

RECIENTES NOVEDADES EN MATERIA DE DISCAPACIDAD Y DERECHO DE HABITACIÓN*

RECENT DEVELOPMENTS IN DISABILITY AND HOUSING RIGHTS

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 19, agosto 2023, ISSN: 2386-4567, pp. 160-199

* Este trabajo se enmarca también en tres Proyectos de investigación en los que participa esta autora: Proyecto I+D+i de generación de conocimiento y fortalecimiento científico y tecnológico, titulado "Ejes de la Justicia en tiempos de cambio", del Ministerio de Ciencia e Innovación, con REF PID2020-113083GB-I00, IP: Prof^a. Sonia CALAZA LÓPEZ; "Transición Digital de la Justicia", Proyecto estratégico orientado a la transición ecológica y a la transición digital del Plan Estatal de investigación científica, técnica y de innovación 2021-2023, en el marco del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia, Ministerio de Ciencia e Innovación, financiado por la Unión Europea: Next Generation UE, con REF. RED 2021-130078B-I00, IP: Prof^a. Sonia CALAZA LÓPEZ, y Proyecto I+D+i de generación de conocimiento y fortalecimiento científico y tecnológico, titulado "Sostenibilidad ambiental, social y económica de la justicia. Retos de la Agenda 2030", del Ministerio de Ciencia e Innovación, con REF PID2021-126145OB-I00, IP: Prof^a: Alicia GONZÁLEZ NAVARRO.

Araceli
DONADO
VARA

ARTÍCULO RECIBIDO: 17 de abril de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 14 de julio de 2023

RESUMEN: En el presente trabajo estudiamos una medida cuya finalidad es beneficiar a un legitimario con discapacidad a través de un especial derecho de habitación para que sus necesidades habitacionales o de vivienda estén cubiertas a pesar del fallecimiento del familiar con el que residía. Este derecho se introdujo en nuestro Código Civil hace ya veinte años, con la Ley 41/2003, permitiendo su constitución a través de dos vías distintas: de manera voluntaria pero también de origen legal. Analizamos la regulación y los requisitos que deben darse para la aplicación de esta figura, así como las modificaciones posteriores introducidas con la Ley 8/2021, y las diferentes cuestiones que resuelve este especial derecho de habitación, como tendremos ocasión de ver a continuación. De todas formas, y a pesar de los últimos cambios legislativos, la regulación actual de la figura sigue planteando ciertas dudas, como recogemos en las siguientes líneas.

PALABRAS CLAVE: Discapacidad; vivienda; derecho de habitación; legitimario.

ABSTRACT: *In this paper we study a measure whose purpose is to benefit a legitimary with a disability through a special housing right so that their housing or housing needs are covered despite the death of the family member with whom they were living. This special right was introduced into our Civil Code twenty years ago, with Law 41/2003, allowing its constitution through two different ways: voluntarily but also of legal origin. We analyze the legal regulation and the requirements that must be met for the application of this figure, as well as the subsequent modifications introduced with Law 8/2021, and the different issues that this special right to housing resolves, as we will have the opportunity to see below. In any case, and despite the latest legislative changes, the current regulation of the figure continues to raise certain doubts, as we collect in the following lines.*

KEY WORDS: *Disability; housing; right of habitation; forced heirship.*

SUMARIO.- I. DISCAPACIDAD Y NECESIDAD DE ALOJAMIENTO.- II. APROXIMACIÓN AL DERECHO DE HABITACIÓN EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL: CARÁCTERÍSTICAS Y FINALIDAD.- III. ¿CÓMO SE ATRIBUYE EL DERECHO DE HABITACIÓN ESPECIAL DEL 822 DEL CÓDIGO CIVIL?- 1. Atribución voluntaria: donación y legado.- 2. Derecho de habitación de origen legal.- IV. EL HABITACIONISTA: REQUISITOS ESENCIALES.- V. PARTICULARIDADES DEL ESPECIAL DERECHO DE HABITACIÓN DEL ART. 822 CC.- VI. POSIBLE CONVIVENCIA CON OTROS LEGITIMARIOS O TERCEROS.- VII. EXTINCIÓN Y GASTOS.- VIII. CONCLUSIONES.

I. DISCAPACIDAD Y NECESIDAD DE ALOJAMIENTO.

La preocupación por nuestro futuro y devenir es uno de los interrogantes que siempre nos acompañan y más cuando cumplimos años y tenemos familia. Si a esto se le suma el que un hijo o familiar nuestro tenga una discapacidad, la preocupación por su futuro y por dónde residirá el día de mañana, es exponencialmente mayor cuanto mayor es el grado de discapacidad y la dependencia de esa persona. Durante nuestra vida podremos hacernos cargo de ese familiar, hijo o descendiente, ascendiente, hermano, siempre, ahora bien, si tiene una discapacidad intentaremos cuidarlo, protegerlo y que no le falte de nada, seguramente con una mayor preocupación que si no tuviera esa discapacidad. ¿Pero qué sucederá cuando ya no estemos? ¿Dónde residirá y vivirá? Esta es la gran cuestión a la que se enfrentan muchas familias, y a la que nuestro legislador ha prestado atención desde hace unos años, como, a continuación, tendremos ocasión de analizar.

La presencia del fenómeno de la discapacidad en la legislación española y europea se justifica por el llamativo aumento del número de personas que sufren alguna discapacidad. Como es sabido, una persona con discapacidad es aquella que por una causa física, psíquica o sensorial, tiene algún grado de discapacidad que le impide acceder al mundo laboral o superar diversas barreras arquitectónicas en su vida diaria, así como la discriminación social por la discapacidad que padece, dificultándole su normal desenvolvimiento¹. El incremento numérico que se ha producido en este colectivo, y la consiguiente preocupación social y política, hicieron que la Unión Europea tomara conciencia de esta realidad y declarara el año 2003 como Año Europeo de las Personas con Discapacidad, con la finalidad

¹ Hasta la reciente reforma del 2021, con la Ley 8/2021, podíamos entender, siguiendo a mi Maestro, el Prof. LASARTE ÁLVAREZ, que la discapacidad podía requerir la incapacitación, en sentido técnico, del sujeto afectado o, al revés, desaconsejarla y sustituirla, por otro tipo de medidas tuitivas de otra naturaleza. Por este motivo, y antes de la mencionada reforma legislativa, persona con discapacidad y persona judicialmente incapacitada no tenían por qué coincidir necesariamente, dado que existían distintos grados de discapacidad que no daban lugar a la declaración judicial de incapacitación (vid. *Principios de Derecho Civil*, vol. 1, *Introducción y Derecho de la Persona*, Madrid, Marcial Pons, 2022, 27ª ed., p. 203).

de diseñar unas medidas de actuación conjunta encaminadas a proteger y mejorar las condiciones de vida de estas personas.

En España se aprobaron varias leyes de carácter estatal² tendentes a asegurar que la discapacidad que presentaban no les impidiera disfrutar de los derechos reconocidos a todos los ciudadanos. Se persigue que en los distintos Estados de la Unión Europea haya una línea de actuación tendente a desarrollar mecanismos dirigidos a reducir la tasa de desempleo, así como a mejorar las condiciones laborales, y la eliminación de barreras físicas y psicológicas³.

En concreto, una de estas disposiciones fue la aprobada por el Congreso de los Diputados el 18 de noviembre, 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, que ahora cumple veinte años⁴.

Un conjunto importante de medidas que también se regulan en esta Ley afectan al Derecho sucesorio. En este sentido, se incorpora una nueva causa de indignidad para la sucesión intestada, concretamente, el no haber prestado al causante las atenciones debidas durante su vida (los alimentos) aunque el causahabiente no fuera una de las personas a las que el art. 143 CC obligada a prestarlos⁵. Otra medida novedosa es la relativa a la posibilidad de gravar con una sustitución fideicomisaria la legítima estricta del causante en beneficio del hijo o descendiente judicialmente incapacitado. Se añade una nueva figura de protección patrimonial indirecta de las personas con discapacidad y que tiene que

- 2 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. *vid.*, MORETÓN SANZ, M^a. F.: “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)”, en *Revista de Derecho de Familia de Costa Rica*, 2007, 2; MORETÓN SANZ, M. F.: “Apuntes sobre la Constitución Europea y el derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad”, en *Revista de Derecho UNED*, 2006, núm. 1, pp. 247 a 272.
- 3 *Vid.* PASTOR ÁLVAREZ, M^a. C.: “Una nueva estrategia legal ante la discapacidad: la protección patrimonial de las personas discapacitadas”, *Aranzadi Civil*, 2004, núm. 20.
- 4 Como bien destaca su Exposición de Motivos, en cumplimiento del art. 49 de nuestra Constitución, los Poderes Públicos han contado con varios mecanismos existentes para responder eficazmente a las necesidades de estas personas y así evitar que su discapacidad les impidiera disfrutar del conjunto de derechos reconocidos en nuestra Carta Magna. En definitiva, la Ley 41/2003, trataba de conseguir la igualdad tanto real como efectiva entre todas las personas, según dispone el art. 9.2 de la Constitución. En esta Ley se articulan diversos mecanismos de protección de las personas con discapacidad, con una vertiente, sobre todo, económica y otras medidas tendentes a la protección de este colectivo. Sobre las novedades de esta norma, *vid.* PÉREZ GIMÉNEZ, T.: “Algunas reflexiones en torno a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad”, *AC*, 2004, núm. 21, pp. 2554-2558.
- 5 Las personas obligadas a prestarlos son: los cónyuges, los ascendientes y los descendientes. Por su parte, los hermanos sólo deben los auxilios necesarios para la vida, cuando los necesiten por cualquier causa no imputable al alimentista, y se extienden a la educación.

ver con el derecho que asiste al testador de atribuir en su testamento al cónyuge superviviente (o al otro progenitor con el que tienen descendencia en común aún sin estar casados entre sí) amplias facultades para mejorar y distribuir la herencia del premuerto entre su descendencia común, si no se quiere proceder de una manera inmediata a la partición del patrimonio hereditario en el supuesto de que uno de los descendientes tenga una discapacidad, con la intención de posponer la partición para considerar la situación y las necesidades actuales de la persona con discapacidad. Otra novedad es la incorporación entre los gastos no colacionables los realizados por los padres y ascendientes para cubrir las necesidades especiales en beneficio de su descendencia con discapacidad.

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 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.

Recientemente, se ha promulgado la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica, que ha supuesto un hito fundamental en

la adaptación de nuestro ordenamiento a los postulados de la Convención de Nueva York, sobre todo a su art. 12, en el que proclama que las personas con discapacidad tienen capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida, y obliga a los Estados Partes a adoptar las medidas pertinentes para proporcionar a las personas con discapacidad acceso al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica. El propósito de la Convención es promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, así como promover el respeto de su dignidad inherente. Se impone así el cambio de un sistema como el hasta ahora vigente en nuestro ordenamiento jurídico, en el que predomina la sustitución en la toma de las decisiones que afectan a las personas con discapacidad, por otro basado en el respeto a la voluntad y las preferencias de la persona quien, como regla general, será la encargada de tomar sus propias decisiones. Un modelo de asistencia y de apoyo en la toma de decisiones, distinto al anterior que era un modelo de sustitución en el que el tutor en la mayoría de las ocasiones representaba y tomaba la decisión por la persona con discapacidad. Con esta modificación legal del año 2021, el Título XI del Libro Primero del Código Civil se redacta de nuevo y pasa a rubricarse «De las medidas de apoyo a las personas con discapacidad para el ejercicio de su capacidad jurídica», el elemento sobre el que pivota la nueva regulación no va a ser ni la incapacitación de quien no se considera suficientemente capaz, ni la modificación de una capacidad que resulta inherente a la condición de persona humana y, por ello, no puede modificarse. Muy al contrario, la idea central del nuevo sistema o modelo es la del apoyo a la persona que lo precise, apoyo que, tal y como ya recordaba la Observación General de 2014 es un término amplio que engloba todo tipo de actuaciones: desde el acompañamiento amistoso, la ayuda técnica en la comunicación de declaraciones de voluntad, la ruptura de barreras arquitectónicas y de todo tipo, el consejo, o incluso la toma de decisiones delegadas por la persona con discapacidad. Cabe añadir, incluso, que en situaciones donde el apoyo no pueda darse de otro modo y solo ante esa situación de imposibilidad, este pueda concretarse en la representación en la toma de decisiones. Es importante señalar que podrá beneficiarse de las medidas de apoyo cualquier persona que las precise, con independencia de si su situación de discapacidad ha obtenido algún reconocimiento administrativo⁶. Es también

6 Así se establece en la Disposición Adicional 4ª del CC que ha sido modificada con la Ley 8/2021 y diferencia en sus dos apartados quiénes son personas con discapacidad; siendo en el primer apartado las que tengan una discapacidad reconocida según los grados establecidos en la Ley 41/2003, y a las personas que estén en situación de dependencia de Grado II y III según la Ley 39/2006, conocida como la Ley de Dependencia. En el apartado primero establece una serie de artículos en los cuales la definición de discapacidad será la que acabamos de mencionar y, en especial, menciona como vemos el art. 822 CC relativo al legado o donación de un derecho de habitación en favor de un legitimario con discapacidad. Mientras que en el segundo apartado de esta DA 4ª se establece una referencia más general y acorde con los nuevos postulados de la Ley 8/2021, cuando el resto de preceptos se refieran a la discapacidad, lo será salvo que otra cosa resulte del precepto, a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad, por tanto, con independencia de un reconocimiento administrativo de un grado de discapacidad

relevante que, a diferencia de lo que hacían los códigos decimonónicos, más preocupados por los intereses patrimoniales de la persona que por la protección integral de esta, la nueva regulación trata de atender no solo a los asuntos de naturaleza patrimonial, sino también a los aspectos personales, como pueden ser los relativos a decisiones sobre las vicisitudes de su vida ordinaria –domicilio, salud, comunicaciones, etc.–. Con la nueva regulación se otorga preferencia a las medidas de apoyo voluntarias sobre las legales o judiciales. Las voluntarias son todas las que la propia persona puede tomar en previsión de una situación futura de discapacidad: adquieren especial preferencia los poderes y mandatos preventivos, y la autocratela. Fuera de ellas, en cuanto a los apoyos legales, se refuerza la figura de la guarda de hecho⁷, que se transforma en una propia institución jurídica de apoyo, al dejar de ser una situación provisional cuando se manifiesta como suficiente y adecuada para la salvaguarda de los derechos de la persona con discapacidad, pudiendo estar así suficientemente atendida y cuidada. Ahora bien, también se establece para los casos en que se requiera que el guardador⁸ realice una actuación representativa, se prevé, como novedad, la necesidad de que obtenga una autorización judicial *ad hoc*, de modo que no será preciso que se abra todo un procedimiento general de provisión de apoyos, sino que será suficiente con la autorización judicial para el caso, previo examen de las circunstancias. La curatela⁹ es una institución objeto de una regulación más detenida, al tratarse de la principal medida de apoyo de origen judicial para las personas con discapacidad que requieran de esta medida de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica. Para los mayores de edad o menores emancipados que lo requieran se podrá nombrar un curador; no un tutor como sucedía anteriormente. La figura del tutor se reserva para menores de edad no emancipados en situación

o dependencia concreta, tal y como se requiere expresamente para algunos preceptos mencionados en el primer apartado, como acabamos de señalar.

Dice esta Disposición Adicional 4ª del CC: "La referencia a la discapacidad que se realiza en los arts. 96, 756 número 7.º, 782, 808, 822 y 1041, se entenderá hecha al concepto definido 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, y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III de acuerdo con la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia.

A los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica".

- 7 La guarda de hecho se regula en los arts. 263 a 267 para las personas con discapacidad; y en el caso de menores, en los arts. 237 y 238 CC (este artículo permite la aplicación de las normas de la guarda de hecho de la persona con discapacidad a la guarda de hecho del menor). La distinción de la guarda de hecho ejercida sobre unos u otros, también es una novedad de la Ley 8/2021, ya que antes no distinguía el CC, haciendo referencia únicamente al guardador de hecho.
- 8 Sobre la guarda de hecho, *vid.* DONADO VARA, A.: "Humanización de la justicia: retos procesales en los procesos de familia. La judicialización de la guarda de hecho bajo el nuevo paradigma de la discapacidad", en *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 2022, núm. 33 (Ejemplar dedicado a: La humanización de la justicia civil de familia); LÓPEZ SAN JUAN, R.: *La guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad*, Aranzadi, Pamplona, 2022.
- 9 Se regula actualmente en los arts. 268 a 294 CC. Sobre esta figura de apoyo puede verse, entre otras publicaciones, DONADO VARA, A.: "La curatela como clave del sistema de apoyos", en *Retos de la justicia civil indisponible: infancia, adolescencia y vulnerabilidad* (dir. por S. CALAZA LÓPEZ y E. PILLADO GONZÁLEZ), Aranzadi, Pamplona, 2022, pp. 119-147.

de desamparo o no sujetos a patria potestad (art. 199 CC). El propio significado de la palabra curatela –cuidado–, revela la finalidad de la institución: asistencia, apoyo, ayuda en el ejercicio de la capacidad jurídica. Por tanto, como principio de actuación y en la línea de excluir en lo posible las actuaciones de naturaleza representativa, la curatela será, primordialmente, de naturaleza asistencial. No obstante, en los casos en los que sea preciso, y solo de manera excepcional, podrá atribuirse al curador funciones representativas. Se recoge también la figura del defensor judicial¹⁰, especialmente prevista para cierto tipo de situaciones, como aquella en que exista un conflicto de intereses entre la figura de apoyo y la persona con discapacidad, o aquella en que exista imposibilidad coyuntural de que la figura de apoyo habitual lo ejerza. Desde el punto de vista procedimental, el procedimiento de provisión de apoyos solo puede conducir a una resolución judicial que determine los actos para los que la persona con discapacidad requiera el apoyo, pero en ningún caso a la declaración de incapacitación ni, mucho menos, a la privación de derechos, sean estos personales, patrimoniales o políticos. Se suprimen del ámbito de la discapacidad no solo la tutela para las personas mayores de edad, sino también la patria potestad prorrogada y patria potestad rehabilitada, figuras que el legislador considera que eran rígidas y poco adaptadas al sistema de promoción de la autonomía de las personas adultas con discapacidad que ahora se propone. En caso de que la persona con discapacidad requiera de una medida de apoyo, podrá valorarse caso por caso el apoyo más conveniente, del mismo modo y manera que se haría con cualquier adulto que lo requiriera. Lo mismo sucede con la prodigalidad como medida autónoma, que también desaparece, dado que los supuestos contemplados por ella encuentran encaje en las normas sobre medidas de apoyo aprobadas con la reforma. Esta reforma tan profunda ha obligado a un notable número de modificaciones legislativas tanto en el Código Civil como en otras leyes de indudable importancia, como la LEC, Ley de Jurisdicción Voluntaria, Ley del Notariado, Ley Hipotecaria, 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, Ley del Registro Civil, Código de Comercio.

En estas líneas nos centraremos en las novedades que se han incorporado en el art. 822 CC, relativo al derecho de habitación para el caso de que exista, al fallecimiento del causante, algún legitimario con discapacidad¹¹, cuestión novedosa

10 En los arts. 295 a 298 CC se regula la figura del defensor judicial de la persona con discapacidad; mientras que el defensor judicial del menor de edad se configura en los arts. 235 y 236 (este artículo permite la aplicación de las normas del defensor judicial de la persona con discapacidad al defensor judicial del menor). Esta distinción de la figura del defensor judicial en sede de menores y en sede de persona con discapacidad también es novedosa. Nos parece acertada la distinción para especificar las diferentes figuras que se aplican a cada sujeto. Vid. DONADO VARA, A.: "Requerimiento y medidas de control del defensor judicial", en *Jurisdicción Voluntaria. Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria* (dir. por S. CALAZA LÓPEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 567-582.

11 En este sentido, *vid.*, por todos, LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil*, vol. VII, *Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, Madrid, 2022, 16ª ed., pp. 133 y ss., y la bibliografía allí mencionada.

que incorporó la Ley 41/2003, y que ahora cumple veinte años. Así mismo analizaremos las modificaciones que ha sufrido con la Ley 8/2021, tal y como expondremos a continuación. Aunque ya adelantamos que las modificaciones podían haber sido más amplias, debido a que veinte años después y a la vista de toda la problemática que plantea el supuesto, podría haber sido más generosa, atenta y precisa la reforma de 2021, para proteger de verdad a los familiares con discapacidad merecedores de este amparo.

II. APROXIMACIÓN AL DERECHO DE HABITACIÓN EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL: CARÁCTERÍSTICAS Y FINALIDAD.

El Código Civil regula en varios ámbitos el derecho de habitación¹². En primer lugar, habrá que estar al título constitutivo que establezca los derechos de uso y de habitación para analizar los derechos y obligaciones concretos que allí se mencionen y, en su defecto, por lo regulado en los arts. 523 a 529 CC, artículos dedicados al derecho de uso y de habitación. Ahora bien, hay una remisión a la regulación del derecho de usufructo, siempre que no se oponga a lo ordenado por los preceptos. Como se ve, son pocos los artículos existentes sobre este particular derecho real de goce.

Por tanto y, en primer lugar, habrá que acudir al título constitutivo de esos derechos, y en su defecto, a estos artículos donde se establece en concreto, que los derechos de uso y de habitación no se pueden arrendar ni traspasar por ninguna clase de título, tal y como señala el art. 525 CC. Existen algunas diferencias destacables entre ambos derechos: por un lado, el uso da derecho a percibir de los frutos de la cosa ajena los que basten a las necesidades del usuario y de su familia, aunque esta aumente; mientras que la habitación da a quien tiene este derecho (el habitacionista) la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para su familia¹³, según diferencia el 524 CC. Eso sí, en caso de que el usuario consumiera todos los frutos de la cosa ajena, o si el habitacionista ocupara toda la casa, está obligado a los gastos del cultivo, a los reparos ordinarios de conservación y al pago de las contribuciones como el usufructuario. Sin embargo,

12 Vid. nuestro trabajo anterior en esta línea de investigación, DONADO VARA, A.: "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", *RCDI*, 2018, núm. 767, pp. 1557-1582.

13 En Sentencias como la SAP Barcelona 17 septiembre 2003 (Roj: SAP B 4750/2003), 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 cual se deriva que éstas 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".

en el caso de un uso y disfrute parcial, esto es, si solo percibiera parte de los frutos o habitara parte de la casa, se aclara que no deberá contribuir con nada, siempre que quede al propietario una parte de frutos o aprovechamientos bastantes para cubrir los gastos y las cargas. Eso sí, también subraya que si no fueren bastantes, el habitacionista o el usuario suplirán lo que faltare (*vid.* art. 527 CC).

Cualquiera de estos dos derechos se extinguirá, además de por las causas que el usufructo¹⁴, por el abuso grave de la cosa y de la habitación.

Aparte de esta regulación general del derecho de habitación, el legislador reconoce que el derecho de habitación puede establecerse o aplicarse en otras situaciones o supuestos. Y así, en sede de sucesiones se regula un particular tipo de legado, y es la posibilidad que tiene el testador de establecer un legado de cosa gravada con un derecho de uso o de habitación, debiendo respetar el legatario esos derechos hasta su extinción (*vid.* art. 868 CC). También en sede de sociedad de gananciales y, en concreto, en los arts. 1406 y 1407 CC, se reconoce un derecho de adjudicación preferente a favor del cónyuge supérstite que tendrá en el momento de la disolución y liquidación de este régimen económico-matrimonial, para decidir que se añada y se incluya con preferencia en su haber, entre otros bienes, pero en especial para el caso de fallecimiento de su cónyuge, la vivienda donde tuviese su residencia habitual (1406. 4º CC). Eso sí, aclara el siguiente artículo, que para este caso -el de la vivienda habitual-, podrá el cónyuge sobreviviente pedir a su elección que se le atribuyan los bienes en propiedad o que se constituya sobre ellos a su favor un derecho de uso o de habitación. Pero si el valor de los bienes o el derecho fuera superior al del haber del cónyuge adjudicatario, abonará la diferencia en dinero (art. 1407 CC). Y finalmente, se recoge este novedoso derecho de habitación del art. 822 CC en favor de un legitimario con discapacidad, pudiéndose configurar de manera voluntaria -a través de donación o de legado- o también constituirse *ex lege*, como tendremos ocasión de analizar a continuación.

De los diferentes derechos de habitación que acabamos de mencionar y que son recogidos en nuestro Código Civil, nos centraremos en el regulado en el art. 822 CC. Para conocer el origen de este especial derecho de habitación, hay que remontarse a la Ley 41/2003¹⁵, y en concreto, a su art. 10 donde aparecen los cambios que en materia sucesoria se incorporaron al Código Civil. En este trabajo

14 Las causas son las recogidas en los arts. 513 y ss., desde la muerte del usufructuario; por expirar el plazo por el que se constituyó; o cumplimiento de la condición resolutoria recogida en el título constitutivo; reunión en la misma persona del usufructo y la propiedad; renuncia del usufructuario; pérdida total de la cosa objeto del usufructo; resolución del derecho del constituyente; prescripción...

15 *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, concretamente, p. 40852 a 40856).

prestaremos atención a la reforma introducida por esta norma del año 2003, que altera la enumeración del anterior art. 822 CC, que pasa a ser el actual art. 821¹⁶, y que da una nueva redacción al art. 822¹⁷, con la intención de favorecer a las personas con discapacidad con donaciones o legados voluntarios de un derecho de habitación constituidos en su favor siempre que fueran legitimarios del causante o del donante y que convivieran con él en el momento de su fallecimiento.

Recientemente, este especial derecho de habitación del art. 822¹⁸ ha sido reformado con la Ley 8/2021. En concreto, los dos primeros párrafos como veremos a continuación, pero se trata más bien de ligeras modificaciones terminológicas y no tanto de fondo o de contenido como habría sido deseable¹⁹. Existen ciertas cuestiones y dudas que plantea este artículo y no han sido aclaradas ni resueltas con ocasión de esta modificación reciente, por lo que se sigue planteando el debate doctrinal.

A modo de ejemplo: el beneficiario es una persona con discapacidad, y tal y como expresamente se recoge para este caso, será necesario el certificado que reconozca el grado de discapacidad. Pero nos preguntamos: ¿no valdría con una medida de apoyo voluntaria también? ¿Qué pasaría si hay un guardador de hecho y no se solicitó el certificado de discapacidad? Además, es requisito que el beneficiario sea un legitimario efectivo. Quizás habría sido oportuno que la norma mencionara “hijos y descendientes, ascendientes y cónyuge viudo con

16 Art. 821 CC, nueva redacción: “Cuando el legado sujeto a reducción consista en una finca que no admita cómoda división, quedará ésta para el legatario si la reducción no absorbe la mitad de su valor, y en caso contrario para los herederos forzosos; pero aquél y éstos 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”.

17 Art. 822 CC, redacción dada con la Ley 41/2003: “La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario persona con discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella.- Este derecho de habitación se atribuirá por ministerio de la ley en las mismas condiciones al legitimario discapacitado que lo necesite y que estuviera conviviendo con el fallecido, a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente, pero su titular no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten.- El derecho a que se refieren los dos párrafos anteriores será intransmisible.- Lo dispuesto en los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los arts. 1406 y 1407 de este Código, que coexistirán con el de habitación”.

18 Art. 822 CC, redacción actual, tras la modificación con la Ley 8/2021: “La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario que se encuentre en una situación de 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 que se halle en la situación prevista en el párrafo anterior, 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 arts. 1406 y 1407 de este Código, que coexistirán con el de habitación”. (El subrayado es nuestro y son las únicas modificaciones introducidas por la Ley 8/2021).

19 En este mismo sentido se pronuncia BOTELLO HERMOSA, P.: *de habitación a favor de la persona con discapacidad*, Aranzadi, 2021, pp. 171 y ss.

discapacidad". Porque nos preguntamos ¿qué sucede si tiene discapacidad un nieto o un ascendiente y existe un hijo legitimario al tiempo del fallecimiento del causante? Si estos familiares tuvieran discapacidad y también convivieran con el causante, nos parece que si el espíritu y finalidad de la norma es el mantenerles residiendo en la vivienda donde hasta entonces vivían, a través de esta figura especial, no se cumplirá del todo con respecto a estos familiares. Otra cuestión: se regula la posibilidad de constituir un legado establecido por ministerio legal o también conocido como "legado legal". En este caso, el legislador sí concreta que se dé en el beneficiario una situación de necesidad, pero tal vez habría que haber añadido esta referencia expresa en la modalidad de constitución voluntaria del derecho de habitación. Otra cuestión: ¿qué ocurre si la vivienda familiar es un bien ganancial y no se adjudica al cónyuge premuerto -causante o donante- sino al cónyuge supérstite? En ese caso, ¿qué pasa con el legado o la donación que produce su efecto tras la muerte del donante o del causante? ¿se adjudicará el valor? Otro interrogante que se nos plantea: se establece que la vivienda sobre la que recae este especial derecho de habitación sea la vivienda habitual en la que convivieran causante-donante y beneficiario, ahora bien, no se establece un plazo mínimo, solo establece la necesaria convivencia con el causante en el momento de su fallecimiento. ¿Qué sucede si el beneficiario está parte del tiempo en esa vivienda familiar y parte del año en otra residencia, o en una residencia especializada donde le prestan unos cuidados específicos o en un hospital? Y ¿si el causante tuviera otras viviendas más accesibles u otras inmuebles que pudieran acondicionarse para constituir en ellos el especial derecho de habitación? En este caso si estuvieran de acuerdo el resto de coherederos, o así lo hubiera dispuesto el causante, ¿qué sucedería? Tampoco lo aclara la norma. Todos estos interrogantes y que a modo de *spoiler* he avanzado, la norma no los recoge y siguen siendo debatidos por la doctrina. No hay que olvidar dos cuestiones importantes: por un lado, el espíritu de la norma, que es la protección de la persona con discapacidad y, por otro, los posibles intereses contrapuestos de los coherederos que ven cómo sus legítimas son mermadas con el gravamen del derecho de habitación sobre la vivienda familiar, afectando por tanto al principio de intangibilidad cuantitativa y cualitativa de la legítima.

Este derecho de habitación²⁰ atribuido al beneficiario hasta el final de sus días, al ser personalísimo, será, por tanto, intransmisible²¹. También se regula otra

20 En la SAP Burgos 11 marzo 2005 (Roj: SAP BU 242/2005), 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 estar vigente en el momento del fallecimiento de los padres de los litigantes, no podrá ser aplicado al supuesto de autos, porque de lo contrario se vulneraría el principio de irretroactividad de las normas jurídicas, recogido en los arts. 2.3 CC 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 art. 9.8 en sede de las normas de Derecho Internacional Privado.

21 Seguimos en este punto la teoría generalizada de la doctrina, muy especialmente, *vid.* LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil*, vol. IV, *Derechos reales*, Marcial Pons, Madrid, 2022¹⁰ª ed., p.190.

posibilidad novedosa que permite atribuir un legado de origen legal del derecho de habitación sobre la vivienda habitual donde conviviera el beneficiario con el causante al fallecer éste, en defecto de previsión explícita en contra por parte del causante. El legislador considera que hay que proteger a la persona con discapacidad al ser acreedora de una especial protección, por lo que, a pesar de que el testador o el donante no lo hubiera establecido por el motivo que fuera, el legislador se convierte en garante de sus intereses, permitiéndole ostentar un derecho de habitación en la vivienda donde hasta entonces residía con su familiar fallecido.

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 art. 822²² de un legitimario con discapacidad²³. Como vemos pueden ser diversas situaciones de convivencia que pueden darse y que analizaremos más adelante.

III. ¿CÓMO SE ATRIBUYE EL DERECHO DE HABITACIÓN ESPECIAL DEL 822 DEL CÓDIGO CIVIL?

El derecho de habitación especial regulado en el art. 822 CC se puede establecer a través de dos vías, ambas de manera gratuita. Por un lado, a través de una atribución voluntaria, que podrá hacerse por actos inter vivos como la

22 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 sólo va a servir al fin para el que se constituyó; se soluciona con este derecho, al tener carácter vitalicio, la sucesión mortis causa de los bienes del discapacitado cuando no tuviera capacidad para hacer testamento, y por línea indirecta, se puede favorecer al discapacitado atribuyendo la propiedad de la vivienda habitual, caso de tener más bienes con que pagar la legítima a los otros legitimarios, a otro hijo con la condición de cuidar al discapacitado que además tendrá el derecho de habitación sobre las piezas que le sean necesarias de dicha vivienda” (MINGORANCE GOSÁLVEZ, C.: “Derecho de habitación sobre la vivienda habitual a favor del discapacitado en el Derecho español”, *RCDI*, 2010, 722, noviembre-diciembre, p. 2554).

23 Para FLORES GONZÁLEZ 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. “El nuevo art. 822 del Código Civil: el derecho de habitación sobre la vivienda habitual como fórmula de tutela sucesoria preventiva en beneficio del discapacitado”, *RJN*, 2005, abril-junio, p. 43 y 44). Sobre este derecho de habitación, vid. también RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: “El derecho de habitación establecido a favor del legitimario discapacitado como gravamen sobre la legítima estricta”, *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García*, (coord. por J. M. GONZÁLEZ PORRAS y F. MÉNDEZ GONZÁLEZ), Bosch, 2005, pp. 4017-4032.

donación, o actos mortis causa como el legado; y, por otro lado, se puede constituir a través de una atribución legal, por ministerio de la ley, de manera excepcional, y es lo que se conoce como “legado legal”.

I. Atribución voluntaria: donación y legado.

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

La especialidad o beneficio que comporta este legado o donación de derecho de habitación del art. 822 CC, únicamente existirá si concurre en el legitimario una causa de discapacidad. Este trato de favor se configura (igualmente ante la ausencia de declaración en contrario por parte del causante) ante la presunción *iuris tantum* por parte del legislador de que el causante querrá beneficiar a su familiar legitimario con discapacidad por lo que podrá ser rebatida si expresamente el causante dispusiera su exclusión²⁴.

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 suma al valor de los bienes existentes al tiempo del fallecer el donante, como disponen los arts. 818 y 819 CC. Para el cálculo de las legítimas se estará al valor de los bienes existentes 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 art. 819 que las donaciones hechas a los hijos, si no tienen el concepto de mejoras, se imputarán en su legítima²⁵. Por lo tanto, para que los derechos legitimarios de los herederos forzosos 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 suma: con el nuevo art. 822 se impide que el valor de la donación o del legado del derecho de habitación en favor de un legitimario con discapacidad sea computado para el cálculo de las legítimas individuales, también deberá excluirse

24 Así lo considera RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J.: “La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de las personas con discapacidad”, AC, 2004, núm. 4, 2ª quincena de febrero.

25 En cuanto a los bienes colacionables, dispone el art. 1035 CC, que “el heredero forzoso que concurra, 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 éste, por dote, donación, u otro título lucrativo, para computarlo en la regulación de las legítimas y en la cuenta de la partición”.

de cualquier otra operación orientada al cálculo de la legítima, como la colación²⁶. Por tanto, y en definitiva, como sintetiza BOTELLO HERMOSA "el legislador, bien sea mediante legado o donación, lo que pretende es que el derecho de habitación concedido a la persona con discapacidad no se reduzca para calcular las legítimas ni tampoco se colacione en el caso de existir otros legitimarios, o lo que es lo mismo, que dicho derecho quede fuera de las reglas de la legítima, por lo que el beneficiado, por una parte, disfrutará de dicho derecho de habitación, y, por otra, le corresponderá la misma porción de legítima estricta que al resto de colegitimarios, pudiendo ser independientemente beneficiado con el tercio de mejor y el de libre disposición"²⁷.

La donación, según dispone el art. 618 de nuestro CC, 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, se requiere 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 voluntades²⁸.

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 benefactor²⁹.

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, si es de un bien mueble; mientras que 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 CC).

Pues bien, y por lo que se refiere a la redacción del art. 822 CC, 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*

26 En este sentido también se pronuncia de manera acertada y seguimos a GARCÍA HERRERA, V.: *El legado de habitación a favor de legitimario discapacitado*, Dykinson, Madrid, 2018, p. 78.

27 BOTELLO HERMOSA, P.: *El derecho real de habitación*, cit., p. 154.

28 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. *Principios de Derecho Civil*, vol. 3, *Contratos*, Madrid, Marcial Pons, 2006, 9ª ed., p. 193).

29 Vid. arts. 624 y 625 CC.

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 CC).

La diferencia entre ambos tipos de donaciones se produce en relación con el momento de su efectividad, 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 art. 822 CC, 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”. Sin embargo, para el mencionado autor, sí sería posible dentro de lo dispuesto por el art. 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 donación³⁰.

Seguramente este tipo de donación o legado de derecho de habitación del 822 CC constituirá en muchos supuestos título jurídico para regularizar la convivencia anterior, o también en el caso del legado para garantizar que continúe el legitimario conviviendo después del fallecimiento del causante. Por ejemplo, con una donación a un donatario sin condición de discapacidad o que no es legitimario del donante, lo que interesa es que sí lo sean al fallecer el causante para beneficiarse del 822 CC. De lo contrario, si al realizar la donación el donatario era un legitimario con discapacidad pero al fallecer el donante no lo era, esa donación quedará sometida al régimen general, y no al especial y beneficioso del 822CC. Por lo que si no se aplica el régimen especial del 822 CC, por no cumplir los requisitos del precepto, la donación o legado de un derecho de habitación constituido en favor de cualquier legitimario o de tercero, el principio de intangibilidad de la legítima se aplicará, por lo que se producirá la imputación de la donación a la legítima del donatario; siendo también posible la reducción del legado si fuera excesivo.

³⁰ Vid. FLORES RODRÍGUEZ, J.: “El nuevo artículo 822”, cit. *RJN*, 2005, abril-junio, p. 51.

Por otra parte, en relación con el legado de derecho de habitación, igualmente será necesaria su concesión a un legitimario con discapacidad. El legado³¹, o disposición a causa de muerte a título singular, se hará en testamento. En cuanto al testador, deberá tener la capacidad testamentaria establecida en los arts. 662 a 666 CC: no ser menor de catorce años, y poder conformar y expresar su voluntad aun con ayuda de medios y apoyos para ello, tal y como se establece actualmente tras las modificaciones incluidas con la Ley 8/2021. Por su parte, el legatario, deberá ser un legitimario con discapacidad que conviviera con el causante al fallecer éste, y deberá ser capaz para suceder³².

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 art. 890 CC³³. 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 art. 822 aparecen los mismos sujetos. Los legados serán soportados por todos los herederos de un modo proporcional, a no ser que el testador señale 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 CC). Sin embargo, el novedoso art. 822 CC establece que el legitimario con discapacidad para verse beneficiado con este derecho de habitación deberá convivir en la vivienda objeto del derecho de

-
- 31 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, pudiéndosele someter a una carga que cubra la totalidad del beneficio (así lo permitiría el art. 858 CC. Por ello, 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” (*Principios de Derecho Civil*, vol. 7, *Sucesiones*, Marcial Pons, Madrid, 2022, 16ª ed., p. 122).
- 32 Arts. 744 y ss. CC, 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 del Notario autorizante de su testamento; sacerdote que le confesó en última enfermedad; tutor o curador representativo del testador (salvo que se hiciera después de la extinción de la tutela o de la curatela), entre otros, además, son incapaces de suceder 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 la muerte violenta del testador; el que ejerció violencia, amenazas para hacer testamento...
- 33 Art. 890.2 CC: “El heredero, que sea al mismo tiempo legatario, podrá renunciar la herencia y aceptar el legado, o renunciar éste y aceptar aquélla”. Igualmente, en el art. 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”.

habitación al fallecer el testador. Por tanto, según parece el beneficiario ya poseía, disfrutaba del bien inmueble, porque convivía con el causante en la vivienda. 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; ahora bien, si hubiera más herederos, deberá solicitarles a éstos la entrega del bien para poseerlo correctamente.

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 introduce la Ley 41/2003 una nueva modalidad de adjudicación, el conocido como "legado legal", para el supuesto de necesidad por parte del legitimario con discapacidad sin que lo haya dispuesto el testador por el motivo que sea, como veremos a continuación.

En definitiva: en este supuesto especial redactado conforme al nuevo art. 822 CC, el legitimario con discapacidad ya estaba disfrutando del bien inmueble al fallecer el testador, por lo cual, parecería que la titularidad la adquirió ininterrumpidamente desde el fallecimiento del testador. Por ello, podríamos considerar que la formalidad de la entrega y posesión requerida en el art. 885, anteriormente señalado, no sería aplicable a este supuesto, por parecer dilatoria e innecesaria. Si acaso la necesaria entrega vendría requerida para hacer constar éste, 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 RODRÍGUEZ³⁴. En síntesis, para este autor, en el prelegado (situación recogida en el art. 822 CC), 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 eximirá 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 albacea³⁵.

Otro aspecto realmente importante es el relativo a la titularidad del bien inmueble. Si el causante o donante es titular de la vivienda con poder de disposición sobre ella, con un derecho que no se extingue al fallecer, por ejemplo,

³⁴ Vid. FLORES RODRÍGUEZ, J.: "El nuevo artículo 822", cit., p. 67.

³⁵ Así lo dispone NOGUERA NEBOT, al establecer que el supuesto previsto en el art. 822.I es una excepción al principio de que el legatario debe pedir la posesión al heredero o albacea ("El legado de derecho de habitación regulado en el art. 822 del Código Civil", *Revista de Derecho UNED*, 2006, núm. I, p. 484).

ya sea propietario de la vivienda, o copropietario y el matrimonio hiciera una atribución conjunta de un derecho de habitación en beneficio de un legitimario con discapacidad, tampoco parecería problemático. Habrá que estar al carácter ganancial o privativo de la vivienda 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 en el caso de un legado de habitación sobre la vivienda habitual ganancial, dado que el legado produce sus efectos si finalmente el bien sobre el que recae el legado, la vivienda, es adjudicado a la herencia del testador. Si finalmente no se le adjudicara el bien al testador, se legaría el valor del legado al tiempo del fallecimiento del testador. 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 adjudicara al haber del cónyuge sobreviviente (y no al del cónyuge premuerto testador), al haber optado preferentemente por un derecho de propiedad o por un derecho de habitación sobre la vivienda habitual, según le permiten los arts. 1406 y 1407 CC, el legatario del derecho 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 art. CC³⁶. 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 en el caso de que el cónyuge sobreviviente no fuera su progenitor. Además, se podrá decir que entregándole el valor del legado se iría contra la finalidad del 822 CC que, como se ha dicho, es asegurar a esta persona una vivienda digna pero, especialmente, ahorrarle los trastornos -emocionales y económicos- que el abandono de la vivienda en la que venía conviviendo con el causante le ocasionarían. En este caso, la convivencia entre varios derechos de habitación sería la solución deseable, siempre, claro está, de una forma pacífica.

2. Derecho de habitación de origen legal.

Otra forma de atribución del derecho de habitación en favor de un legitimario con discapacidad recogida en el art. 822, es el derecho de habitación de origen legal o por ministerio de la ley, también conocido como "legado legal". Como bien sabemos, el legado en cuanto atribución hereditaria a título particular se fundamenta en la voluntad del testador que voluntariamente dispone o establece un legado en beneficio de alguien. Por lo cual, cualquier atribución de bienes

³⁶ Art. 1380 CC: "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".

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 en contra de la naturaleza de la institución³⁷.

Este tipo de legados, los legales, se asimilan 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. En este art. 822 CC el legislador pretende suplir la posible voluntad del causante al beneficiar al legitimario con discapacidad con este derecho de habitación, cuando esta persona desfavorecida tenga necesidad de vivir en la vivienda donde residía con el causante, siempre, claro está, que el “testador no hubiera dispuesto otra cosa y no lo hubiera excluido expresamente” en su testamento. Parecería por tanto que solo se aplica este derecho de habitación legal a la sucesión testada del causante, o cuando hay testamento, ya que el 822 dice “el testador...”. Estamos de acuerdo con BOTELLO HERMOSA³⁸ que esta es otra de las imprecisiones técnico-jurídicas que el legislador de 2003 podría haber evitado con una redacción del precepto más precisa y extensa, que no dejase lugar a dudas en que este derecho de habitación por ministerio de la ley se aplica tanto a la sucesión testada cuando el testador no dispuso otra cosa ni lo excluyó expresamente, pero también en la sucesión intestada en los que el causante falleciere sin hacer testamento. El legislador de la Ley 8/2021 también ha perdido la oportunidad de aclarar y de corregir esta imprecisión que acabamos de apuntar relativa a la aplicación de la figura también a la sucesión intestada.

Esta protección que se le dispensa al legitimario con discapacidad a través de este legado de origen legal se trataría de una presunción *iuris tantum* de que ésta sería la voluntad del causante en este supuesto, sería, por tanto, lo que habría querido y deseado para su familiar con discapacidad. Por lo cual, en teoría, parece que para que surja este derecho de habitación legal es necesaria la existencia de un testamento por parte del causante que guarde silencio sobre

37 En la SAP Burgos 11 marzo 2005 (Roj: SAP BU 242/2005) se resuelve la solicitud de la constitución de un legado de origen 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 esta sentencia en apelación. Los padres fallecieron en 1994 y 1998 cuando todavía no estaba en vigor la norma. La Audiencia desataca 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 arts. 2.3 CC y 9.3CE, 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 de origen legal y también 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 SAP Murcia 9 octubre 2007 (Roj: SAP MU 2215/2007) 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-.

38 Vid. BOTELLO HERMOSA, P.: *El derecho real de habitación*, cit., p. 65.

este legado de habitación, donde no se recoja, pero sobre todo que no se excluya expresamente su constitución. En principio, pues, este legado se daría en la sucesión testamentaria. Sin embargo, consideramos que también habría que aplicarlo a los supuestos de la sucesión intestada, aunque parecería paradójico que no existiendo testamento, pudiera existir un “legado”, este legado de origen legal o “legado legal” regulado en el art. 822 CC. Pero es que si el fundamento de la figura es la situación de necesidad en el legitimario con discapacidad, esta también podría darse en una sucesión intestada cuando por el motivo que fuera su familiar premuerto no otorgó testamento incluyendo el legado del derecho de habitación del 822 CC, a pesar de darse la situación de necesidad en el legitimario con discapacidad. En caso contrario consideramos que el posible legitimario con discapacidad a pesar de su posible necesidad habitacional quedaría desprotegido, y tal vez dependiente de la buena voluntad de sus posibles coherederos en caso de haberlos, que le permitieran seguir residiendo allí, pero entendemos que su derecho de habitación o la posibilidad de seguir residiendo allí, no se vería beneficiado por la particularidad del 822 CC, salvo, volvemos a la misma idea, que los coherederos así lo convinieran.

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, al establecerse por disposición legal, y no por la voluntad del testador. Entendemos que debe hacerse extensivo a las situaciones de necesidad en las que se encuentre un legitimario con discapacidad, a pesar de que no haya un testamento del causante y titular de la vivienda habitual, ya que se trata de beneficiar y proteger 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, porque, 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.

Otro requisito establecido en la norma es que en el beneficiario se dé una situación de necesidad de la vivienda. Ahora bien, este requisito ¿puede aplicarse al otro supuesto de atribución voluntaria y valorar también su “situación de necesidad”? Otra cuestión que se plantea es si hay que valorar que no tenga un alojamiento alternativo o que no tenga recursos económicos, pero ¿se deben valorar otras cuestiones y no solo la “necesidad material” sino también las “necesidades afectivas”?... Además, es posible la convivencia con otros legitimarios que también lo necesiten, pudiéndose establecer otros legados de origen legal por lo que habrá que estudiar caso por caso cada situación concreta. También podría darse el caso de que hubiera otros legitimarios con discapacidad con un legado del derecho de habitación establecido por el testador en el testamento, pero que con posterioridad al otorgamiento del testamento otro legitimario tuviera una

discapacidad y el testador falleciera sin haber añadido o incluido este nuevo legado del derecho de habitación en beneficio de otro legitimario que en ese momento lo necesita por su discapacidad. Por tanto, ¿sería posible la convivencia entre ellos? Creemos que sí, uno tendría un legado de habitación, y al otro legitimario con discapacidad se le podría atribuir un legado de origen legal si tuviera necesidad.

La situación de necesidad requerida por el precepto 822 CC para que se este legado de origen legal la deberán valorar los demás legitimarios, que serán los que soportarán 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.

Podrán por tanto seguir conviviendo en la vivienda varios legitimarios con discapacidad con un legado de habitación de origen legal, en caso de necesidad, pero además, pueden convivir con otros legitimarios con discapacidad con un legado o donación de un derecho de habitación; pero además, puede haber otras personas con un derecho de habitación establecido, no este especial del 822 CC, sino el "normal"; asimismo también puede convivir con el cónyuge supérstite al que se le atribuyeron los derechos regulados en los arts. 1406 y 1407 CC, con un derecho de habitación, en propiedad, nuda propiedad...

Podrán también seguir conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten. Podría ser el caso de un hijo menor de edad que conviva en la vivienda con su progenitora, la viuda del causante. O un abuelo que convivía con su hijo, el fallecido, porque no tenía otra vivienda. Diversas pueden ser las situaciones de convivencia que pueden darse en la práctica pero lo importante es que la convivencia entre todos sea pacífica y no haya problemas.

IV. EL HABITACIONISTA: REQUISITOS ESENCIALES.

Como hemos visto, 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 denominado de manera poco correcta "legado legal" o mejor dicho, legado de origen legal o por ministerio de la ley. El beneficiario tiene que ser un legitimario con discapacidad (aunque tras la modificación de la Ley 8/2021 se ha establecido que sea "un legitimario que se encuentre en una situación de discapacidad") que conviviera con el causante en el momento del fallecimiento de éste. 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” este derecho de habitación 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 legitimario con discapacidad disfrutará del legado o la donación del derecho de habitación que queda fuera de las legítimas, y además conserva su cuota legitimaria que no se reduce porque tampoco se le imputa en su cuota, siempre y cuando se cumplan los 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 tendía a proteger a las personas menos favorecidas, más desvalidas y con menos ingresos económicos, en vez de beneficiarlas con un derecho de propiedad³⁹.

El *primer requisito* que debe tener el llamado a beneficiarse de este derecho de habitación, esto es, el habitacionista expectante es que debe poseer la condición u ostentar la cualidad de *legitimario del causante o del donante (benefactor) actual o efectivo*, y según el art. 807 CC, lo serán por este orden y con carácter excluyente, 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. Ahora bien, habría sido oportuno haber incluido la compatibilidad del derecho de habitación en favor de los ascendientes con discapacidad que no ostentan la condición de legitimarios efectivos, por existir hijos y descendientes, al excluirse de lege data los que al tiempo del fallecimiento del causante no sean legitimarios efectivos, excluyéndose los que según el 807 podrían denominarse “legitimarios eventuales”, tal y como observa acertadamente CALAZA LÓPEZ⁴⁰. La situación que creemos estaría en la finalidad y el espíritu del 822 CC. Una situación de convivencia de varios familiares con y sin discapacidad, por ejemplo, hay hijos sin discapacidad, padres con discapacidad que conviven en el momento del fallecimiento del causante, ¿qué sucedería con el padre, ascendiente, que finalmente no es legitimario al existir el hijo que lo es con respecto al titular de la vivienda? Imaginemos que conviven en la vivienda el abuelo con discapacidad y su hijo que fallece. En el caso de que el causante tuviera hijos y descendientes, estos serán, en principio, sus legitimarios excluyendo

39 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. “Derechos de uso y habitación. Diferencias y evolución”. *Actas del II Congreso Internacional y V Iberoamericano de Derecho Romano, Los Derechos reales*, (coord. por A. TORRENT RUIZ), Edisofer, Madrid, 2001, p. 737].

40 Tal y como establece CALAZA LÓPEZ, A.: “El uso y la habitación de la vivienda familiar en el marco de la Ley 8/2021”, en *Fortalezas y debilidades del Derecho de Familia contemporáneo, Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Carlos Lasarte Álvarez* (dir. por F. YAÑEZ VIVERO, B. SAINZ CANTERO, F. J. JIMÉNEZ MUÑOZ, A. DONADO VARA, P. LÓPEZ PELÁEZ, E. ABAD ARENAS), Dykinson, Madrid, 2023, tomo II, p. 1109.

por tanto al ascendiente con discapacidad que convivía con el causante. Habría sido deseable que la norma hubiera mencionado como posibles beneficiarios: “hijos y descendientes, ascendientes y cónyuge viudo con discapacidad”. Porque nos preguntamos ¿qué ocurre si tiene discapacidad un nieto o un ascendiente y existe un hijo legitimario? Si estos familiares tuvieran discapacidad y también convivieren con el causante, nos parece que si el espíritu y finalidad de la norma es el procurarles una vivienda a través de esta figura especial, no se cumpliría del todo con respecto a estos familiares.

En segundo lugar, el beneficiario de este derecho de habitación debe tener una *discapacidad reconocida*⁴¹, con independencia de si cuenta o no con una medida de apoyo⁴². Conviene no confundirlo con la anterior modificación de la capacidad de obrar, o con la anterior incapacitación judicial. Se trata de una persona que se encuentra en una situación de discapacidad. Ya avanzamos anteriormente la cuestión de qué sucedería con aquellas personas con discapacidad pero que no ha sido reconocida administrativamente, y que por ejemplo tienen un guardador de hecho. ¿O aquellas que tienen una medida de apoyo sin tener el certificado del grado de discapacidad por el motivo que sea? Se podría considerar que la finalidad de la norma permitiría beneficiar a estas personas que *de facto* tienen una medida de apoyo aun sin contar con la certificación del grado de discapacidad, aunque también habrá que tener en cuenta la posición del resto de coherederos que podrían verse perjudicados por posibles abusos que pudieran darse ante situaciones así. ¿Qué sucede con aquellas personas que tienen una discapacidad, que como sabemos no es estática y puede cambiar, por lo que su situación puede mejorar al tiempo del fallecimiento del causante? En este caso, podría mantenerse el legado del derecho de habitación si no perjudica las legítimas de los otros legitimarios, pero el legatario no podrá beneficiarse del beneficio económico de la exclusión del derecho de habitación para el cálculo de las legítimas del art. 822 CC. Otra cuestión sería la contraria, que al fallecer el testador el legatario no ha alcanzado la situación de discapacidad, pero tiene una tipología de afección degenerativa

41 Actualmente, el reconocimiento del grado de discapacidad se regula en el Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, por el que se ha derogado la anterior norma en la que se regulada el reconocimiento del grado de discapacidad: RD 1856/2009, 4 dic, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad y por el que se modifica el RD 1971/1999, de 23 dic. Esta norma introduce la 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 tramitará el IMSERSO. El recurso judicial de la resolución administrativa se presentará ante el orden social. Esta reciente norma tiene en cuenta los conceptos de discapacidad y persona con discapacidad incorporados a nuestro ordenamiento interno y los establecidos en las normas internacionales.

42 Vid. Disposición Adicional Primera “Certificación del tipo de discapacidad”, del Real Decreto 888/2022, de 18 de octubre, por el que se establece el procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad, “1. A instancia de la persona interesada, con o sin medidas de apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica, se certificará por la Administración competente el tipo o los tipos de deficiencia o deficiencias que determinan el grado de discapacidad reconocida, conforme a la información que conste en el expediente, a los efectos que requiera la acreditación para la que se solicita”.

que previsiblemente conllevará un empeoramiento de su discapacidad de manera progresiva, por lo que parecería razonable reconocerle el derecho de habitación ya que la finalidad y el espíritu de la norma así lo aconsejan, a pesar de que este legitimario no tenga en el momento del fallecimiento del causante el grado de discapacidad requerido pero padezca una enfermedad degenerativa como podría ser un caso de esclerosis lateral amiotrófica, por ejemplo⁴³.

Debemos recordar que este derecho de habitación está establecido únicamente en favor de los legitimarios que tengan reconocida una discapacidad, y que ésta esté en vigor *en el momento de la apertura de la sucesión, y no al establecerse el legado o la donación*. Con la modificación de la Ley 8/2021, y el nuevo sistema de apoyos, a partir de ahora no se modificará la capacidad ni se incapacitará a las personas, sino que se establecerán los posibles apoyos para que estas personas con discapacidad puedan ejercer su capacidad jurídica en igualdad de condiciones que las demás, pero hasta esta modificación se estableció que esta medida solo beneficiara a los legitimarios con discapacidad, pero no a los incapacitados judicialmente, si en ellos no concurría a su vez el grado de discapacidad exigido⁴⁴. En cuanto a la certificación de la discapacidad, se señalaba en la Ley 41/2003 en su art. 2 el grado exigido para poder beneficiarse de estas medidas, que es el que sigue vigente para este art. tal y como ha establecido expresamente la Ley 8/2021, que modifica la Disposición Adicional 4ª del CC. Por lo que la referencia a la discapacidad realizada en los arts. 96, 756.7º, 782, 808, 822 y 1041 “se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 41/2003, de protección patrimonial de las personas con discapacidad, y a las personas que están en situación de dependencia de grado II o III, de acuerdo a la Ley 39/2006⁴⁵, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia. A los efectos de los demás preceptos de este Código, salvo que otra cosa resulte de la dicción del artículo de que se trate, toda referencia a la discapacidad habrá de ser entendida

43 En este sentido seguimos la acertada y precisa observación de CALAZA LÓPEZ, A.: “El uso y la habitación de la vivienda familiar en el marco de la Ley 8/2021”, cit., p.1116.

44 Vid. PEREÑA VICENTE, M.: “El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado”, AC, 2004, núm. 15, p. 1761.

45 La clasificación de los grados de dependencia se recoge en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, en su art. 26. Grados de dependencia.

“I. La situación de dependencia se clasificará en los siguientes grados:

a) Grado I. Dependencia moderada: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria, al menos una vez al día o tiene necesidades de apoyo intermitente o limitado para su autonomía personal.

b) Grado II. Dependencia severa: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día, pero no quiere el apoyo permanente de un cuidador o tiene necesidades de apoyo extenso para su autonomía personal.

c) Grado III. Gran dependencia: cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria varias veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal”.

a aquella que haga precisa la provisión de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica”.

En el art. 2 de la Ley 41/2003 se establece que tendrán la consideración de personas con discapacidad: las 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. El grado de discapacidad se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme.

Al tratarse de un reenvío concreto y específico a los grados de discapacidad recogidos en la Ley 41/2003, habrá que estar a lo allí regulado, tal y como acabamos de ver, por lo que no será de aplicación lo dispuesto de manera más general en el actual 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, modificado recientemente por la Ley 3/2023, de 28 de febrero, de Empleo, que recoge en su art. 4, apartados 1 y 2, 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. Las disposiciones normativas de los poderes y las Administraciones públicas, las resoluciones, actos, comunicaciones y manifestaciones de estas y de sus autoridades y agentes, cuando actúen en calidad de tales, utilizarán los términos “persona con discapacidad” o “personas con discapacidad” para denominarlas.-2. Además de lo establecido en el apartado anterior, 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. Sin perjuicio de lo anterior, a los efectos de la sección 1.ª del capítulo V y del capítulo VIII del título I, así como del título II, se considerará que presentan una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento las personas pensionistas de la Seguridad Social que tengan reconocida una pensión de incapacidad permanente en el grado de total, absoluta o gran invalidez y las personas 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”. Los apartados 3⁴⁶ y 4 de este art. 4 se refieren al reconocimiento del grado de discapacidad.

46 El art. 4.3º del 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 recoge: “El reconocimiento del grado de discapacidad deberá ser efectuado por el órgano competente en los

Por tanto, y a la vista de lo anterior, el beneficiario deberá ser una persona con una discapacidad certificada, y además podrá ser una persona con grado de dependencia II o III. Una de las cuestiones que nos planteábamos al principio y que tenía que ver con qué sucedería si alguna persona tiene discapacidad -pero no certificada- y una medida de apoyo, por ejemplo, una guarda de hecho, y que conviviera con el causante, si podría beneficiarse o no de este derecho de habitación. Podemos entender que según la literalidad del precepto, y después de la modificación de la Disposición Adicional 4ª del CC con la Ley 8/2021, al referirse el primer apartado expresamente al art. 822, esta persona a pesar de su discapacidad, pero no tenerla certificada, no cumpliría los requisitos para ser beneficiaria de esta figura especial, a pesar del espíritu y finalidad de la figura que pretenderían protegerla. Cuestión ésta que nos parece que tal vez debería repensarse. No olvidemos que el apartado segundo de la Disposición Adicional 4ª habría permitido considerar como discapacidad aquella que hiciera precisa la adopción de medidas de apoyo para el ejercicio de la capacidad jurídica (como habría sido la situación de la guarda de hecho del caso hipotético planteado), a pesar de no contar con la certificación. La solución entonces estaría en solicitar el reconocimiento del grado de discapacidad y, en ese caso, dependiendo del grado reconocido, podría ser beneficiaria.

El *tercer requisito*: que 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. Aquí nos planteamos varias dudas: ¿qué sucede si la persona con discapacidad reside parte del año en la vivienda familiar y parte del año en otra vivienda, en una residencia o en un hospital? ¿qué sucedería si el causante tiene otras posibles viviendas, por ejemplo, alguna de ellas más accesible para este beneficiario, o que alguna pudiera acondicionarse y adaptarse, si así lo consideran y consienten los coherederos? El espíritu de la norma es que el beneficiario continúe residiendo donde lo venía haciendo, para no cambiarle su situación habitacional tras la muerte del causante. Ahora bien, se podrá considerar que si el beneficiario está de acuerdo, y el resto de coherederos también, incluso podría ser favorable el cambio de residencia. Siempre considerando los deseos, preferencias y voluntad de la persona con discapacidad. Ahora bien, también se podrá objetar que con este posible cambio se desvirtuaría la voluntad del causante, e igual se le podría perjudicar al beneficiario con ese cambio o traslado, ya que este derecho es sobre la vivienda

términos desarrollados reglamentariamente.- La acreditación del grado de discapacidad se realizará en los términos establecidos reglamentariamente y tendrá validez en todo el territorio nacional”.

habitual en la que venía conviviendo y así lo establece expresamente la norma, por lo que no sería posible este cambio. De todas formas, consideramos que si todos estuvieran de acuerdo, y hubiera una vivienda de similares características, y el beneficiario pudiera encontrarse allí bien, se conseguiría la finalidad de la figura que es la protección del beneficiario, por lo que habría que ver casuísticamente si el cambio sería beneficioso o no para esta persona.

Es imprescindible 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, y según está redactada la norma, no se aplica a las segundas viviendas. En caso de que el legitimario con discapacidad en el momento del fallecimiento del causante tuviera una necesidad de seguir viviendo en ese domicilio o residencia, será posible que se constituya un legado de origen legal como expresamente recoge nuestro legislador. Ahora bien, consideramos que esta “necesidad” requerida por el legislador para el caso del legado por ministerio de la ley también debería aplicarse y tenerse en cuenta en la donación y en los legados voluntarios, ya que, en definitiva, se trata de un régimen especial que afecta a las legítimas y por tanto al resto de legitimarios, que verían mermadas sus cuotas. Por tanto, 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 dispone acerca de la situación de necesidad real en caso del apartado primero: de donación o legado constituido por el causante. Habría sido un buen momento que con ocasión de la modificación de la Ley 8/2021, que en el primer apartado del art. 822 CC, relativo a la constitución voluntaria de este derecho a través de la donación o del legado, se hubiera añadido una mención expresa a la situación de necesidad

Por tanto, y a modo de conclusión, este derecho de habitación se establece en beneficio del de un legitimario que tengan reconocida una discapacidad, y que ésta esté en vigor en el momento de la apertura de la sucesión, y no al establecerse el legado o la donación. Con anterioridad a la Ley 8/2021, tampoco podía ser beneficiario un legitimario incapacitado judicialmente si en él no concurría el grado de discapacidad exigido. Actualmente, tras la gran reforma de adaptación a la Convención de Nueva York de 2006 que la Ley 8/2021 ha supuesto en nuestro ordenamiento, al instaurarse un sistema de asistencia, en vez de sustitución, además de unos procedimientos o expedientes de provisión de apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica⁴⁷, en vez del anterior proceso de incapacitación

⁴⁷ Estamos de acuerdo con los acertados comentarios de la reforma de CALAZA LÓPEZ, S.: “Expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de discapacidad: ¿era necesario confeccionar tantos ‘trajes a medida’ procesales para único abrigo sustantivo?”, en *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad: estudio*

judicial o modificación de la capacidad, recordemos que si la persona a pesar de tener una discapacidad y un apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica no tiene certificada su discapacidad, tampoco se beneficiaría de este derecho de habitación especial del 822 CC. En cuanto a la certificación de la discapacidad, como ya hemos recogido, la Disposición Adicional 4ª del CC, reenvía a Ley 41/2003, donde se establece en su art. 2 los grados de discapacidad exigidos 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. La acreditación de estas discapacidades se realizará mediante un certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme.

V. PARTICULARIDADES DEL ESPECIAL DERECHO DE HABITACIÓN DEL ART. 822 CC.

Este derecho de habitación faculta al habitacionista a ocupar en una vivienda ajena las piezas necesarias para él y su familia (cónyuge, pareja de hecho, cuidador...), de forma vitalicia, salvo que el título constitutivo dispusiera algo distinto. La forma de constitución de este derecho de habitación -dado que nada se señala al respecto para el derecho de habitación- será, por remisión a lo establecido para el derecho de usufructo (concretamente, al art. 468 CC) por alguna de las siguientes vías: a) por la ley, b) por la voluntad de los particulares, tanto por actos entre vivos como por actos de última voluntad, y c) por prescripción; por este caso excepcional del art. 822 en beneficio de un legitimario con discapacidad, y por el derecho de adjudicación preferente de la vivienda habitual que tiene reconocido cónyuge supérstite en el art. 1407⁴⁸ CC.

Este derecho especial de habitación del 822 CC tiene una peculiaridad y es que no computa para el cálculo de las legítimas, por lo que se trata de un derecho intransmisible. Ahora bien, si se constituyera permitiendo su transmisión, se regiría por el sistema ordinario, computaría, por tanto, para el cálculo de las legítimas. La donación se imputaría a la legítima del donatario; y en caso de que fuera un legado de un derecho de habitación, éste podría reducirse si fuera excesivo. El 822 CC reitera lo dispuesto con carácter general en el art. 525 CC, pero consideramos

sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio, (coord. por Y. DE LUCCHI, J. A. QUESADA SÁNCHEZ, J. M. RUIZ-RICO RUIZ), 2022, pp. 617-644.

48 Art. 1407 del CC: "En los casos de los números 3 y 4 del artículo anterior podrá el cónyuge pedir, a su elección, que se le atribuyan los bienes en propiedad o que se constituya sobre ellos a su favor un derecho de uso o habitación. Si el valor de los bienes o el derecho superara al de haber del cónyuge adjudicatario deberá éste abonar la diferencia en dinero". Por su parte el art. 1.406, en sus números 3 y 4, al que hace referencia el precepto anteriormente transcrito, dispone: "Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber, hasta donde éste alcance:... 3.º El local donde hubiese venido ejerciendo su profesión. 4.º En caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese la residencia habitual".

que no está de más para destacar la especialidad de este derecho en beneficio del legitimario con discapacidad. En este sentido, se trata de un derecho personalísimo que únicamente beneficia al legitimario con discapacidad, tal y como hemos visto anteriormente.

Este derecho real limitado de habitación⁴⁹ faculta al habitacionista a ocupar en una vivienda ajena las piezas necesarias para él y, en su caso, para su familia, de forma vitalicia, a no ser que en el título constitutivo se establezca algo distinto, como puede ser un plazo, una condición...

El título constitutivo del derecho de habitación, al igual que el de los otros derechos reales, será inscribible en el Registro de la Propiedad, según dispone el art. 2.2 de la Ley Hipotecaria⁵⁰. 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, según dispone el art. 525 CC, de ahí que la Ley Hipotecaria prohíba expresamente la constitución de una hipoteca en los derechos de uso y habitación (art. 108.3 LH), a diferencia de la permisividad existente para hipotecar el derecho de usufructo (art. 107.1 LH). Intransmisibilidad de este derecho de habitación que reitera de una manera un tanto innecesaria el nuevo art. 822 CC, aunque seguramente lo haga para que no quepa ninguna duda de que se trata de un derecho personalísimo del legitimario con discapacidad, establecido únicamente en su beneficio.

En Cataluña, actualmente en su Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, regula en su art. 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 los arts. 233-19 a 233-24 y 234-8, en materia de vivienda familiar". Por tanto, en caso de estar de acuerdo el propietario se podría gravar o transmitir el derecho de habitación. Así mismo, es posible la constitución de hipoteca sobre la vivienda con el derecho de uso o habitación, siendo posible la ejecución de la

49 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 art. 524 CC.

50 Art. 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...".

hipoteca si los usuarios o habitacionistas hubieran consentido la constitución de la hipoteca. Con anterioridad a este Código Civil de Cataluña, ya su Ley 13/2000, de 20 de noviembre, de Regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación, no lo prohibía expresamente (el art. 36 en su primer apartado señalaba que no podían alienar su derecho, para, a continuación, recoger en su segundo apartado que el habitacionista y el usuario podían consentir el establecimiento de una hipoteca sobre el bien de que se tratara, suponiendo la ejecución de la hipoteca, la extinción del derecho de habitación o de uso). En Navarra, también se regula, como en el Código Civil, un especial derecho de habitación sobre la vivienda habitual de las personas con discapacidad o dependencia (Ley Foral 425 de Navarra) en el que no se permite el arrendamiento de la vivienda al habitacionista; sin embargo, en la regulación del general derecho de habitación -Ley Foral 424- sí se permite que el habitacionista arriende la vivienda total o parcialmente, cesando el arrendamiento al extinguirse el derecho de habitación, sin prórroga alguna.

VI. POSIBLE CONVIVENCIA CON OTROS LEGITIMARIOS O TERCEROS.

Tal y como ya hemos apuntado anteriormente, sería posible que varias personas convivieran en la misma vivienda 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 deriva del derecho de adjudicación preferente del art. 1407 CC, con otros colegitimarios o terceras personas con otros derechos de habitación u otros derechos reales. Pero además en esta posible convivencia podrá tratarse del cónyuge viudo y que también fuera legitimario/beneficiario, por lo que tendría preferencia para residir en la vivienda ex art. 1407 pero incluso podría beneficiarse del derecho de habitación regulado en el 822 CC, 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 sus respectivos derechos de habitación, algunos de ellos con un derecho de habitación de este tipo "especial" y otros, con un derecho de habitación del tipo, digámoslo así, "ordinario".

También pudiera darse el caso de que hubiera varios cotitulares 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 a favor de otro legitimario.

○ incluso sería posible la siguiente situación de convivencia de 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- como sabemos, salvo la impuesta al viudo por su difunto consorte o por los descendientes o ascendientes de éste (*vid.* 793⁵¹ CC). Se puede por tanto establecer un legado de habitación en favor de los descendientes o ascendientes solteros, así como del cónyuge supérstite mientras permanezcan solteros o viudos, por lo que, como vemos podrán darse distintas situaciones de convivencia de varias personas con derecho de habitación en la misma vivienda habitual.

También sería factible la convivencia con otros posibles beneficiarios del derecho de habitación, por ejemplo, podría haber varios colegitimarios en situación de discapacidad que convivían con el causante y que necesitan que se establezca en su beneficio un legado de origen legal.

Ya hemos comentado anteriormente que es posible la convivencia de varias personas con derecho de habitación⁵², así por ejemplo el cónyuge supérstite (1.407 del CC) o también otros legitimarios, según dispone el nuevo art. 822 CC, situaciones éstas que FLORES RODRÍGUEZ califica de “auténtico derecho de cohabitación con perfiles singulares”⁵³.

Traemos a colación un caso que nos parece interesante y que fue resuelto por la sentencia Audiencia Provincial Baleares 13 marzo 2007⁵⁴. En este caso, la hija y tutora de su madre incapacitada (dueña de la mitad indivisa y usufructuaria de la vivienda) pretendía representando a su 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. La hija tutora quería que su madre viviera en la

51 Art. 793 CC: “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 éste.- 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”.

52 La posibilidad de convivencia no contradice o desnaturaliza este derecho de habitación. En Cataluña, actualmente no hay una referencia expresa, pero anteriormente se estableció una referencia expresa en la derogada Ley 13/2000, de 20 de noviembre, art. 45, que ambos, habitacionista y propietario deben ejercer su derecho con corrección para facilitar la relación normal entre ellos y las personas que convivan con ellos. Se introducía, pues, un deber recíproco para ambos de ocupar la vivienda sin detrimento para la pacífica convivencia en la casa (*vid.* VILLAGRASA ALCAIDE, C.: “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*, 2002, Julio-agosto, núms. 7-8, t. I, p. 32).

53 FLORES RODRÍGUEZ, J.: “Algunas consideraciones sobre la actualidad del derecho real de habitación en el tráfico jurídico inmobiliario”, *RCDI*, 2006, año 82, núm. 693, p. 125.

54 SAP Baleares 13 marzo 2007(Roj: SAP IB 217/2007).

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 en la vivienda las piezas necesarias. 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.

Otro supuesto de interés es el que resolvió la sentencia Audiencia Provincial Girona 26 septiembre 2012⁵⁵. 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, desestimando la Audiencia Provincial el recurso y confirmando la sentencia de instancia.

En otro supuesto recurrido en apelación y resuelto por la Audiencia Provincial de Barcelona 17 septiembre 2003⁵⁶, 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 (un dormitorio), y otras necesarias como el baño o la cocina, ahora bien, establece que sobre éstas habrá una utilización común con el propietario.

VII. EXTINCIÓN Y GASTOS.

El derecho de habitación se extingue por las causas de extinción del usufructo⁵⁷, pero hay que añadir además por abuso grave de la cosa o de la habitación, pérdida

55 SAP Girona 26 septiembre 2012 (Roj: SAP GI 359/2012).

56 SAP Barcelona 17 septiembre 2003 (Roj: SAP B 4750/2003).

57 En el art. 513 de nuestro CC se señala que el usufructo se extingue: "1.º Por muerte del usufructuario.- 2.º Por expirar el plazo por que se constituyó, o cumplirse la condición resolutoria consignada en el título constitutivo.- 3.º Por la reunión del usufructo y la propiedad en una misma persona.- 4.º Por la renuncia del usufructuario.- 5.º Por la pérdida total de la cosa objeto del usufructo.- 6.º Por la resolución del derecho del constituyente.- 7.º 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,

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 y personalísimo del beneficiario con discapacidad.

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 art. 527 CC que si ocupa la totalidad del bien inmueble, deberá sufragar las reparaciones ordinarias de conservación y pagar las contribuciones. Ahora bien, 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 falta⁵⁸.

VIII. CONCLUSIONES.

Después de analizar los aspectos principales de este especial derecho de habitación, nos surgen varias cuestiones dudosas referidas a su aplicación, y que consideramos que podían haberse resuelto o aclarado con la última modificación con ocasión de la Ley 8/2021.

Las personas beneficiarias serán únicamente los legitimarios con la discapacidad señalada en el art. 2 de la Ley 41/2003. Por tanto, no lo serán otros familiares que no sean legitimarios: hijos y descendientes; padres y ascendientes y cónyuge viudo. Pero no lo serán los hermanos, tíos, sobrinos y primos hermanos, por ejemplo, a pesar de tener una discapacidad reconocida y convivir con el causante. Ni tampoco se verán beneficiados los legitimarios que tienen un apoyo para el ejercicio de su capacidad jurídica (por ejemplo, una medida voluntaria o una guarda de hecho) pero no tienen el grado de discapacidad reconocido, o tampoco

establece en su art. 562-5-Extinción: "Los derechos de uso y habitación se extinguen por resolución judicial en caso de ejercicio gravemente contrario a la naturaleza del bien, sin perjuicio de lo establecido por el art. 561-8.1". (Dispone el 561-8: "Art. 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").

58 En Cataluña se establecía expresamente en el art. 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 ésta, 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 art. 562-II. 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".

aquellos legitimarios con un grado de discapacidad inferior al recogido en la Ley 41/2003. Habría sido deseable que la reforma de la Ley 8/2021 hubiera incluido como posibles beneficiarios: "hijos y descendientes, ascendientes y cónyuge viudo con discapacidad". Porque nos preguntamos ¿qué sucede si tiene discapacidad un nieto o un ascendiente y existe un hijo legitimario? Si estos familiares tuvieran discapacidad y también convivieran con el causante al fallecer este, nos parece que si el espíritu y finalidad de la norma es el procurarles una vivienda a través de esta figura especial, no se cumpliría del todo con respecto a estos familiares. Podría establecerse un derecho de habitación a su favor; ahora bien, computaría a efectos de legítima; no sería este especial derecho de habitación.

Adicionalmente, cabe pensar que el hecho de que este especial derecho de habitación del 822 CC no se compute en la cuota legitimaria del legitimario con discapacidad, podría dar lugar a tensiones familiares entre los legitimarios una vez fallezca el causante titular; tensiones y situaciones incómodas en la convivencia que el habitacionista podría sufrir, empezando, quizá, por el abandono o despreocupación de sus hermanos o familiares. Creemos que si convive con el cónyuge superviviente y este es su progenitor, la convivencia suponemos que será -en principio- más pacífica que si no lo fuera.

El estado de necesidad en el legado de origen legal lo deben valorar los demás herederos forzosos, valoración de este estado de necesidad que al no computarle este derecho de habitación en la legítima del legitimario con discapacidad, podrá suponer algunas tensiones o fricciones. Estado éste que posiblemente no será siempre "valorado en su justa medida" por los demás legitimarios.

En el caso de que en una familia existieran varias personas legitimarias con discapacidad, sería oportuno que todas ellas disfrutaran de este derecho de habitación especial, aunque el testador no lo hubiera dispuesto para todas ellas, eso sí, si su estado de necesidad así lo requiriera. Consideramos que el estado de necesidad debería valorarse también en el caso del legado o donación voluntaria del apartado primero del 822 CC, dado que no va a computarse en su legítima. Porque es posible que ese legitimario tenga otros bienes, otros inmuebles, recursos o tal vez, no necesite vivir en esa vivienda, pero pudiera vivir en otra suya, o acondicionar otra para que residiera allí.

La convivencia de varios legitimarios en la vivienda familiar, a veces único bien integrante de la herencia del causante, podrá ocasionar algunas fricciones, sobre todo, cuando otro de los legitimarios que no padecía una discapacidad, por avatares de la vida la sufre posteriormente. ¿Qué sucede ante discapacidades sobrevenidas tras el fallecimiento del causante? Pero en caso de que la discapacidad mejorara, ¿qué sucedería en este caso? ¿O si la situación de necesidad remitiera? Estas cuestiones no las aborda el precepto.

Será posible que el testador hubiera beneficiado al legitimario con discapacidad conviviente además de a través de un legado de habitación del 822 CC, y de su legítima, que lo hubiera mejorado, y que además le hubiera dado el tercio de libre disposición. Seguramente que en caso de que hubiera otros legitimarios a los que les hubiera dado únicamente su cuota legitimaria estricta, las tensiones en este supuesto serán previsibles.

La preferente adjudicación en el haber del cónyuge sobreviviente de un derecho de propiedad o un derecho de habitación en la vivienda habitual, opción que tiene el cónyuge supérstite, puede ir contra el legado de habitación establecido en favor del legatario con discapacidad, sobre todo cuando no es su descendiente o si existe una enemistad entre ellos. Opción ésta que podrá acabar con las expectativas del legitimario con discapacidad. Consideramos también que en caso de existir diversos bienes inmuebles, que pudiera valorarse la constitución del derecho de habitación en otra vivienda, por ejemplo, si hubiera acuerdo de los herederos, y no solo en la vivienda habitual donde convivía el beneficiario y el causante o testador.

Por tanto, se puede concluir que la configuración de este derecho de habitación no computable en la legítima del beneficiario con discapacidad resulta y nos parece, 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 acceda a una vivienda. Por lo que, si al menos tiene cubierta esta necesidad de la vivienda (no olvidemos que en ella residía ya) nos parece bastante acertada y bienvenida esta medida de protección a estas personas. Así cuantos menos obstáculos adicionales 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, cualquier medida tuitiva es bienvenida si tiene la finalidad de mejorar o mantener su nivel de vida. Este legitimario con discapacidad tendrá un derecho de habitación intrasmisible de carácter vitalicio.

La Ley 8/2021 ha modificado ligeramente este precepto, aunque consideramos que podría haber incluido algunas modificaciones o aclaraciones que lo habrían completado y mejorado, tal y como hemos puesto de manifiesto en estas líneas. Nos habría parecido oportuno haber incluido a otros familiares entre los beneficiarios de este derecho de habitación especial y no únicamente a los legitimarios, siempre que convivieran con el causante en el momento del fallecimiento. Además, debería haber aclarado lo de convivir en el momento del fallecimiento del causante ¿qué sucede si está internado en una residencia temporalmente pero luego vuelve al que era su hogar? En suma, diversas son las cuestiones pendientes que sigue planteando el 822 CC y que el legislador deberá aclarar, y nuestros tribunales irán matizando y resolviendo caso por caso.

BIBLIOGRAFÍA

BOTELLO HERMOSA, P.: *El derecho real de habitación a favor de la persona con discapacidad*, Aranzadi, 2021.

CALAZA LÓPEZ, C. A.: "El uso y habitación de la vivienda familiar en el marco de la Ley 8/2021, en AA.VV.: *Fortalezas y debilidades del Derecho de Familia contemporáneo, Liber Amicorum en Homenaje al Profesor Carlos Lasarte Álvarez*, (dir. por F. YÁÑEZ VIVERO, B. SÁINZ CANTERO, F. J. JIMÉNEZ MUÑOZ, A. DONADO VARA, P. LÓPEZ PELÁEZ, E. ABAD ARENAS), Dykinson, Madrid, 2023, pp. 1069-1126.

CALAZA LÓPEZ, S.: "Expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de discapacidad: ¿era necesario confeccionar tantos 'trajes a medida' procesales para único abrigo sustantivo?", en AA.VV.: *La reforma civil y procesal en materia de discapacidad: estudio sistemático de la Ley 8/2021, de 2 de junio* (coord. por Y. DE LUCCHI, J.A. QUESADA SÁNCHEZ; J. M. RUIZ-RICO RUIZ), 2022, pp. 617-644.

CARRASCO PERERA, A.: "Acoso y derribo de la legítima hereditaria", *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2003, núm. 580, p. 11.

DONADO VARA, A.: "Humanización de la justicia: retos procesales en los procesos de familia. La judicialización de la guarda de hecho bajo el nuevo paradigma de la discapacidad", en *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, 2022, núm. 33 (Ejemplar dedicado a: *La humanización de la justicia civil de familia*).

DONADO VARA, A.: "La curatela como clave del sistema de apoyos", en *Retos de la justicia civil indisponible: infancia, adolescencia y vulnerabilidad*, (dir. por S. CALAZA LÓPEZ y E. PILLADO GONZÁLEZ), ed. Aranzadi, Pamplona, 2022, pp. 119-147.

DONADO VARA, A.: "Requerimiento y medidas de control del defensor judicial", en *Jurisdicción Voluntaria. Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria*, (dir. por S. CALAZA LÓPEZ), Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 567-582.

DONADO VARA, A.: "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", en *RCDI*, 2018, núm. 767, pp. 1557-1582.

FLORES RODRÍGUEZ, J.: "Algunas consideraciones sobre la actualidad del derecho real de habitación en el tráfico jurídico inmobiliario", *RCDI*, 2006, año 82, núm. 693, pp. 121-144.

FLORES RODRÍGUEZ, J.: "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 2005, pp. 37-100.

GARCÍA HERRERA, V.: *El legado de habitación a favor de legitimario discapacitado*, Dykinson, Madrid, 2018.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil, vol. I, Introducción y Derecho de la Persona*, Madrid, Marcial Pons, 2022, 27ª ed.

LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil, vol. IV, Derechos reales*, Marcial Pons, Madrid, 2022 10ª ed.,

LASARTE ÁLVAREZ, C.: *Principios de Derecho Civil, vol. VII, Derecho de sucesiones*, Marcial Pons, Madrid, 2022, 16ª ed.

LÓPEZ SAN JUAN, R.: *La guarda de hecho como medida de apoyo a las personas con discapacidad*, Aranzadi, 2022.

MINGORANCE GOSÁLVEZ, C.: "Derecho de habitación sobre la vivienda habitual a favor del discapacitado en el Derecho español", *RCDI*, 2010, 722, noviembre-diciembre, pp. 2539-2558.

MORETÓN SANZ, F.: "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)", en *Revista de Derecho de Familia de Costa Rica*, 2007, 2.

MORETÓN SANZ, F.: "Apuntes sobre la Constitución Europea y el derecho a la no discriminación de las personas con discapacidad", en *Revista de Derecho UNED*, 2006, núm. 1, pp. 247 a 272

MORETÓN SANZ, F.: "Protección civil de la discapacidad: Patrimonio protegido y obras de accesibilidad en la Propiedad Horizontal", *RCDI*, 2005, 687, pp. 61-115.

NOGUERA NEBOT, T.: "El legado de derecho de habitación regulado en el artículo 822 del Código Civil", *Revista de Derecho UNED*, 2006, núm. 1, pp. 471-488.

PASTOR ÁLVAREZ, C.: "Una nueva estrategia legal ante la discapacidad: la protección patrimonial de las personas discapacitadas", *Aranzadi Civil*, 2004, núm. 20.

PEREÑA VICENTE, M.: "El derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado", *Diario La Ley*, 2004, año XXV, número 5957, 18 de febrero, pp. 1828-1835.

PEREÑA VICENTE, M.: "El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado", *AC*, 2004, núm. 15, pp. 1758-1772.

PÉREZ GIMÉNEZ, T.: "Algunas reflexiones en torno a la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad", *AC*, 2004, núm. 21, pp. 2554-2558.

RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: "El derecho de habitación establecido a favor del legitimario discapacitado como gravamen sobre la legítima estricta", en *Libro Homenaje al Profesor Manuel Albaladejo García* (coord. por J. M. GONZÁLEZ PORRAS Y F. MÉNDEZ GONZÁLEZ), Bosh, 2005, pp. 4017-4032.

ROBLES REYES, J. R.: "Derechos de uso y habitación. Diferencias y evolución", en *Actas del II Congreso Internacional y V Iberoamericano de Derecho Romano, Los Derechos reales*, (coord. por A. J. TORRENT RUIZ), Edisofer, Madrid, 2001, p. 733-738.

RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN, J.: "La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de las personas con discapacidad", *AC*, 2004, núm. 4, 2ª quincena de febrero, pp. 357-369.

VILLAGRASA ALCAIDE, C.: "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*, 2002, Julio-agosto, núms. 7-8, t. I, pp. 25-34.

