un grado de discapacidad igual o superior al 65 por ciento, o estuvieran incapacitados para trabajar, con dos hijos, sean o no comunes.

c) El padre o la madre separados o divorciados, con tres o más hijos, sean o no comunes, aunque estén en distintas unidades familiares, siempre que se encuentren bajo su dependencia económica, aunque no vivan en el domicilio conyugal.

En este supuesto, el progenitor que opte por solicitar el reconocimiento de la condición de familia numerosa, proponiendo a estos efectos que se tengan en cuenta hijos que no convivan con él, deberá presentar la resolución judicial en la que se declare su obligación de prestarles alimentos.

En el caso de que no hubiera acuerdo de los padres sobre los hijos que deban considerarse en la unidad familiar, operará el criterio de convivencia. (...)”

Asimismo, tal y como se establece en el segundo párrafo del artículo 21.1 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria, *“salvo que la ley de cada tributo disponga otra cosa”*, los requisitos establecidos en el artículo 29 transcrito deben cumplirse en el momento del devengo del impuesto.

Analizando los requisitos indicados en dicho artículo, y en lo que afecta al caso que plantea el consultante, puede señalarse lo siguiente:

A) En primer lugar, el artículo 29 del Texto Refundido exige que *“el sujeto pasivo –es decir, el adquirente de la vivienda– sea titular de una familia numerosa”*.

A tal efecto, el artículo 3.3 de la Ley 40/2003 establece que *“[n]adie podrá ser computado, a los efectos de esta ley, en dos unidades familiares al mismo tiempo”*.

A su vez, el artículo 1.1 b) del Reglamento de la citada ley, aprobado por Real Decreto 1621/2005, de 30 de diciembre, dispone, por lo que interesa a esta consulta, que *“[p]ara que se reconozca y mantenga la condición de familia numerosa, de acuerdo con lo previsto en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas, los hijos o hermanos y*

personas a que se refieren los apartados 2 y 4 del artículo 2 de ella deberán reunir las siguientes condiciones: (...)

b) Convivir con el ascendiente o ascendientes, sin perjuicio de lo previsto en el apartado 2.c) del artículo 2 de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, para el supuesto de separación o divorcio de los ascendientes.

(...).”

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el artículo 17 de la misma ley establece entre las obligaciones de los titulares de familia numerosa la de comunicar a la Administración competente, en el plazo máximo de tres meses, cualquier variación que se produzca en su familia, siempre que éstas deban ser tenidas en cuenta a efectos de la modificación o extinción del derecho a tal título. Por tanto, en caso de separación o divorcio, debe comunicarse tal circunstancia a la Administración competente para que resuelva a cuál de los dos progenitores corresponde la expedición del nuevo Título de Familia Numerosa. Además, está contemplado el mantenimiento del título en el progenitor que no conviva con los hijos siempre que acredite la obligación de prestarles alimentos y haya acuerdo con el progenitor que sí conviva, prevaleciendo, en caso de desacuerdo, el derecho de quien conviva.

Por tanto, en los casos de separación o divorcio, únicamente uno de los progenitores podrá ser titular de la familia numerosa, con independencia de que pudieran computarse hijos que no convivan con el mismo, si bien, con el requisito señalado de la obligación de prestarles alimentos y acuerdo entre ambos progenitores. En caso de convivencia de ambos progenitores con los hijos comunes, porque haya custodia compartida de los hijos, el título podrá asignarse alternativamente, pero esta cuestión excede de las competencias de este Centro Directivo, puesto que están atribuidas a la Dirección General de Infancia, Familia y Fomento de la Natalidad de la Consejería de Familia, Juventud y Asuntos Sociales.

En todo caso, el mantenimiento de la condición de titular de familia numerosa, en caso de divorcio, deberá poder acreditarse, tal y como establece el artículo 5 de la citada Ley 40/2003, mediante la aportación del título en vigor en el momento en que se produzca la adquisición de la vivienda.

B) En segundo lugar, el artículo 29 del Texto Refundido exige que la vivienda adquirida *“constituya la vivienda habitual de la familia numerosa de la que sea titular el sujeto pasivo”*. A tal efecto, se dispone que se considerará vivienda habitual la que se ajuste a la definición y requisitos establecidos en la normativa del IRPF.

Este segundo requisito debe interpretarse, también a la luz de lo establecido en la Ley 40/2003 y su normativa de desarrollo, en el sentido de que el artículo 29 sólo exige la convivencia de todos los miembros de la familia numerosa en la vivienda adquirida cuando tal condición se sustente en el criterio de convivencia con los hijos. Es decir, será necesario que todos los miembros de la familia numerosa que consten en el título convivan en la nueva vivienda, constituyendo ésta su vivienda habitual, cuando el otorgamiento de la condición de familia numerosa se haya efectuado por la convivencia del titular o titulares con los hijos comunes o no comunes que la conformen.

No será exigible la convivencia en los casos en que, de acuerdo con el artículo 2.2 c) de la Ley 40/2003, el titular de la familia numerosa no conviva con sus hijos o con alguno de ellos, pero se encuentren bajo su dependencia económica, así como en el caso en que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1.1 b) del reglamento de la ley, se produzca una separación transitoria motivada por razón de estudios, trabajo, tratamiento médico, rehabilitación u otras causas similares.

Por todo ello, en conclusión, sólo quien tenga la condición de titular de familia numerosa en el momento de la adquisición de la vivienda habitual será acreedor del tipo reducido del 4 por ciento previsto en el artículo 29 del Texto Refundido. El inmueble adquirido deberá constituir la vivienda habitual de todos los miembros computables en la familia numerosa, salvo aquellos que no conviviendo se encuentren bajo su dependencia económica, ya sea por custodia compartida o régimen de pensión de alimentos.

La presente contestación se realiza conforme a la información proporcionada por el consultante, sin tener en cuenta otras circunstancias no mencionadas, lo que podrá ser objeto de comprobación administrativa a la vista de la totalidad de las circunstancias previas, simultáneas y posteriores concurrentes en la operación realizada.

Lo que comunico a usted con carácter vinculante, conforme a lo dispuesto en los artículos 88 y 89 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.