

#### 1.4. Sucesiones

## El legado o donación del derecho de habitación en el caso de un descendiente mayor de edad con discapacidad: controversias ante la aplicabilidad de una novedad legislativa sucesoria y contractual

*Bequest or donation or legacy of the right of  
habitation child of legal age with disabilities:  
courting controversy of inheritance and  
contractual new legislation*

por

ARACELI DONADO VARA

Profesora Contratada Doctora de Derecho civil (Titular Universidad Acreditada)  
(UNED)

**RESUMEN:** Ante una situación de necesidad económica de un hijo mayor de edad con discapacidad, diversas son las opciones tutivas existentes en nuestra legislación, entre ellas el derecho de alimentos pero también la posibilidad de que a través de una donación o legado del derecho de habitación las necesidades de cobijo o de vivienda de ese hijo mayor con discapacidad que carece de recursos económicos sean satisfechas. Estudiaremos estas posibilidades existentes que tienden a proteger a estos hijos, distinguiendo las situaciones de minoría y mayoría de edad, y dentro de esta clase, si el hijo tiene o no discapacidad.

**ABSTRACT:** *In a situation of economic need involves a son or a daughter of legal age with disabilities there are several protection options in our legislation. The options we study include alimony but also the possibility that through a donation or bequest or legacy of the right of habitation the needs of shelter or housing of that legal age child with a disability who lacks economic resources are somehow fulfilled. We analyse these existing protection possibilities for these children, distinguishing the situations of minority and of legal age, and within this class, if the child has a disability or not.*

**PALABRAS CLAVE:** Mayores. Discapacidad. Vivienda. Habitación. Alimentos. Sucesión.

**KEY WORDS:** Disable. Occupancy. Alimony. Inheritance. Legal age.

**SUMARIO:** I. PLANTEAMIENTO PRELIMINAR DEL SUPUESTO DE HECHO Y LA FINALIDAD TUITIVA DE LA NORMA.—II. USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR TRAS UNA CRISIS MATRIMONIAL A FAVOR DE UN DESCENDIENTE MAYOR DE EDAD CON DISCAPACIDAD: LA STS DE 19 DE ENERO DE 2017 Y SUS ANTECEDENTES JURISDICCIONALES.—III. LA DISCAPACIDAD Y SU TRATAMIENTO JURÍDICO A TENOR DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.—IV. DERECHO DE HABITACIÓN EN FAVOR DEL HIJO CON DISCAPACIDAD: OTRA POSIBLE ALTERNATIVA CONTRACTUAL Y SUCESORIA.—V. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL NOVEDOSO DERECHO DE HABITACIÓN: UN DERECHO REAL LIMITADO EN COSA AJENA DE CARÁCTER GRATUITO Y LAS PARTICULARIDADES SOBRE EL TITULAR LEGITIMARIO.—VI. EL HABITACIONISTA COMO BENEFICIARIO: SUS DERECHOS Y OBLIGACIONES.—VII. CIRCUNSTANCIAS SOBREVENIDAS ANTE LA CONVIVENCIA CON OTROS TITULARES DE LA VIVIENDA: CONFLICTOS Y CONTROVERSIAS INTERPERSONALES.—VIII. LAS VÍAS LEGALES DE ATRIBUCIÓN SEGÚN EL ARTÍCULO 822 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL: 1. VOLUNTARIA: DONACIÓN Y LEGADO; 2. ORIGEN LEGAL: EL «LEGADO LEGAL».—IX. CONCLUSIONES.—X. RESOLUCIONES CITADAS.—XI. BIBLIOGRAFÍA.

## I. PLANTEAMIENTO PRELIMINAR DEL SUPUESTO DE HECHO Y LA FINALIDAD TUITIVA DE LA NORMA

Existen distintas medidas de protección tanto de los menores de edad cuyos padres o progenitores se encuentran en una situación de crisis matrimonial, como de los mayores de edad que necesiten cubrir sus necesidades vitales de cobijo, alojamiento, vestimenta, alimento... a pesar de que sus padres estén separados o divorciados.

La situación sería distinta si la relación de pareja o del matrimonio no estuviera envuelta en una situación de crisis matrimonial, dado que la convivencia normal y ordinaria, así como los deberes de patria potestad conjunta sobre los hijos menores de edad serían cumplidos y ejercidos sin problema.

En cuanto a las medidas de protección de los hijos mayores de edad, hay que tener en cuenta que sigue vigente la obligación legal de alimentos que tienen sus parientes cercanos para con ellos, así como un posible derecho de habitación que también podría establecerse para una situación de protección de un hijo con discapacidad.

En el caso de un hijo mayor de edad, deben tener una especial protección aquellas situaciones en las que este tenga una capacidad de obrar modificada judicialmente o si tiene una discapacidad.

La atribución del uso de la vivienda familiar normalmente se establece a favor de un hijo menor de edad durante su minoría de edad, pero también se abre una nueva línea jurisprudencial que permite al hijo mayor de edad con discapacidad continuar en la vivienda familiar con el cónyuge no titular de la misma al que se haya atribuido el uso de la vivienda, durante un tiempo determinado. El Tribunal Supremo ha considerado en una sentencia de 2017, que debe limitarse la duración del uso y disfrute de la vivienda familiar tras una crisis matrimonial, ya que la protección que debe dispensarse a este hijo mayor de edad con discapacidad no es la misma que la que debe proporcionársele a un menor de edad. Recuerda también el Tribunal Supremo que si fuera necesario sigue en vigor el deber de

alimentos que tienen los progenitores para con sus hijos. Recordamos otra figura que ha sido incorporada a nuestro Código Civil en el año 2003, y tiene que ver con el posible derecho de habitación que se puede constituir en favor de un hijo con discapacidad, para que sus necesidades habitacionales estén cubiertas.

## II. USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR TRAS UNA CRISIS MATRIMONIAL A FAVOR DE UN DESCENDIENTE MAYOR DE EDAD CON DISCAPACIDAD: LA STS DE 19 DE ENERO DE 2017 Y SUS ANTECEDENTES JURISDICCIONALES

El Tribunal Supremo en su sentencia de 19 de enero de 2017, cuyo Ponente es José Antonio SEIJAS QUINTANA, desestima la pretensión de la actora que solicitaba que el uso de la vivienda familiar —cuya titularidad era privativa de su marido— fuera de carácter indefinido debido a la protección que debía dispensársele a una hija suya, mayor de edad y con una discapacidad, con la que convivía. Se había establecido una duración limitada a los tres años. En esta interesante sentencia, nuestro Alto Tribunal distingue la distinta protección que debe dársele a los hijos menores de edad respecto de los hijos mayores de edad, y a su vez diferencia los que tienen una incapacitación judicial de los que tienen una discapacidad.

El caso de autos era el siguiente. Se presenta una demanda de divorcio por parte de una mujer-esposa-madre en la que solicita diversas cuestiones: entre ellas, la guarda y custodia del hijo menor y la guarda de la hija mayor, así como que le sea atribuida la vivienda familiar; una pensión de alimentos de 250 euros para cada hijo, y una pensión compensatoria para ella de 300 euros. El marido se opuso en el sentido de que se otorgara la patria potestad compartida; la guarda y custodia del hijo menor de edad a él, y la atribución de la vivienda familiar —al ser privativa suya— también a él, entre otras cuestiones.

El Juzgado de Primera Instancia número 3 de Quart de Poblet dictó sentencia el 3 de octubre de 2013 en la que se estableció la disolución del matrimonio por divorcio, y las siguientes medidas definitivas: la atribución del uso y del disfrute de la vivienda y el ajuar familiar para la esposa durante tres años, al ser el interés más necesario de protección, así como se estableció quién abonaría el pago de los diferentes suministros y gastos ordinarios y extraordinarios de la vivienda. Adicionalmente, se recogió que el padre debía abonar una pensión de alimentos de 140 euros por cada hijo, y que los gastos extraordinarios fueran abonados por mitad entre ambos progenitores. Sin embargo, no se reconoció la pensión compensatoria solicitada por la demandante.

Posteriormente, esta decisión fue recurrida en apelación por la mujer, y la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Décima, dictó sentencia el 9 de marzo de 2015 en la que se desestimó el recurso interpuesto por la recurrente y confirmó íntegramente la sentencia de Primera Instancia. Esta sentencia también fue recurrida por la recurrente, basándose en la infracción que se había hecho a la doctrina jurisprudencial establecida por el Tribunal Supremo en su sentencia de 30 de mayo de 2012 y consideró que se había vulnerado el contenido del artículo 96 del Código Civil. Finalmente, el Tribunal Supremo en su sentencia de 19 de enero de 2017, cuyo Ponente fue José Antonio SEIJAS QUINTANA, desestimó el recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia.

Nuestro Alto Tribunal en la sentencia *in comentando* considera —al igual que ya lo hicieran las sentencias anteriores— que en este caso la particularidad está

en que la vivienda es privativa del marido, y que no hay hijos menores, sino una hija mayor que padece una esquizofrenia que le impide vivir sola, necesitando la colaboración de alguien que la ayude con la medicación. El problema, por tanto, no es tanto que la vivienda sea privativa del marido para otorgarle el uso al otro cónyuge, y en este supuesto deberá serlo de un modo temporal, y así lo hizo la sentencia de instancia y de apelación. Para el Tribunal esta decisión es correcta por lo que está plenamente de acuerdo con ella, además, y lo que es más importante y fundamental en este caso, es que hay que considerar la salud mental de uno de los hijos, lo que le hará acreedor de la protección del hijo menor de edad para la atribución de la vivienda, siguiendo la STS de 30 de junio de 2012. En esta sentencia de 2012, y sobre la aplicación del artículo 96 del Código Civil se estableció que «el uso de la vivienda se atribuye a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden». Se está protegiendo el interés de los hijos menores, al ser el más necesitado de protección. Ahora bien, los hijos incapacitados deberán equipararse a los hijos menores, al ser su interés también el más necesitado de protección, por lo que estarán incluidos en el artículo 96.1 del Código Civil que no distingue entre hijos menores e incapacitados. Adicionalmente, y para dar mayor relevancia a lo expuesto y fundamentar esta afirmación, está la necesidad de protección recogida en la *Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad*, (en adelante, CDPD) de 2006, y también en la *Ley 26/2011, de Adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*.

La recurrente consideraba que se había infringido el artículo 96.1 del Código Civil y la jurisprudencia de la sentencia de 30 de mayo de 2012, ya que, en su opinión, los hijos con discapacidad deberían ser equiparados a los menores, por lo que solicitaba que la atribución del uso de la vivienda familiar lo fuera de un modo indefinido. No obstante, este recurso se desestima por el Tribunal Supremo, ya que realmente no se ha pronunciado sobre el uso de la vivienda familiar a favor de los hijos mayores con discapacidad sino que lo ha hecho sobre el derecho de alimentos, considerando que el hecho de la discapacidad de un hijo mayor de edad no determinaba la extinción o modificación de los alimentos que los padres deben prestarles en juicio matrimonial, que deben equipararse a los que reciben los menores durante la convivencia del hijo en la vivienda familiar y que además se carezca de recursos. Por tanto, lo que en realidad se equipara son los hijos mayores con discapacidad reconocida, pero no declarada judicialmente, con los hijos menores.

Se trataba de un caso de una hija con la patria potestad rehabilitada en favor de la madre, sin embargo, en este supuesto la discapacidad de la hija que convive en el domicilio familiar con su madre no ha sido judicialmente reconocida, ni consta la resolución administrativa de discapacidad.

Ahora bien, el artículo 96 del Código Civil tampoco considera esta condición, ni en el caso de los hijos ni en el de los cónyuges, ni se ha regulado ningún derecho especial y particular sobre esta materia, a pesar de la entrada en vigor de la Convención de Nueva York antes citada. Considera el Tribunal Supremo que quizás el motivo es porque contempla la prórroga de la patria potestad como instrumento protector, atribuyendo por tanto la custodia a uno de los padres, ahí sí se produce la equiparación entre hijos menores y mayores, a los que se refiere la sentencia antes mencionada de 30 de mayo de 2012.

De todas formas, y dado que la condición de discapacidad no siempre resulta de una resolución judicial tras un juicio de modificación de la capacidad, sino la condición de discapaz según el artículo 1 de la Convención de Nueva York

de 2006 está integrada por aquellas personas que tengan deficiencias físicas, psíquicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo, que al interactuar con diversas barreras, pueden impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás. No es necesaria una declaración judicial para que puedan prestarse los apoyos a quien de hecho —y no de derecho— sufre alguna limitación de esta clase.

Ahora bien, será necesario distinguir si entre los apoyos que el artículo 12 de la CDPD presta a una persona con discapacidad hay que incluir el uso de la vivienda familiar al margen de la normativa propia de la separación y del divorcio, considerando que el artículo 96 del Código Civil regula este derecho como una medida de protección de menores en una situación de crisis matrimonial, y nunca con un carácter indefinido y expropiatorio de la propiedad a uno de los progenitores. Y esto es así ya que una vez alcanzada la mayoría de edad de los hijos, se tiene la constancia de que se trata de una medida sujeta a un plazo temporal, por lo que a esta medida se la dota de seguridad jurídica. Por tanto, se estará ante una situación de igualdad entre cónyuges, en la que se aplica el 96.3 del Código Civil, atribuyendo el uso al cónyuge cuyo interés sea el más necesitado de protección, por el tiempo que prudencialmente se establezca, tal y como se hizo en la sentencia recurrida.

Para nuestro Alto Tribunal, en caso de prescindirse de ese límite temporal en el supuesto de existencia de hijos con discapacidad o con la capacidad judicialmente modificada se iría en contra del artículo 96 del Código Civil, por lo que dejaría de estar justificada la limitación que este precepto prevé a otros derechos constitucionalmente protegidos, ya que al titular de la vivienda se le impondría una limitación indefinida y durante toda su vida, vaciando, por tanto, de contenido el derecho de propiedad o reduciéndolo de un modo importante, por lo que se condicionaría el cese de la medida a la mejoría o recuperación de la capacidad, o a la desaparición de la dependencia.

Aunque si bien es cierto que la vivienda constituye uno de los derechos humanos fundamentales asegurando una existencia digna a su titular, el interés superior del menor que motiva la constitución de la medida del uso de la vivienda familiar no se puede equiparar al del hijo mayor con discapacidad, como para otorgarle una especial protección que el ordenamiento jurídico otorga al menor. Y esto es así, para nuestro Tribunal Supremo, ya que el interés del menor tiende a su protección y asistencia en todo orden, a diferencia del de la persona con discapacidad que por el contrario pretende la integración de su capacidad de obrar mediante el sistema de apoyos orientado a una protección especial, en función eso sí, del grado de discapacidad que ostente.

Esta equiparación la hizo ya el Tribunal Supremo en las sentencias mencionadas<sup>1</sup> para supuestos muy concretos de prestación de alimentos y con un evidente interés de que pudieran superar esta condición de precariedad mediante un apoyo económico complementario, eso sí, siempre con la posibilidad de que los alimentos pudieran ser atendidos por el alimentante en su casa. Y esto no supondrá una disminución —que trata de evitar la Convención— sino todo lo contrario, se pretende complementar la situación personal por la que atraviesa en estos momentos para integrarla, si es posible en un mundo laboral, social y económico mediante estas medidas de apoyo (*vid. STS de 7 de julio de 2014*<sup>2</sup>).

El interés de las personas mayores con discapacidad depende de muchos factores, de su estado y grado físico, mental, intelectual o sensorial; de una correcta evaluación de su estado; del acierto de la adopción de los apoyos en la toma de decisiones y de la elección de la persona encargada de hacerlo, que

proteja y promueva sus intereses como persona especialmente vulnerable en el ejercicio de sus derechos fundamentales a la vida, salud e integridad, a partir de un modelo adecuado de supervisión, por parte de la persona que asume su cuidado, respetando su derecho a formar su voluntad y preferencias, que le dé la oportunidad de vivir de forma independiente y de tener el control sobre su vida diaria —siempre que sea posible— lo que supone —como ocurre en este caso— que la toma de decisiones derivadas del divorcio de sus padres sea asumida por la hija, y no por su madre.

Por tanto, dispone el Tribunal Supremo que una cosa es intentar proteger al más débil o vulnerable, y otra distinta que en todo caso haya que imponer las limitaciones sobre la vivienda familiar en supuestos de crisis matrimonial cuando existen otras formas de protección que no son discriminatorias. Los hijos, menores y mayores, con o sin discapacidad, son acreedores de la obligación de alimentos de sus padres. Ahora bien, una vez que el hijo alcanza la mayoría de edad, decae automáticamente y definitivamente el interés superior del menor como criterio determinante del uso de la vivienda, por tanto, los padres pasan a estar en posición de igualdad respecto a su obligación conjunta de prestar alimentos a los hijos comunes no independientes, incluido proporcionarles habitación (art. 142 del Código Civil). Ahora bien, transcurridos estos tres años y finalizada por tanto la atribución del uso de la vivienda familiar a la esposa e hija, en el caso de que fuera necesario continuar atendiendo a las necesidades de vivienda y alimentos de la hija, debe ser satisfecha —si no pudiera atenderlos ella misma— a través de la obligación de alimentos de sus progenitores, concluye nuestro Alto Tribunal. Por tanto, habrá que valorar cómo cada uno de los progenitores debe cumplir el deber alimenticio una vez haya concluido el tiempo de uso de la vivienda familiar a la esposa e hija, que podrá variar en función de los recursos y medios del alimentante y de las necesidades del alimentista, así como de la posibilidad de prestarlos. Finalmente, desestima el recurso de casación formulado por la madre contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia, imponiéndole las costas judiciales a la madre recurrente.

Además del reenvío que realiza esta sentencia del Tribunal Supremo a la obligación legal de alimentos que tienen los parientes en base al artículo 142 del Código Civil, una vez finalice el plazo de tres años establecido, entendemos que existe otra figura en nuestro ordenamiento jurídico que puede ser muy interesante para cubrir las necesidades habitacionales del hijo mayor con discapacidad. En concreto nos estamos refiriendo a la posible constitución por parte de sus progenitores de un derecho de habitación en su favor. Será esta la opción a la que nos referiremos en las siguientes líneas y cuya regulación favorable se desarrolla en el Código Civil tras la reforma de la Ley 41/2003, como a continuación explicamos.

### **III. LA DISCAPACIDAD Y SU TRATAMIENTO JURÍDICO A TENOR DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD**

El fenómeno de la discapacidad en la legislación española y europea, se justifica por el llamativo aumento del número de personas que sufren alguna discapacidad. Una persona con discapacidad es aquella que por una causa física, psíquica (ahora afortunadamente diferenciada la intelectual de la mental) o sensorial, tiene algún grado de minusvalía que le dificulta el acceso al mundo laboral o sortear diversas barreras arquitectónicas en su vida diaria, así como

la discriminación social por la discapacidad que presenta, y que le dificulta su normal desenvolvimiento<sup>3</sup>. El significativo incremento numérico producido en este colectivo además de la consiguiente preocupación social y política<sup>4</sup>, tuvieron como resultado que la Unión Europea tomara conciencia de esta realidad y el año 2003 fuera declarado como Año Europeo de las Personas con Discapacidad, para diseñar y promover diversas medidas de actuación conjunta tendentes a mejorar las condiciones de vida de este colectivo<sup>5</sup>. Se insta a que en los distintos Estados de la Unión Europea exista una línea de actuación para desarrollar mecanismos tendentes a disminuir la tasa de desempleo, a mejorar las condiciones laborales, y a eliminar las barreras físicas y psicológicas<sup>6</sup>.

En España, siguiendo la línea marcada por la Unión Europea, se promulga la *Ley 41/2003, 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*. Posteriormente, hay que destacar un importante hito en esta materia que tuvo lugar con ocasión de la promulgación de la *Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad*, aprobada el 13 de diciembre de 2006 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (ONU), ratificada por España el 3 de diciembre de 2007 y que entró en vigor el 3 de mayo de 2008. Esta Convención supone la consagración del enfoque de los derechos de las personas con discapacidad. En ella, además se considera a las personas con discapacidad como sujetos titulares de derechos y se dispone que los poderes públicos están obligados a garantizar que el ejercicio de esos derechos sea pleno y efectivo. Un nuevo impulso se dio en España para alcanzar el objetivo de adecuación concreta de la regulación en materia de discapacidad a las directrices marcadas por la CDPD, con la promulgación de la *Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad*, que modifica algunas leyes (por ejemplo, la Ley de Propiedad Horizontal; la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público, entre otras) y tal y como se recoge en su Preámbulo «da un decidido impulso reformador en el sentido de salvaguardar los derechos de tales personas con el objetivo de favorecer la toma de decisiones en todos los aspectos de su vida, tanto personal como colectiva, avanzar hacia la autonomía personal desinstitucionalizada y garantizar la no discriminación en una sociedad plenamente inclusiva». En su disposición final segunda se recogió la tarea que tenía el Gobierno de redactar y aprobar un Texto Refundido que incorporase tres<sup>7</sup> importantes leyes en materia de discapacidad armonizándolas al contenido de la Convención Internacional de la ONU de 2006. Por lo que finalmente, en el año 2013 y dentro del plazo establecido, se dio cumplimiento a este deber legislativo y se promulgó el *Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social*.

En las siguientes líneas prestaremos atención al artículo 822<sup>8</sup> del Código Civil, que incorpora un nuevo derecho de habitación para el caso de que exista, al fallecimiento del causante, algún hijo o descendiente con discapacidad<sup>9</sup>.

#### **IV. DERECHO DE HABITACIÓN EN FAVOR DEL HIJO CON DISCAPACIDAD: OTRA POSIBLE ALTERNATIVA CONTRACTUAL Y SUCESORIA**

El derecho de habitación viene mencionado en diversos ámbitos de nuestro Código Civil común. Nos encontramos esta figura en materia contractual,

sucesoria, de Derecho de familia recogiéndose que este derecho puede constituirse tanto de manera voluntaria como de un modo legal, como analizaremos seguidamente.

Los artículos 523 a 529 del Código Civil regulan el derecho real de uso y de habitación<sup>10</sup>, y asimismo reenvían al contenido y regulación del derecho de usufructo para aquellas cuestiones que deban completar su regulación y que no se opongan a la regulación de estos derechos limitados. Asimismo, en materia sucesoria se establece entre los tipos de legados, el legado de cosa gravada con derecho de uso o habitación estipulado en el artículo 868<sup>11</sup>, debiendo el legatario respetar esos derechos hasta su extinción. Aparece también el legado de habitación en favor del viudo o de cualquiera por el tiempo que permanezca soltero o viudo, dispuesto en el artículo 793 del Código Civil. Igualmente, se reconoce un posible derecho de uso o de habitación sobre la vivienda habitual que puede ser solicitado por el cónyuge supérstite en la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales (viene regulado en el art. 1407 del Código Civil). Se trata de un derecho de adjudicación preferente para el caso de fallecimiento del otro cónyuge, que podrá pedir el cónyuge sobreviviente sobre la vivienda habitual con la intención de que se incluya en su haber —ya sea en propiedad o que se constituya un derecho de uso o de habitación— sobre la vivienda habitual en la que venía residiendo cuando falleció su cónyuge. En el caso de que el valor de los bienes o del derecho de habitación fuera superior al del haber del cónyuge adjudicatario sobreviviente, ahora sí deberá abonar la diferencia en dinero<sup>12</sup>. Finalmente, se estableció en la Ley 41/2003<sup>13</sup>, una novedad al alterar la enumeración del anterior artículo 822 del Código Civil, que pasó a ser el actual artículo 821<sup>14</sup>, y también dio nueva redacción al artículo 822<sup>15</sup>, con la intención de favorecer a las personas con discapacidad con donaciones o legados voluntarios de un derecho de habitación realizados en su favor siempre que se tratara de legitimarios del causante o del donante y que al fallecer el testador o el donante convivieran con él.

Ahora bien, el legislador ha establecido que este derecho de habitación<sup>16</sup> que puede ostentar el beneficiario hasta el final de sus días, al ser personalísimo, será, por tanto, intransmisible<sup>17</sup>. También se establece un legado legal de derecho de habitación sobre la vivienda habitual donde convivía con el causante al fallecer este, para el supuesto de defecto de previsión explícita por parte del causante. El legislador considera que la persona con discapacidad necesita una intuición especial y que, por las causas que sean, si el causante así no lo dispuso o recogió, el legislador se hace valedor de sus intereses y necesidades, permitiéndole ostentar un derecho de habitación en la vivienda donde hasta entonces residía.

No obstante, debemos recordar que esto no impide que pueda haber varias personas conviviendo bajo ese mismo techo en el momento del fallecimiento del causante, por ejemplo, es posible que convivieran juntos otros descendientes o ascendientes (con discapacidad o no) del causante, o también que residiera allí el cónyuge viudo. En este caso, todos ellos podrán continuar residiendo en esa vivienda ostentando distintos títulos, por ejemplo, como titulares de un derecho de propiedad —aunque gravado con el derecho de habitación—, o bien con un derecho de nuda propiedad los hijos y el derecho de usufructo el cónyuge supérstite aunque por ejemplo, con esa carga del derecho de habitación en favor, según recoge el artículo 822<sup>18</sup> de un legitimario con discapacidad<sup>19</sup>. Por lo que según vemos diversas pueden ser las situaciones de convivencia que pueden darse y que analizaremos más adelante.

V. PRINCIPALES CARACTERÍSTICAS DEL NOVEDOSO DERECHO DE HABITACIÓN: UN DERECHO REAL LIMITADO EN COSA AJENA DE CARÁCTER GRATUITO Y LAS PARTICULARIDADES SOBRE EL TITULAR LEGITIMARIO

Este derecho de habitación es un derecho real limitado en cosa ajena atribuible de forma gratuita a través de dos posibles vías: la donación y el legado. Ahora bien, para el supuesto de necesidad, también se estipula el «legado legal». El beneficiario tiene que ser un legitimario con discapacidad que conviviera con el causante en el momento del fallecimiento de este. Se trata de un derecho intransmisible y otros colegitimarios, o incluso el cónyuge supérstite, pueden continuar conviviendo en la vivienda gravada con este derecho de habitación en beneficio del beneficiario con discapacidad.

La novedad que se ha incluido en la regulación de este especial derecho de habitación es más bien un privilegio o la «discriminación positiva» al no «computar» para el cálculo de las legítimas. O dicho de otro modo, el valor del legado no se reducirá para calcular las legítimas, ni tampoco habrá colación en caso de existir otros legitimarios, por tanto, no se computará la cuantía del valor de la donación. En definitiva, el legado y la donación del derecho de habitación quedan fuera de las legítimas, y su cuota legitimaria no se reduce porque tampoco se le imputa en su cuota, siempre y cuando, eso sí, se den los demás requisitos exigidos en esta figura. La Ley 41/2003 pretendía apoyar a las personas con discapacidad a través de la incentivación del uso de esta figura, que ya desde sus orígenes romanos tenía la protección a las personas menos favorecidas, más desvalidas y con menos ingresos económicos, en vez de beneficiarlas con un derecho de propiedad<sup>20</sup>.

El habitacionista o beneficiario de este derecho de habitación debe ser un legitimario, por lo que según el artículo 807 del Código Civil, lo serán los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes; en su defecto, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes; y el cónyuge viudo, que puede concurrir con cualquiera de los anteriores familiares.

El beneficiario de este derecho de habitación debe tener una discapacidad reconocida<sup>21</sup>. Conviene no confundirlo con la modificación de la capacidad de obrar, por tanto, esta persona no tiene que haber sido incapacitado judicialmente o con la capacidad de obrar modificada, sino que tenga una discapacidad.

Es imprescindible también para la aplicación de la figura, la convivencia previa en la vivienda familiar al fallecer el causante (titular de la vivienda). Dicho esto, no se ha establecido en la norma ningún plazo mínimo requerido, aunque eso sí no será de aplicación en las segundas viviendas. Si existía una necesidad en el legitimario con discapacidad en el momento del fallecimiento del causante será posible que se constituya un «legado legal», como expresamente recoge nuestro legislador. Ahora bien, consideramos que esta necesidad debería también aplicarse y tenerse en cuenta en la donación y en los legados voluntarios, ya que se trata de un régimen especial que afecta a las legítimas y por tanto al resto de legitimarios, que verían mermadas sus cuotas. Creemos que si no se valorara esta necesidad real del legitimario con discapacidad no tendría mucho sentido este derecho especial, por ejemplo, en el caso de que el legitimario tuviera otra vivienda adaptada; o si mejorara su situación; o si estuviera en una residencia... Sin embargo, este precepto nada regula sobre la necesaria situación de necesidad real en caso de donación o legado constituido por el causante.

En la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 11 de marzo de 2005 se resuelve la solicitud de la constitución de un «legado legal» por parte de la

demandante. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia aplica la Ley 41/2003 y lo concede, por lo que los demandados recurren, siendo finalmente revocada este fallo en apelación. Los padres fallecieron en 1994 y 1998 cuando todavía no estaba en vigor la norma. La Audiencia destaca que la sucesión se rige por la ley vigente en el momento del fallecimiento del causante y que no se puede aplicar la irretroactividad de las normas en base a los artículos 2.3 del Código Civil y 9.3 CE, por lo que no ha lugar al legado legal pretendido por la demandante.

Otro supuesto en el que también se solicita la constitución de un «legado legal» y asimismo es denegado judicialmente dado que este derecho nace cuando fallece el causante, no con posterioridad. El padre fallece en 2002, constituyéndose una comunidad de bienes entre los hijos (herederos) y la viuda separada. Esta pretende la división de la cosa común. Los hijos solicitan que se constituya un «legado legal», ya que consideran que nace desde este momento. La Audiencia Provincial de Murcia, en sentencia de 9 de octubre de 2007, desestima el recurso de apelación y confirma la sentencia del Juzgado de Primera Instancia al considerar que el derecho se origina en el momento del fallecimiento del testador; y por lo tanto, no habrá una atribución del derecho sucesorio que no le corresponde con la delación o llamamiento a la herencia —fallecimiento del causante—.

Debemos recordar que este derecho de habitación está establecido únicamente en favor de los legitimarios que tengan reconocida una discapacidad, y que esta esté en vigor en el momento de la apertura de la sucesión, y no al establecerse el legado o la donación. Ahora bien, no se establece este beneficio a favor de un legitimario incapacitado judicialmente, si en él no concurre a su vez el grado de discapacidad exigido<sup>22</sup>. En cuanto a la certificación de la discapacidad, se señalaba en la Ley 41/2003 en su artículo 2 el grado exigido para poder beneficiarse de estas medidas. Entre ellas están las personas afectadas por una discapacidad psíquica igual o superior al treinta y tres por ciento; y por otro lado, las afectadas por una discapacidad física o sensorial igual o superior al sesenta y cinco por ciento. Actualmente, en el Texto Refundido de 2013, recoge en su artículo 4 quiénes serán personas con discapacidad a los efectos de este cuerpo legal: «1. Son personas con discapacidad aquellas que presentan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con los demás. 2. Además de lo establecido en el apartado anterior, y a todos los efectos, tendrán la consideración de personas con discapacidad aquellas a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento. Se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento los pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez, y a los pensionistas de clases pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad».

El reconocimiento del grado de discapacidad será realizado por el órgano competente conforme a lo establecido reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional.

El segundo requisito exigido —aparte de la certificación de la discapacidad— es que se trate de un legitimario del causante o del donante (benefactor). Legitimario que podrá ser, por lo tanto, un hijo o descendiente, un ascendiente, así como el cónyuge supérstite del causante (*vid. 807 del Código Civil*).

El legitimario con discapacidad para beneficiarse de este derecho de habitación privilegiado debe estar conviviendo con el donante o testador, titular de la vivienda familiar gravada con el derecho de habitación en el momento del

fallecimiento de este último. A falta de esta imprescindible convivencia, no será posible la concesión al legitimario con discapacidad de este derecho de habitación. Ahora bien, el único requisito es la convivencia en el momento del fallecimiento, no estableciéndose un plazo mínimo o necesario.

## VI. EL HABITACIONISTA COMO BENEFICIARIO: SUS DERECHOS Y OBLIGACIONES

El derecho real limitado de habitación<sup>23</sup> faculta al habitacionista —persona beneficiaria de este derecho— a ocupar en vivienda ajena las piezas necesarias<sup>24</sup> para él y, en su caso, para su familia<sup>25</sup> (cónyuge, pareja de hecho, cuidador...), de forma vitalicia, salvo que el título constitutivo disponga algo distinto.

En cuanto a la forma de constitución de este derecho de habitación, dado que nada se establece al respecto para este derecho, se aplicará por remisión lo previsto para el derecho de usufructo<sup>26</sup>, en concreto al artículo 468 del Código Civil, por lo que podrá constituirse por alguna de estas vías: a) por ley; b) por la voluntad de particulares a través de actos *inter vivos* y *mortis causa*; c) por prescripción; d) por el derecho de adjudicación preferente de la vivienda habitual al cónyuge viudo, tal y como vimos anteriormente en el artículo 1407 del Código Civil, y e) el caso excepcional del artículo 822 del Código Civil, el derecho en beneficio de legatario con discapacidad.

El título constitutivo del derecho de habitación, al igual que el de los otros derechos reales, será inscribible en el Registro de la Propiedad, tal y como dispone el artículo 2.2 de la Ley Hipotecaria<sup>27</sup>. En dicho título constitutivo se regularán los derechos y obligaciones del habitacionista así como sus límites; en su defecto se estará a lo dispuesto en los artículos referidos a los derechos de uso y habitación; y si esto tampoco fuera suficiente, deberemos remitirnos supletoriamente a lo dispuesto en el Código Civil para el derecho de usufructo.

Por otra parte, es importante añadir que una nota característica de este derecho de habitación es que no se puede arrendar ni traspasar por ningún título<sup>28</sup>, según dispone el artículo 525 del Código Civil, de ahí que la Ley Hipotecaria prohíba la constitución de una hipoteca en los derechos de uso y habitación (art. 108.3 LH), a diferencia de la permisividad existente para el derecho de usufructo (art. 107.1 LH). Intramisibilidad<sup>29</sup> de este derecho de habitación que reitera de una manera un tanto innecesaria el nuevo artículo 822 del Código Civil, aunque seguramente lo haga para que no queda ninguna duda de que se trata de un derecho personalísimo del legitimario con discapacidad, establecido únicamente en su beneficio.

Las causas que dan lugar a la extinción de este derecho son las mismas que las del usufructo<sup>30</sup>, pero hay que añadir además por abuso grave de la cosa o de la habitación, pérdida total de la vivienda, cumplimiento de un plazo determinado, la renuncia del derecho, la reunión en la persona con discapacidad de la nuda propiedad y del derecho de habitación, así como cualquier otra causa de extinción prevista en el título constitutivo, incluida la condición resolutoria de que el legitimario con discapacidad mejore su estado de salud. De todas formas, la principal causa de extinción de este derecho es el fallecimiento del habitacionista (aunque tenga hijos o descendientes, a no ser que el título constitutivo dispusiera otra cosa), por tratarse de un derecho vitalicio.

El habitacionista dependiendo de si ocupa o no toda la vivienda así deberá contribuir a los gastos de su mantenimiento. En este sentido, señala el artícu-

lo 527 del Código Civil, que si ocupa la totalidad del bien inmueble, deberá sufragar las reparaciones ordinarias de conservación y pagar las contribuciones. Mientras que si únicamente habitara parte de la morada, no deberá contribuir en nada, siempre que el propietario tuviera bastantes aprovechamientos como para cubrir los gastos y cargas, de lo contrario, deberá hacerse cargo de la cantidad que falta<sup>31</sup>.

## VII. CIRCUNSTANCIAS SOBREVENIDAS ANTE LA CONVIVENCIA CON OTROS TITULARES DE LA VIVIENDA: CONFLICTOS Y CONTROVERSIAS INTERPERSONALES

Tal y como avanzamos anteriormente cabe la posibilidad de que coexistan y convivan en la misma vivienda varias personas con un derecho de habitación respectivo, pudiéndose haber constituido cada uno de ellos a través de las distintas vías, antes mencionadas. Y así, por ejemplo, podrá residir un cónyuge viudo cuyo derecho de habitación derivara del artículo 1407 del Código Civil, con otros colegitimarios o terceras personas con otros derechos de habitación u otros derechos reales. Pero además en esta posible convivencia, podría tratarse del cónyuge viudo y que también fuera legitimario/beneficiario, por lo que tendría preferencia para residir en la vivienda *ex artículo 1407* pero además podría beneficiarse del 822 del Código Civil, si cumpliera los requisitos establecidos en este precepto, dando como resultado que no fuera computado en su legítima.

Ahora bien, si el beneficiario fuera otro legitimario, el cónyuge viudo continuaría con su derecho de propiedad sobre la vivienda pero gravado con el derecho de habitación del 822; o con otro derecho de habitación que a su vez podría coexistir con el derecho del 822. Imaginemos que hay varios descendientes de ese cónyuge viudo, algunos de los cuales tienen una discapacidad y otros no, pero todos ellos con un derecho de habitación.

También pudiera darse el caso de que hubiera varios titulares del derecho de propiedad gravada con este derecho de habitación; o también que hubiera hijos con la nuda propiedad y el viudo que ostentara un derecho de usufructo, aunque con esa carga del derecho de habitación del que fuera beneficiario otro legitimario.

O incluso sería posible la siguiente situación de convivencia entre cualquier persona con el beneficiario (viudo o cualquier otro) a favor del cual se estableció un legado de habitación durante el tiempo que permaneciera soltero o viudo. La condición absoluta de no contraer matrimonio —primero o ulterior—, no es válida —y se tendrá por no puesta—, salvo la impuesta al viudo por su difunto consorte o por los descendientes o ascendientes de este (*vid. 793 del Código Civil*).

Possible es también la convivencia con otros posibles beneficiarios del derecho de habitación, por ejemplo, puede haber varios colegitimarios con discapacidad que convivieron con el causante y que necesitan que se establezca en su beneficio un «legado legal».

Traemos a colación un caso que nos parece interesante y que fue resuelto por la sentencia de la Audiencia Provincial de Baleares de 13 de marzo de 2007. En este caso, la hija y tutora de su madre incapacitada (dueña de la mitad indivisa y usufructuaria de la vivienda) pretendía representando a la madre, el desalojo de la hermana en la vivienda que ocupaba en virtud del legado del derecho de habitación otorgado por su padre en testamento. Pretendía que la madre residiera en la vivienda al ser más accesible pero excluyendo a la hermana. La sentencia de la Audiencia Provincial desestimó el recurso y confirmó la sentencia del Juzgado

de Primera Instancia al considerar válido el legado del derecho de habitación que le permitía ocupar las piezas necesarias en la vivienda. La madre podría, eso sí, solicitar el uso y disfrute de la vivienda respetando el derecho de habitación, sin posibilidad de lanzamiento al ostentar la hermana un título válido.

Merece la pena mencionar la sentencia de la Audiencia Provincial de Girona de 26 de septiembre de 2012. En este caso, los demandantes pretendían con carácter principal la declaración de nulidad del legado del derecho de habitación establecido por el difunto en favor de la demandada, y con carácter subsidiario, la posibilidad de utilización conjunta de la vivienda entre la demandada y los demandantes-propietarios. La sentencia de instancia estima esta última pretensión. Sin embargo, la demandada recurre la sentencia de Instancia al no aceptar la cohabitación. La Audiencia Provincial finalmente desestima el recurso y confirma la sentencia de instancia.

En otro supuesto recurrido en apelación y resuelto por la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de septiembre de 2003, el demandante a favor de quien se había constituido un legado del derecho de habitación pretendía que se extendiera a toda la vivienda su derecho. La sentencia del Juzgado de Primera Instancia desestima su pretensión y la Audiencia Provincial a su vez desestima el recurso de apelación y confirma la de instancia. Finalmente, se establece que habrá una utilización parcial de la vivienda que cubra las necesidades de la familia. En este caso al vivir sola esta persona, la Audiencia Provincial de Barcelona dispone que podrá usar exclusiva y excluyentemente algunas dependencias (1 dormitorio), y otras necesarias como el baño o la cocina, ahora bien, establece que sobre estas habrá una utilización común con el propietario.

Como hemos expuesto anteriormente, es posible que exista una convivencia de varias personas con derecho de habitación<sup>32</sup>, así por ejemplo el cónyuge viudo (*ex 1407* del Código Civil) o también otros legitimarios, según dispone el nuevo artículo 822 del Código Civil, situaciones estas que FLORES RODRÍGUEZ califica de «auténtico derecho de cohabitación con perfiles singulares»<sup>33</sup>. El Código Civil contiene la posibilidad de establecer un legado de habitación en favor de los descendientes o ascendientes solteros, así como del cónyuge supérstite mientras permanezca soltero o viudo, por lo tanto podrán convivir varias personas con derecho de habitación en la misma vivienda habitual<sup>34</sup>, derechos de habitación que pueden tener su origen a través de las distintas vías tal y como acabamos de ver.

## VIII. LAS VÍAS LEGALES DE ATRIBUCIÓN SEGÚN EL ARTÍCULO 822 DEL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL

### 1. VOLUNTARIA: DONACIÓN Y LEGADO

El derecho de habitación en beneficio de un legitimario con discapacidad se podrá atribuir por dos vías distintas, aunque ambas, como se verá, a título gratuito. En concreto dependerá de si se realizan *inter vivos*, así la donación, o *mortis causa*, así el legado.

En cuanto a este segundo modo de atribución del derecho, el legado, puede realizarse, como lo será en la generalidad de los supuestos, de una manera voluntaria por parte del testador, pero también se incorpora en la Ley 41/2003 una nueva modalidad de adjudicación a través del «legado legal», para el supuesto de necesidad por parte del legitimario con discapacidad sin que lo dispusiera el testador por el motivo que fuera.

El privilegio o beneficio que incluye este legado o donación de derecho de habitación solo tendrá efecto si concurre en el legitimario una causa de discapacidad. Este trato de favor se configura (igualmente ante la ausencia de declaración en este sentido por parte del causante) ante la presunción del legislador de que el causante habría querido beneficiar a su familiar legitimario con discapacidad, presunción *iuris tantum*, y que, por tanto, podrá ser rebatida si expresamente el causante dispone su exclusión<sup>35</sup>.

En relación con la donación, el trato de favor referido a este derecho de habitación estaría en que su valor no se compute para calcular la cuota legitimaria del beneficiario. En concreto: que el valor del derecho de habitación no se sume al valor de los bienes existentes al tiempo de fallecer el donante, como disponen los artículos 818 y 819 del Código Civil. Para el cálculo de las legítimas se estará al valor de los bienes que quedaren al fallecer el testador, deduciendo las deudas y las cargas, sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento. Se agregará al valor líquido de los bienes hereditarios el de las donaciones colacionables. Señala el artículo 819 que las donaciones hechas a los hijos, si no tienen el concepto de mejoras, se imputarán en su legítima<sup>36</sup>. Por lo tanto, para que los derechos legitimarios de los herederos forzados no sean frustrados, habrá que sumar (reunión ficticia) el valor de las liberalidades realizadas en vida por el fallecido al valor de los bienes existentes en el momento del fallecimiento. Este montante (caudal hereditario) posteriormente se dividirá entre el número de legitimarios con derecho a la cuota legitimaria, dando como resultado la cuota legitimaria individual de cada heredero forzoso.

En definitiva, con el nuevo artículo 822<sup>37</sup> se impide que el valor de la donación de derecho de habitación en favor de un legitimario con discapacidad sea computado para el cálculo de las legítimas individuales. La donación constituirá en muchos casos título jurídico para regularizar la convivencia anterior. O el legado para garantizar que continúe residiendo en esa vivienda una vez ocurrido el fallecimiento del causante.

La donación, según dispone el artículo 618 de nuestro Código Civil, es un acto de liberalidad por el que una persona dispone gratuitamente de una cosa en favor de otra. Como es sabido, el momento de perfección de la donación se produce desde que el donante o benefactor tiene conocimiento de la aceptación por parte del donatario. Por lo cual, al ser la donación una transmisión voluntaria de un bien o derecho en favor de alguien, donatario, sin recibir ninguna contraprestación, requiriendo de la aceptación del donatario para su perfección, esto hará que a pesar de que el Código Civil la califique como «acto», tenga un carácter contractual, por existir un acuerdo de voluntades<sup>38</sup>.

En cuanto a los sujetos que pueden ser donantes, señala el Código Civil que podrán hacer donaciones todos los que pueden contratar y disponer de sus bienes; mientras que para aceptar bastará que no estén incapacitados para ello. En el caso de este especial derecho de habitación, deberá ser un legitimario con discapacidad que conviva con el benefactor<sup>39</sup>.

Por otra parte, existen distintos criterios para clasificar las donaciones puras, obligacionales, con reserva de la facultad de disponer o con cláusula de reversión. Por lo que se refiere a la forma de la donación revestirá la forma verbal, seguida de la entrega, o por escrito si no concurre la entrega en caso de ser un bien mueble; ahora bien, si el objeto donado es un bien inmueble, deberá hacerse en escritura pública expresando en ella los bienes donados así como el valor de las cargas (arts. 632 y 633 del Código Civil).

Pues bien, y por lo que se refiere a la redacción del artículo 822 del Código Civil, algunos autores se han planteado si en este precepto se está refiriendo a

las donaciones *inter vivos* de un derecho de habitación, de naturaleza vitalicia y con efectos en vida del donante, o si por el contrario, también se admiten las donaciones *mortis causa* (las donaciones que producen sus efectos con la muerte del donante, que participan de la naturaleza de las disposiciones de última voluntad, y se rigen por las reglas para la sucesión testamentaria, según señala el art. 620 del Código Civil).

La diferencia entre ambos tipos de donaciones tiene que ver con el momento en el que despliega sus efectos: en vida o tras la muerte del donante; así como su posible revocación: las donaciones *inter vivos* son esencialmente irrevocables (a excepción de la supervivencia o superveniencia de hijos, o por ingratitud), mientras que las donaciones *mortis causa* son esencialmente revocables, como cualquier disposición de última voluntad. Las primeras se formalizan mediante un contrato mientras que las segundas por disposición testamentaria. Este tipo de donaciones *mortis causa* guardaría más similitudes con el legado, ya que ambas figuras tienen una naturaleza parecida que comunican o intercambian; de legado, por el régimen aplicable, y de la donación, por el momento de su otorgamiento.

Para FLORES RODRÍGUEZ, en el artículo 822 del Código Civil, únicamente se recoge la donación *inter vivos* de un derecho real de habitación con unos efectos inmediatos (atribución patrimonial directa) con la ventaja de su exclusión de la legítima. Se excluiría, pues, la donación por causa de muerte, porque si no donación y legado resultarían una «mera y absurda reiteración». Ahora bien, este autor considera que sí sería posible dentro de lo dispuesto por el artículo 822 otra opción de donación, la donación entre vivos con efectos diferidos a la muerte del donante, dado que no se desnaturaliza ni desvincula de los elementos objetivos y sustanciales de la donación<sup>40</sup>.

Por otra parte, en relación con el legado de derecho de habitación, igualmente será necesaria su concesión a un legitimario con discapacidad. El legado<sup>41</sup>, o disposición a causa de muerte a título singular, se hará en testamento. En cuanto al testador, deberá tener la capacidad testamentaria recogida en los artículos 662 a 666 del Código Civil: no ser menor de catorce años, y no hallarse habitual o accidentalmente en su cabal juicio. Por su parte, el legatario deberá ser un legitimario con discapacidad que convivía con el causante al fallecer este, y deberá ser capaz para suceder<sup>42</sup>.

Al ser la persona beneficiada con el derecho de habitación también un heredero, legitimario del causante, estaremos ante la figura del prelegado, recogida en el artículo 890 del Código Civil<sup>43</sup>. En este caso, como en cualquier atribución testamentaria a título particular existen tres sujetos distintos: el testador que ordena la atribución; el legatario, o sujeto beneficiado, y el gravado que deberá soportar la carga ordenada por el testador. Y en el caso del artículo 822 aparecen los mismos sujetos. Los legados serán soportados por todos los herederos de un modo proporcional, a no ser que el testador dispusiera otra cosa, en cuyo caso únicamente uno de los herederos debería soportar el derecho de habitación sobre una vivienda que se le ha atribuido de manera individual.

El legado se adquiere desde el momento del fallecimiento del otorgante del legado, por lo cual no será necesaria su aceptación; con todo sí será necesaria su entrega y posesión a los herederos (art. 885 del Código Civil). El legado otorga el título pero no el modo. Sin embargo, el novedoso artículo 822 del Código Civil, establece que el legitimario con discapacidad para verse beneficiado con este derecho de habitación deberá convivir en la vivienda objeto del derecho de habitación al fallecer el testador. Por lo cual, según parece el beneficiario ya poseía, disfrutaba del bien inmueble, porque convivía con el causante en la vivienda.

¿Debe solicitar el legatario la posesión de un derecho del que ya disfrutaba? El legatario deberá solicitar la posesión y la entrega del bien legado. En el caso de que el legitimario con discapacidad sea el único sucesor, parece que no existirá ningún problema, dado que adquirirá la posesión directamente del causante o por sí; mientras que si hubiera otros herederos, deberá solicitarles a estos la entrega del bien para poseerlo correctamente.

En definitiva: en este supuesto especial redactado conforme al nuevo artículo 822, el legitimario con discapacidad ya estaba disfrutando del bien inmueble al fallecer el testador, por tanto, parecería que la titularidad la adquirió ininterrumpidamente desde el fallecimiento del testador. De ahí que podríamos considerar que la formalidad de la entrega y posesión requerida en el artículo 885, anteriormente señalado, no sería aplicable a este supuesto, por parecer dilatoria e innecesaria. Si acaso la necesaria entrega vendría requerida para hacer constar este, o cualquier otro derecho real limitador de la propiedad en el Registro de la Propiedad, y así producir efectos contra terceros, siendo necesaria la escritura pública con la entrega por parte de la persona facultada y tras la partición hereditaria. Sin embargo, es posible la inscripción sin entrega por parte del heredero o albacea, si el legatario está facultado para tomar la posesión del derecho, así como en los supuestos de prelegado (al resultar imposible la autoentrega, por recaer en una misma persona la cualidad de heredero y legatario), como bien señala FLORES RODRÍGUEZ<sup>44</sup>. En síntesis para este autor, en el prelegado (situación recogida en el art. 822 del Código Civil), no es necesaria la entrega como requisito imprescindible previo a la inscripción a favor del legitimario legatario del derecho de habitación, dado que ya convivía, ya poseía el derecho de habitación legado, esto eximiría la petición, siendo suficiente la formalización de su aceptación. Se trata por tanto de una excepción al principio de petición de la posesión al heredero o albacea<sup>45</sup>.

Otra cuestión importante es la relativa a la titularidad del bien inmueble, en concreto, su carácter ganancial o privativo, que el testador o donante atribuye en beneficio de este legitimario con discapacidad. En el caso de que el bien inmueble sea privativo, no existirá ningún problema en cuanto a la eficacia de la atribución realizada por parte del titular del bien inmueble. Sin embargo, la situación se complica cuando el bien resulte ser ganancial, porque el valor de la atribución no podrá sobrepasar la cuota que finalmente le corresponda al otorgante tras la liquidación de la sociedad de gananciales. En el caso de que finalmente la vivienda se adjudique al haber del cónyuge sobreviviente, en caso de haber optado preferentemente por un derecho de propiedad o por un derecho de habitación sobre la vivienda habitual, según le permiten los artículos 1406 y 1407 del Código Civil, el legatario de habitación se verá compensado con su valor económico. No hay que olvidar, de todas formas, que cualquier problema podrá resolverse por un pacto entre los cónyuges en beneficio del legitimario con discapacidad. De lo contrario, habrá que aplicar lo dispuesto en el artículo 1380 del Código Civil<sup>46</sup>. En este caso, al legitimario con discapacidad se le entregaría el valor del derecho de habitación, perdiendo el legado del derecho de habitación. Esta situación dejaría al legitimario con discapacidad fuera del hogar donde hasta entonces residía, sobre todo cuando el cónyuge sobreviviente no sea su progenitor e iría contra la finalidad de esta norma que —como se ha dicho— trata de asegurar a esta persona una vivienda digna así como ahorrarle los trastornos que el abandono de la misma le ocasionaría. En este caso, la convivencia entre varios derechos de habitación sería la solución deseable, siempre, claro está, de una forma pacífica.

## 2. ORIGEN LEGAL: EL «LEGADO LEGAL»

En último lugar, otra forma de atribución del derecho de habitación en favor de un legitimario con discapacidad recogida en el artículo 822, es el «legado legal». El legado en cuanto atribución hereditaria a título particular se fundamenta en la voluntad del testador que voluntariamente dispone del legado en beneficio de alguien. Por lo cual, cualquier atribución de bienes o derechos o legados legales que no tengan un origen en la voluntad del disponente, sino por ministerio legal, no serían legados propiamente dichos, al ir contra la naturaleza de la institución.

Este tipo de legados —los legales— se asimila a la sucesión ordenada por la ley a título particular, como lo es la cuota de usufructo del cónyuge viudo. En definitiva se acerca más a una atribución sucesoria ordenada por la ley de carácter singular, pero no dispuesta por la voluntad del testador. El Código Civil en este artículo 822 intenta suplir la posible voluntad del causante al beneficiar al legitimario con discapacidad con este derecho de habitación, cuando esta persona desfavorecida tenga necesidad, siempre claro está, que el testador no haya dispuesto otra cosa y no lo haya excluido expresamente en su testamento. La protección que habría que dispensarle al legitimario con discapacidad a través de este legado legal se trataría por tanto de una presunción *iuris tantum* de que esta sería la voluntad del causante. Por lo cual, en principio parece que para que surja este «legado legal» es necesaria la existencia de un testamento por parte del causante que guarde silencio sobre este legado de habitación. En principio, pues, este legado se daría en la sucesión testamentaria. Sin embargo, también hay que extenderlo a los supuestos de sucesión intestada, aunque parecería paradójico que no existiendo testamento, pueda existir un «legado», este «legado legal».

La anterior observación, que puede ser cuanto menos chocante, no lo es si se tiene en cuenta que no se trata realmente de un legado en su sentido más técnico y preciso, porque se establece por disposición legal y no por voluntad del testador. Entendemos que debe hacerse extensivo a las situaciones de necesidad por parte del legitimario con discapacidad, aunque no exista testamento del causante y titular de la vivienda habitual, ya que se trata de beneficiar a un legitimario que necesita seguir habitando en la morada donde hasta entonces residía, y sus derechos legitimarios son iguales tanto en la sucesión testada como en la intestada, y en definitiva, se trata de una atribución patrimonial a título singular establecida por la ley para el caso de que un testamento guarde silencio al respecto, o no se excluya expresamente. Es necesario el requisito de necesidad de la vivienda en el beneficiario. Ahora bien, ¿puede aplicarse a los otros casos? Por ejemplo, que no tenga un alojamiento alternativo; que no tenga recursos económicos... En este caso también hay una peculiaridad y es que es posible la convivencia con otros colegitimarios que también lo necesiten y se puedan establecer otros legados legales por lo que habrá que estudiar casuísticamente cada situación. El causante o donante que sea titular de la vivienda tendrá el poder de disposición, por ejemplo, propietario o copropietario —si hubo una atribución conjunta, del matrimonio— y que su derecho no se extinguiera al fallecer. El caso sería el siguiente, se lega la vivienda habitual y se trataba de un bien ganancial. Según el 1380 del Código Civil el legado de este bien produce sus efectos si finalmente es adjudicada a la herencia del testador. Si no lo fuera, se lega el valor al tiempo del fallecimiento. Podría aplicarse al legado del derecho de habitación y también se protegería al beneficiario del 822 del Código Civil.

La situación de necesidad requerida por el precepto 822 para que se origine este «legado legal», la deberán valorar los demás legitimarios, que serán los que

sopor tarán la carga de este derecho de habitación. Situación de necesidad que podrá darse igualmente en otros herederos, y podrán, por tanto, surgir situaciones de convivencia entre varios herederos, ya vista anteriormente.

## IX. CONCLUSIONES

I. Una vez estudiadas las cuestiones más destacables y principales de este derecho de habitación como medida de protección de un hijo mayor con discapacidad, se nos plantean varios interrogantes referidos a la aplicación de esta especial figura.

II. Los únicos beneficiarios serán los legitimarios con discapacidad pero no las personas con la capacidad de obrar modificada, salvo que en ellos además concurre el grado de discapacidad exigido. No olvidemos que estas personas con frecuencia también necesitan una ayuda especial de sus familias o parientes. Tampoco podría beneficiarse una persona que ostentara otro grado distinto al establecido en la Ley. Recordemos que el beneficiario legítimo con discapacidad conviviente puede por tanto recibir su legítima, pero también puede haber sido mejorado, y además, adicionalmente, verse beneficiado con este legado del derecho de habitación.

III. Podríamos pensar que la especialidad de este derecho que reside en que no es objeto de computación en la cuota legitimaria del legítimo beneficiario podría dar lugar a situaciones de tensión familiar entre los legitimarios una vez fallecido el causante titular, que podría sufrir el legítimo con discapacidad, que podría ocasionar, tal vez, su abandono o la despreocupación por parte de sus hermanos o familiares. Ya que suponemos que no todos acatarán ni entenderán de buen grado la constitución de este derecho especial en favor de su familiar con discapacidad.

IV. Observamos que el estado de necesidad en el supuesto del «legado legal» lo deberán valorar los demás herederos forzosos, estado este que irá en detrimento del resto de legitimarios, dado que no se computa este derecho de habitación en la legítima del legítimo con discapacidad. Cuestión esta que a la postre redonda y afecta al resto de familiares. A la vista de lo que acabamos de comentar, consideramos que tal vez este estado de necesidad no siempre sea «valorado en su justa medida» por los demás legitimarios, ya que en definitiva esta cuestión les afecta económica mente.

V. Si en una familia existen varias personas legitimarias con discapacidad, sería conveniente que todas ellas disfrutaran de este derecho de habitación privilegiado, aunque el testador no lo hubiere dispuesto para todos ellos, ya que en definitiva todos tienen esta necesidad.

VI. Varias personas pueden convivir y residir en la misma vivienda, cada una con un título distinto, por lo que la convivencia entre varios legitimarios en la vivienda familiar, a veces único bien integrante de la herencia del causante creemos que podrá ocasionar fricciones, tensiones y desavenencias, sobre todo, en el caso de que otro de los legitimarios que anteriormente no padecía una discapacidad la sufra con posterioridad por el motivo que fuera. Nos preguntamos por tanto, ¿qué sucedería en este caso en el que se dan discapacidades sobrevenidas tras el fallecimiento del causante?

VII. La preferente adjudicación en el haber del cónyuge sobreviviente de un derecho de propiedad o un derecho de habitación en la vivienda habitual, opción esta que tiene el cónyuge supérstite, puede ir contra el legado de habitación establecido en favor del legatario con discapacidad, sobre todo si no fuera

su descendiente o en caso de existir una enemistad entre ellos. Opción esta que podrá acabar —o enturbiar— las expectativas del discapacitado.

VIII. En definitiva, la regulación de este derecho de habitación no computable en la legítima del beneficiario con discapacidad resulta, en términos generales, acertada y positiva. Se trata de una persona que dada su discapacidad le será más difícil acceder al mundo laboral, conseguir un nivel económico aceptable y que resuelva sus necesidades vitales, y sobre todo que pueda acceder a una vivienda. Por tanto, si al menos tiene cubierta esta necesidad de la vivienda (no olvidemos que ya residía en ella) creemos que esta medida es bastante acertada. Cuantos menos obstáculos adicionales tenga sumados a la pérdida del familiar que, a buen seguro, era la persona que velaba por sus intereses, le cuidaba y le atendía dentro de sus posibilidades, creemos que cualquier medida tuitiva es bienvenida si tiene la finalidad de mejorar o mantener su nivel de vida. Ellos tendrán un derecho de habitación intrasmisible de carácter vitalicio, mientras que el resto de coherederos tendrán la nuda propiedad sobre la vivienda, por lo cual, debemos recordar que estos colegitimarios también han sido beneficiados ampliamente en la herencia del causante, al menos en su cuota legitimaria.

## X. RESOLUCIONES CITADAS

### TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 19 de enero de 2017
- STS de 7 de julio de 2014
- STS de 11 de noviembre de 2013
- STS de 30 de junio de 2012
- STS de 30 de mayo de 2012
- STS de 30 de marzo de 2012
- STS de 7 de septiembre de 2011

### AUDIENCIAS PROVINCIALES

- SAP Valencia de 9 de marzo de 2015
- SAP Girona de 26 septiembre 2012
- SAP Murcia de 9 de octubre de 2007
- SAP Baleares de 13 marzo de 2007.
- SAP Burgos de 11 de marzo de 2005
- SAP Barcelona de 17 de septiembre de 2003

### JUZGADO DE PRIMERA INSTANCIA

- SJPI Quart de Poblet, 3 de octubre de 2013

## XI. BIBLIOGRAFÍA

ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, G. (2015). Reflexiones sobre el derecho de habitación de las personas con discapacidad desde la perspectiva del operador jurídico. *RCDI*. 751, septiembre, 2933-2948.

- CARRASCO PERERA, A. (2003). Acoso y derribo de la legítima hereditaria. *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 580, 11.
- ECHEVARRÍA DE RADA, T. (2016). Alimentos de los hijos mayores de edad y mayores de edad con discapacidad en los procesos matrimoniales: situación actual. *RCDI*, 757, septiembre, 2471-2510.
- FLORES RODRÍGUEZ, J. (2006). Algunas consideraciones sobre la actualidad del derecho real de habitación en el tráfico jurídico inmobiliario. *RCDI*, año 82, 693, 121-144.
- (2005). El nuevo artículo 822 del Código Civil: el derecho de habitación sobre la vivienda habitual como fórmula de tutela sucesoria preventiva en beneficio del discapacitado, *RJN*, abril-junio, 37-100.
- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.<sup>a</sup> (2017). Determinación del derecho de habitación. *RCDI*, septiembre, 763, 2646-2660.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2017). *Principios de Derecho Civil*, vol. I, *Parte General y Derecho de la persona*. Madrid: Marcial Pons, 23.<sup>a</sup> ed.
- (2017). *Principios de Derecho Civil*, vol. 3. *Contratos*, Madrid: Marcial Pons, 19.<sup>a</sup> ed.
- (2017). *Compendio de Derechos Reales. Derechos reales e hipotecarios*: Madrid: Marcial Pons, 6.<sup>a</sup> ed.
- (2017). *Principios de Derecho Civil*, vol. VII. *Derecho de sucesiones*, Madrid: Marcial Pons, 12.<sup>a</sup> ed.
- MINGORANCE GOSÁLVEZ, C. (2010). Derecho de habitación sobre la vivienda habitual a favor del discapacitado en el Derecho español. *RCDI*, 722, noviembre-diciembre, 2539-2557.
- MORETÓN SANZ, F. (2007). Los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito europeo e internacional (Nuevas perspectivas jurídicas en materia de no discriminación por razón de edad, discapacidad o dependencia). *Revista de Derecho de Familia de Costa Rica*, 2.
- (2006). Apuntes sobre la Constitución Europea y el derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad. *Revista de Derecho UNED*, núm. 1, 247 a 272.
- (2005). Protección civil de la discapacidad: Patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la Propiedad Horizontal. *RCDI*, 687, 61-115.
- NOGUERA NEBOT, T. (2006). El legado de derecho de habitación regulado en el artículo 822 del Código Civil. *Revista de Derecho UNED*, núm. 1, 471-488.
- PASTOR ÁLVAREZ, C. (2004). Una nueva estrategia legal ante la discapacidad: la protección patrimonial de las personas discapacitadas. *Aranzadi Civil*, núm. 20.
- PEREÑA VICENTE, M. (2004). El derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado. *Diario La Ley*, año XXV, número 5957, 18 de febrero, 1828-1835.
- PÉREZ GIMÉNEZ, T. (2004). Algunas reflexiones en torno a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad. *AC*, núm. 21, 2554-2558.
- RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2005). El derecho de habitación establecido a favor del legitimario discapacitado como gravamen sobre la legítima estricta, en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, González Porras y Méndez González (Coords.), Bosch, 4017-4032.
- ROBLES REYES, J. R. (2001). Derechos de uso y habitación. Diferencias y evolución, en *Actas del II Congreso Internacional y V Iberoamericano de Derecho Romano, Los Derechos reales*, Torrent Ruiz (Coord.). Madrid: Edisofer, 733-738.

- RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J. (2004). La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de las personas con discapacidad. *AC*, núm. 4, 2.<sup>a</sup> quincena de febrero, 357-369.
- VILLAGRASA ALCAIDE, C. (2002). El derecho real de habitación en la Ley 13/2000, de 20 de noviembre, del Parlamento de Cataluña sobre la regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación. *La Notaría*, julio-agosto, núms. 7-8, t. 1, 25-34.
- VIVAS TESÓN, I. (2014). La equiparación del hijo mayor de edad con discapacidad psíquica al menor *in potestate* a efectos de alimentos matrimoniales. *RCDI*, 745, septiembre, 2510-2541.

## NOTAS

<sup>1</sup> Interesa el comentario realizado por ECHEVARRÍA DE RADA a las sentencias mencionadas en esta sentencia de 2017: en concreto, la de 30 de marzo de 2012 y la de 11 de noviembre de 2013, que aplican la doctrina de la STS de 5 de septiembre de 2011, en cuanto a los alimentos dispensados a los hijos mayores de edad, así como también la de 7 de julio de 2014, para el caso de los hijos mayores de edad con discapacidad, entre otras resoluciones, en su estudio (2016) Alimentos de los hijos mayores de edad y mayores de edad con discapacidad en los procesos matrimoniales: situación actual. *RCDI*, 757, septiembre, 2471-2510.

<sup>2</sup> Sobre esta interesante STS de 7 de julio de 2014 que establece como doctrina jurisprudencial «la situación de discapacidad de un hijo mayor de edad no determina por sí misma la extinción o modificación de los alimentos que los padres deben prestarle en juicio matrimonial y deberán equipararse a los que se entregan a los menores mientras se mantenga la convivencia del hijo en el domicilio familiar y se careza de medios», destaca VIVAS TESÓN en su interesantísimo comentario a este fallo, que esta novedosa e importante doctrina sentada por nuestro Alto Tribunal, «además de dar cumplimiento a los mandatos contenidos en la CDPD, da claras muestras de una gran humanización...la Sentencia contribuye a promover la idea de la tutela de la persona con discapacidad como portadora de derechos humanos». Establece también esta sentencia el paralelismo entre menor de edad *in potestate* y la persona mayor de edad con discapacidad psíquica no incapacitada judicialmente, otorgando a ambos el mismo trato legal en cuanto a la obligación de alimentos derivada de un proceso matrimonial siempre y cuando se cumplan los dos requisitos que establece el Alto Tribunal: convivencia del hijo en el domicilio familiar y que el hijo carezca de recursos económicos (*vid.*, VIVAS TESÓN, I. (2014). La equiparación del hijo mayor de edad con discapacidad psíquica al menor *in potestate* a efectos de alimentos matrimoniales. *RCDI*, 745, septiembre, 2529).

<sup>3</sup> En palabras de mi Maestro, el Prof. LASARTE ÁLVAREZ, cuando dispone que esta discapacidad puede requerir la incapacidad, en sentido técnico, del sujeto afectado o, al revés, desaconsejarla y sustituirla, más bien, por otro tipo de medidas tuitivas de otra naturaleza. Por este motivo, persona con discapacidad y persona judicialmente incapacitada no tienen por qué coincidir necesariamente, dado que existen distintos grados de minusvalía que no darán lugar a la declaración judicial de incapacidad (*vid.* [2017]. *Principios de Derecho Civil*, vol. 1. *Parte General y Derecho de la Persona*, Madrid, Marcial Pons, 23.<sup>a</sup> ed., 197).

<sup>4</sup> En relación con los organismos internacionales que se han preocupado del fenómeno de la discapacidad, hay que destacar la Convención de la ONU de 13 de diciembre de 2006, en particular, *vid.*, MORETÓN SANZ, M.<sup>a</sup> F. (2007). Los derechos de las personas con discapacidad en el ámbito europeo e internacional. (Nuevas perspectivas jurídicas en materia de no discriminación por razón de edad, discapacidad o dependencia). *Revista de Derecho de Familia de Costa Rica*, 2. Así como las anteriores iniciativas como la Declaración de Derechos del Deficiente Mental, de 20 de diciembre de 1971 y la Declaración de Derechos de los Minusválidos, de 9 de diciembre de 1975. En cuanto a la Unión Europea, diversas han sido las normas aprobadas referidas a la mejora de las condiciones de este colectivo. Así, a modo de ejemplo, las Directivas 2000/78/CE relativa al establecimiento de un marco

general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación por motivos de religión o convicciones, de discapacidad, de edad o de orientación sexual; y la 2002/73/CE, para la igualdad entre hombres y mujeres en cuanto al acceso al empleo, a la formación y promoción profesionales y a las condiciones de trabajo. Sobre el tratamiento de la discapacidad en la Unión Europea, *vid.*, MORETÓN SANZ, M.<sup>a</sup> F. (2006) Apuntes sobre la Constitución Europea y el derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad. *Revista de Derecho UNED*, núm. 1, 247 a 272, y la bibliografía allí mencionada.

<sup>5</sup> En España, con anterioridad al año 2003 ya se habían dictado varias normas que protegían a este colectivo. En este sentido: la pionera *Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de los Minusválidos*; la *Ley 15/1995, de 30 de mayo, de Límites de dominio sobre inmuebles para eliminar barreras arquitectónicas a las personas con discapacidad*. En el año 2003 se dictaron, entre otras, la importante *Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*, así como la *Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de discapacitados*.

<sup>6</sup> *Vid.* PASTOR ÁLVAREZ, C. (2004). Una nueva estrategia legal ante la discapacidad: la protección patrimonial de las personas discapacitadas. *Aranzadi Civil*, núm. 20.

<sup>7</sup> El Gobierno tenía que elaborar y aprobar antes del 31 de diciembre de 2013 y previa consulta al Consejo Nacional de la Discapacidad, un Texto Refundido en el que se aclarasen y armonizasen tres leyes importantes en materia de discapacidad: la *Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos*, la *Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad* y la *Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad*.

<sup>8</sup> *Vid.* También el comentario realizado por ÁLVAREZ RODRÍGUEZ, G. (2015). Reflexiones sobre el derecho de habitación de las personas con discapacidad desde la perspectiva del operador jurídico. *RCDI*, 751, septiembre, 2933-2948.

<sup>9</sup> En este sentido, *vid.*, por todos, LASARTE ÁLVAREZ, C. (2017). *Principios de Derecho Civil*, vol. VII, *Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, Madrid, 12.<sup>a</sup> ed., 135 y sigs., y la bibliografía allí mencionada.

<sup>10</sup> Podrán constituir el derecho de uso o habitación el propietario pero también todos los titulares de derechos de goce amplio constituidos sobre ellas como nos recuerda GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M.<sup>a</sup> (2017). Determinación del derecho de habitación. *RCDI*, 763, 2648.

<sup>11</sup> Se trata de una cosa que está afecta a un derecho real limitado de uso o de habitación, disponiendo el testador *mortis causa* de la titularidad del bien, eso sí, con este derecho de habitación, debiendo ser respetado y mantenido por el legatario. Establece el artículo 868 del Código Civil: «Si la cosa legada estuviere sujeta a usufructo, uso o habitación, el legatario deberá respetar esos derechos hasta que legalmente se extingan».

<sup>12</sup> *Vid.* artículos 1406 y 1407 del Código Civil.

<sup>13</sup> *Vid.* Exposición de Motivos de 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* (BOE núm. 277, de 19 de noviembre de 2003).

<sup>14</sup> Artículo 821 del Código Civil, nueva redacción: «Cuando el legado sujeto a reducción consista en una finca que no admite cómoda división, quedará esta para el legatario si la reducción no absorbe la mitad de su valor, y en caso contrario para los herederos forzosos; pero aquel y estos deberán abonarse su respectivo haber en dinero.– El legatario que tenga derecho a la legítima podrá retener toda la finca, con tal que su valor no supere, el importe de la porción disponible y de la cuota que le corresponda por legítima.– Si los herederos o legatarios no quieren usar del derecho que se les concede en este artículo se venderá la finca en pública subasta, a instancia de cualquiera de los interesados».

<sup>15</sup> Artículo 822 del Código Civil, redacción actual: «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 con 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 1406 y 1407 de este Código, que coexistirán con el de habitación».

<sup>16</sup> En la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 11 de marzo de 2005, se recogió que el derecho de habitación establecido en la Ley 41/2003 sobre la vivienda habitual a favor del legitimario con discapacidad, al no encontrarse en vigor en el momento del fallecimiento de los padres de los litigantes, no podía ser de aplicación al supuesto de autos, ya que en otro caso se vulneraría el principio de irretroactividad de las normas jurídicas, recogido en los artículos 2.3 del Código Civil y 9.3 de la Constitución Española. La sucesión, en definitiva, se regirá por la normativa vigente en el momento del fallecimiento del causante, como lo declara el Código Civil en el artículo 9.8 en sede las normas de Derecho Internacional Privado.

<sup>17</sup> Seguimos en este punto la teoría generalizada de la doctrina, muy especialmente, *vid. LASARTE ÁLVAREZ, C. (2017). Compendio de Derechos Reales. Derechos reales e hipotecario, Marcial Pons, Madrid, 6.<sup>a</sup> ed., 162, 352-326.*

<sup>18</sup> Valora positivamente este derecho MINGORANCE GOSÁLVEZ, al entender que «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 solo 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» (MINGORANCE GOSÁLVEZ, C. (2010). Derecho de habitación sobre la vivienda habitual a favor del discapacitado en el Derecho español. *RCDI*, 722, noviembre-diciembre, 2554).

<sup>19</sup> Para FLORES RODRÍGUEZ esta Ley presenta un doble objetivo. Por una parte, garantizar la permanencia del descendiente con discapacidad en la vivienda donde habitaba anteriormente con sus progenitores, de ahí su intransmisibilidad, y por otra, que esta garantía sea lo menos gravosa posible, al no entrar en el cómputo de las legítimas (*vid. [2005]. «El nuevo artículo 822 del Código Civil: el derecho de habitación sobre la vivienda habitual como fórmula de tutela sucesoria preventiva en beneficio del discapacitado».* *RJN*, abril-junio, pp. 43 y 44).

Sobre este derecho de habitación, *vid.*, también, RAGEL SÁNCHEZ, L. F. (2005). «El derecho de habitación establecido a favor del legitimario discapacitado como gravamen sobre la legítima estricta». *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, González Porras y Méndez González (Coords.), Bosch, 4017-4032.

<sup>20</sup> ROBLES REYES considera que la inexistencia de grandes fortunas, como sucedía en Roma, ha supuesto una disminución del número de legados de habitación a sirvientes y amigos, aunque sí se ha incrementado la concesión a personas que por su edad o enfermedad, se desea que sigan residiendo en la morada familiar eso sí, sin derecho de propiedad, para que mantengan un mínimo de calidad de vida y estén bajo la vigilancia familiar [*vid. (2001). Derechos de uso y habitación. Diferencias y evolución. Actas del II Congreso Internacional y V Iberoamericano de Derecho Romano, Los Derechos reales*, Torrent Ruiz, A. (Coord.), Edisofer, Madrid, 737].

<sup>21</sup> El reconocimiento del grado de discapacidad se regula en el RD 1856/2009, 4 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad y por el que se modifica el RD 1971/1999, de 23 de diciembre. Introduce CIF (Clasificación Internacional de funcionamiento, de la discapacidad y de la salud). Las CCAA con competencias transferidas, serán los órganos técnicos competentes; mientras que aquellas CCAA sin competencias transferidas, lo tratará el IMSERSO. El recurso judicial de la resolución administrativa se presentará ante el orden social.

<sup>22</sup> Para PERENA VICENTE según esta Ley 41/2003 pueden darse distintas situaciones en cuanto a las personas afectadas por la regulación legal. Así, a) que sea una persona

incapacitada judicialmente, y en la que además concurra el grado de discapacidad exigido por la Ley; b) que sea una persona incapacitada judicialmente en la que no concurra el grado de discapacidad exigido por la Ley, dado que la deficiencia no llegue al porcentaje requerido legalmente, pero que le impida gobernarse por sí misma (que es lo que exige el artículo 200 del Código Civil para que tenga lugar la incapacidad judicial); y c) que sea una persona no incapacitada judicialmente en la que concurra el grado de discapacidad exigido por la norma, pudiendo sufrir o no la persona una de las causas de incapacidad del artículo 200 del Código Civil. En el primer y tercer supuesto podría ser una de las personas con discapacidad beneficiadas por esta Ley, mientras que en el segundo, se trataría de un incapacitado pero no un discapacitado destinatario de esta norma 41/2003 (*vid.* [2004]. El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado. AC, 2004/2, 1761).

<sup>23</sup> A diferencia del derecho de uso que permite al usuario percibir los frutos de la cosa ajena que le basten para cubrir sus necesidades y de su familia, como dispone el primer apartado del artículo 524 del Código Civil.

<sup>24</sup> En sentencias como la Audiencia de Barcelona del 17 de septiembre de 2003, se estableció el alcance del derecho de habitación para el caso de que la vivienda no fuera susceptible por sus características o distribución de división y de aprovechamiento independiente, por disponer únicamente de una cocina, de un baño y de un salón, y concretamente la extensión de las «piezas necesarias», «las restantes, que no son precisas para cubrir las necesidades primarias, no tengan que ser ocupadas por el habitacionista, de todo lo cual se deriva que estas últimas sí puedan serlo por quien es su propietario, que es el que, en su caso, tiene la propiedad y disposición de las mismas... Por tanto, y si ese derecho puede alcanzar a algunas dependencias y el propietario puede utilizar las restantes, tenemos que concluir que la utilización exclusiva y excluyente alcanza a aquellas que cubran las necesidades del habitacionista y sean susceptibles de uso independiente y privativo, produciéndose con respecto a las demás que también sean necesarias, como el baño y la cocina, una utilización común o compartida».

<sup>25</sup> *Vid.* artículo 524 del Código Civil.

<sup>26</sup> El derecho de usufructo se encuentra regulado de una manera detallada en los artículos 467 a 522 del Código Civil. La regulación contenida para el usufructo será de aplicación subsidiaria a los derechos de uso y habitación, en cuanto no afecte a la sustancia de estos derechos.

<sup>27</sup> Artículo 2.2 LH: «En los Registros expresados en el artículo anterior se inscribirán:... 2º. Los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan derechos de usufructo, uso, habitación, enfiteusis, hipoteca, censos, servidumbres y otros cualesquiera reales...».

<sup>28</sup> A diferencia de lo que sucede en Cataluña, anteriormente ya en su derogada *Ley 13/2000, de 20 de noviembre, de Regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación*, donde no se prohibía expresamente (el art. 36 en su primer apartado señalaba que el usuario o el habitacionista no podían alinear su derecho, para a continuación recoger en su segundo apartado que a pesar de lo dicho en el anterior apartado, podían consentir el establecimiento de una hipoteca sobre el bien de que se trate, suponiendo la ejecución de la hipoteca, la extinción del derecho). En la actualidad, la vigente *Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales*, recoge en su artículo 562-4; Indisponibilidad del derecho: «1. Los usuarios y los que tienen derecho de habitación solo pueden gravar o enajenar su derecho si lo consienten los propietarios.– 2. La ejecución de una hipoteca sobre el bien comporta la extinción de los derechos de uso y habitación si sus titulares consintieron su constitución, sin perjuicio de lo establecido por el artículo 83 del Código de familia en materia de uso de vivienda familiar». Igualmente, se permite en la *Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, (Ley Foral 424: «a) Habitación. A no ser que el título hubiese limitado el derecho de habitación, se presumirá que este concede a su titular la facultad de ocupar la vivienda total y exclusivamente, para sí y los que con él convivan, así como de arrendar la vivienda total o parcialmente, y el arrendamiento cesará al extinguirse el derecho de habitación, sin prórroga alguna»).

<sup>29</sup> Aquí hay que hacer una salvedad y una aclaración en el sentido de que si se constituyera como transmisible el derecho de habitación se regirá por el sistema ordinario, y

por tanto, computará su valor para el cálculo de las legítimas; si fuera una donación, se imputará a la legítima del donatario; mientras que si se trata de un legado, podrá reducirse en caso de ser excesivo.

<sup>30</sup> En el artículo 513 de nuestro Código Civil se señala que el usufructo se extingue: «1.<sup>º</sup> Por muerte del usufructuario.- 2.<sup>º</sup> Por expirar el plazo por que se constituyó, o cumplirse la condición resolutoria consignada en el título constitutivo.- 3.<sup>º</sup> Por la reunión del usufructo y la propiedad en una misma persona.- 4.<sup>º</sup> Por la renuncia del usufructuario.- 5.<sup>º</sup> Por la pérdida total de la cosa objeto del usufructo.- 6.<sup>º</sup> Por la resolución del derecho del constituyente.- 7.<sup>º</sup> Por prescripción». En la derogada Ley 13/2000, de la Comunidad Autónoma de Cataluña (arts. 34 y 35) expresamente se mencionaba que si no se especificaba la duración de los derechos de uso o habitación se presumían vitalicios. Igualmente se podían constituir a favor de diversas personas, de manera simultánea o sucesiva (en este caso únicamente podrían ser personas que vivieran al tiempo de la constitución del derecho). Extinguiéndose el derecho al fallecer el último titular. Actualmente, en su Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, establece en su artículo 562-5-Extinción: «Los derechos de uso y habitación se extinguieren por resolución judicial en caso de ejercicio gravemente contrario a la naturaleza del bien, sin perjuicio de lo establecido por el artículo 561-8.1». (Dispone el artículo 561-8. Daños a los bienes usufructuados. «1. Los usufructuarios que deterioran los bienes usufructuados responden de los daños causados ante los nudos propietarios, que pueden solicitar a la autoridad judicial que adopte las medidas necesarias para preservar los bienes, incluida su administración judicial»).

<sup>31</sup> En Cataluña se establecía expresamente en el artículo 46 de la derogada Ley 13/2000, de 20 de noviembre, que los gastos derivados de la vivienda, siempre que el habitacionista haga un uso normal de esta, serán a cargo del propietario. El habitacionista está expresamente relevado de ellos. A no ser que sean gastos individualizables y provengan de servicios que haya instalado el habitacionista. Actualmente, recoge su Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, en su artículo 562-11. Gastos. «Corren a cargo del que tienen derecho de habitación los gastos de la vivienda que sean individualizables y que deriven de la utilización que hace de la misma, así como los gastos correspondientes a los servicios que haya instalado o contratado».

<sup>32</sup> La posibilidad de convivencia no contradice o desnaturaliza este derecho de habitación. En Cataluña se estableció en su derogada Ley 13/2000, de 20 de noviembre, artículo 45, que ambos, habitacionista y propietario debían ejercer su derecho con corrección para facilitar la relación normal entre ellos y las personas que convivan con ellos. Se introdujo, pues, un deber recíproco para ambos de ocupar la vivienda sin detrimento para la pacífica convivencia en la casa (*vid. VILLAGRASA ALCAIDE, C. (2002)*). El derecho real de habitación en la Ley 13/2000, de 20 de noviembre, del Parlamento de Cataluña sobre la regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación. *La Notaría*, julio-agosto, núms. 7-8, t. 1, 32).

<sup>33</sup> FLORES RODRÍGUEZ, J. (2006). Algunas consideraciones sobre la actualidad del derecho real de habitación en el tráfico jurídico inmobiliario. *RCDI*, año 82, núm. 693, 125.

<sup>34</sup> Artículo 793 del Código Civil: «La condición absoluta de no contraer primero o ulterior matrimonio se tendrá por no puesta, a menos que lo haya sido al viudo o viuda por su difunto consorte o por los ascendientes o descendientes de este.- Podrá, sin embargo, legarse a cualquiera el usufructo, uso o habitación, o una pensión o prestación personal, por el tiempo que permanezca soltero o viudo».

<sup>35</sup> Así lo considera RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J. (2004). La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de las personas con discapacidad. *AC*, núm. 4, 2.<sup>a</sup> quincena de febrero.

<sup>36</sup> En cuanto a los bienes colacionables, dispone el artículo 1035 del Código Civil, que «el heredero forzoso que concorra, con otros que también lo sean, a una sucesión, deberá traer a la masa hereditaria los bienes o valores que hubiese recibido del causante de la herencia, en vida de este, por dote, donación, u otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de la partición».

<sup>37</sup> Ejemplo: Donación a un donatario con o sin discapacidad y legitimario del donante: interesa que tenga discapacidad en el momento del fallecimiento del causante para poder

beneficiarse del contenido del 822 del Código Civil. De lo contrario, si al realizar la donación el donatario era un legitimario con discapacidad pero al fallecer el donante no la tenía, la donación quedará sometida al régimen general y no al especial y beneficioso del 822 del Código Civil. Por lo que si no se aplica el régimen especial del 822 del Código Civil, la donación o el legado de un derecho de habitación que se constituya en favor de cualquier legitimario o de un tercero se aplicará el principio de intangibilidad de la legítima por lo que se imputará la donación a la legítima del donatario; siendo posible la reducción del legado en caso de ser excesivo.

<sup>38</sup> LASARTE ÁLVAREZ además de resaltar su carácter contractual, establece que los efectos reales de la donación se producen desde el momento de la perfección (con la aceptación del donatario) (*vid. [2017]. Principios de Derecho Civil*, vol. 3, *Contratos*, Madrid, Marcial Pons, 19.<sup>a</sup> ed., 175).

<sup>39</sup> *Vid.* artículos 624 y 625 del Código Civil. En el supuesto de que el donatario sea un menor o estuviera incapacitado, y en la sentencia de incapacitación se declarara que no puede aceptar donaciones, en estos casos, la aceptación de las donaciones la realizarán sus representantes legales (padres o tutores).

<sup>40</sup> *Vid.* FLORES RODRÍGUEZ, J. (2005). El nuevo artículo 822..., *RJN*, abril-junio, 51.

<sup>41</sup> Dar una definición exacta y completa de legado es una tarea de lo más difícil, dada las múltiples formas o variedades en que puede hacerse un legado. De ahí que se haya dicho que es una sucesión a título particular (aunque el legatario no tiene la cualidad de heredero o sucesor, porque sucede a título singular, sin tener los efectos de la institución de heredero), por otra parte, también se ha dicho que vistos otros tipos de legados, el legatario es una persona favorecida por una disposición particular, en bienes del testador, sin tener la cualidad de heredero. Sin embargo, esta definición también chocaría con otros tipos de legados en los que no se produce un verdadero enriquecimiento económico, por tener más bien el legado un valor afectivo, pudiéndose someter a una carga que cubra la totalidad del beneficio (así lo permitiría el artículo 858 del Código Civil). Nosotros seguimos la definición proporcionada por el Prof. LASARTE ÁLVAREZ, que ante la dificultad de dar un concepto unitario, ha señalado que el legado consiste «en una atribución jurídico-patrimonial que el causante, de forma directa y singular, realiza en el testamento en favor de cualquier persona» ([2017]. *Principios de Derecho Civil*, vol. 7, *Sucesiones*, Marcial Pons, Madrid, 12.<sup>a</sup> ed., 125).

<sup>42</sup> Artículos 744 y sigs. del Código Civil, en especial, todos tendrán capacidad para suceder salvo los incapacitados por la ley. Se atenderá al momento del fallecimiento del causante para establecer la capacidad del legatario. Así no podrán disponer en beneficio de: Notario autorizante del testamento; sacerdote que le confesó en última enfermedad; tutor o curador del testador (salvo cuentas aprobadas, y extinción cargo tutelar); son incapaces por causa de indignidad: padres que abandonan, prostituyen..., el condenado por atentar contra la vida del testador o su familia, el que le acusó de delito; heredero que conoció muerte violenta del testador; el que ejerció violencia, amenazas para hacer testamento.

<sup>43</sup> Artículo 890.2 del Código Civil: «El heredero, que sea al mismo tiempo legatario, podrá renunciar la herencia y aceptar el legado, o renunciar este y aceptar aquella». Igualmente, en el artículo 821 se establece la posibilidad del prelegado al establecer: «El legatario que tenga derecho a legítima podrá retener toda la finca, con tal que su valor no supere el importe de la porción disponible y de la cuota que le corresponde por legítima».

<sup>44</sup> *Vid.* FLORES RODRÍGUEZ, J. (2005). El nuevo artículo 822... *RJN*, abril-junio, 67.

<sup>45</sup> NOGUERA NEBOT considera que el supuesto previsto en el artículo 822.1 es una excepción al principio de que el legatario debe pedir la posesión al heredero o albacea ([2006]. El legado de derecho de habitación regulado en el artículo 822 del Código Civil. *Revista de Derecho UNED*, núm. 1, 484).

<sup>46</sup> Artículo 1380 del Código Civil: «La disposición testamentaria de un bien ganancial producirá sus efectos si fuere adjudicado a la herencia del testador. En caso contrario se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento».