

EL LEGITIMARIO EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD COMO TITULAR DEL DERECHO DE HABITACIÓN TRAS LA LEY 8/2021

Análisis de la reforma

Belén del Pozo Sierra

Profesora Doctora de Derecho Civil
Universidad Pontificia de Comillas

TITLE: *The forced heir in a situation of disability as the holder of the right of residence under Law 8/2021. Analysis of the reform.*

RESUMEN: En el contexto del actual problema de acceso a la vivienda, el derecho real de habitación se configura como una alternativa especialmente relevante cuando el beneficiario es una persona con discapacidad. El art. 822 CC, reformado por la Ley 8/2021, como excepción a la intangibilidad de la legítima, contempla un trato de favor hacia la donación o la atribución legal del derecho de habitación a favor del legitimario que se encuentre, en el momento del fallecimiento del causante, en situación de discapacidad con el presupuesto legal de convivencia. Este trato favorable puede generar una situación de tensión al entrar en colisión con los derechos del resto de legitimarios. En el presente estudio se valora, con la perspectiva del tiempo, una reforma que hubiera sido deseable fuera más allá de un cambio conceptual.

ABSTRACT: *In the context of the current problem of access to housing, the real right of habitation is a particularly relevant legal instrument when the beneficiary is a person with a disability. Article 822, as amended by Law 8/2021, introduces a targeted exception to the principle of the intangibility of the legitimate portion, by permitting a more favourable treatment of the donation of the right of habitation in favour of the legitimate heir who, at the time of the de cuius death, is in a situation of disability with the legal requirement of cohabitation. This favourable treatment may create tension as it conflicts with the rights of the other forced heirs. This study assesses, with the benefit of hindsight, a reform that would have been desirable beyond a conceptual change.*

PALABRAS CLAVE: Derecho de habitación; legitimario; discapacidad; donación; legado.

KEY WORDS: *Right of habitation; forced heir; disability; donation.*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. DERECHO REAL DE HABITACIÓN A FAVOR DE LA PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. 3. ÁMBITO SUBJETIVO DEL DERECHO DE HABITACIÓN POR ATRIBUCIÓN VOLUNTARIA: «...LEGITIMARIO QUE SE ENCUENTRE EN UNA SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD, SI EN EL MOMENTO DEL FALLECIMIENTO AMBOS ESTUVIERAN CONVIVIENDO EN ELLA [VIVIENDA HABITUAL]». 3.1. *Legitimario*. 3.2. *Situación de discapacidad*. 3.3. *Convivencia en la época inmediatamente anterior al fallecimiento*. 4. ÁMBITO SUBJETIVO DEL DERECHO DE HABITACIÓN POR ATRIBUCIÓN LEGAL: «QUE LO NECESITE». 5. PROTECCIÓN PATRIMONIAL DIRECTA EN EL CÁLCULO DE LAS LEGÍTIMAS. 6. CONSIDERACIONES FINALES. BIBLIOGRAFÍA.

1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de los cuatrocientos treinta artículos que dedica el Código Civil al derecho de sucesiones —título III- Libro III- el legislador ha contemplado diversas opciones de protección de los derechos patrimoniales que puedan corresponder a las personas con discapacidad. Un momento clave fue 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 (en adelante, Ley 41/2003) que introdujo distintas modificaciones del derecho de sucesiones y marcó un camino que continua con 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 (en adelante, Ley 8/2021). Ambos textos legales constituyen un reflejo de la mirada que la sociedad ha puesto en los últimos años en las personas con discapacidad.

Con esta finalidad de protección patrimonial de las personas con discapacidad encontramos el artículo 822 CC. Precepto que se ubica, junto a la sustitución fideicomisaria de residuo sobre la legítima, las facultades de mejorar el cónyuge viudo y la exención de colación, dentro de las previsiones del legislador que buscan proteger los derechos patrimoniales de las personas con discapacidad tras el fallecimiento del causante. El art. 822 CC, al que vamos a dedicar esta investigación, prevé la posibilidad de una donación del derecho de habitación o con origen legal sobre la vivienda habitual a favor de un legitimario en situación de discapacidad, excluyéndolo del cómputo para el cálculo de las legítimas¹.

Resulta indiscutible que la vivienda constituye en la actualidad una de las mayores preocupaciones sociales. Hay una realidad objetiva de falta de vivienda que afecta en especial a los más jóvenes dificultando, ante un futuro incierto, sus posibilidades de emancipación. Si a la falta de vivienda unimos una situación de discapacidad el problema se agrava. De ahí que el art. 822 CC, ante la posibilidad de quedarse sin vivienda, recoja una solución a favor del legitimario con discapacidad. El espíritu de la norma es, en la medida de lo posible, no alterar la situación de habitabilidad que tenía

¹ Como pone de manifiesto RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J., «La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de las personas con discapacidad», *Actualidad civil* nº 4, febrero, 2004, el legislador rescata la figura del derecho de habitación que estaba en desuso.

Fue incorporado por la Ley 41/2003 con la finalidad de garantizar el derecho a una vivienda de quien siendo legitimario tenga una discapacidad. El legislador añade un tercer párrafo al artículo 821, dejando vacío de contenido el 822, para poder regular el derecho de habitación y así otorgar una protección patrimonial directa a los derechos de las personas con discapacidad.

antes de la muerte del causante y, con esta finalidad, prevé la posibilidad de una donación *inter vivos* o legado del derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario en situación de discapacidad, excluyéndolo del cómputo para el cálculo de las legítimas. Se trata de una protección patrimonial directa exigiendo tres requisitos: una situación previa de convivencia, la cualidad de legitimario del habitacionista y que se encuentre en situación de discapacidad. Se busca asegurar una vivienda digna donde cobijarse y ser atendido, si bien deberá compartir la vivienda con el testador o causante². Además, este mismo precepto concede al legitimario con discapacidad que lo necesite el derecho de habitación sobre la vivienda habitual en la que conviviera con el causante, si bien a salvo de cualquier disposición testamentaria de este sobre el derecho de habitación.

Tras la Ley 8/2021 se produce un cambio conceptual. Se mantiene en esencia el precepto adecuando sus términos al nuevo lenguaje de «*persona que se encuentre en situación de discapacidad*» frente a la redacción anterior de «*persona con discapacidad*» y, al delimitar la situación de discapacidad, mantiene la remisión a la LPPPD y amplía su ámbito subjetivo a las personas en situación de dependencia de grado II o III.

Pero antes de valorar la redacción vigente debemos detenernos, aunque sea brevemente, en el concepto general del derecho real de habitación y su constitución.

2. DERECHO REAL DE HABITACIÓN A FAVOR DE LA PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD

El derecho de habitación es un derecho real sobre cosa ajena que concede a su titular, el habitacionista, un poder directo sobre la cosa. Se regula de forma conjunta junto al derecho de uso (arts. 523-529 CC) y si bien tienden a ir de la mano, la realidad jurídica es que estamos ante derechos reales con sustantividad propia. Ambos son derechos reales limitativos del de propiedad y, en consecuencia, inscribibles en el Registro de la Propiedad³. Se caracterizan por su temporalidad, unido a la gratuidad e

² MARTÍNEZ ORTEGA, J.C., «Cláusulas testamentarias en favor de las personas con discapacidad», *El testamento de las personas con discapacidad*, Bosch, Barcelona, 2023. Disponible en <https://www.aranzadilaley.es/productos/la-ley-digital> [Consulta:24 octubre 2025].

³ La Ley habla de donación o legado como título constitutivo del derecho de habitación. Para NOGUERA NEBOT, T., «El legado de derecho de habitación regulado en el artículo 822 del Código Civil», *Revista de Derecho UNED*, núm. 1, 2006, p. 476, es llamativo la donación como título para transmitir el derecho de habitación «ya que si lo que se persigue es que el legitimario discapacitado pueda habitar en la vivienda habitual de aquel, ello se puede conseguir sin necesidad de concederle el citado derecho de habitación, simplemente con el consentimiento del titular; a menos que se quiera formalizar anticipadamente el derecho de habitación».

intransmisibilidad. El carácter temporal deviene esencial y así lo recoge el Tribunal Supremo, por todas, STS (1ª) 26 julio 2001: «el carácter temporal deviene esencial e incluso inspirado en norma de orden público, ya que es decisivo para distinguir el uso de la cosa por el propietario, del uso por otras personas no propietarios y sí titulares del derecho real limitado sobre cosa ajena; pero no es en modo alguno derecho perpetuo e inextinguible»⁴.

Conocido es el debate sobre el carácter imperativo del art. 525 CC lo que lleva a un sector doctrinal a defender que se pueda establecer en el título constitutivo la transmisibilidad de los derechos de uso y habitación. El art. 822 CC, párrafo tercero, es claro en sus términos al disponer: «el derecho a que se refieren los dos párrafos anteriores será intransmisible». Régimen excepcional que viene justificado, como apunta DÍAZ ALABART «por la discapacidad del habitacionista, que solamente a éste puede beneficiar»⁵. En otra línea algún autor es crítico al defender que resulta contraria al espíritu de la norma. En este sentido, AMUNÁTEGUI defiende que estamos ante una medida que limita y cercena la capacidad de administrar los bienes por parte de la persona con discapacidad, lo que resulta contrario a la finalidad de la reforma⁶. En sentido contrario se pronuncia RIVAS MARTÍNEZ que rechaza conceder, a favor del legitimario con discapacidad y en el título constitutivo, la facultad de disposición ante un derecho que se constituye sobre la vivienda familiar siendo contrario a la protección de la familia la entrada de terceras personas⁷. Lo cierto es que si queremos mantener el trato de favor previsto en el art. 822 CC el legislador es claro en sus términos: «será intransmisible»⁸.

⁴ STS (1ª) 26 julio 2001 (RJ\2001\8427).

⁵ DÍAZ ALABART, S., «El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación», *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº3, Sección Doctrina, Aranzadi, Cizur Menor, 2006, p. 22.

⁶ AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «Cuarenta y uno. Se da nueva redacción a los párrafos primero y segundo del art.822», *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Dir. Guilarte Martín-Calero, C, Aranzadi, Cizur Menor, 2021. Disponible en <https://legalteca-aranzadilaley-es> [Consulta:24 septiembre 2025].

⁷ RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 1440.

⁸ Dado el carácter personalísimo del derecho, condicionado a las necesidades del habitacionista, constituye un abuso grave la cesión del uso o habitabilidad «por ser un acto contrario a la esencia misma del derecho, fundado, precisamente, en la necesidad del titular de ese derecho real, por lo que – sin realizar juicio de valor sobre las intenciones – sí que existe, desde un punto de vista objetivo, un abuso, un exceso notable de su derecho». SAP Zaragoza, 19 abril 2000 (AC\2000\3180).

En la misma línea la SAP Barcelona 26 enero 2001 (JUR\2001\145932) concluye que no vale extender y ceder el uso a terceros no recogidos en el título de constitución. En palabras de la Sala «ello implica un abuso del derecho de habitación en cuanto supera el contenido del derecho, uso y utilización, pero sin facultad de disposición a favor de tercero, art. 525 del Código civil, constando la oposición del dueño del

El art. 524 CC diferencia un uso que da derecho a los frutos de la cosa ajena para las necesidades del usuario y su familia, de un derecho de habitación «que faculta a su titular para ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y su familia»⁹. Se confiere al habitacionista un poder directo sobre la cosa, inscribible en el Registro de la Propiedad (art. 2.2 y 3 LH) y, en tal caso, con eficacia registral. CLEMENTE apunta como característica del derecho real de habitación el objeto sobre el que recae, una cosa ajena, y el fin determinado que persigue, la vivienda sin conceder a su titular un derecho sobre los frutos¹⁰. Es importante recalcar que el derecho de habitación sólo permite dedicar la casa al alojamiento como vivienda habitual¹¹. Otro uso requiere que sea autorizado en el título constitutivo para no incurrir en abuso grave, causa especial de extinción del derecho de habitación¹².

piso y agravando su situación por una acción o traspaso in consentido que limita las facultades de la propiedad y extiende los derechos del habitacionista contra la naturaleza del derecho constituido. Esta agravación del derecho de propiedad y disposición del bien implica un abuso en el ejercicio del derecho que conlleva a la extinción del derecho del habitacionista como único camino para evitar la limitación y agravación del derecho de propiedad por la extensión de las facultades del titular del derecho de habitación».

⁹ El concepto que recoge el CC recupera el concepto romano del derecho de uso que, a diferencia del usufructo, sólo facultaba, en su origen, a usar la cosa frente a un concepto actual de modelo de derecho real, el de uso, que permite un uso más extenso. Fernández de Buján apunta el origen del derecho de uso respecto de cosas no fructíferas y, como más antiguo de los objetos de uso, apunta el derecho de habitar la casa a título personal e intransferible siendo la jurisprudencia romana quien amplía su contenido. Fernández de Buján, A., *Derecho privado romano*, Iustel, Madrid, 2011, p. 488.

¹⁰ CLEMENTE MEORO, M.E., *Comentarios al Código Civil*, Bercovitz Rodríguez-Cano, R., (Dir.), tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 4161.

¹¹ En cuanto a su extensión la SAP Barcelona, 17 septiembre 2003 (AC\2003\1817) acude al título constitutivo, el testamento en el que se contiene el legado y «el hecho de que en el mismo se indique que se lega el derecho de habitación [sobre la vivienda] no implica sin más que ese derecho de habitar se extienda a la totalidad de su superficie ..Por tanto, si algo se ha de presumir, es que ese derecho, y por su propia naturaleza y alcance, legalmente establecido, se encuentra limitado con respecto a la vivienda sobre la que recae y que comprende tan sólo la facultad de ocupar las partes de la misma que sean necesarias y no todas, requiriéndose para que podamos entenderlo referido a la totalidad de la vivienda que así se establezca de forma expresa y clara, lo que no acontece en el presente supuesto». En la misma línea también se expresa la SAP Madrid 24 julio 2000 (JUR\2000\277500) ante el silencio del título constitutivo sobre las dependencias de la vivienda sobre la que ha de recaer el derecho de habitación, la regulación del Código, aplicable con carácter supletorio, «lo hace recaer sobre las concretas piezas de una vivienda no sobre la totalidad, quedando las restantes para uso de la propiedad, naturalmente con utilización conjunta de las piezas que por su naturaleza requieran la utilización común».

¹² No ajustarse al uso autorizado en el título constitutivo puede dar lugar a la extinción del derecho. El art.529 CC contempla como causa especial de extinción del derecho de habitación, junto a las previstas para el derecho de usufructo en el art.513 CC, el abuso grave de la habitación. Estamos ante un concepto jurídico indeterminado con base en el abuso de derecho (art.7.2 CC) que consecuencia de la limitada realidad cuantitativa del derecho de habitación los pronunciamientos judiciales son escasos. Ya citamos algunos supuestos de abuso del derecho de habitación con ocasión de su carácter personalísimo del derecho de habitación. En la misma línea la SAP Zaragoza 19 abril 2000 (AC\2000\3180) califica de abuso grave el arrendamiento celebrado por la persona que tiene sobre el inmueble un derecho de habitación.

El legislador parte del concepto legal del derecho de habitación descrito para trasladarlo a la sección de las legítimas con el resultado del art. 822 CC. Se trata de dar un trato favorable a las donaciones y legados, de un derecho de habitación a favor de los legitimarios con discapacidad. Donación o legado que era admisible de siempre, pero eso sí, sujetándose a las reglas de inoficiosidad comunes a las disposiciones a título gratuito como límite de protección de las legítimas.

Se introduce una nueva excepción a la intangibilidad de las legítimas sometido a la *conditio iuris* de ser legitimario el beneficiario, que se encuentre en situación de discapacidad y el requisito de convivencia previa, más la situación de necesidad exigible para el derecho de habitación legal. Requisitos todos ellos que pasamos a analizar.

3. ÁMBITO SUBJETIVO DEL DERECHO DE HABITACIÓN POR ATRIBUCIÓN VOLUNTARIA: «...LEGITIMARIO QUE SE ENCUENTRE EN UNA SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD, SI EN EL MOMENTO DEL FALLECIMIENTO AMBOS ESTUVIERAN CONVIVIENDO EN ELLA [VIVIENDA HABITUAL]»

La cualidad de legitimario, situación de discapacidad, convivencia y necesidad son presupuestos de aplicación de la norma, *conditio iuris*, y, deben ser objeto de valoración siempre en el momento de la muerte del causante - aunque no se dieran tales circunstancias en el momento de la donación o del testamento - y teniendo presente que tal beneficio entra en colisión con el derecho del resto de los legitimarios a quienes afecta el gravamen sobre la vivienda habitual. Se da una situación de tensión entre ambos derechos.

De los tres requisitos, como veremos a continuación, el primero, la condición de legitimario plantea no pocos debates jurídicos de justicia material. El segundo, la situación de discapacidad, tras la reforma operada por la Ley 8/2021 se produce un cambio conceptual, una ampliación subjetiva del ámbito de aplicación del derecho previsto en el art. 822 CC. Y, el tercero, exige un planteamiento casuístico donde

Por su parte la SAP Almería 6 mayo 2002 (JUR\2002\174152) valora el impago de gastos como posible causa de extinción de derecho del habitacionista que tendría cabida, en aras de la autonomía de la voluntad y la libertad de pactos, dentro del abuso grave. Por el contrario, la SAP de las Palmas 30 marzo 2007 (JUR\2007\147837) considera que la realización de obras de reparación en la casa litigiosa no supone un caso de abuso grave a los efectos extintivos del art.529 CC. En todo caso acudir en horas diurnas al inmueble no se podría calificar como de abuso grave si no en todo caso un «*mal uso*», no determinante de la extinción del derecho conforme al art.520 CC en relación con el art.528 del mismo texto legal.

La SAP Guipúzcoa 24 junio 2010 (JUR\2014\175832), concluye que no ha existido un abuso grave de la habitación en una vivienda de reducidas dimensiones que difícilmente puede ser compartida entre los siete hermanos, sino que tan solo existen malas relaciones familiares.

resulta esencial la prueba de la convivencia. De igual modo probar el requisito de necesidad, como presupuesto del derecho de habitación legal, nos acerca a la escasa jurisprudencia menor recaída sobre la materia.

3.1. *Legitimario*

El artículo 822 se encuadra como último artículo dentro de la sección 5ª, «De las legítimas». A la hora de determinar quién puede ser titular del derecho de habitación nos debemos ajustar a las reglas de las legítimas, aunque de ello se pueda derivar alguna injusticia que afecta a los nietos o ascendientes con discapacidad como pasamos a exponer.

En la línea descendente, se aplica el principio de proximidad de grado. Los hijos son legitimarios por derecho propio y excluyen de la legítima a los nietos y descendientes de ulterior grado. Cualidad que el hijo no llega a adquirir en caso de premoriencia y, se verán privados de ella en caso de incapacidad para suceder, ya sea por decisión del causante recogido de forma expresa en el testamento al concurrir un supuesto de desheredación o en caso de haber sido declarados indignos. De ahí que RAGEL sea crítico con el art. 822 CC cuando habla de donación a favor del legitimario, pues hasta el fallecimiento del donante no goza el donatario de la cualidad de legitimario, es más igual ya sea por desheredación o premoriencia no llegue a adquirirla¹³. Crítica que no se extiende al supuesto de constitución vía legado al ser este último *mortis causa* y, en consecuencia, sus efectos exigen la muerte del testador. Es indiscutible, como dice el autor, que para adquirir la condición de legitimario se exige el fallecimiento del causante, pero el legislador entendemos, y lo confirma su ubicación en la sección que corresponde a las legítimas, no está pensando en la aplicación del precepto al momento de la donación si no cuando se proceda al cálculo de la legítima lo que nos lleva al momento del fallecimiento del causante.

En los supuestos de premoriencia, desheredación o indignidad, asume la condición de legitimario el descendiente más próximo. Entra en juego el derecho de representación regulado en los artículos 924-929 CC, dentro del capítulo correspondiente a la sucesión intestada. Como bien ha señalado la doctrina, a pesar del lenguaje confuso del artículo 924 CC, se sucede directamente al causante de la sucesión, y no al pariente premuerto, si bien heredan por estirpes. No estamos ante un supuesto de representación en

¹³ 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*, tomo II, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004, p. 4020.

sentido técnico, de ahí que, ante una situación familiar donde el nieto en situación de discapacidad adquiere la condición de legitimario por premoriencia de su padre que no tenía discapacidad, y concurre con sus tíos legitimarios, entraría dentro del supuesto de hecho del art. 822 CC como habitacionista legitimario¹⁴.

Por contra podemos mencionar, a modo de ejemplo, algunas situaciones que dejarían fuera del ámbito subjetivo del art. 822 CC a personas en situación de discapacidad en contra del espíritu de protección que buscaba el legislador con la reforma y, que se podía haber modificado por la Ley 8/2021:

- Si hay hijo/s queda fuera el nieto en situación de discapacidad, aunque conviviera con el abuelo causante
- Si hay hijos o descendientes legitimarios quedan fuera los padres o ascendientes con discapacidad, aunque convivieran con el causante
- La repudiación del descendiente legitimario de primer grado impide adquirir la cualidad de legitimario a todos los de su estirpe, dejando fuera al nieto en situación de discapacidad, aunque conviviera con el abuelo causante. En tal caso el resto de los legitimarios, por derecho propio, adquieren la cuota de legítima que correspondía al legitimario que ha repudiado.
- Si todos los hijos renuncian se extingue el derecho de legítima y en consecuencia al no concurrir el presupuesto de legitimario se resuelve vía intestada.

Los padres y ascendientes, respecto de los hijos y descendientes, solo son legitimarios «a falta de los anteriores». El llamamiento a los ascendientes es subsidiario, en consecuencia, los padres con discapacidad no podrán ser protegidos con el derecho de habitación al gozar de preferencia los hijos del causante. RAGEL SÁNCHEZ habla de «*omisión gravísima*» quebrando una de las finalidades de la Ley 41/2003 de ayuda a las

¹⁴ El derecho de representación se da fundamentalmente en la sucesión intestada pero también en la legítima donde diferenciamos: en caso de incapacidad para suceder por indignidad, el art. 761 CC dispone «si el testador tuviere hijos o descendientes, adquirirán éstos su derecho a la legítima»; para el supuesto de desheredación el art. 857 CC establece que «los hijos o descendientes del desheredado ocuparán su lugar y conservarán los derechos de herederos forzosos respecto a la legítima». En cuanto a los supuestos de premoriencia de un legitimario, dejando hijos o descendientes, el art.814.2 CC establece un derecho de representación al disponer «Los descendientes de otro descendiente que no hubiera sido preterido, representan a éste en la herencia del ascendiente, y no se consideran preteridos». A la hora de aplicar el art.814.2 es conocido el debate doctrinal sobre el alcance objetivo del derecho de representación, si se limita a o no a la porción legitimaria que le corresponda al legitimario premuerto o se extiende a todo lo atribuido en el testamento. Debate doctrinal que nos aleja del tema objeto de estudio siendo indiscutible que el descendiente adquiere la cualidad de legitimario a los efectos del art.822 CC. RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *Comentarios al Código Civil*, Bercovitz Rodríguez-Cano, R., (Dir.), tomo IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 5849.

personas mayores que lleva a una paradoja de la Ley al proteger al ascendiente con discapacidad cuando ya estaban protegidos como legitimarios, «mientras que cuando no gozan de la cualidad de legitimarios no reciben la legítima ni el derecho de habitación sobre la vivienda en la que residían hasta la muerte de su descendiente»¹⁵. En la misma línea BOTELLO HERMOSA defiende una interpretación amplia del precepto para evitar la situación, que califica de absurda, de un nieto con discapacidad cuyo padre viviese al ser este último el legitimario no tendría el derecho de habitación aun siendo esta la voluntad del abuelo¹⁶. Supuesto similar sería el del padre con discapacidad que existiendo descendientes no reúne la condición de legitimario y que, en términos de justicia material, en palabras de MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES, no parece correcto negar la protección al anciano con discapacidad [padre del causante] por no reunir la condición de legitimario. Para la autora «la solución de esta norma tiene por finalidad vulnerar en lo mínimo posible el sistema de legítimas y no plantea una verdadera protección de la discapacidad, ni siquiera ante la posibilidad de estar excluyendo de la protección a los colectivos más vulnerables»¹⁷.

En este interesante debate MINGORANCE GOSÁLVEZ interpreta de forma conjunta los arts.807 y 822. Busca evitar una solución, que califica de nada deseable, de dar preferencia a los hijos sobre los padres. A juicio de la autora, el art. 822 posibilita reconocer el derecho a los legitimarios, art. 807, pero no en el orden que los reconoce. Lo anterior permite atribuir el derecho de habitación a cualquier legitimario con discapacidad, sin que la preferencia dentro de las legítimas se extienda a otros órdenes que vayan referidos a legitimarios¹⁸.

Compartiendo el fondo de la crítica, no podemos dejar de manifestar que estamos ante un régimen excepcional que afecta al sistema de legítimas, que vulnera la intangibilidad cualitativa, al reducir el caudal, y cuantitativa, al imponer un gravamen, de la legítima y en consecuencia debe ser objeto de interpretación restrictiva. *A fortiori*, la situación descrita no excluye que el propietario, por juego de la autonomía de la voluntad, acuda

¹⁵ RAGEL SÁNCHEZ, L.F., «El derecho de habitación...», *op. cit.*, p. 4018.

¹⁶ BOTELLO HERMOSA, P., «Importantes incertidumbres jurídicas que en la actualidad sigue planteando la Ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad en el ámbito del derecho sucesorio español», *Actualidad Derecho Civil*, 2018, t. LXXI, fasc. II, p. 351.

¹⁷ MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES, «Legítima y discapacidad. La vulneración del principio de intangibilidad y la protección del discapacitado», *Contribuciones para una reforma de la discapacidad*, Dir. Muñiz Espada, E, Wolters Kluwer, 2020, p. 323, la autora analiza las diversas reformas en materia de legítimas con la finalidad de protección de la persona con discapacidad para concluir que se quebranta el principio de intangibilidad de la legítima sin que se haya completado una satisfactoria protección de la persona con discapacidad.

¹⁸ MINGORANCE GOSÁLVEZ, C., «Derecho de habitación sobre la vivienda habitual del discapacitado en el Derecho español», *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, nº722, 2010, p. 2546,

al régimen general de donación o legado, eso sí, computándose en el cálculo de las legítimas.

Hay que conjugar, como señala DONADO VARA, el espíritu de la norma, que es la protección de los derechos de la persona con discapacidad y los posibles intereses contrapuestos del resto de legitimarios que ven sus legítimas mermadas con el gravamen del derecho de habitación sobre la vivienda habitual¹⁹. Y, en ese juego del doble interés contrapuesto, sí que compartimos con la doctrina que, si la finalidad de norma era la protección de las personas con discapacidad, carece de sentido mantener un derecho que busca un trato en favor de la persona con discapacidad, pero deja fuera a quien más lo puede necesitar (ej. ascendiente con discapacidad que existiendo descendientes no reúne la condición de legitimario).

De lo expuesto podemos concluir que lo interesante de la reforma no es solo lo que modifica, que afecta al segundo de los requisitos «en situación de discapacidad» si no lo que no modifica al mantener la cualidad de legitimario generando situaciones de injusticia contrarias al espíritu de la norma. Es en este pulso que mantiene el legislador entre la protección de la persona con discapacidad y la intangibilidad de la legítima lo que provoca una regulación que parece olvidar a los mayores.

A falta de los hijos y descendientes, entonces sí, son legitimarios los ascendientes de grado más próximo, salvo incapacidad de suceder o que hayan sido excluidos de la patria potestad y no ostenten los derechos que, por ministerio de la ley, les correspondan respecto del hijo o de sus descendientes, o en sus herencias (art. 111 CC)²⁰. Es en el momento del fallecimiento del causante cuando hay que, como apunta Ragel, centrar el análisis²¹. Y sólo si en ese instante no hay hijos ni descendientes entonces serán legitimarios los ascendientes. Pero en cualquier otro supuesto de cuota vacante que afecte a todos los hijos y descendientes, ya sea renuncia [hecho posterior a la apertura], premoriencia o incapacidad de suceder, los ascendientes como hemos apuntado anteriormente no son legitimarios.

En cuanto al cónyuge viudo, el art. 834 CC atribuye la condición de legitimario al cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste legalmente o, de hecho, y, en consecuencia, se cumple el requisito de convivencia. Si bien el cónyuge

¹⁹ DONADO VARA, A., «Recientes novedades...», *op. cit.*, p. 171.

²⁰ Si el causante es hijo adoptivo los integrantes de la familia de sangre no adquieren la condición de legitimarios (art.178.1 CC)

²¹ RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 5851.

siempre es legitimario, al no tener su llamamiento carácter subsidiario, puede no llegar a adquirir la cualidad de legitimario en caso de privación en el testamento, al concurrir causa de desheredación, o por ser declarado indigno para suceder²².

Ante la situación descrita nos ponemos en la posición del legislador y nos preguntamos ¿Cómo se podría haber aprovechado la Ley 8/2021 para reformar el artículo 822 del Código Civil y evitar que quedaran excluidos el nieto o el ascendiente con discapacidad? ¿Tiene sentido mantener fuera a determinados familiares por el mero hecho de no ser legitimarios? Pensemos en un sobrino o hermano que conviviera con el causante y tuviera una discapacidad.

Si hablamos de política legislativa en materia de vivienda podemos mirar a la legislación en materia de arrendamientos urbanos, en concreto la Ley 29/1994, de 24 de noviembre (en adelante Ley 29/1994). En su art. 16 establece un orden de prelación en la subrogación del contrato en caso de muerte del arrendatario. A falta de acuerdo unánime sobre quién de ellos será el beneficiario de la subrogación, el orden de prelación coloca en primer lugar al cónyuge seguido de la pareja de hecho, descendientes, ascendientes, hermanos y por último personas con discapacidad igual o superior al 65%, exigiendo en todos los casos, salvo el del cónyuge que presupone la convivencia, que hubiesen convivido con el arrendatario durante los dos años anteriores al fallecimiento. Pero en lo que nos interesa recoge una excepción al orden legal de prelación en los siguientes términos: «salvo en que los padres septuagenarios serán preferidos a los descendientes». Criterio que, de cara al futuro, podría servir de inspiración al legislador.

De igual modo resulta interesante la propuesta defendida por FERNÁNDEZ CAMPOS de extender el derecho de habitación legal a cualquier familiar con discapacidad sin necesidad de que sea legitimario, pues los hijos «acaso no necesitan el derecho de habitación pero impiden que aquellos que sí lo necesitan puedan disfrutar del mismo»²³.

²² Por exceder del objeto del presente trabajo no podemos detenernos en su estudio, pero sí mencionar que se puede dar una concurrencia del derecho de habitación con el derecho del cónyuge viudo sobre la vivienda ganancial y con el derecho de otros sobre la vivienda. Baste apuntar que ninguno de los derechos de los legitimarios prima de forma absoluta. Estamos ante derechos protegidos legalmente que han de ser respetados. El art.822 CC de forma expresa hace referencia al conflicto que puede darse entre el derecho de habitación del legitimario con discapacidad, que no sea el cónyuge viudo, y el del cónyuge viudo, al afirmar: «Lo dispuesto en los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1406 y 1407 de este Código, que coexistirán con el de habitación».

²³ FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., *El derecho real de habitación*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023, p. 147.

Resulta indiscutible que no es fácil encontrar una solución que contemple todas las realidades familiares sin dejar fuera de su ámbito subjetivo a quien, por sufrir una discapacidad, ha de ser protegido en su derecho constitucional a una vivienda digna (art. 47 CE). *A fortiori* incluir a quien no sea legitimario como beneficiario choca con el sistema de legítimas. El art. 822 CC ya de por sí constituye una excepción al régimen de las legítimas, si bien, con la solución actual son los propios legitimarios los que sufren el gravamen, pero en beneficio de otro legitimario y no de un tercero.

3.2. Situación de discapacidad

Para que entre en juego la protección patrimonial prevista en el art. 822 CC se exige como *conditio iuris*, junto a la cualidad de legitimario, que el beneficiario del derecho de habitación se encuentre en situación de discapacidad²⁴. Por remisión de la DA4ª CC la referencia que a personas con discapacidad se realiza en el art. 822 CC, se entenderá hecha al concepto definido en la Ley 41/2003, artículo 2, apartados 2 y 3. Así tendrán la consideración de personas con discapacidad:

- a) Las afectadas por una minusvalía psíquica igual o superior al 33%
- b) Las afectadas por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65%.

Estableciendo el citado precepto que «se acredita el grado de minusvalía mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente o por resolución judicial firme».

Lo cierto es que la nueva regulación, en palabras de MINGORANCE: «rompe con la anterior estructura de protección privada de las personas con discapacidad, basada únicamente en la incapacitación judicial. Ahora reciben una protección jurídica privada las personas con discapacidad, con independencia de que estén o no incapacitadas»²⁵. La no exigencia de resolución judicial deja abierta la puerta al debate sobre situaciones como la que plantea la autora al preguntarse ¿Qué sucede con aquellas personas que no obtuvieran una declaración administrativa aun cumpliendo los requisitos para solicitarla?; en la misma línea, DÍAZ ALABART plantea la hipótesis de que una persona no

²⁴ Como puso de manifiesto el Consejo de Estado, Dictamen 34/2019, de 11 de abril «no es contrario a la Convención que la protección ofrecida por la Ley 41/2003 no alcance a todas las personas con discapacidad en los términos de la Convención, sino sólo a los que sufran un determinado grado de minusvalía...Ahora bien, por motivos de seguridad jurídica, ha de reservarse en lo sucesivo la utilización del término «persona con discapacidad» para las personas a las que se refiere la Convención». Si bien llama la atención del órgano consultivo que no sea esa la expresión utilizada precisamente, entre otros, en el art.822 CC.

²⁵ MINGORANCE GOSÁLVEZ, C., «Derecho de habitación...», *op. cit.*, p. 2546.

llegue a ninguno de los porcentajes de forma independiente, pero sí sumando la discapacidad psíquica con la física lo que puede provocar dudas sobre la aplicación del art. 822 CC²⁶.

Frente al criterio de los tribunales, autores como DÍAZ ALABART defienden una interpretación flexible con fundamento en el principio de protección de las personas con discapacidad. Interpretación que parece haber seguido el legislador al ampliar el ámbito subjetivo del beneficiario previsto en el art. 822 CC. Sabemos que la reforma operada por la Ley 8/2021 va más allá de un cambio de terminología. El legislador ha buscado un nuevo sistema de apoyos que, otorgue a las personas con discapacidad el derecho a tomar sus propias decisiones. En lo que afecta al art. 822 CC la reforma del precepto lleva a sustituir «persona con discapacidad» por «persona que se encuentre en una situación de discapacidad» que exige delimitar quienes entran dentro del ámbito subjetivo de aplicación de la norma. A los efectos de los demás preceptos no citados en el primer párrafo de la DA4^a, 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. De lo anterior se pone de manifiesto que no toda discapacidad que provoque la aplicación del art. 822 CC conlleva medidas de apoyo.

Lo anterior supone que la Ley 8/2021 amplía el ámbito subjetivo del legitimario beneficiado por el art. 822 CC. Se sigue remitiendo a la LPPPD [discapacidad psíquica igual o superior al 33% y los afectados por discapacidad física o sensorial, igual o superior al 65%] y como novedad añade «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 (en adelante Ley 39/2006). Se entiende por *dependencia*, conforme al art. 2.2 LPAPD: «el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal». Esta situación de dependencia puede ser, o no, por razón de la discapacidad²⁷.

²⁶ DÍAZ ALABART, S., «El discapacitado ...», *op. cit.*, p. 24

²⁷ La LPAPD nos define ambos grados. La dependencia severa (grado II): «cuando la persona necesita ayuda para realizar varias actividades básicas de la vida diaria dos o tres veces al día y, por su pérdida total de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, necesita el apoyo indispensable y continuo de

Quedan incluidas en el ámbito subjetivo, en línea con la defensa del concepto amplio defendido, entre otros, por Díaz Alabart, las discapacidades puramente físicas, sin afectación psicológica o cognitiva, en cuanto nos dice Aparicio Vaquero «determinen una pérdida de autonomía personal que desemboque en una situación de dependencia de la persona»²⁸. Como apunta la autora, una persona puede necesitar apoyos en la vida diaria en el marco de una dependencia severa [grado II], sin alcanzar los porcentajes de discapacidad del art. 2.

En todo caso hay que tener presente que una situación personal y física que precise de una muy amplia supervisión no implica ni supone que deba abandonar el domicilio. En este sentido, la SAP Vizcaya 28 marzo 2025 parte de la finalidad de la norma que busca el bienestar de la persona con discapacidad. Siempre que no sea perjudicial para su persona permanecer en la casa «disponer de una vivienda por parte de una persona con discapacidad implica su bienestar, es una obviedad, más cuando, entre otras circunstancias, ostenta un derecho de habitación respecto de la misma»²⁹.

El grado de discapacidad se acredita con certificado administrativo o resolución judicial. La valoración de la situación y grado de dependencia también requiere acto administrativo del órgano competente dentro de cada Comunidad Autónoma, previo dictamen sobre el grado de dependencia con especificación de los cuidados que la persona pueda requerir, conforme a lo dispuesto en el art. 27 Ley 39/2006. De ahí que la SAP Madrid 23 junio 2017 declara improcedente el reconocimiento de derecho de uso y habitación al no tener reconocido ningún grado de minusvalía, siendo insuficiente la solicitud al exigirse certificado expedido de forma reglamentaria³⁰.

Una interpretación literal lleva a considerar imprescindible la resolución administrativa o judicial que reconozca la discapacidad o dependencia en los grados que exige la DA4ª, y exige incorporar los documentos que así lo acrediten como requisito para su

otra persona o tiene necesidades de apoyo generalizado para su autonomía personal. Y la gran dependencia (grado III): 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 (art.26 Ley 29/2006).

²⁸ APARICIO VAQUERO, J.P., «Artículo 822», *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Dir. García Rubio, M. Paz y Moro Almaraz, María J., Civitas, 2022. Disponible en <https://legalteca-aranzadilaley-es> [Consulta: 26 septiembre 2025].

²⁹ SAP Vizcaya 28 marzo 2025 (JUR\2025\139280).

³⁰ Para el tribunal: «El apelante no tiene reconocido ningún grado de minusvalía. Luego sobra cualquier otra disquisición al respecto...No basta una solicitud, sino que se requiere el expreso reconocimiento». SAP Madrid, 23 junio 2017 (JUR\2017\218188).

inscripción en el Registro de la Propiedad. MOSCOSO TORRES, con fundamento en el último párrafo del art. 808 CC [«Cuando el testador hubiere hecho uso de la facultad que le concede el párrafo anterior, corresponderá al hijo que impugne el gravamen de su legítima estricta acreditar que no concurre causa que la justifique»], defiende que tal carga de la prueba sólo procede en caso de impugnación del gravamen por parte del legitimario sin discapacidad. Para el autor, una solución contraria supone imponer al legitimario beneficiado una carga probatoria de su discapacidad que la ley no establece³¹. Esta solución entendemos no es extensible al derecho de habitación legal que debe ser objeto de reclamación por el interesado y la situación de discapacidad constituye presupuesto de aplicación de la norma.

Pudiera parecer, plantea APARICIO, que la exigencia de un grado de discapacidad es contraria a una regulación «inspirada en la ausencia de definición de discapacidad, que tampoco aparece cuantificada en la CDPD». Llegar a tal conclusión sería olvidar que el art. 822 CC es una norma que concede una protección patrimonial y, en consecuencia, el legislador puede establecer los requisitos que estime oportunos pues la norma no limita la capacidad de las personas con discapacidad, ni puede entenderse contraria al espíritu de la Convención. *A fortiori*, pone de manifiesto el autor, al analizar con detalle la tramitación parlamentaria en lo que afecta a la DA. 4ª, que la razón de la baremación en el ámbito civil se justifica «para individualizar, de entre las personas con discapacidad, aquellas que, por su situación, más pueden necesitar de una protección patrimonial, en equilibrio con los intereses de otros sujetos concurrentes que pueden verse afectados por tales medidas»³². En el supuesto del art. 822 CC está claro que los afectados son el resto de legitimarios que ven mermada la cuantía sobre la que se calcula su legítima o, en su caso, reciben la vivienda con el gravamen del derecho real de habitación.

3.3. Convivencia en la época inmediatamente anterior al fallecimiento

El derecho ha de recaer sobre la vivienda habitual [consustancial al derecho de habitación], se ha de acreditar la convivencia en el momento anterior al fallecimiento y, en el derecho de habitación legal ha de darse una situación de necesidad del habitacionista. Queda fuera del art. 822 CC la posibilidad de constituirlo sobre segundas

³¹ MOSCOSO TORRES, R.M., «Disposiciones testamentarias en beneficio de las personas con discapacidad», *La persona con discapacidad en el Derecho de sucesiones*, Dir. Espejo Lerdo de Tejada, M y Cerdeira Bravo de Mansilla, G, Aranzadi, Navarra, 2023. Disponible en <https://legalteca-aranzadilaley-es> [Consulta: 12 noviembre 2025].

³² APARICIO VAQUERO, J.P., «Artículo 822», *Comentario...*, *op. cit.* Disponible en <https://legalteca-aranzadilaley-es> [Consulta: 26 septiembre 2025].

residencias, residencias de verano, sin perjuicio de su constitución sometida al régimen general.

En cuanto al requisito de la convivencia del causante y de la persona con discapacidad «en la época inmediatamente anterior al fallecimiento», no se fija una duración mínima. Podía haber seguido el ejemplo de la Ley 29/1994, cuyo art. 16, al que nos referimos anteriormente, que en caso de muerte del arrendatario contempla la subrogación de la pareja de hecho cuya relación de afectividad análoga a la de cónyuge sea al menos dos años anteriores al tiempo del fallecimiento. Mismo plazo en caso de descendientes del arrendatario no sujetos a patria potestad o tutela, ascendientes, hermanos o personas que sufran una minusvalía igual o superior al 65% dentro de una relación de parentesco hasta el tercer grado colateral, siempre que «hubiesen convivido habitualmente con el arrendatario durante los dos años precedentes al fallecimiento».

El requisito de la convivencia ha sido objeto de crítica por la doctrina. BOTELLO HERMOSA considera que la exigencia de convivencia choca con el espíritu de la Convención del 2006 que busca justo lo contrario, esto es, que todas las personas con discapacidad puedan vivir de forma autónoma e independiente. ¿Como lograr un mayor grado de independencia si se exige la convivencia?, se pregunta el autor³³. La respuesta que compartimos entiende que el legislador protege a través del derecho de habitación a las personas que por ser más vulnerables no pueden ser independientes. A lo que añadimos que el requisito de necesidad, que veremos a continuación, se identifica con la carencia de otro inmueble donde alojarse y también con la ausencia de recursos económicos que le permitan acceder a otra vivienda.

4. ÁMBITO SUBJETIVO DEL DERECHO DE HABITACIÓN POR ATRIBUCIÓN LEGAL: «QUE LO NECESITE»

El párrafo segundo del art. 822 CC, ante el silencio del causante, contempla a favor del legitimario con discapacidad un derecho de habitación por atribución legal, y que, como apunta la SAP Vizcaya 15 noviembre 2011 (JUR\2012\171718), prevalece frente a los intereses del resto de coherederos forzosos, salvo que sea otra la voluntad del

³³ BOTELLO HERMOSA, P., «La protección notarial del consumidor en la Ley 5/2019: ¿por qué no implementar un mecanismo similar a favor del legitimario con discapacidad respecto al derecho de habitación que puede corresponderle por ley?», *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Dir. Ceideira Bravo de Mansilla, G y García Mayo, M, Bosch, Barcelona, 2021. Disponible en <https://www.aranzadilaley.es/productos/la-ley-digital> [Consulta: 2 noviembre 2025].

causante [«a menos que el testador no hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente»]³⁴.

La expresión *legado legal*, calificado así en la Exposición de motivos de la Ley 41/2003, es una contradicción en sí misma al ser el legado una atribución voluntaria³⁵. Nos referimos, por tanto, a un derecho de habitación legal y nos centramos en un cuarto requisito que exige la norma: «que lo necesite» y, añadimos, así se solicite una vez fallecido el causante³⁶.

Puede llamar la atención, y así se ha puesto de manifiesto por algún autor, que la situación de necesidad no se exija en la donación y legados voluntarios cuando todos gozan del mismo trato favorable. Estamos ante un régimen especial que afecta a las legítimas y para DONADO VARA no tendría mucho sentido este derecho especial si el legitimario con discapacidad tuviera otra vivienda adaptada u otros recursos que le permitieran tener alternativas. La autora manifiesta que, con ocasión de la Ley 8/2021, hubiera sido deseable la modificación del art. 822 en este sentido³⁷.

La necesidad del legitimario con discapacidad, de continuar en la vivienda, es una cuestión de hecho que exigirá atender a las circunstancias del caso³⁸. Como apunta

³⁴ El derecho fue introducido por la Ley 41/2003 sin que resulte admisible una extensión retroactiva de dicha normativa lo que lleva a la SAP Burgos 11 marzo 2005 (JUR\2005\108265), a excluir su aplicación al haberse abierto la sucesión con anterioridad a su entrada en vigor. No olvidemos que la sucesión se rige por la ley vigente en el momento de la muerte del causante (art. 9.8 CC). En la misma línea la SAP Murcia 9 octubre 2007, excluye la atribución del derecho sucesorio previsto en el art. 822 CC a una persona que no le correspondiese cuando se produce la delación de la herencia, con el fallecimiento del causante, antes de la entrada en vigor de la reforma del citado precepto que se recoge por primera vez en el año 2003. Estamos ante un derecho real por disposición legal que tiene su origen *mortis causa*, con el fallecimiento del causante y no antes al no poder operar con efecto retroactivo.

³⁵ En este sentido afirma BOTELLO HERMOSA., «El derecho...», *op. cit.*, Disponible en <https://legalteca-aranadilaley-es> [Consulta: 12 septiembre 2025] que lo lógico hubiera sido no incluir el término [legado legal] al ser justamente lo contrario.

³⁶ Para su constitución se requiere que lo solicite el legitimario con discapacidad, siendo así que BOTELLO HERMOSA, P., «La protección...», *op. cit.*, disponible en <https://www.aranadilaley.es/productos/la-ley-digital> [Consulta: 2 noviembre 2025], propone una protección similar a la del consumidor de implementar la exigencia legal de un acta notarial de información previa a la escritura de aceptación y partición de la herencia.

³⁷ DONADO VARA, A., «Recientes novedades en materia de discapacidad y derecho de habitación», *Actualidad jurídica iberoamericana* nº19, agosto, 2023.p. 187.

³⁸ La reciente SAP Madrid 23 enero 2025 (JUR 2025\64767), en un proceso de desahucio por precario, rechaza la petición de atribución del derecho de habitación por ministerio de la ley al no concurrir ninguno de los presupuestos legales. Entiende la Sala que nunca le fue atribuido por el padre ya fallecido, ni por la madre viva (copropietaria de la mitad indivisa pero usufructuaria) al ser presupuesto la convivencia con el fallecido, «a menos que el testador hubiera dispuesto otra cosa o lo hubiera excluido expresamente. Asimismo, la discapacidad de la demandada solo está reconocida administrativamente y

Flores Rodríguez, estamos ante una cuestión compleja³⁹. Para arrojar algo de luz acudimos a los escasos supuestos donde la jurisprudencia menor ha valorado la concurrencia del requisito de necesidad:

- La SAP Badajoz 22 marzo 2007, en un supuesto de disolución del matrimonio por divorcio, atribuye la vivienda al padre no custodio bajo una interpretación que va más allá de la literalidad del art. 96.1 CC. El tribunal atribuye la vivienda al padre al concurrir una circunstancia excepcional, esto es, el hecho de que la vivienda estaba adaptada a la minusvalía del padre habiendo sido la reforma de considerable relevancia⁴⁰.
- La SAP Vizcaya 15 noviembre 2011 revoca la de primera instancia y entiende que concurren los presupuestos para aplicar el art. 822 CC al no disponer de otra: el hijo tiene reconocida una discapacidad superior al 33%, necesita la vivienda familiar, en su día conyugal y que perteneció a la sociedad de gananciales⁴¹.
- No concurre situación de necesidad en el supuesto analizado por la SAP Madrid 17 marzo 2017: «No se pone en duda la discapacidad del heredero legitimario, ni tampoco que viviera con su madre en el momento del fallecimiento. Sin embargo, entendemos que no concurre en él el requisito de la necesidad a que alude el precepto legal». Como se indica en la sentencia, el patrimonio con el que va a contar tras las operaciones de la herencia materna no permite situarlo, precisamente, en un estado de necesidad⁴².

Concluye en este sentido el tribunal que la idea que subyace en el derecho de habitación es la de proteger a alguien que lo necesita. La necesidad ha de identificarse no sólo con la carencia de otro inmueble donde alojarse, sino también con la ausencia de recursos económicos que le permitan acceder a otra vivienda, bien sea adquiriéndola, bien sea arrendándola. Llama la atención que la referencia a la situación de necesidad sea en términos puramente patrimoniales y no afectivos. Criterio que entendemos se justifica formalmente al ser una norma que busca una protección puramente patrimonial de exclusión del régimen general de las legítimas pero que lo aleja de la finalidad inherente a la norma.

no ha sido objeto de medida alguna de apoyo y tampoco consta acreditado, ni siquiera indiciariamente, su estado de necesidad». Se introduce así el derecho de habitación del art. 822 CC en el conocido debate sobre la calificación de una cesión gratuita de un inmueble en el ámbito familiar, ya sea comodato o precario, invocando un nuevo título legitimador de la posesión de la vivienda, esto es, el derecho de habitación ex lege del art. 822 CC.

³⁹ Cuestión compleja que, a criterio de 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, *Revista jurídica del Notariado* nº 54, 2005, p. 91: «la redacción de este precepto obedece más a una intención que a una adecuada integración en el ordenamiento jurídico civil sin que se haya resuelto de forma afortunada».

⁴⁰ SAP Badajoz 22 marzo 2007 (JUR\2007\253350).

⁴¹ SAP Vizcaya 15 noviembre 2011 (JUR\2012\171718).

⁴² SAP Madrid 17 marzo 2017 (JUR\2018\34982).

En esta línea de valoración patrimonial la situación de necesidad no desaparece por estar ingresado en un centro hospitalario cuando no exista constancia de una situación definitiva e irreversible, sino ante una situación provisional y temporal. La jurisprudencia ha venido admitiendo justa causa de la no ocupación, del no uso, el ingreso por razones de salud, pero siempre que no se tratase de un ingreso permanente o definitivo.

- Así lo recoge la SAP Valladolid 3 mayo 2016 en una situación familiar de tres hermanos, aquejados de un estado de discapacidad, que al fallecimiento de los padres convivían con ellos en la vivienda familiar, si bien en un momento posterior la demandante fue ingresada en un centro hospitalario: «no existe ninguna constancia cierta de que tal situación tenga carácter definitivo e irreversible, sino más bien lo contrario, que es provisional y temporal»⁴³.

- En la misma línea la SAP Ciudad Real 31 marzo 2016, ante un ingreso en una residencia con carácter permanente, y además justificado por unos padecimientos que le impiden vivir independiente, acuerda estimar la pretensión de extinción del derecho de habitación. En palabras del Tribunal, «La naturaleza del derecho de habitación requiere justamente su uso a tales fines de residencia, y si bien no excluye tal uso, la desocupación temporal por razones como vacaciones o enfermedad, lo cierto es que por tal ocupación no puede identificarse con visitas irregulares que no tengan ese fin de alojamiento»⁴⁴.

⁴³ SAP Valladolid 3 mayo 2016 (JUR\2016\174478).

⁴⁴ «Probado el ingreso en la residencia de la beneficiaria y que por lo tanto allí reside de forma habitual, le correspondería a la demandada, quien en su caso tiene la fuente de la prueba, acreditar que con temporalidad y de forma suficiente ocupa dicha vivienda pese a su internamiento en la residencia, y la situación de discapacidad que se detalla para la realización de las tareas más básicas y ello, probado, contrariamente, bien por ejemplo que el ingreso en la residencia es puntual, temporal, o bien que lo es por periodos alternos, asumiendo en estos intervalos, no superiores al tiempo pactado contractualmente, los hijos los cuidados correspondientes. Sin embargo, ello no ocurre así, ya que se refiere un ingreso permanente, y además justificado por unos padecimientos que le impiden vivir independiente y sin asistencia.

En segundo lugar, ni siquiera lo afirmado es suficientemente contrastado, máxime cuando, como acertadamente señala el Juez a quo, las limitaciones que padece la beneficiaria son suficientes para concluir que no se podría desplazar con habitualidad en un vehículo o un taxi ordinario. En todo caso no podemos asimilar la ocupación de la vivienda sino a satisfacer las necesidades de alojamiento, sin que satisfaga tal ocupación a los fines descritos, el hecho de que en la vivienda se encuentren los muebles o los enseres de la beneficiaria, o acuda puntualmente llevada por sus hijos, manteniéndose, sin embargo, su residencia en la residencia de ancianos. SAP Ciudad Real 31 marzo 2016 (JUR\2016\118127).

5. PROTECCIÓN PATRIMONIAL DIRECTA EN EL CÁLCULO DE LAS LEGÍTIMAS

Las legítimas, como pone de manifiesto la doctrina jurisprudencial, constituyen un sistema de reglamentación negativo. Deja al causante disponer de los bienes en la confianza que va a respetar las legítimas confiriendo al legitimario las acciones de defensa cuantitativa y cualitativa de las mismas⁴⁵. Lo excepcional del derecho real previsto en el art. 822 CC, que justifica su ubicación en el CC en la sección de las legítimas, es afirmar que la donación o legado «no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieran conviviendo en ella». Dicho en otras palabras, se excluyen del cálculo de las legítimas como mecanismo de protección patrimonial directa en favor de las personas con discapacidad.

RAGEL habla de un nuevo derecho legitimario adicional que se añade a la legítima y repercute negativamente en los demás legitimarios al no tenerse en cuenta para el cálculo de la legítima⁴⁶. Para el autor con esta determinación legal se evita la situación de una herencia cuyo único bien sea la vivienda habitual cuyo valor, una vez descontado el valor del gravamen que supone el derecho de habitación, sea inferior a lo que le corresponde al legitimario que no está en situación de discapacidad lo que provocaría la reducción del derecho. Entraría entonces en juego la acción de complemento de legítima, de reducción de legados y por último de reducción de donaciones⁴⁷.

Recordemos que el art. 818 establece el método a seguir para el cálculo del haber hereditario que servirá de base para la determinación de la legítima que corresponde a cada legitimario. Dicho haber hereditario estará formado por el *relictum*, que se integra por el valor de los bienes y derechos del causante que no se extingan por su muerte, y el *donatum*. Las disposiciones a título gratuito que son computables son todas las donaciones hechas, sin límite temporal, por el causante tanto a favor de legitimarios como de terceros. Del *relictum* hay que deducir, conforme a lo dispuesto en el art. 818 CC «las deudas y cargas sin comprender en ellas las impuestas en el testamento». El art. 822 CC excepciona del régimen descrito la donación/legado del derecho de habitación. La donación no se añade al valor de los bienes y el valor del legado se extrae de la masa hereditaria.

⁴⁵ Por todas STS 28 septiembre 2005 (RJ\2005\7154); STS (1ª) 17 septiembre 2019 (RJ\2019\3619) y STS (1ª) 27 octubre 2025 (JUR\2025\351009).

⁴⁶ RAGEL SÁNCHEZ, L.F., «El derecho...», *op. cit.*, p. 4025.

⁴⁷ RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 6102.

Excluidos de la computación, tampoco deberán ser objeto de colación que busca un reparto con fundamento en la igualdad entre legitimarios⁴⁸. No tendría sentido lo contrario apunta RIVAS MARTÍNEZ, que destaca el juego del art. 822 CC en la colación rompiéndose el principio de igualdad. En palabras del autor «de poco valdría que se dispensase de la computación si luego no se dispensa de la colación, y es esto lo que, en definitiva, hace el art. 822 cuando excluye del cómputo Es aquí donde interviene definitivamente el art. 822, como ley especial frente a la general del Código, en el sentido de que el legado [al igual que la donación], no quedan hoy absorbidos en la cuota legitimaria del legatario»⁴⁹.

Estamos ante una excepción a la indisponibilidad de la legítima y a la norma imperativa de los artículos 813 y 818 CC⁵⁰. Si no existiera esta exclusión en palabras de la STS (1ª) 21 enero 2010: «La donación *inter vivos* se tomará en consideración, por más que lo quiera evitar el causante»⁵¹. Más reciente la STS (1ª) 27 octubre 2025 tiene por no puestas las limitaciones de la legítima del hijo del causante al atribuir a los tíos con exclusión de la madre, titular de la patria potestad, la administración de los bienes hasta los 25 años⁵².

La exclusión del cálculo de la legítima es lo que da sentido al precepto manteniendo el habitacionista el derecho a la legítima en las mismas condiciones que el resto de los legitimarios⁵³.

⁴⁸ «Tampoco estarán sujetos a colación los gastos realizados por los progenitores y ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes requeridas por su situación de discapacidad» (art. 1041 CC). Previsión esta última que entra dentro de las reformas operadas por la Ley 8/2021 en la misma línea que el supuesto del art. 822 CC objeto del presente estudio.

⁴⁹ RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de sucesiones...*, *op. cit.*, p. 1437.

⁵⁰ Llama la atención en este punto, entendemos por un olvido del legislador, la ausencia de referencia expresa al art. 822 en el 813 debiendo haberse mencionado junto al usufructo del cónyuge viudo y lo establecido en los arts. 782, en los términos establecidos en el art. 808 (sustitución fideicomisaria de residuo en favor del legitimario con discapacidad).

⁵¹ La STS (1ª) 21 enero 2010 (RJ\2010\2011) declara la nulidad de la cláusula testamentaria que ordena no tomar en consideración una donación de inmueble, hecha a su hijo heredero universal, invocando una transmisión desde el abuelo al nieto perjudicando la legítima de su otro hijo.

⁵² La prohibición a los hijos de administrar y disponer de los bienes hasta que cumplan los 25 años lesiona la intangibilidad cualitativa de la legítima. STS (1ª) 27 octubre 2025 (JUR\2025\351009).

⁵³ En este sentido RAGEL SÁNCHEZ, L.F., *Comentarios...*, *op. cit.*, p. 6101, si así lo quiere el donante o testador la legítima del hijo con discapacidad puede superar la legítima estricta del hijo sin discapacidad al recibir de más el derecho de habitación. El art. 822 CC da una nueva visión al debate en torno al art. 820.3 CC. Es pacífico en la doctrina, RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de sucesiones...*, *op. cit.*, p. 1437, que de no existir el art. 822 CC se aplicaría el 820.3 que se extiende a derechos análogos al usufructo como el de habitación.

6. CONSIDERACIONES FINALES

Nuestro Derecho sucesorio está inexorablemente unido al sistema de legítimas que representan una suerte de restricción a la facultad de disponer a título gratuito [*inter vivos* o *mortis causa*]. Sin entrar en el eterno debate sobre las legítimas, lo cierto es que en los últimos años se van dando pequeños pasos hacia la libertad dispositiva del causante. Con ocasión de las reformas legislativas que han buscado favorecer la situación patrimonial de los derechos de las personas con discapacidad, se han tocado artículos del Derecho de sucesiones que simbolizan, en palabras de De las Heras, «un tímido, pero innegable avance o incremento respecto del angosto margen reconocido a la libertad de testar»⁵⁴: «Se desanuda el veto relativo a la imposición de gravámenes a la legítima»⁵⁵.

Estos pasos encuentran reflejo en una doctrina jurisprudencial más flexible al interpretar las causas de desheredación, o en el poder legislativo que presenta soluciones como la prevista en el art. 822 CC, objeto del presente estudio, junto a la posibilidad que se le otorga al testador de atribuir, vía sustitución fideicomisaria de residuo (art. 808 CC), toda la herencia al hijo o descendiente legitimario con discapacidad. Se contempla asimismo la exención de colación de los gastos realizados por los padres o ascendientes para cubrir las necesidades especiales de sus hijos o descendientes con discapacidad.

El art. 822 CC, introducido en nuestro ordenamiento por la Ley 41/2003, es un reflejo de esta línea aperturista al incorporar una nueva excepción a la intangibilidad de la legítima. La donación o legado de un derecho de habitación a favor del legitimario, en situación de discapacidad, que conviviera con el causante en el momento del fallecimiento, no se computará para el cálculo de las legítimas. Su aplicación afecta tanto a la cuantía de la legítima, al reducirse el caudal, como cualitativamente al gravar la legítima con el gravamen del derecho a favor del legitimario con discapacidad.

La Ley 8/2021 respeta en esencia el precepto y limita la reforma a un nuevo lenguaje: «persona que se encuentre en situación de discapacidad», frente a la redacción anterior «persona con discapacidad». La nueva regulación al delimitar la situación de discapacidad mantiene la remisión a la Ley 41/2003 pero amplía su ámbito subjetivo a las personas en situación de dependencia de grado II o III. Lo interesante es que no

⁵⁴ DE LAS HERAS, M.A., *La cautela sociniana frente a la legítima*, Aranzadi, Pamplona, 2022, p. 7/123.

⁵⁵ DE LAS HERAS, M.A., *Ibidem*, p. 11/123.

toda discapacidad que provoque la aplicación del art. 822 CC conlleva medidas de apoyo.

En cuanto al resto de requisitos el punto crítico de la reforma es haber mantenido la cualidad de legitimario. Se podía haber aprovechado la Ley 8/2021 para buscar alternativas legislativas que no dejen fuera al nieto o ascendiente con discapacidad cuyo llamamiento es subsidiario. Encontramos así de una parte una modificación conceptual que amplía el ámbito subjetivo, pero que resulta insuficiente siendo deseable un paso más.

La finalidad de la norma es garantizar mantener las condiciones de habitabilidad anteriores a la muerte del causante de ahí que se mantenga la exigencia de una convivencia previa. No fija la Ley un plazo mínimo siendo una cuestión de hecho que requiere la debida actividad probatoria. La situación de necesidad del derecho de habitación legal, a menos que el testador lo hubiera excluido expresamente, nos lleva al análisis de la escasa jurisprudencia menor sobre la materia. La necesidad se valora desde un punto de vista puramente patrimonial que no personal al identificarse con la carencia de otro inmueble o medios económicos para acceder a una vivienda. No se pierde en caso de ingresos en centros hospitalarios o residencias, siempre que se trate de una situación temporal que justifique la no ocupación. Criterio económico que se justifica como protección patrimonial, pero hubiera sido deseable que desde los tribunales la interpretación se hubiera extendido a la situación personal y afectiva de la persona con discapacidad.

Visto con la perspectiva del tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la Ley 8/2021, podemos concluir que lo interesante de la reforma no es lo que modifica, que afecta al segundo de los requisitos: «persona en situación de discapacidad», sino lo que no modifica, al conservar como requisito legal la cualidad de legitimario generando situaciones de injusticia material contrarias al espíritu de la norma. Una reforma que se queda a medio camino y que pudo tomar como ejemplo la LAU para garantizar a los mayores con discapacidad, y por extensión al nieto, el mantenimiento de las condiciones de habitabilidad que tenían cuando convivían con el causante.

El resultado es producto del pulso entre los derechos de la persona con discapacidad y del resto de los legitimarios, que ven mermado su derecho con un gravamen sobre la vivienda habitual donde el legislador ha optado por proteger el sistema de legítimas. Y, en ese juego con un doble interés contrapuesto, sí que compartimos con la doctrina que, si la finalidad de norma era la protección de las personas con discapacidad, carece

de sentido mantener un derecho que busca un trato en favor de la persona con discapacidad, pero deja fuera a quien más lo puede necesitar.

Siempre queda abierta la posibilidad del régimen general.

BIBLIOGRAFÍA

AMUNÁTEGUI RODRÍGUEZ, C., «Cuarenta y uno. Se da nueva redacción a los párrafos primero y segundo del art. 822», *Comentarios a la Ley 8/2021 por la que se reforma la legislación civil y procesal en materia de discapacidad*, Dir. Guilarte Martín-Calero, C., Aranzadi, Cizur Menor, 2021.

APARICIO VAQUERO, J.P., «Artículo 822», *Comentario articulado a la reforma civil y procesal en materia de discapacidad*, Dir. García Rubio, M. P^a y Moro Almaraz, M^a. J, Civitas, 2022.

BOTELLO HERMOSA, P.,

- «Importantes incertidumbres jurídicas que en la actualidad sigue planteando la Ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las personas con discapacidad en el ámbito del derecho sucesorio español», *Actualidad Derecho Civil*, 2018, t. LXXI, fasc. II.

- *El derecho real de habitación a favor de la persona con discapacidad*, Aranzadi, Pamplona, 2021.

- «La protección notarial del consumidor en la Ley 5/2019: ¿por qué no implementar un mecanismo similar a favor del legitimario con discapacidad respecto al derecho de habitación que puede corresponderle por ley?», *Un nuevo orden jurídico para las personas con discapacidad*, Dir. Cerdeira Bravo de Mansilla, G y García Mayo, M, Bosch, Barcelona, 2021.

CLEMENTE MEORO, M., *Comentarios al Código Civil*, Bercovitz Rodríguez-Cano, R., (Dir.), tomo III, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

DE LAS HERAS, M.A., *La cautela sociniana frente a la legítima*, Aranzadi, Pamplona, 2022.

DÍAZ ALABART, S., «El discapacitado y la tangibilidad de la legítima: fideicomiso, exención de colación y derecho de habitación», *Revista doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, N^o3, Sección Doctrina, Aranzadi, Cizur Menor, 2006.

DONADO VARA, A., «Recientes novedades en materia de discapacidad y derecho de habitación», *Actualidad jurídica iberoamericana* n^o19, agosto, 2023.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *Derecho privado romano*, Iustel, Madrid, 2011.

FERNÁNDEZ CAMPOS, J.A., *El derecho real de habitación en el Código Civil*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.

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, *Revista jurídica del Notariado* n^o54, 2005.

MARTÍNEZ ORTEGA, J.C., «Cláusulas testamentarias en favor de las personas con discapacidad», *El testamento de las personas con discapacidad*, Bosch, Barcelona, 2023.

MINGORANCE GOSÁLVEZ, C., «Derecho de habitación sobre la vivienda habitual del discapacitado en el Derecho español», *Revista crítica de Derecho Inmobiliario*, nº722, 2010.

MOSCOSO TORRES, R.M., «Disposiciones testamentarias en beneficio de las personas con discapacidad», *La persona con discapacidad en el Derecho de sucesiones*, Dir. Espejo Lerdo de Tejada, M y Cerdeira Bravo de Mansilla, G, Aranzadi, Pamplona, 2023.

MUÑOZ SÁNCHEZ-REYES, «Legítima y discapacidad. La vulneración del principio de intangibilidad y la protección del discapacitado», *Contribuciones para una reforma de la discapacidad*, Dir. Muñiz Espada, E, Wolters Kluwer, 2020.

NOGUERA NEBOT, T., «El legado de derecho de habitación regulado en el artículo 822 del Código Civil», *Revista de Derecho UNED*, nº.1, 2006.

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*, tomo II, Servicio de publicaciones de la Universidad de Murcia, 2004.

- *Comentarios al Código Civil*, Bercovtiz Rodríguez-Cano, R., (Dir.), tomo IV, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013

RIVAS MARTÍNEZ, J.J., *Derecho de sucesiones común. Estudios sistemático y jurisprudencial*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, J., «La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de las personas con discapacidad», *Actualidad civil* nº4, febrero, 2004.

Fecha de recepción: 15.02.2026

Fecha de aceptación: 15.04.2026