

Derecho de habitación sobre la vivienda habitual a favor del discapacitado en el Derecho español (1)

por

CARMEN MINGORANCE GOSÁLVEZ
Profesora Contratada Doctora de Derecho Civil
Universidad de Córdoba

SUMARIO

- I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA.
- II. EL DERECHO REAL DE HABITACIÓN DE ATRIBUCIÓN VOLUNTARIA EN EL ARTÍCULO 822 DEL CÓDIGO CIVIL:
 1. NATURALEZA JURÍDICA. ACIERTO EN LA ELECCIÓN DE LA FIGURA.
 2. CONSTITUCIÓN: ELEMENTOS PERSONALES, REALES Y FORMALES:
 - A) *Elementos personales.*
 - B) *Elementos reales.*
 - C) *Elementos formales.*
 3. CONTENIDO Y RÉGIMEN JURÍDICO.
 4. EXTINCIÓN.
- III. EL NUEVO DERECHO DE HABITACIÓN LEGAL.
- IV. A MODO DE CONCLUSIÓN.

(1) El presente estudio se enmarca en los trabajos del Proyecto de Investigación de Excelencia, «Protección jurídica de la tercera edad», SEJ 1789, convocatoria de 2006 (Orden de 5 de julio de 2005, Boletín Oficial de la Junta de Andalucía, núm. 138 de 18 de julio de 2005) financiado por la Consejería de Innovación, Ciencia y Empresa de la Junta de Andalucía, cuyo investigador principal es el Doctor Ignacio GALLEGO DOMÍNGUEZ, Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Córdoba.

I. PLANTEAMIENTO DEL TEMA

De las muchas e importantes modificaciones que ha sufrido el Código Civil español a lo largo de su más que centenaria vigencia, considero que la reforma llevada a cabo por la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, que lleva por título: *Protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad*, es una de las de mayor calado de entre las que han afectado el articulado de nuestro Código Civil. Afecta directamente a los tres pilares fundamentales del sistema de nuestro Derecho Civil, a saber, la persona, la familia y el patrimonio. Esta Ley se refiere a la persona individualmente considerada y más en concreto a la persona discapacitada; también a la familia, círculo más próximo a aquella y, cómo no, al patrimonio, regulando la figura del patrimonio protegido, entre otras medidas (2).

La reforma tiene importantes antecedentes legales hasta llegar a lo que se conoce con el nombre del «Estatuto del discapacitado», como son la Ley 13/1982, de 7 de abril, sobre la integración social de los minusválidos, posiblemente el primer gran desarrollo del artículo 49 de la Constitución, a la que han seguido otras normas posteriores como el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, sobre grados de minusvalía; la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, sobre igualdad de oportunidades, no-discriminación y accesibilidad de las personas con discapacidad; la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de discapacitados, y el Real Decreto 177/2004, de 31 de enero, por el que se determina la composición, funcionamiento y funciones de la Comisión de protección patrimonial de las personas con discapacidad (modificado por RD 2270/2004, de 3 de diciembre). A todas estas normas habría que añadir la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

La Ley de 18 de noviembre de 2003 tiene algo que la diferencia de todas las precedentes: contempla la protección del discapacitado fundamentalmente desde una perspectiva jurídico-privada.

Dejando de lado muchas e importantes cuestiones que la nueva Ley de modificación del Código Civil presenta, yo me voy a centrar en uno de esos mecanismos que plantea en favor y protección de las personas discapacitadas, dentro de la reforma del Derecho Sucesorio. En concreto me voy a referir a la modificación —o mejor inclusión— del artículo 822 del Código Civil. Digo inclusión, porque en realidad lo que ha hecho el legislador ha sido trasladar el texto del antiguo artículo 822 al artículo 821 como

(2) Véase el estudio que sobre el patrimonio protegido realiza GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., «Aproximación al patrimonio protegido del discapacitado», en *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, La Ley, Madrid, 2006, págs. 113-180.

tercer párrafo del mismo (3). De esta forma el artículo 822 quedaba sin contenido, y el legislador podía regular el derecho de habitación en lugar de crear un 822 bis.

El nuevo contenido del artículo 822 viene referido a las consecuencias en el ámbito sucesorio de la donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario con discapacidad, así como la creación de nuevo derecho legal de habitación que la ley atribuye al legitimario discapacitado que lo necesite y que hubiere estado conviviendo con el causante sobre la vivienda habitual de éste:

«La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario, persona con discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella.

Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la Ley en las mismas condiciones al legitimario discapacitado que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten.

El derecho a que se refieren los dos párrafos anteriores será intransmisible.

Lo dispuesto en los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1.406 y 1.407 de este Código, que coexistirán con el de habitación».

El Anteproyecto de la que sería finalmente la Ley 41/2003 dice de esta figura: *«En caso de que un hijo con discapacidad conviva con su padre o madre en el momento del fallecimiento de estos últimos, se establece el derecho del hijo con discapacidad a disfrutar de la vivienda habitual de la familia sin que ello compute como parte de la herencia».*

La reforma de la Ley 41/2003 ha venido con este artículo a ofrecer una solución a la preocupación de los padres de dar un techo a los hijos discapacitados para cuando ellos falten, máxime si se estima la situación de muchas familias que tienen una sola vivienda y varios herederos forzosos. No olvidemos, por otra parte, que esta solución no es más que la aplicación de un mandato constitucional, en cuanto el artículo 47 de la Constitución española establece que: *«Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada»*, y dentro de los españoles existe un colectivo, los

(3) De modo que el artículo 821 establece ahora no sólo el supuesto de que el legado sujeto a reducción consista en una finca que no admita cómoda partición, sino también el supuesto en que los herederos o legatarios no deseen utilizar el derecho que se les concede.

discapacitados, que por estar en una situación especial de indefensión debe estar protegido particularmente por los poderes públicos (4).

Ya en la redacción del Proyecto de Ley aprobado por el Gobierno se habla de «legitimarios» y no sólo de hijos (5):

a) En primer lugar, el artículo 822 se refiere a la donación o legado de un derecho de habitación que su titular haya hecho de su vivienda habitual a favor de un legitimario discapacitado.

Esta posibilidad, como es obvio, cabía con anterioridad a la Ley 41/2003, si bien podía plantear el problema de una posible inoficiosidad del mismo, en su caso. Para evitar el mismo y beneficiar al legitimario discapacitado, el nuevo artículo 822.1 señala que este derecho no se computará para el cálculo de las legítimas si al momento del fallecimiento constituyente y beneficiario estuvieren conviviendo en dicha vivienda.

Del contenido de este artículo, o mejor, de la facultad que este artículo 822 otorga, podríamos extraer una serie de interrogantes que pretendemos si no resolver, sí al menos apuntar en este trabajo. ¿Favorece este derecho a todos los legitimarios del artículo 807 que sean discapacitados? ¿Se refiere únicamente al derecho de habitación o podría incluirse también el derecho de uso? ¿Se deberá guardar el orden de prelación del citado artículo 807 del Código Civil? Y si es así, ¿se entienden preteridos los padres ancianos por una ley que parece que desea otra cosa? Además, el que quepa su constitución por vía de legado o de donación, dos cauces diferentes con puntos comunes, también plantea diversas cuestiones.

b) En segundo lugar, el legislador de 2003 crea un nuevo derecho, un derecho de habitación legal a favor de los legitimarios discapacitados que, conviviendo con el causante, con relación a la vivienda habitual, derecho que igualmente no se computará para el cálculo de las legítimas.

Son dos, por tanto, dos figuras, una de origen voluntario y otra de origen legal, que analizaremos de modo independiente, sin perjuicio de que compartan ciertos elementos y efectos.

Pero antes de analizar el artículo 822 veamos, muy brevemente, cómo se configura el derecho de habitación en nuestro ordenamiento jurídico.

El derecho de habitación es un derecho real limitativo de la propiedad, derecho de goce personalísimo e intransmisible (*ex* art. 525 del CC) que concede a su titular la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia, con independencia de que ésta aumente (art. 524.2 del CC).

(4) La Constitución Española garantiza la protección de la discapacidad en el artículo 49, dentro de los Derechos y libertades fundamentales.

(5) *BOCG, Congreso de los Diputados*, Serie A, de 6 de junio de 2003, núm. 154-1.

El derecho de habitación se nos presenta asociado a los derechos de usufructo y uso, y tiene toda una historia compleja detrás, como los otros dos derechos citados. Los compiladores justinianeos incluyeron a los tres entre las servidumbres personales, pero el codificador francés, pretendiendo suprimir lo que parecían residuos de origen feudal, evitó esa expresión de servidumbres personales y encuadró a estos derechos como categorías específicas (6). Nuestro Código, pese a que admite la posibilidad de existencia de servidumbres personales en el artículo 531, desliga estos tres derechos de las servidumbres y los configura como derechos reales de goce sobre cosa ajena (7).

Su regulación en el Código Civil se hace de forma conjunta en el caso de los derechos de uso y habitación, inmediatamente detrás del derecho de usufructo en los artículos 523 a 529. Sin embargo, esta regulación conjunta no puede llevarnos a interpretar el derecho de habitación como un derecho de uso caracterizado por su especial objeto, pues el derecho real de habitación goza de plena sustantividad y autonomía respecto del derecho de uso (8).

II. EL DERECHO REAL DE HABITACIÓN DE ATRIBUCIÓN VOLUNTARIA EN EL ARTÍCULO 822 DEL CÓDIGO CIVIL

1. NATURALEZA JURÍDICA. ACIERTO EN LA ELECCIÓN DE LA FIGURA

El artículo 1822.1 está contemplando un auténtico derecho real de habitación de constitución voluntaria.

El legislador es consciente de los beneficios que la misma puede reportar al discapacitado necesitado de techo, sino también a los demás sujetos interesados en la vivienda.

El habitacionista-discapacitado es claro que se beneficia por diversas razones: en primer lugar, por ser titular de un derecho real, con lo que ello implica de beneficioso para la defensa de su posición jurídica. En segundo lugar, porque debido a la propia filosofía inspiradora del derecho, el legislador, en el artículo 1822.1, contempla la constitución del derecho sin contraprestación —vía donación, vía testamento—, algo que no ocurriría en el caso de acudir al contrato de arrendamiento. Y por último, por la posibilidad de continuar residiendo en la que viene siendo su vivienda habitual, con la

(6) QUESADA SÁNCHEZ, A. J., «Breve reflexión acerca de la utilidad del derecho de habitación en el siglo XXI», en *Boletín Jurídico Derecho.com*, abril de 2001.

(7) Ya en la Base 12 de la Ley de Bases, de 11 de mayo de 1888, se comprueba esta intención del legislador, al señalar que: «*El usufructo, el uso y la habitación se definirán y regularán como limitaciones del dominio y formas de su división...*».

(8) Su carácter independiente del uso es obra del Derecho justiniano; así ya el Digesto mantenía tratamiento diferenciado. V.gr. D. 33, 2, 0.

importancia que según la circunstancia generadora de su discapacidad puede tener el no verse obligado a un cambio de domicilio.

Para el disponente, las ventajas son igualmente nítidas: soluciona el problema habitacional del legitimario más débil, por así llamarlo. Pero además, el carácter personalísimo de este derecho lo hace idóneo para favorecer al discapacitado y a la vez resolver futuros problemas. La intransmisibilidad del derecho de habitación resuelve, en primer lugar, el supuesto de que el habitacionista pretenda transmitir por cualquier clase de título su propio derecho real (transmisión nula de pleno derecho) y por otro, al tener carácter vitalicio, evita los problemas que se podría generar derivados de la sucesión *mortis causa* de los bienes del discapacitado. Además, dado el carácter absorbente del dominio (principio de elasticidad del dominio), una vez extinguido el derecho de habitación las facultades que lo conforman se reintegran de modo automático en el dominio.

Por su parte, el propietario del inmueble gravado con el derecho de habitación, que bien puede ser un heredero, bien un legatario, cuenta con ventajas que, desde mi punto de vista, hacen especialmente atractivo este recurso: además de lo señalado sobre la intransmisibilidad del derecho, el derecho real de habitación, por su propia naturaleza, es un derecho que tiene por objeto satisfacer una necesidad, de modo que no puede ejercitarse de modo extenso y flexible, sino que debe tenderse a su interpretación y utilización estricta: el habitacionista-discapacitado debe ocupar las piezas necesarias para satisfacer sus necesidades de habitación y de su familia en su caso, pero no más: dichas necesidades serán mayores o menores, pero no pueden implicar abusos por parte del habitacionista, y si se extralimita, siempre están ahí las consecuencias del artículo 527 e, incluso, las más traumáticas del 529 (extinción del derecho).

Por otra parte, la configuración del derecho puede conllevar —incluso— la posible convivencia entre propietario y habitacionista, con lo que no es necesario que el propietario se vea desposeído de la vivienda para satisfacer al habitacionista. Aunque posiblemente lo frecuente en la práctica será que se constituya el derecho sobre la vivienda que no habite el propietario, no olvidemos que el propio artículo 822, párrafo 2.º *in fine*, compatibiliza este derecho en el caso de creación legal, no en el de creación voluntaria, con la convivencia de los demás legitimarios mientras lo necesiten.

2. CONSTITUCIÓN: ELEMENTOS PERSONALES, REALES Y FORMALES

A) *Elementos personales*

a) Constituyente

El constituyente del derecho de habitación del artículo 1822.1 será el donante o el testador propietario del inmueble que constituye su vivienda habitual y la del legitimario discapacitado.

La capacidad para su constitución se rige por las normas generales, por lo que habrá que atender al modo constitutivo, sea la donación sea el testamento.

b) Beneficiario: habitacionista

¿A quiénes va dirigido este derecho? El artículo 822.1 se refiere al legitimario persona con discapacidad. Ello no significa que una persona no pueda donar o legar un derecho de habitación a otra persona distinta del legitimario o discapacitado; el disponente podrá ceder el derecho de habitación a quien convenga. Lo que ocurre es que el mencionado artículo establece dos requisitos para que no se compute este derecho en el cálculo de las legítimas: uno, que se haga a favor de un legitimario discapacitado, y otro, que éste conviviera con el disponente al momento del fallecimiento. De igual forma lo prevé el párrafo segundo del mismo para la atribución del derecho por ministerio de la ley.

a) Legitimario

Atendiendo al artículo 822 habremos de estar ante un legitimario de los referidos en el artículo 807, a saber, hijos y descendientes, a falta de los anteriores, padres y ascendientes y, en cualquier caso, viudo o viuda.

El problema se suscita si de la interpretación conjunta de ambos artículos —822 y 807— hemos de entender una prelación, de modo que los beneficiarios sean exclusivamente quienes sean realmente legitimarios en cada concreto —los hijos y descendientes, primando la idea de que los más próximos en grado excluyen a los más remotos, fuera del caso en que deba jugar el derecho de representación—, a falta de hijos y descendientes, los padres y ascendientes —con igual primacía de proximidad de grado— y en todo caso el cónyuge sobreviviente, idea que llevaría a una preferencia los hijos sobre los padres. A mi juicio, nada sería menos deseable. El artículo 822 posibilita esta

facultad a quienes reconoce el artículo 807, pero únicamente a aquellos que reconoce como legitimarios, no en el orden en que los reconoce. Debemos entender que este último artículo establece la preferencia dentro de las legítimas a unos legitimarios frente a otros, pero sin otorgarles preferencia en otros órdenes que vayan referidos a legitimarios. De este modo el testador o donante podrá atribuir el derecho de habitación —sin que se compute para el cálculo de las legítimas, ni se le compute en su haber— a cualquier legitimario discapacitado con el que conviviere, sin que se vea obligado a preterir a un legitimario frente a otro (9).

b) Discapacitado

Nos encontramos con que para que jueguen los beneficios que contempla el artículo 1822.1, habitacionista no sólo debe estar incluido dentro de los legitimarios del causante, sino que debe ser una persona discapacitada. Atendiendo a la nueva Disposición Adicional cuarta del Código Civil, redactada por el artículo 13 de la Ley 41/2003, el sujeto tendrá que ser discapacitado beneficiario a los efectos del artículo 2.2 de la Ley (10). La ley rompe de esta forma con la anterior estructura de protección privada de las personas con discapacidad, basada únicamente en la incapacitación judicial. Ahora reciben una protección jurídica privada las personas con discapacidad, con independencia de que estén o no incapacitadas, entendiéndose por tales las referidas en el artículo 2.2.º de la Ley 41/2003, a saber: «a) *Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100*. b) *Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100*». Añade el artículo 2.3.º que: 3. «El grado de minusvalía se acreditará mediante certifi-

(9) No comparte esta postura RAGEL SÁNCHEZ, L. F., que considera que «no puede ser protegido con el derecho de habitación un ascendiente discapacitado del causante cuando éste tenga descendientes en el momento de su fallecimiento. En tal caso, el ascendiente no sería legitimario y, por lo tanto, no se cumpliría el requisito subjetivo exigido por la ley, que se refiere al “legitimario discapacitado”. Aún así, critica este autor la exclusión de los ascendientes discapacitados cuando el causante deja hijos o descendientes, por entender que “quiebra una de las finalidades pretendidas por la Ley 41/2003, la de proteger también a personas de cierta edad a las que alude en su Preámbulo”. «El derecho de habitación establecido a favor del legitimario discapacitado como gravamen sobre la legítima estricta», en el *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, tomo II, coordinado por J. M. GONZÁLEZ PORRAS y F. P. MÉNDEZ GONZÁLEZ, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España y Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pág. 4018.

(10) Disposición Adicional cuarta de la Ley 41/2003: «La referencia que a personas con discapacidad se realiza en los artículos 756, 822 y 1.041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de Modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad».

cado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme».

Lo señalado puede llevarnos a un nuevo interrogante: ¿qué sucede con aquellas personas judicialmente incapacitadas y que sin embargo no han obtenido una declaración administrativa de minusvalía en los términos señalados, por no haberlo solicitado, a pesar de que objetivamente cumplen los requisitos del baremo para poder llegar a obtenerla? La ley en este punto protege a las personas discapacitadas y no a las incapacitadas judicialmente, por lo que nos encontramos entonces ante el peligro de que una descoordinación institucional pueda frustrar los beneficios y buenas intenciones de la Ley (11).

Afirma parte de la doctrina (12) que todo incapacitado va a ser una persona con discapacidad, lo que no tiene por qué ocurrir a la inversa, pues la causa de discapacidad puede o no ser causa de incapacitación, o aun siéndolo, puede que no se haya instado el procedimiento de incapacitación y no exista sentencia incapacitadora.

B) *Elementos reales*

El artículo 822.1 está contemplando un derecho real de habitación que recae sobre la vivienda habitual del titular en la que conviva el beneficio del derecho de habitación a la muerte del constituyente.

Así pues, por la propia configuración clásica de este derecho, el artículo 822.1, el legislador está contemplando un inmueble; inmueble sea habitado por el titular del derecho y el legitimario-discapacitado como hogar familiar (13).

Avanzando en el mismo debemos plantearnos si se podría incluir en el precepto un derecho de habitación sobre un bien mueble que se presentase como apto para satisfacer una necesidad de vivienda, como podría ser una caravana o un remolque. Consideramos que si bien, en principio, no se piensa

(11) Véase, en este sentido, a MONESTIER MORALES, J. L., «Legados de habitación a favor de discapacitados: efectos civiles y liquidación tributaria», en *Revista Electrónica de la Facultad de Derecho de Granada*, noviembre de 2007, págs. 6 y 7.

(12) RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J., «La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad», en *Actualidad Civil*, núm. 4, febrero de 2004, pág. 359. Esta misma interpretación hace la DGT en la Resolución de 12 de julio de 2001, conforme a la cual, con carácter general, se equiparan con los minusválidos con grado de minusvalía igual o superior al 65 por 100, aquellos minusválidos cuya incapacidad se declare judicialmente por el ordenamiento jurídico, aunque no llegue a alcanzarse dicho grado. *Memento fiscal* 2004. Ediciones Francis Lefebvre, pág. 1031.

(13) No parecen adecuados estancias tales como, por ejemplo, establos, caballerizas o gallineros, por no estar destinados a la vivienda humana, así como estancias destinadas al hombre pero que no cubren las necesidades susceptibles de atención, como chozas o tiendas de campaña.

en ellos, es cierto que pueden cumplir idéntico cometido que el inmueble (siempre, claro está, que dicho objeto sea capaz de satisfacer las necesidades del habitacionista y que se haya producido una convivencia anterior en ella), por lo que deben ser incardinados en el artículo 1822.1.

Matizando más, el artículo 524 del Código Civil señala que la habitación da a quien tiene ese derecho la facultad de ocupar en una casa ajena (vital esa ajenidad) las *piezas necesarias* para sí y para las personas de su familia, sin que deba probarse taxativamente esa necesidad —la necesidad es un límite, no un requisito de la habitación—, aunque sea necesidad realmente sentida, obviamente.

La necesidad debe ser, en primer lugar, actual: la intención no debe referirse a necesidades ya pasadas (pues no existe ya la necesidad que intenta satisfacer este derecho, pese a que existió en algún momento anterior) o todavía futuras (no existe necesidad en el momento actual: si en el futuro se genera y se quiere satisfacer mediante la constitución de este derecho real, será algo perfectamente posible): las necesidades futuras marcarán el ámbito objeto de extensión del derecho, como se deduce del propio artículo 524.2 del Código Civil al contemplar la posibilidad de que la familia «se aumente». En segundo lugar, la necesidad debe ser realmente sentida (y no conllevar conductas abusivas), y, en tercer lugar, con un *quantum* determinado o determinable.

C) *Elementos formales*

El artículo 1822.1 está contemplando la constitución negocial y a título gratuito del derecho de habitación, sea mediante un contrato de donación, sea a través de un legado.

Ello no quiere decir que no se pueda constituir negocialmente de otro modo este derecho, así, por ejemplo, constitución onerosa del derecho en vida del titular a favor de un hijo discapacitado, pero tal derecho no se beneficia está fuera del ámbito de juego del artículo 1822.1, que tiene sentido precisamente en las atribuciones gratuitas.

a) Donación del derecho de habitación

La donación es un contrato en virtud del cual el titular de la vivienda dispone gratuitamente, a favor del habitacionista, de un derecho de habitación sobre su vivienda habitual —que de este modo pasa a estar gravada con un derecho real limitado—, derecho que es aceptado por el beneficiario.

Si se constituye sobre un bien inmueble, como es lo normal, deben respetarse los requisitos de forma del artículo 633 del Código Civil —que im-

pone la necesidad de escritura pública— como forma *ad solemnitatem*. De admitirse sobre los bienes muebles a los que antes nos referimos, habrá que atender al artículo 632 del Código Civil.

b) Legado de derecho de habitación

El legado es una liberalidad *mortis causa*, a título singular (art. 660 del CC), que no atribuye la cualidad de heredero, y que se impone o a otro heredero o a otro legatario, es decir, el padre, cuando en testamento imponga en legado el derecho de habitación a favor del hijo con discapacidad, gravará con ese legado a otro legatario (sub legado), específicamente a un heredero, o si no, todos lo sufrirán en la misma proporción.

3. CONTENIDO Y RÉGIMEN JURÍDICO

Habrà que aplicar las normas generales del derecho de habitación y además las especialidades introducidas por el artículo 1.822.

3.1. *Régimen jurídico de este derecho consagrado en el artículo 1.822*

El artículo 1.822 dicta tres normas con relación a este derecho de habitación:

- a)* El derecho de habitación constituido por vía de donación o por vía de legado al fallecimiento del causante «no se computará para el cálculo de las legítimas» si en el momento del fallecimiento constituyente y beneficiario estuvieren conviviendo en ella.
La donación del derecho de habitación no se tiene en cuenta para determinar el derecho de los legitimarios, no se tiene que computar para el cálculo de la legítima global (art. 818.2 del CC) y en consecuencia entendemos que ni la donación ni el legado de derecho de habitación se imputará a la cuota legitimaria del heredero forzoso con discapacidad que lo reciba, como regla general. Y además, la donación y el legado del derecho de habitación a favor de personas con discapacidad no seguirán las reglas de reducción de legados y donaciones por inoficiosas, presentándose así como una verdadera excepción.
- b)* El derecho es intransmisible (art. 1822.2). En este punto el Código Civil, de un modo totalmente innecesario, no hace sino reiterar lo ya

dispuesto con carácter general en el artículo 525 del Código Civil, en sede de los derechos de uso y habitación así lo sanciona (14).

El derecho de habitación tiene carácter personalísimo (15). Al fin y al cabo, la utilidad económica del derecho se indica por la aptitud de la cosa para satisfacer directamente las necesidades del habitacionista; lo cual viene justificado por la connotación de beneficencia privada que debe estar presente (16).

Esta prohibición deriva de razones históricas relacionadas con el fin alimentario que cumplía en su origen, y que son plenamente válidas hoy día: si se pretende satisfacer el interés del beneficiario, con la cesión dicho interés se frustra. Esta prohibición marca las diferencias con el usufructo (17) y afirma que todo lo que exceda del concreto goce del titular del derecho real corresponde al propietario. Parece correcto pensar que estamos ante un elemento esencial del derecho. Lógicamente la transmisión del derecho de habitación tiene como efecto la nulidad del contrato contrario a la norma prohibitiva contenida en los artículos 525 y 822.3.º del Código Civil, tal y como prevé el artículo 6.3 de ese mismo texto legal.

- c) Este derecho «no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1.406 y 1.407 de este Código, que coexistirán con el de habitación» (1822.4).

Y es que, el artículo 1.406 reconoce que en la adjudicación de los bienes en la liquidación de la sociedad de gananciales, cada uno de los cónyuges tiene preferencia para que, en su haber y hasta donde éste alcance, se incluyan una serie de bienes gananciales, entre los que destaca —para el caso de fallecimiento del otro cónyuge— «la vivienda donde tuviese la residencia habitual».

Por su parte el artículo 1.407 en el primer inciso establece que, para el caso de la vivienda habitual, el cónyuge podrá pedir, a su elección, que le atribuyan la misma en propiedad o que se constituya sobre ella

(14) Artículo 525 del Código Civil: «Los derechos de uso y habitación no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título».

(15) Lo que provoca que conforme al artículo 108 de la Ley Hipotecaria, no sea derecho hipotecable: «No se podrán hipotecar: ... 3.º El derecho de uso y habitación».

(16) Sin embargo no falta quien entiende que ese carácter de intransmisible crea un grave perjuicio al discapacitado, porque no se tiene en cuenta futuras necesidades del beneficiario para adaptar este derecho a medios más adecuados. Véase, en este sentido, las conclusiones de las «Jornadas de gestión del patrimonio de personas con discapacidad y mayores», Foro Justicia y Discapacidad, Madrid, 23 y 24 de junio de 2005.

(17) Artículo 480 del Código Civil: «Podrá el usufructuario aprovechar por sí mismo la cosa usufructuada, arrendarla a otro y enajenar su derecho de usufructo, aunque sea a título gratuito, pero todos los contratos que celebre como tal usufructuario se resolverán al fin del usufructo, salvo el arrendamiento de las fincas rústicas, el cual se considerará subsistente durante el año agrícola».

a su favor un derecho de habitación; añadiendo el segundo inciso que, si realizadas estas adjudicaciones preferenciales, resulta que los bienes adjudicados superan el haber que corresponde al cónyuge adjudicatario, éste deberá abonar al otro la diferencia en dinero.

3.2. *Además de las normas del artículo 1.822 del Código Civil habrá que aplicar las normas generales del derecho de habitación*

a) *Facultades*

Debemos tener presente el texto del artículo 523 cuando dice: «*Las facultades y obligaciones del usuario y del que tiene el derecho de habitación, se regularán por el título constitutivo de estos derechos; y, en su defecto, por las disposiciones siguientes*». Así pues, en primer lugar, habrá que atender a lo señalado en el contrato de donación o en el testamento —en caso de legado— y, en su defecto, a lo señalado en el Código Civil, teniendo en cuenta que, como antes hemos dicho, es de esencia de este derecho la intransmisibilidad consagrada en el artículo 822.3 y 525 del Código Civil.

En caso de que nada figure en el título de constitución, el habitacionista tendrá los derechos que le confiere el artículo 524, a saber, «*la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia*».

Esta facultad de ocupar las piezas necesarias no puede ser confundida con las facultades que atribuyen el derecho de uso sobre un inmueble; o dicho de otro modo, no podemos confundir el derecho de habitación con el derecho de uso. A nuestro juicio, es claro que el derecho de uso atribuye facultades más amplias que el derecho de habitación. Entendemos el derecho de uso como uso de la cosa, pero no el disfrute, o como una especie de «usufructo de primera necesidad» en la que el goce se restringe al goce directo (18). El derecho de habitación contemplado históricamente con exclusivo carácter inmobiliario —si bien recordemos lo dicho con anterioridad con relación a la posibilidad de constitución sobre ciertos bienes muebles—, además de que, como ya señalara VENEZIAN, el usuario de una casa goza de mayores derechos que el titular de un derecho de habitación, cuyos derechos se limitan a satisfacer las necesidades de alojamiento (19).

(18) Artículo 524.1.º del Código Civil: «*El uso da derecho a percibir de los frutos de la cosa ajena los que basten a las necesidades del usuario y de su familia, aunque ésta aumente*».

(19) VENEZIAN, G., *Usufructo, uso y habitación*, traducción de Atard R., Librería general de Victoriano Suárez, Madrid, 1928, pág. 840.

Entendemos con PUGLIESE, que los puntos de diferencia entre derecho de uso y habitación son básicamente dos: en primer lugar, que el derecho de habitación no comprende ningún derecho a los frutos, y en segundo lugar, que el derecho del habitacionista se limita a sus necesidades y las de su familia, mientras el uso se extiende a toda la cosa, cualquiera que sea la medida de las necesidades del usuario (20).

Sea como fuere, el derecho de habitación no es un derecho de uso caracterizado por su especialidad objetiva, sino un auténtico derecho real autónomo, aunque vinculado, por toda una trayectoria histórica común, con los derechos de usufructo y de uso, como la doctrina que se ha ocupado de la cuestión se ha encargado de poner de manifiesto. De todas formas, debemos dejar claro que, en primer lugar, el derecho de habitación es un derecho perfectamente autónomo respecto tanto del usufructo como del uso, y en segundo lugar, que pretende satisfacer una necesidad de vivienda perfectamente cambiante en el tiempo, con lo que ello conlleva.

b) Contribución a los gastos

El artículo 527 indica que si el que tuviere derecho de habitación ocupara toda la casa, estará obligado a los reparos ordinarios de conservación y al pago de las contribuciones, del mismo modo que el usufructuario. Si sólo habitara parte de la casa, no deberá contribuir con nada, siempre que quede al propietario una parte de frutos o aprovechamientos bastantes para cubrir los gastos y las cargas. Si no fueren bastantes, suplirá lo que falte. Todo esto, claro está, siempre que en el título constitutivo no se hubiere señalado otra cosa.

Además, debemos tener en cuenta que el artículo 528 del Código Civil nos indica que las disposiciones establecidas para el usufructo son aplicables a los derechos de uso y habitación, en cuanto no se opongan a lo ordenado en el presente capítulo. Una de esas disposiciones —además de bastantes otros preceptos— es la indicación contenida en el artículo 497 del Código Civil: el habitacionista debe cuidar la cosa sobre la que recae el derecho de habitación como un buen padre de familia.

4. EXTINCIÓN

El artículo 529 del Código Civil señala que el derecho de habitación se extingue por las mismas causas que el usufructo (21) así como, además,

(20) PUGLIESE, G., *Usufrutto, uso e abitazione*, Turín, 1972. RAMS ALBESA, J., *Uso, habitación y vivienda familiar*, Madrid, 1987.

(21) Vid. artículos 513 a 522 del Código Civil.

por abuso grave de la habitación. Este abuso debe interpretarse restrictivamente.

Además, sería de aplicación el artículo 868 del Código cuando se trate de un derecho de habitación constituido mediante donación o que se constituya testamentariamente sobre una vivienda atribuida mediante legado a un tercero: «Si la cosa legada estuviese sujeta a usufructo, uso o habitación, el legatario deberá respetar estos derechos hasta que legalmente se extingan». Este precepto impide que el legatario pueda extinguir por su voluntad el derecho de habitación, pero no obsta para que, en los casos generales que contempla, pueda el legatario legitimario cuantificar económicamente el legado descontando el valor del gravamen (22).

La falta de idoneidad sobrevenida del objeto también debe considerarse causa de extinción del derecho (incluso cuando alcance a una esfera de utilidad que trascienda el ámbito restringido de la subsistencia), incluso la pérdida parcial de la cosa si afecta a esa subsistencia del derecho.

La mejora del discapacitado que revierta en una pérdida de las condiciones subjetivas marcadas en el artículo 2.2 de la Ley 41/2003, si bien no es causa de extinción de un derecho de habitación constituido mediante donación o legado, salvo que el título de constitución haya señalado otra cosa, sin embargo sí debe hacer perder los beneficios atribuidos por el artículo 1822.1 de tal modo que debe considerarse ya su valor a los efectos de cómputo de legítimas.

Por otra parte, parece perfectamente posible que en el título constitutivo se incluyan otras posibles causas de extinción.

III. EL NUEVO DERECHO DE HABITACIÓN LEGAL

Uno de los grandes méritos de la Ley 41/2003 ha sido la de crear *ex novo* un derecho legal de habitación a favor del legitimario discapacitado que lo necesite y que estuviere conviviendo con el causante al tiempo de su fallecimiento.

(22) Como señala RAGEL SÁNCHEZ, L. F., cit., pág. 4023, el derecho de habitación puede ser valorado económicamente, aunque esa valoración tenga un importante componente de inseguridad, pues su duración depende de factores tales como la edad, la salud, la calidad de vida y hasta la suerte del habitacionista. El artículo 1.407 del Código Civil permite que, en la liquidación de la sociedad de gananciales, el cónyuge viudo pida, a su elección, que se le atribuya la vivienda donde tuviese la residencial habitual en propiedad o que se constituya sobre ella a su favor un derecho de habitación, lo que da por supuesto que se puede valorar económicamente este último derecho, pues sirve para pagar la parte que corresponde al cónyuge. Por lo tanto, podría sostenerse con ciertas posibilidades de éxito que el gravamen constituido por el causante a través de una donación podría ser eliminado posteriormente por los legitimarios del donante fallecido, si demuestran que se trataba de un acto que lesionaba cuantitativamente su legítima.

Señala el artículo 822.2 del Código Civil lo siguiente: «Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legitimario discapacitado que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten». Los apartados 3 y 4 del artículo 822 del Código Civil son igualmente aplicables a este derecho real legal.

En general resultan aplicables las consideraciones que hemos hecho con relación al derecho de habitación de origen voluntario, con las siguientes matizaciones o modulaciones:

- Por lo que se refiere a la constitución del derecho el mismo se produce *ope legis*, por ley, a la muerte del propietario del inmueble, si bien el mismo ha podido excluir el juego de este derecho si otra cosa hubiese dicho en testamento (23).
- Se trata, pues, de una atribución patrimonial singular legal en la herencia de un sujeto a modo de «legado legal», que no se incluirá en el haber hereditario del beneficiario. Llama la Exposición de Motivos a esta nueva institución «legado legal de derecho de habitación sobre la vivienda habitual». En todo caso, se trata de un derecho real legal de habitación, tal como ocurre con el usufructo viudal. Ahora bien, la naturaleza de este derecho no es de derecho necesario, ya que nos dice el párrafo 2.º del artículo 822: el testador puede haber dispuesto otra cosa o haberlo excluido expresamente.
- El nuevo artículo 822 del Código Civil confiere a favor del legitimario con discapacidad un derecho de habitación sobre la vivienda habitual del causante, siempre y cuando «lo necesite y estuviera conviviendo con el fallecido». Por contraposición con otras leyes, que exigen para atribuir ciertos beneficios un periodo mínimo de convivencia como la de Arrendamientos Urbanos, no se fija un tiempo de convivencia anterior para disfrutar del derecho de habitación (24). La

(23) Adviértase como el legislador contempla el supuesto en que el testador hubiera excluido expresamente el derecho de habitación a favor del legitimario discapacitado. La ley no exige que el testador justifique la privación de este derecho, a diferencia de lo que ocurre con la desheredación, que debe ser justa. Se trata de otra muestra más de la vigencia y primacía del principio de la voluntad del testador como ley de la sucesión.

(24) El artículo 16 de la LAU establece: «1. En caso de muerte del arrendatario podrán subrogarse en el contrato: f) Las personas distintas de las mencionadas en las letras anteriores que sufran una minusvalía igual o superior al 65 por 100, siempre que tengan una relación de parentesco hasta el tercer grado colateral con el arrendatario y hayan convivido con éste durante los dos años anteriores al fallecimiento. 2.º Si existiesen varias de las personas mencionadas, a falta de acuerdo unánime sobre quién de ellos será el beneficiario de la subrogación, regirá el orden de prelación establecido en el apartado

- única condición es que conviva con el fallecido con anterioridad a su muerte y tenga necesidad de dicha habitación. La apreciación de la circunstancia, al ser una cláusula general, será objeto de no pocos conflictos que derivarán en una futura y amplia jurisprudencia (25).
- Como fuera que varios legitimarios pudieran concurrir, tanto en el derecho como en la necesidad, «*su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten*».
 - La ley contempla como beneficiario al legitimario discapacitado que lo necesite y que conviviese con el fallecido en la misma vivienda. Con relación a quién hemos considerar que es el legitimario beneficiario de igual forma a lo señalado con relación al artículo 822.1 del Código Civil, entendemos que tampoco debe regir aquí el orden de preferencia del artículo 807. El legislador debería haber señalado a cuál de los legitimarios discapacitados que cumplan los requisitos anteriores le compete el derecho, de modo que podemos, en algunos casos, encontrarnos con una posible pluralidad de beneficiarios-habitacionistas. Esta posibilidad de igual modo existiría si se entendiera que juega el orden de llamamiento preferentes del artículo 807 del Código Civil: así por ejemplo, pensemos en el caso de un padre que fallece con tres hijos —legitimarios— de los cuales dos de ellos son

anterior, salvo en que los padres septuagenarios serán preferidos a los descendientes. Entre los descendientes y entre los ascendientes, tendrá preferencia el más próximo en grado, y entre los hermanos, el de doble vínculo sobre el medio hermano. Los casos de igualdad se resolverán en favor de quien tuviera una minusvalía igual o superior al 65 por 100; en defecto de esta situación, de quien tuviera mayores cargas familiares y, en última instancia, en favor del descendiente de menor edad, el ascendiente de mayor edad o el hermano más joven». En la DT 2.^a 4. A partir de la entrada en vigor de esta ley, la subrogación a que se refiere el artículo 58 del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964, sólo podrá tener lugar a favor del cónyuge del arrendatario no separado legalmente o de hecho, o en su defecto, de los hijos que conviviesen con él durante los dos años anteriores a su fallecimiento; en defecto de los anteriores, se podrán subrogar los ascendientes del arrendatario que estuviesen a su cargo y conviviesen con él con tres años, como mínimo, de antelación a la fecha de su fallecimiento. El contrato se extinguirá al fallecimiento del subrogado, salvo que lo fuera un hijo del arrendatario no afectado por una minusvalía igual o superior al 65 por 100, en cuyo caso se extinguirá a los dos años o en la fecha en que el subrogado cumpla veinticinco años, si ésta fuese posterior. No obstante, si el subrogado fuese el cónyuge y al tiempo de su fallecimiento hubiese hijos del arrendatario que conviviesen con aquél, podrá haber una ulterior subrogación. En este caso, el contrato quedará extinguido a los dos años o cuando el hijo alcance la edad de veinticinco años si esta fecha es posterior, o por su fallecimiento si está afectado por la minusvalía mencionada en el párrafo anterior.

(25) Tal necesidad no debe ir dirigida a la comprobación de la imposibilidad o grave dificultad que tenga el discapacitado para poder comprar o alquilar otra vivienda sin poner en riesgo su patrimonio o rentas. Sino más bien englobando varias circunstancias: no tener a su disposición otra vivienda o lugar de residencia en la población, capacidad económica del discapacitado, proximidad o no de los servicios de atención, etc.

discapacitados y conviven con el padre en la vivienda familiar, sin que tengan otra que pueda atender sus necesidades.

- La mejora del discapacitado que lleve a una pérdida de las condiciones subjetivas marcadas en el artículo 2.2 de la Ley 41/2003 es causa de extinción del derecho legal de habitación (art. 822.2).

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

Es obvio que se ha producido un cambio en la familia española y este cambio hace necesarias modificaciones del sistema familiar y sucesorio.

Si valoramos este artículo dentro de la filosofía que impregna esta Ley de propiciar medios suficientes a la persona con discapacidad, la valoración del mismo es positiva, ya que con ella se da solución a diversas preocupaciones que se dan en padres con hijos con discapacidad. Se procura al hijo o descendiente con estas circunstancias un techo de por vida; al ser intransmisible este derecho los padres se aseguran plenamente que dicho derecho sólo va a servir al fin para el que se constituyó; se soluciona con este derecho, al tener carácter vitalicio, la sucesión *mortis causa* de los bienes del discapacitado cuando no tuviera capacidad para hacer testamento, y por línea indirecta, se puede favorecer al discapacitado atribuyendo la propiedad de la vivienda habitual, caso de tener más bienes con que pagar la legítima a los otros legitimarios, a otro hijo con la condición de cuidar al discapacitado que además tendrá el derecho de habitación sobre las piezas que le sean necesarias de dicha vivienda. Y todo ello sin costes respecto de la parte de herencia que le pueda corresponder y sin costes fiscales de transmisión por impuestos de sucesiones y donaciones ni plusvalía.

RESUMEN

DERECHO DE HABITACIÓN PROTECCIÓN PATRIMONIAL DEL DISCAPACITADO

La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad y de modificación del Código Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Normativa Tributaria con esta finalidad, introduce una importante novedad al reformar el artículo 822 del Código Civil, al que da nuevo contenido, regulando el derecho de habitación del legitimario discapacitado.

ABSTRACT

RIGHT OF HABITATION PROTECTION OF THE PROPERTY OF THE DISABLED

Act 41/2003 of 18 November (on protection for the assets of persons with disabilities and amending the Civil Code, the Act on Civil Procedure and tax legislation for this purpose) introduces an important new feature in its reform of article 822 of the Civil Code: It adds fresh content, regulating the right of habitation of a disabled recipient of a legitime.

Este precepto otorga una protección patrimonial directa a las personas con discapacidad mediante un trato favorable a las donaciones o legados de un derecho de habitación realizados a favor de las personas con discapacidad que sean legitimarias y convivan con el donante o testador en la vivienda habitual objeto del derecho de habitación, sin computárselo en su haber, si bien con la cautela de que el derecho de habitación legado o donado será intransmisible.

Además, este mismo precepto concede al legitimario con discapacidad que lo necesite un legado legal del derecho de habitación sobre la vivienda habitual en la que conviviera con el causante, si bien a salvo de cualquier disposición testamentaria de éste sobre el derecho de habitación.

This rule directly protects the assets of persons with disabilities by dealing favourably with gifts or legacies of rights of habitation for legitimate recipients with disabilities living with the giver or testator in the regular home at issue in the right of habitation. This favourable treatment consists in not calculating the right as part of the recipient's assets, although with the precaution that the right of habitation cannot be transferred.

In addition, this same rule grants any legitimate recipient with disabilities who needs it a legal legacy of the right of habitation in the regular home in which the recipient used to live with the decedent, provided that the decedent has not made any other testamentary dispositions with regard to the right of habitation.

(Trabajo recibido el 9-6-2009 y aceptado para su publicación el 20-9-2010)