

1.4. Sucesiones

Reflexiones sobre el derecho de habitación de las personas con discapacidad desde la perspectiva del operador jurídico

Reflections on the right of room of people with disability from the perspective of the legal operator

por

GEORGINA ÁLVAREZ MARTÍNEZ

Dra. en Derecho

RESUMEN: La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con discapacidad introdujo —en el marco de las modificaciones al Código Civil, concretamente en materia sucesoria— en el artículo 822 del Código Civil el derecho de habitación a favor de las personas con discapacidad. Con el objeto de atender a su necesidad de vivienda, ha concedido un trato de favor en la constitución de este derecho de habitación a título gratuito (párrafo primero), y se ha asegurado el disfrute de la que ha venido siendo su vivienda habitual, cuando el titular de esa vivienda, causante de la sucesión en la que es legitimario la persona con discapacidad, nada hubiese al respecto (párrafo segundo). En esta oportunidad se reflexiona sobre algunos de los requisitos previstos en este artículo, atendiendo especialmente a las aportaciones del operador jurídico.

ABSTRACT: Law 41/2003, of November 18 th, of Patrimonial Protection of People with disability introduced —in the framework of the amendments made to the Civil Code, specifically in succession field— in the artículo 822, the right of room in favour of persons with disabilities. In order to meet to their need of housing, is granted a preferential treatment in the constitution of this room's right to gratuitously (first paragraph), and ensures the enjoyment of which has come being his habitual housing, when the owner of that house, succession's causer where the person with disability is going, nothing has foreseen in the matter (second paragraph). This time it reflects on some of the requirements laid down in this article, especially according to the contributions of the legal operator.

PALABRAS CLAVES: Derecho de habitación. Persona con discapacidad. Legitimario. Vivienda habitual. Legítima.

KEY WORDS: Right of room. Legitimate. People with disability. Residence.

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO: EL DERECHO DE HABITACIÓN EN LA LEY 41/2003 DE 18 DE NOVIEMBRE DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD.—II. DONACIÓN O LEGADO (VOLUNTARIO O LEGAL) DEL DERECHO DE HABITACIÓN: IDEAS PRELIMINARES.—III. REQUISITOS DE CONSTITUCIÓN: 1. SUBJETIVOS: EL BENEFICIARIO, LEGITIMARIO PERSONA CON DISCAPACIDAD. 2. OBJETIVOS: LA VIVIENDA HABITUAL, LA CONVIVENCIA Y LA NECESIDAD.—IV. CONSIDERACIONES FINALES.—V. RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA.

I. PLANTEAMIENTO: EL DERECHO DE HABITACIÓN EN LA LEY 41/2003 DE 18 DE NOVIEMBRE DE PROTECCIÓN PATRIMONIAL DE LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

Conforme el artículo 524 del Código Civil el derecho real de habitación atribuye a su titular la facultad de ocupar en casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia. Junto al derecho de uso, este derecho real ha sido considerado algo así como un hijo menor del usufructo¹, cuyo régimen se aplica —como es sabido— de manera supletoria². En la práctica es un derecho poco frecuente³, y en sus contadas apariciones la jurisprudencia lo ha unido, muchas veces, a la encomiable necesidad de garantizar la vivienda de hijas/hijos solteras/os, de viudas, de parientes sin alojamiento, y en general de personas que requieren una especial protección⁴.

Un reflejo legal de esta proximidad entre el derecho de habitación y la protección de personas está previsto en 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 (en adelante LPPPD)⁵. Junto al patrimonio protegido y en el marco de las modificaciones introducidas al Código Civil⁶, concretamente en materia sucesoria, el legislador ha previsto en su artículo 10 —entre otras disposiciones⁷— por un lado, «una protección patrimonial directa a las personas con discapacidad mediante un trato favorable a las donaciones o legados de un derecho de habitación realizados a favor de las personas con discapacidad que sean legitimarias y convivan con el donante o testador en la vivienda habitual objeto de habitación⁸; y por otro lado, se ha concedido «al legitimario con discapacidad que lo necesite un legado legal del derecho de habitación sobre la vivienda habitual en la que conviviera con el causante⁹, viniéndose con todo ello a dar un nuevo contenido al artículo 822 del Código Civil. así, la incorporación de este derecho de habitación al ordenamiento jurídico —hasta LPPPD no había derechos de habitación establecidos por la Ley¹⁰— que tiene por objeto atender a la necesidad de vivienda de las personas con discapacidad, se concede un trato de favor en su constitución a título gratuito (párrafo primero), y se asegura el disfrute de la que ha venido siendo su vivienda habitual, cuando el titular de esa vivienda, causante de la sucesión en la que es legitimario la persona con discapacidad, nada haya previsto al respecto (párrafo segundo). En esta oportunidad voy a reflexionar sobre algunos de los requisitos previstos en este artículo, atendiendo especialmente a las aportaciones del operador jurídico.

II. DONACIÓN O LEGADO (VOLUNTARIO O LEGAL) DEL DERECHO DE HABITACIÓN: IDEAS PRELIMINARES

El artículo 10 de la LPPPD dio un contenido completamente nuevo al artículo 822 del Código Civil, pasando su originario —aunque con una nueva redacción—

al artículo 821, conforme el párrafo 5.º del citado artículo 10. La norma en vigor dice así:

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

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

Como puede advertirse, este precepto autoriza la constitución de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual a favor del legitimario persona con discapacidad que conviviere con el causante y reconoce —curiosamente— en ello hasta tres fuentes, estas son: la donación, y el legado voluntario o legal. Llama particularmente la atención esta concesión del legislador al legado de origen legal, el cual podrá constituirse —concurriendo los requisitos del primer párrafo— aunque el titular de la vivienda habitual no hubiese hecho testamento, o existiendo este último no se lo hubiese excluido expresamente¹¹. La Exposición de Motivos de la Ley en el apartado VII c) se refiere en estos términos a este legado: «Además, este mismo precepto concede al legitimario con discapacidad que lo necesite un legado legal del derecho de habitación sobre la vivienda habitual en la que conviviere con el causante, si bien a salvo de cualquier disposición testamentaria de este sobre el derecho de habitación». Parece que se está ante una excepción al principio general de que la institución del legado solo puede realizarse por testamento, que encuentra su razón en la protección del legitimario discapacitado que lo necesite¹². Bien es verdad, que no sería la única excepción porque también —con una finalidad tutelar, que en el caso se traduce en que el cónyuge superviviente no quede perjudicado al fallecer su consorte— el artículo 1321 del Código Civil establece que «fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al que sobreviva, sin computárselo a su haber...». Entiende la doctrina que existe en este supuesto una atribución *mortis causa* y a título particular, de carácter *ex lege*, a favor del consorte sobreviviente¹³, y algunas sentencias lo califican claramente como una especie de «legado legal»¹⁴. Con todo, lo que debe quedar claro es que se está ante un derecho concedido por la Ley, no ante un derecho directamente constituido por la Ley. Así el legitimario persona con discapacidad tiene la facultad de exigir su constitución, pero mientras no lo haga, no se constituye ningún derecho.

En cualquiera de estas tres fuentes la Ley exige la concurrencia de los mismos requisitos, y les asigna los mismos efectos jurídicos, que se verán enseguida. Pero además, para el caso de que este derecho real de habitación tenga su origen en la Ley, se exige en particular que el testador no hubiera dispuesto otra cosa, o lo hubiera excluido expresamente —lo que refuerza la idea de que el derecho no está directamente constituido por la Ley—, y que el legitimario persona con discapacidad necesite este derecho real de habitación. Volveré luego sobre este aspecto.

Junto al origen legal, otro aspecto que se destaca es el trato de favor que se le concede a este derecho y que consiste en su exclusión de la regla general que obliga a computar las donaciones y legados hechos por el testador para calcular la cuantía de las legítimas. Es sabido que el artículo 818 del Código Civil establece que la porción legitimaria se fija atendiendo al valor que tengan los bienes a la muerte del testador, con deducción de las deudas y cargas —sin comprender entre ellas las impuestas en el testamento, que forman parte del caudal relicto— más el valor —ideal— de las donaciones verificadas en vida por el causante¹⁵. Cabe advertir que si bien esta norma se refiere únicamente a las donaciones colacionables, conforme reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo, deben computarse todas las donaciones que el causante hizo a favor de parientes o extraños¹⁶. Por su parte, prevén los artículos 817 y 819 que, cuando las donaciones hechas por el causante o las disposiciones testamentarias mengüen la legítima de los herederos forzosos, aquellas se reduzcan en lo que sean excesivas o inoficiosas. Como se ha visto el artículo 822 excluye de este cómputo para calcular la porción legitimaria la donación —cuyo valor no se va a añadir al valor de los bienes que quedaran a la muerte del donante— o el legado —su valor se va a sustraer de la masa hereditaria que quedara a la muerte del testador— del derecho de habitación a favor de una persona con discapacidad, por lo que resulta —y en esto consiste el trato de favor— que no podrán ser reducidos por inoficiosidad, ni afectados por cualquier otra operación de cálculo de la legítima como la imputación, o en su caso, si los legitimarios fueran nombrados herederos, por la obligación de colacionar prevista en el artículo 1035 del Código Civil¹⁷. Así las cosas, conforme la ha entendido la Audiencia Provincial de Vizcaya¹⁸, este derecho real de habitación a favor de las personas con discapacidad constituye una carga de la herencia.

III. REQUISITOS DE CONSTITUCIÓN

El trato de favor que la Ley concede a este derecho real de habitación está condicionado a la concurrencia de determinados requisitos subjetivos y objetivos, —muy similares, por cierto— en las tres fuentes jurídicas que reconoce. Mucho ya se ha reflexionado sobre ellos. En este lugar voy a traer a colación solo aquellos aspectos sobre los que se ha pronunciado la jurisprudencia, la cual —desde ya cabe anticipar— no es muy abundante, y si acaso, tampoco muy específica. Véanse ahora.

1. SUBJETIVOS: EL BENEFICIARIO, LEGITIMARIO PERSONA CON DISCAPACIDAD

El sujeto beneficiario, habitacionista, ha de ser un legitimario persona con discapacidad. En el contexto de la LPPPD debe destacarse esta mención porque algunas de sus disposiciones exigen la condición de personas con capacidad de obrar suficiente —así en el régimen de la autotutela—, mientras que otras incluso prevén la concurrencia de personas incapaces —así en la sustitución fideicomisaria—. Lo que debe entenderse por personas con discapacidad lo define la misma Ley a través de una remisión que ha incorporado como disposición adicional del Código Civil¹⁹, en la que se aclara que:

«La referencia que a personas con discapacidad se realiza en los artículos 756, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad...».

Así las cosas, el beneficiario del derecho de habitación sobre la vivienda habitual deberá ponderarse conforme el artículo 2.2 de la LPPPD, el cual forma parte de la regulación del Patrimonio Protegido²⁰. Esta norma requiere la concurrencia de ciertos porcentajes de minusvalía —en rigor, discapacidad, conforme Disposición Adicional octava de la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia— psíquica igual o superior al 33%, física o sensorial igual o superior al 65%, acreditados con la correspondiente certificación administrativa o por resolución judicial firme (cfr. art. 2.3). Pese a esta obligada remisión del Código Civil al propio texto de la LPPPD, llama la atención que en un caso resuelto por la Audiencia Provincial de Vizcaya, para valorar la discapacidad reconocida en sede administrativa —del 54%—, se haya recurrido a lo previsto en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual ha modificado en varios aspectos la legislación vigente. Concretamente, se hizo alusión al artículo 1 que contiene diversas modificaciones a la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. En este lugar se prescribe que «...a los efectos de esta Ley, 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»²¹. Como se ve en esta norma no se distingue entre el carácter psíquico, físico o sensorial de la discapacidad, y se exige en cualquier caso el 33 por ciento, menos de lo previsto en la LPPPD en lo que respecta a la discapacidad física o sensorial. Estas circunstancias favorecen la valoración de la discapacidad, y por ende, la aplicación de las normas que la protegen. Así las cosas, mientras resulte acreditada la discapacidad, creo que el recurso a una ley más benigna —si se me permite decir así—, aunque general, resulta un acierto del operador jurídico.

La Exposición de Motivos explica que el reconocimiento de las personas con discapacidad será así «con independencia de que concurran o no en ellas las causas de incapacitación judicial contempladas en el artículo 200 del Código Civil y de que, concurriendo, tales personas hayan sido o no judicialmente incapacitadas». Como puede advertirse, el legislador ha separado a los destinatarios de esta norma del concepto civil de incapacitación, delimitando —queiriéndolo o no— un nuevo sujeto de derecho en el ámbito del Derecho privado, este es, el de las personas con discapacidad, al que le siguen notables efectos civiles. Así, de la relación del artículo citado con la normativa que regula la incapacitación civil resulta que puedan existir: personas incapacitadas con discapacidad, personas incapacitadas sin discapacidad, y personas discapacitadas no incapacitadas²².

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de subrayar la separación y proximidad existente entre la incapacitación y la discapacidad, al hilo de definir las reglas interpretativas en materia de incapacitación, a la luz de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad [firmada en Nueva York el 13 de diciembre de 2006 y ratificada por España²³]. En esta oportunidad, se señaló que, atendiendo a las diferentes situaciones en las que pueden encontrarse las personas²⁴ —todas ellas previstas en el texto de la citada Convención—, en el ordenamiento jurídico español el sistema de protección se basa en tres soluciones, a su vez adaptables a cada concreta situación: a) la incapacitación; b) la curatela; c) las medidas a tomar en caso de discapacitados no incapacitables respecto a aspectos patrimoniales, regulada en la reforma del Código Civil efectuada por la Ley 41/2003²⁵.

Al legislador le ha interesado reforzar —y a mi juicio está bien que lo haya hecho— la existencia de este último grupo de personas, al desvincularlo expresamente del concurso de causas que autorizan la incoación de un procedimiento de incapacitación. Aunque quizás debió dejarse expresamente abierta —implícitamente creo que está, como se verá enseguida— la posibilidad de que con ocasión del proceso de incapacitación se examine la concurrencia de la discapacidad —en los supuestos de incapacidad será más frecuente la discapacidad psíquica que la física o sensorial²⁶— declarándose también en la sentencia de incapacitación el concurso de la discapacidad.

Dos son las vías, al menos según el tenor literal del citado artículo 2 de la LPPPD, a través de las cuales se puede acreditar el grado de discapacidad que exige la Ley —y al que se asocian los efectos jurídicos previstos en la misma— a saber: una vía administrativa y otra judicial.

En lo referente a la vía administrativa el procedimiento está previsto —en ausencia de particular desarrollo reglamentario de la LPPPD— en el Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de Procedimiento para el Reconocimiento, Declaración, y Calificación del grado de Discapacidad, modificado sucesivamente. Entre estas modificaciones cabe destacar, por un lado, la del Real Decreto 290/2004 de 20 de febrero que añadió una disposición adicional por la cual se indicaba que en los certificados y resoluciones del grado de minusvalía expedidos por organismo competente, se haría constar en lo sucesivo, como mención complementaria al tipo de minusvalía en las categorías de psíquica, física o sensorial. Actualmente el Real Decreto 1364/2012 ha modificado la redacción anterior eliminando el carácter complementario de la mención del tipo de minusvalía y manda a que (ap. 1) a instancia de la persona interesada o de quien ostente su representación, se certifique por el organismo competente el tipo o los tipos de deficiencia o deficiencias que determinan el grado de la discapacidad reconocida, conforme a la información que conste en el expediente. La otra modificación que se destaca es la del Real Decreto 1856/2009, de 4 de diciembre, el cual adaptó la terminología de la redacción original a lo previsto en la Ley 39/2006 de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia (Disposición Adicional octava. Terminología), al ordenar la sustitución del término minusvalía por discapacidad, así como el de personas con minusvalía por personas con discapacidad²⁷.

Este Real Decreto establece, por un lado, los baremos aplicables para valorar la discapacidad en porcentajes (que se acompañan como anexos)²⁸; y, por otro, determina los órganos competentes para emitir el dictamen técnico-facultativo, así como su procedimiento y revisión. Cabe destacar en relación a estos últimos —además de que dependen de los órganos correspondientes de las Comunidades Autónomas— que se exige que sean equipos multidisciplinares en los que intervienen, al menos, un médico, un psicólogo y un trabajador social²⁹. El certificado administrativo emitido por parte de este equipo puede recurrirse por los interesados ante la jurisdicción social³⁰.

En rigor, conforme lo establece la LPPPD, este es el certificado que debe aportarse para acreditar la discapacidad —con la alusión al tipo de deficiencia que la determina— y, en consecuencia, gozar de los beneficios patrimoniales que esta Ley reconoce en algunos casos. Cabe mencionar un caso —SAP de Gipúzcoa de 24 de junio de 2010— en el que se consideró acreditada la minusvalía y su grado, a pesar de que en los certificados aportados no resultaba acreditada el tipo de minusvalía padecida. En esta oportunidad se entendió que:

«1. Las normas citadas lo son para su aplicación en el ámbito administrativo, por lo que este Tribunal no está sujeto a dichas normas sino a determinar si en el presente caso procede la aplicación o no del artículo 822 del Código Civil que tan solo habla de legítimo persona con discapacidad, sin hacer mención a la clasificación mencionada.

2. En el Real Decreto 290/2004 se indica que los certificados y resoluciones sobre el grado de minusvalía harán constar el tipo de minusvalía, pero como mención complementaria, sin que en ningún caso se exija la obligatoriedad de dicha determinación.

3. No cabe que la persona jurídicamente objeto de protección por la normativa indicada, resulte perjudicada por el hecho de que la Administración haya obviado u omitido la citada indicación, siendo que en todo caso se trataría de un mero error u omisión fácilmente subsanable, pero que en modo alguno puede perjudicarle si su minusvalía ha quedado perfectamente acreditada»³¹.

Como puede advertirse —en la misma línea del caso resuelto por la Audiencia Provincial de Vizcaya donde se tomaron en consideración los porcentajes previstos en la Ley 26/2011 y no los más elevados de la LPPPD—, estando acreditada la discapacidad, resulta que la constancia del tipo de minusvalía no es óbice a los efectos de aplicación de la Ley. Hay que advertir que en el caso resuelto por la Audiencia de Gipúzcoa, la redacción del Real Decreto 1971/1999 aplicable, daba todavía más razón a esta reflexión, por cuanto, conforme se advirtió, el tipo de minusvalía era una mención complementaria, nunca obligatoria. Actualmente se ha eliminado este carácter complementario.

La otra vía para obtener la acreditación de la discapacidad, es la judicial. Mucho ha discutido la doctrina en relación con este supuesto. Un sector mayoritario de autores considera que esta resolución es la que proviene de la jurisdicción social en razón del artículo 12 del citado Real Decreto que señala: «Contra las resoluciones definitivas que sobre reconocimiento de grado de minusvalía se dicten por los organismos competentes, los interesados podrán interponer reclamación previa a la vía jurisdiccional social...». Desde esta afirmación se oponen a que tal resolución pueda ser declarada por la jurisdicción civil, con motivo del proceso de incapacitación. Básicamente se insiste en que se trata de dos acreditaciones diferentes, que atienden a supuestos distintos y que la persona discapacitada por el solo hecho de serlo goza de capacidad de obrar plena, para nada resulta afectada como consecuencia de su discapacidad³².

Otra parte de la doctrina, es proclive a que tal acreditación resulte del proceso de incapacitación civil aunque, al menos a mi juicio, sin desvincularse del todo de la sede administrativa³³. También con el fin de evitar la descoordinación entre la Administración Pública y los Tribunales, el procedimiento que propone este sector es el que sigue: si existe un documento expedido por la Administración, acreditativo de la discapacidad de una persona y a su vez se ha instado su proceso de incapacitación civil, en este último, sería más conveniente que en lugar de que los dictámenes periciales fueran emitidos por facultativos adscritos al Tribunal o elegidos por el Juez, fueran los propios equipos de valoración que han determinado el grado de discapacidad, los que emitieran los informes, porque han sido los que la han valorado en primera instancia; si no existe documento administrativo acreditativo de la discapacidad y se hubiera instado proceso de incapacitación, el Juez podría solicitar a los equipos correspondientes de la Administración no solo la valoración de la discapacidad de una persona, sino también si puede o no gobernarse por sí misma; así las cosas, la sentencia de incapacitación, al

establecer el Estatuto de la Persona Incapacitada, vendría también a determinar el grado de discapacidad.

En mi opinión, la segunda opción es la más adecuada a los intereses de las personas con discapacidad, sin que ello implique condicionar la discapacidad a la capacidad de las personas. Ya el legislador ha aclarado en la Exposición de Motivos de que tal declaración se podrá obtener con independencia de que exista o no tal proceso. Sin embargo, nada impide que si se ha presentado demanda de incapacitación se pueda aprovechar la instancia para solicitar también la declaración de la discapacidad. Con lo que no estoy del todo de acuerdo es con el procedimiento propuesto por esta segunda parte de la doctrina. Tal como se ha expuesto, este sector propone que el juez solicite el dictamen pericial —previsto en el artículo 759. 1 de la Ley 1/2000 de 7 de enero, de Enjuiciamiento civil— al equipo multidisciplinar previsto en el Real Decreto 1971/1999, tanto si ha habido ya una declaración acreditativa de la discapacidad como si no. Desde nuestro punto de vista se debe matizar la propuesta.

Por un lado, habrá que ver el tiempo transcurrido entre la declaración de la discapacidad y el momento en el que se interpone la demanda de incapacitación. Si ambas instancias están alejadas en el tiempo, el equipo de valoración no tendrá por qué ser el mismo, con lo que no será necesario acudir a la Administración. Por otra parte, si no hay declaración de discapacidad previa, no veo motivo para diversificar —con su consecuente dilación— el procedimiento judicial. El citado artículo 759.1 prescribe —«...el Tribunal oír a los parientes más próximos del presunto incapaz, examinará a este por sí mismo y acordará los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda y demás medidas previstas en las leyes. Nunca se decidirá sobre la incapacitación sin previo dictamen pericial médico, acordado por el Tribunal»— que el juez acuerde los dictámenes periciales necesarios o pertinentes en relación con las pretensiones de la demanda, por lo que si se ha solicitado la discapacidad, quizás resulte más efectivo que sean los profesionales adscritos al Tribunal —médicos, psicólogos y trabajadores sociales— y no los de la Administración, los que valoren junto a la capacidad de autogobierno el grado de discapacidad previsto en el artículo 2.3 de la LPPPD. Así las cosas, la sentencia que declare la incapacitación de la persona —que determinará sus límites y extensión, cfr. art. 760 Ley Enjuiciamiento Civil— también podría fijar su grado de discapacidad física, sensorial o psíquica.

Volviendo a los requisitos del artículo 822 del Código Civil hay que agregar que el sujeto beneficiario de este derecho real de habitación ha de ser también un legitimario. Conforme el artículo 807 estos podrán ser: los hijos, y descendientes respecto de sus padres y ascendientes; a falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes, y finalmente, el viudo o viuda en la forma y medida que establezca el Código. El artículo 822 no señala ninguna preferencia entre ellos, cualquiera puede resultar beneficiario.

Por lo general los beneficiarios de este derecho van a ser los hijos o descendientes que han convivido con el causante. Cabe preguntarse si pueden concurrir varios legitimarios personas con discapacidad. La norma señala, suponiendo la previa convivencia, que este derecho pueda concurrir con el de otros legitimarios que lo «necesiten», sin precisar si son o no personas con discapacidad. Hay que recordar que el legislador también exige la «necesidad» de la persona con discapacidad en el caso del derecho de habitación con causa legal. Si resulta que todos los legitimarios son personas con discapacidad, no se ve motivo legal para excluir la coexistencia, que se traducirá en cotitularidad o en varios sujetos

titulares. Todos y cada uno podrán ocupar las cosas necesarias para sí. Ahora bien, la coexistencia de varios derechos de habitación sobre la misma vivienda puede plantear serios conflictos cuando las «necesidades habitacionales» de los titulares y sus familias resulten incompatibles con la estructura arquitectónica de la vivienda habitual³⁴. Lo mismo hay que decir cuando el legitimario discapacitado venga a compartir la vivienda con el cónyuge supérstite que ha ejercido la facultad que le confiere el artículo 1407.

En efecto, si el legitimario no fuese cónyuge, su derecho de habitación podrá coexistir con el derecho del cónyuge a incluir en su haber hasta donde alcance la propiedad de la vivienda habitual o el derecho de uso o habitación sobre ella, conforme el párrafo final del artículo 822 del Código Civil. Ahora bien, si el mismo legitimario fuese cónyuge, en puridad, ya tenía la preferencia para seguir disfrutando de la casa conforme los artículos 1406 y 1407 del Código Civil. Ahora, al abrigo del artículo 822 este derecho de habitación dejará de computarse en su haber.

Por último, cabe señalar que si bien el Código exige el carácter de legitimario —heredero forzoso— al titular de este derecho real, al mismo tiempo, conforme se señaló, lo excluye del cómputo para el cálculo de la legítima, así como de la misma cuota legitimaria de la persona discapacitada. A este respecto, la doctrina ha señalado que, incluso a pesar de estar regulado —el derecho real de habitación del art. 822— en sede de legítimas [*de la herencia*, sección 5.^a], no es una modalidad de la legítima, sino que constituye otro derecho distinto: un plus de la legítima, o un derecho legitimario adicional³⁵.

2. OBJETIVOS: LA VIVIENDA HABITUAL, LA CONVIVENCIA Y LA NECESIDAD

El objeto del derecho de habitación de que trato es la vivienda habitual. Junto al requisito de la convivencia —que se exige tanto si el derecho de habitación tiene su causa inmediata en un acto voluntario, como si es atribuido por ministerio de la Ley—, estas exigencias del legislador contribuyen a aclarar dudas sobre la finalidad del precepto, a saber: se pretende evitar que la muerte del causante suponga para su legitimario, persona con discapacidad, el desalojo de la que, hasta el momento, había sido su vivienda habitual.

Cabe entender que vivienda habitual es la familiar³⁶. La jurisprudencia específica la relaciona, a este respecto, con el domicilio familiar, sin más precisiones³⁷. En el ámbito del Derecho de Familia, la interpretación del artículo 96 —el cual atribuye, como es sabido, en defecto de acuerdo con los cónyuges aprobado por el juez, el uso de la vivienda familiar [y los objetos de uso ordinario en ella] a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden— delimita con mejor exactitud el concepto de vivienda familiar. Si bien el supuesto de hecho de la norma es distinto, el principio protegido a través de esta disposición, justifica su aplicación analógica. Porque qué duda cabe de que el interés del menor puede equipararse al interés de la persona con discapacidad que ahora nos ocupa. Es así que el Tribunal Supremo, sobre el presupuesto de que esta atribución de la vivienda es una forma de protección³⁸, ha venido interpretando la noción de vivienda familiar —concepto no definido en el Código Civil— como «el propio y verdadero domicilio donde la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia»³⁹. Estas puntualizaciones excluyen del concepto de vivienda habitual los inmuebles que se ocupan en vacaciones, sin intención de permanencia o, por cualquier otro motivo, con carácter temporal.

Como se ve, la jurisprudencia asocia el concepto de vivienda habitual con la convivencia efectiva, por lo que podría pensarse que dándose aquel se daría por supuesta esta última. No obstante, el artículo 822 la exige particularmente, y está bien que lo haga porque si bien en el supuesto del artículo 96 es natural que los hijos convivan con sus progenitores, no lo es tanto que las personas con discapacidad convivan con el causante, aunque sí resultará frecuente⁴⁰. La LPPPD exige que el legitimario, persona con discapacidad, esté conviviendo con el fallecido —sin especificar cuánto tiempo— al momento de la apertura de la sucesión⁴¹. Es irrelevante a los fines de la aplicación de este artículo que el legitimario discapacitado no esté conviviendo —incluso no ser discapacitado— al tiempo de hacerse la donación u ordenarse el legado. Se ha señalado que, por el contrario, si el donatario cumple con todos los requisitos que le exige el artículo 822 al realizarse la donación, pero no en la apertura de la sucesión, el negocio jurídico no se verá afectado, aunque deberá someterse al régimen general y no al especial que establece la norma⁴². Creo que esto último rara vez ocurrirá.

En el supuesto de la atribución por ministerio de la ley de este derecho de habitación —y siempre que el testador no hubiese dispuesto otra cosa o lo hubiese excluido expresamente— además de vivienda habitual y convivencia, el artículo 822 párrafo segundo exige que el legitimario, persona con discapacidad, lo necesite. Es decir, el supuesto beneficiario no debe disponer de otro alojamiento, ni de recursos económicos para procurárselos. Se trata, como se ve, de una cualidad subjetiva y si acaso temporal, que podría conducir a la inaplicación de la norma. La Audiencia Provincial de Vizcaya consideró cumplida esta necesidad al no disponer el demandado de otra⁴³. Pienso que el tipo de discapacidad acreditada contribuirá a determinar las posibilidades del legitimario de acceder o no a otra vivienda por sus propios medios.

El párrafo segundo del artículo 822 *in fine* vuelve sobre el requisito de la necesidad cuando exige al titular de este derecho real de habitación, que no impida la convivencia de los demás legitimarios que «lo necesiten». No hay casos resueltos en la jurisprudencia que den cuenta de la convivencia entre el legitimario discapacitado que necesite la vivienda habitual y otros legitimarios no discapacitados que también lo necesiten. Lo que está claro es que si el discapacitado no lo necesita no cabe atribuirle por ministerio de la Ley el derecho de habitación sobre la vivienda habitual. Si el causante se lo donó o legó, cabe recordar, es irrelevante a los fines de la constitución de este derecho la necesidad del habitacionista. Finalmente, si los demás legitimarios no lo necesitan, no podrán oponerle al legitimario persona con discapacidad la continuidad de la convivencia.

IV. CONSIDERACIONES FINALES

I. La jurisprudencia ha relacionado el derecho de habitación con la encomiable necesidad de garantizar la vivienda de hijas/hijos solteras/os, de viudas, de parientes sin alojamiento, y en general de personas que requieren una especial protección.

II. En la línea anterior la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las Personas con discapacidad ha dado un nuevo contenido al artículo 822 del Código Civil y ha previsto, por un lado, «una protección patrimonial directa a las personas con discapacidad mediante un trato favorable a las donaciones o legados de una derecho de habitación realizados a favor de las

personas con discapacidad que sean legitimarias y convivan con el donante o testador en la vivienda habitual objeto de habitación y, por otro, se ha concedido «al legitimario con discapacidad que lo necesite un legado legal del derecho de habitación sobre la vivienda habitual en la que conviviera con el causante».

III. Algunas sentencias han calificado a este último como una especie de legado legal. Sin embargo, se está ante un derecho concedido por la Ley, no constituido por ella. El testador puede establecer otra cosa o excluirlo expresamente.

IV. El trato de favor que la ley concede a este derecho implica que la donación o legado en que traen su causa no podrán ser reducidos por inoficiosidad, ni afectados por cualquier otra operación de cálculo de la legítima como la imputación, o en su caso, si los legitimarios fueran nombrados herederos, por la obligación de colacionar prevista en el artículo 1035 del Código Civil. Así, en una ocasión, la Audiencia Provincial de Vizcaya ha entendido que este derecho a favor de las personas con discapacidad constituye una carga de la herencia.

V. La discapacidad del beneficiario del derecho de habitación sobre la vivienda habitual debe ponderarse conforme lo establecido en el artículo 2.2 de la LPPPD, el cual forma parte de la regulación del Patrimonio Protegido. Sin embargo, la jurisprudencia ha recurrido en alguna ocasión a lo previsto en la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, la cual ha modificado en varios aspectos la legislación vigente. Sus disposiciones —a diferencia de la LPPPD— no distinguen entre el carácter psíquico, físico o sensorial de la discapacidad, y exigen en cualquier caso el 33 por ciento, lo que resulta inferior a lo previsto en la LPPPD para la discapacidad física o sensorial. Hay que subrayar que estas circunstancias favorecen la valoración de la discapacidad, y por ende, la aplicación de las normas que la protegen.

VI. El Tribunal Supremo ha tenido ocasión de subrayar la separación y proximidad existente entre la incapacidad y la discapacidad, al hilo de definir las reglas interpretativas en materia de incapacitación, a la luz de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad. A este respecto se ha señalado que, atendiendo a las diferentes situaciones en las que pueden encontrarse las personas, en el ordenamiento jurídico español, el sistema de protección se basa en tres soluciones, a su vez adaptables a cada situación concreta, a saber: a) la incapacitación; b) la curatela; c) las medidas a tomar en caso de discapacitados no incapacitables respecto a aspectos patrimoniales, regulada en la reforma del Código Civil efectuada por la Ley 41/2003.

VII. La discapacidad se acredita, conforme el artículo 2 de la LPPPD, mediante certificación administrativa o por resolución judicial firme. En relación con la primera, cabe destacar un caso judicial en el que se admitió tal certificación a pesar de no constar en ella el «tipo de minusvalía». Por lo que respecta a la segunda, la mayoría de la doctrina considera que se trata de la resolución que proviene de la reclamación ante la vía jurisdiccional social. Un sector minoritario, es proclive a que tal acreditación resulte del proceso de incapacitación civil, aunque sea el equipo de peritos correspondientes a la Administración el que emita el informe sobre el grado de discapacidad. En mi opinión, la segunda opción es la más adecuada a los intereses de las personas con discapacidad, pero no comparto el procedimiento que se propone. A mi modo de ver, si hay procedimiento de incapacitación se puede aprovechar la instancia para declarar la discapacidad, sobre la base del dictamen de los mismos peritos adscritos al Tribunal, sin necesidad de remitirse al procedimiento administrativo.

VIII. El beneficiario del derecho de habitación ha de ser legitimario. Puede ocurrir que este deba convivir con otros legitimarios que lo necesiten, con otras personas legitimarias con discapacidad, así como con el cónyuge que ha hecho uso de la facultad que le confiere el artículo 1407 del Código Civil. Pese a que este derecho está regulado en sede de legítimas, no constituye una modalidad de la legítima.

IX. El objeto del derecho de habitación de que se trata es la vivienda habitual. La jurisprudencia más específica la relaciona con el domicilio familiar. En el ámbito del Derecho de Familia, el Tribunal Supremo la define como el propio y verdadero domicilio donde la familia haya convivido como tal, con una voluntad de permanencia.

X. Si bien este concepto de vivienda habitual supone la convivencia efectiva, el artículo 822 la exige particularmente entre el causante y el legitimario persona con discapacidad al momento de la apertura de la sucesión.

XI. En el supuesto de la atribución por ministerio de la ley de este derecho de habitación además de vivienda habitual y convivencia, el artículo 822 párrafo segundo exige que el legitimario, persona con discapacidad, lo necesite. La Audiencia Provincial de Vizcaya estimó cumplida esta necesidad al no disponer el demandado de otra vivienda. Se trata, como se ve, de una cualidad subjetiva y si acaso temporal, que podría conducir a la inaplicación de la norma. Pienso que el tipo de discapacidad acreditada contribuirá a determinar las posibilidades del legitimario de acceder o no a otra vivienda por sus propios medios.

V. RELACIÓN DE SENTENCIAS CITADAS

- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 31 de mayo de 2012 (*RJ* 2012, 6550).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 14 de abril de 2011 (*RJ* 2011, 3590).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 29 de abril de 2009 (*RJ* 2009, 2901).
- STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 24 de enero de 2008 (*RJ* 2008, 306).
- STS de 19 de mayo de 2000 (*RJ* 2000, 3583).
- STS de 17 de marzo de 1989 (*RJ* 1989, 2161).
- SAP de Cantabria de 26 de noviembre de 2013 (*JUR* 2014, 25994).
- SAP de Barcelona de 20 de junio de 2013 (*JUR* 2013, 269480).
- SAP de Guipúzcoa de 21 de diciembre de 2012 (*AC* 2014, 732).
- SAP de Guipúzcoa de 24 de junio de 2010 (*LA LEY* 2010, 333909).
- SAP de Vizcaya de 15 de noviembre de 2011 (*JUR* 2012, 171718).
- SAP de Zamora de 8 de marzo de 2011 (*AC* 2011, 994).
- SAP de Alicante de 16 de febrero de 2010 (*JUR* 2010, 209776).
- SAP de Barcelona de 17 de setiembre de 2002 (*AC* 2003, 1817).
- SAP de Cantabria de 10 de diciembre de 1997 (*AC* 1997, 2482).

VI. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- ALBALADEJO, M. (2010). *Derecho Civil III, Derecho de bienes*, 11 ed., Madrid, Edisofer.
- ATIENZA NAVARRO, M. L. (2011). Orduña Moreno, J. (Dir.), *Código Civil Comentado*, vol. III, *Libro IV. Obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato (arts. 1088 a 1444)*, Civitas, Madrid.

- ÁLVAREZ MARTÍNEZ, G. (2015). Análisis jurisprudencial del régimen jurídico de la autotutela: los artículos 223 y 234 del Código Civil, *RCDI*, enero-febrero, núm. 747, Madrid, pp. 341-354.
- BUSTO LAGO, J. M. (2009). Comentario al artículo 822 del Código Civil, en Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, pp. 991-993.
- DÍAZ ALABART, S. (2006). El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación (La Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de protección patrimonial de las personas con discapacidad), en Pérez de Vargas Muñoz, J. (Coord.), *Protección jurídica patrimonial de las personas con discapacidad*, La Ley, Madrid, pp. 53-112.
- (2011). La protección económica de los discapacitados a través del Derecho de sucesiones, en Pérez de Vargas Muñoz, J. (Dir.), *La encrucijada de la incapacidad y la discapacidad*, La Ley, Madrid, pp. 853-934.
- DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (2012). *Sistema de Derecho Civil*, V. III, T. 2, *Derechos reales en particular*, 8 ed., Tecnos, Madrid.
- ESCRIBANO TORTAJADA, P. (2009). *El patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad: análisis sistemático*, Tesis doctoral, Castellón.
- MARTÍN AZCANO, E. M. (2011). *Patrimonio protegido de las personas con discapacidad: aspectos civiles*, La Ley, Madrid.
- NOGUERA NEBOT, T. (2006). El legado de derecho de habitación regulado en el artículo 822 del Código Civil. *RDUNED*, núm. 1, pp. 471-488.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2008). *Código Civil Comentado y con jurisprudencia*, 6.^a ed. La Ley, Madrid.
- PEREÑA VICENTE, M. (2006). *Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad: las soluciones del Derecho civil*, Dykinson.
- RAGEL SÁNCHEZ L. S. (2004). El derecho de habitación establecido a favor del legionario discapacitado como gravamen sobre la legítima estricta, en el *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, T. II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, pp. 4017-4032.
- RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J. (2004). La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de las personas con discapacidad, *Act. civ.*, núm. 4, La Ley, Madrid, pp. 357-369.
- TORRES GARCÍA T. F. (2006). Discapacidad e incapacidad, en Pérez de Vargas Muñoz, J. (Coord.), *Protección jurídica patrimonial de las Personas con Discapacidad*, La Ley, Madrid, pp. 437-460.

NOTAS

¹ Es un derecho menos amplio que el usufructo. Así, el habitacionista, a diferencia del usufructuario no puede arrendar ni traspasar a terceros por ningún título, ni hipotecar. Cfr. artículo 525 del Código Civil. Cfr. DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (2012), *Sistema de Derecho Civil*, V. III, T. 2, *Derechos reales en particular*, 8 ed., Tecnos, Madrid p. 68, donde se comenta que se ha considerado —junto al derecho real de uso— como una especie de secuela o de apéndice básico de derecho de usufructo.

² En cuanto no se opongan a lo ordenado en el capítulo II, título VI, libro II (cfr. art. 528 del Código Civil). Así por ejemplo, atendiendo a que las normas de constitución de este derecho son las previstas para el usufructo (art. 468 del Código Civil), la Audiencia Provincial de Alicante rechazó la constitución del derecho de habitación —que alegaba la parte demandada haber adquirido por usucapión— por no concurrir ninguno de los medios

previstos en el citado artículo 468, así como tampoco el requisito de «cosa ajena». SAP de Alicante de 16 de febrero de 2010, Fundamento jurídico segundo (*JUR* 2010, 209776).

³ ALBALADEJO, M. (2010). *Derecho Civil III, Derecho de bienes*, 11 ed., Madrid, Edisofer, p. 555.

⁴ Algunos casos recientes de lo dicho en el texto, por ejemplo: SAP de Cantabria de 26 de noviembre de 2013 (*JUR* 2014, 25994) resuelve un caso de legado de una casa de un padre a sus hijos «mientras permanezcan solteros»; otro similar: SAP de Zamora de 8 de marzo de 2011 (*AC* 2011, 994); SAP de Barcelona de 20 de junio de 2013 (*JUR* 2013, 269480): ventila un caso de cesión de un derecho de habitación sobre una vivienda de protección oficial de promoción pública a favor de una mujer viuda de 78 años; SAP de Barcelona de 17 de setiembre de 2002 (*AC* 2003, 1817) discute el derecho de habitación legado a favor de una viuda.

⁵ *BOE*, 19 de noviembre de 2003. Modificada por la Ley 1/2009, de 25 de marzo de Reforma sobre el Registro Civil, en materia de incapacitaciones, cargos tutelares y administradores de patrimonios protegidos, y 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* 26 de marzo de 2009.

⁶ Cuatro son las materias afectadas: autotutela, régimen sucesorio, mandato y contratos de alimentos. Hemos tenido oportunidad de referirnos en particular a la autotutela. Cfr. ÁLVAREZ MARTÍNEZ, G. (2015). «Análisis jurisprudencial del régimen jurídico de la autotutela: los artículos 223 y 234 del Código Civil», *RCDI*, enero-febrero, núm. 747, pp. 341-354.

⁷ Con la finalidad de mejorar la protección de las personas con discapacidad en materia sucesoria, junto a la que se dice en el texto, este Ley ha incorporado una nueva causa de indignidad para suceder, permite el gravamen de la legítima estricta con sustituciones fideicomisarias, y exceptúa de colación los gastos realizados para atender las necesidades especiales de los hijos y descendientes con discapacidad.

⁸ Exposición de Motivos de la Ley, ap. VII, letra c).

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ Muy próximo a este derecho se encuentra la facultad que el artículo 1407 del Código Civil reconoce al cónyuge supérstite para exigir que se constituya a su favor, un derecho de habitación sobre la que ha venido siendo su vivienda habitual, con el fin de satisfacer su preferencia sobre ciertos bienes gananciales (conforme artículo 1406 del Código Civil). No obstante esta proximidad, estoy de acuerdo con la doctrina que subraya que este derecho no se establece directamente por ley, sino que se otorga la facultad de exigir su constitución. Cfr. RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J. (2004), La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de las personas con discapacidad, *Act. civ.*, núm. 4, La Ley, Madrid, p. 361.

¹¹ Es decir, este legado podrá coexistir con el testamento del causante cuando en este no haya dispuesto otra cosa o lo excluya expresamente.

¹² Cfr. NOGUERA NEBOT, T. (2006). El legado de derecho de habitación regulado en el artículo 822 del Código Civil. *RDUNED*, núm. 1, p. 485; PEREÑA VICENTE, M. (2006). *Asistencia y protección de las personas incapaces o con discapacidad: las soluciones del Derecho civil*, Dykinson, pp. 137 y sigs.

¹³ ATIENZA NAVARRO, M. L. (2011), ORDUÑA MORENO, J. (Dir.), *Código Civil Comentado*, vol. III, *Libro IV Obligaciones y contratos. Teoría general de la obligación y el contrato* (arts. 1088-1444), p. 853, Civitas, Madrid.

¹⁴ STS de 19 de mayo de 2000 (*RJ* 2000, 3583); SAP de Cantabria de 10 de diciembre de 1997 (*AC* 1997, 2482).

¹⁵ Entiende el TS que (TS, Sala de la Civil, Sección 1, de 24 de enero de 2008, Fundamento de Derecho segundo y jurisprudencia a la que se remite, [*RJ* 2008, 306]) «el cómputo de la legítima es la fijación cuantitativa de esta, que se hace calculando la cuota correspondiente al patrimonio hereditario del causante, que se determina sumando el *relictum* con el *donatum*...». Por su parte, puntualiza la SAP de Guipúzcoa que: «para determinar el *relictum* hay que deducir del activo hereditario las deudas y cargas exigibles que existan contra la herencia o contra el causante, sin contar las creadas por este en el testamento (legados o modos). Una vez fijado el *relictum* se lleva a cabo la reunión ficticia de las donaciones

para conocer la hipotética suma que alcanzaría el caudal del causante si no las hubiera realizado, y estimar así si ha cumplido o no su deber de legítima». (SAP de Guipúzcoa de 21 de diciembre de 2012, Fundamento de Derecho cuarto, AC 2014, 732).

¹⁶ STS de 17 de marzo de 1989 (RJ 1989, 2161).

¹⁷ Cfr. O'CALLAGHAN MUÑOZ, X. (2008), *Código Civil Comentado y con jurisprudencia*, 6.^a ed. La Ley, Madrid, p. 828.

¹⁸ SAP de Vizcaya de 15 de noviembre de 2011, Fundamento jurídico segundo (JUR 2012, 171718).

¹⁹ Artículo 13 LPPPD.

²⁰ Como se ve la delimitación del concepto de «personas con discapacidad» está prevista en la regulación del patrimonio protegido la cual se ha introducido en el ordenamiento jurídico como Ley especial y no como modificación al Código Civil, lo que sí se ha hecho, por ejemplo, con la autotutela, el derecho de habitación o con otras variaciones al régimen sucesorio. Si bien tal Ley especial forma parte del Derecho común, como está fuera del Código, resulta que queda fuera del alcance de la subsidiariedad propia de este cuerpo normativo, conforme lo establecido en su artículo 4.3. Así las cosas, a mi modo de ver, debió incluirse directamente el concepto de personas con discapacidad en el Código Civil, dándole un alcance más general, y evitando remisiones innecesarias.

²¹ Cfr. Fundamento jurídico segundo. No consta en autos qué tipo de minusvalía afecta al potencial beneficiario de este derecho real de habitación. Se sabe que es de un 54%, y que además está incapacitado. Es posible —teniendo en cuenta la frecuente relación entre la incapacidad y la discapacidad psíquica, conforme se va a señalar en el texto— que se trate de una discapacidad psíquica, la cual conforme el artículo 2.2 de la LPPPD debe ser igual o superior al 33%. Así las cosas, y sin perjuicio de llegar a la misma conclusión, una aplicación sistemática de la Ley, exigía la observancia del artículo 2.2 de la LPPPD y no de la Ley 26/2011.

²² Es posible que ambas situaciones coincidan en la misma persona y ello será frecuente cuando concurren causas de incapacitación. Sin embargo, al tratarse de realidades jurídicas diferentes, *vid* brevemente estas diferencias en: MARTÍN AZCANO, E. M. (2011), *Patrimonio protegido de las personas con discapacidad: aspectos civiles*. La Ley, Madrid, pp. 146 y sigs., la coincidencia no es —así lo entiende el legislador— en ningún caso necesaria ni condicional.

²³ Instrumento de ratificación de la Convención sobre los Derechos de las personas con discapacidad, el 13 de diciembre de 2006, BOE 21 de abril de 2008, entrando en vigor, en España, el día 3 de mayo de 2008.

²⁴ Ejemplifica el Tribunal: «Puede tratarse de personas dependientes, que solo necesiten asistencia para actividades cotidianas, pero no requieran para nada una sustitución de la capacidad. Puede ocurrir que un discapacitado no tenga necesidad de ningún complemento de capacidad, mientras que el incapaz requiere de alguna manera, por su falta de las facultades de entender y querer». TS, Sala de lo Civil, Sección 1, de 29 de abril de 2009, Fundamento jurídico quinto (RJ 2009, 2901).

²⁵ Más adelante, en el Fundamento jurídico séptimo, el TS se refiere nuevamente a la Ley 41/2003, como botón de muestra de un sistema de protección en el que no se exige la incapacitación.

²⁶ Porque la mayoría de las veces es la deficiencia psíquica la que conduce a la incoación de un procedimiento de incapacitación. En efecto, el artículo 200 del Código Civil señala que las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter «físico» o «psíquico» que causan la incapacitación han de impedir a la persona gobernarse por sí misma y ello es clínicamente más probable que acontezca cuando concurre una enfermedad o deficiencia psíquica.

²⁷ Esta sustitución ha venido a erradicar el término anticuado y obsoleto de minusvalía, que no respetaba el sentir de las Organizaciones Internacionales y nacionales, como los colectivos y asociaciones que reclamaban el establecimiento de un marco común en la terminología de la discapacidad.

²⁸ Van a ser objeto de valoración tanto las discapacidades que presente la persona, como en su caso «los factores sociales complementarios relativos, entre otros, a su entorno familiar y situación laboral, educativa y cultural, que dificulten su integración social». Cfr. artículo 4, ap. 1. Sin embargo, «el porcentaje mínimo de valoración de la discapacidad sobre el que

se podrá aplicar el baremo de factores sociales complementarios no podrá ser inferior al 25 por 100». Cfr. mismo artículo ap. 3.

²⁹ Cfr. artículo 8.

³⁰ Cfr. artículo 12.

³¹ SAP de Guipúzcoa de 24 de junio de 2010 (LA LEY 2010, 333909).

³² Por ejemplo la opinión de: TORRES GARCÍA T. F. (2006). Discapacidad e incapacitación, Pérez de Vargas Muñoz, J. (Coord.), *Protección jurídica patrimonial de las personas con Discapacidad*, La Ley, Madrid, 2006, pp. 450 y sigs.; PEREÑA VICENTE, M. (2006), *op. cit.*, pp. 41-43.

³³ ESCRIBANO TORTAJADA, P. (2009). *El patrimonio especialmente protegido de las personas con discapacidad: análisis sistemático*, Tesis doctoral, Castellón, pp. 106-112.

³⁴ Cfr. Así lo advierte: BUSTO LAGO, J. M. (2009). «Comentario al artículo 822 del Código Civil», en Bercovitz Rodríguez-Cano, R., *Comentarios al Código Civil*, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, p. 993.

³⁵ Cfr. RAGEL SÁNCHEZ L. S. (2004). «El derecho de habitación establecido a favor del legitimario discapacitado como gravamen sobre la legítima estricta», en el *Libro Homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, T. II, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, pp. 4025 y sigs.

³⁶ O'CALLAGHAN MUÑOZ, (2008), Código Civil comentado y con jurisprudencia, *op. cit.*, p. 829.

³⁷ SAP de Vizcaya de 15 de noviembre de 2011, Fundamento jurídico segundo, *op. cit.*, SAP de Guipúzcoa de 24 de junio de 2010, *op. cit.*

³⁸ STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 14 de abril de 2011 (RJ 2011, 3590).

³⁹ STS, Sala de lo Civil, Sección 1.^a, de 31 de mayo de 2012 (RJ 2012, 6550).

⁴⁰ Señala DÍAZ ALABART que la mayoría de las veces en el momento en que se haga la donación el discapacitado ya estará desde antes conviviendo con el donante, bien porque tratándose de un hijo o nieto menores convivan con él por estar sujetos a la patria potestad o a la tutela, bien porque tratándose del cónyuge la vivienda habitual fuera el domicilio conyugal: DÍAZ ALABART, S. (2011). La protección económica de los discapacitados a través del derecho de sucesiones, en Pérez de Vargas Muñoz, J. (Dir.), *La encrucijada de la incapacitación y la discapacidad*, La Ley, Madrid, pp. 864 y sigs.

⁴¹ Como todos los demás requisitos: deben existir en el momento de la apertura de la sucesión. Cumplidos a este tiempo los requisitos, se le dará a la donación o legado el tratamiento excepcional que prevé la norma, esto es, no computarán para el cálculo de la legítima.

⁴² DÍAZ ALABART, S. (2011). La protección económica de los discapacitados a través del derecho de sucesiones, *op. cit.*, p. 865. Lo que significa que la donación en cuestión computará en el cálculo de las legítimas.

⁴³ SAP de Vizcaya de 15 de noviembre de 2011, *op. cit.*