

LEGADOS DE HABITACIÓN EN FAVOR DE DISCAPACITADOS: EFECTOS CIVILES Y LIQUIDACIÓN TRIBUTARIA

The Legacy of Room in Favour of the Disabled: Civil Effects and Tax
Accounts

JUAN-LUIS MONESTIER MORALES*

SUMARIO:

I. Introducción. II. Exposición de Motivos de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre. III. La nueva proyección del artículo 822 del Código civil. IV. Anticipo de algunas cuestiones problemáticas. 1. Beneficiarios de la reforma. 2. Vivienda habitual. V. El legado “voluntario” de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual. 1. Elementos esenciales. A. Elementos subjetivos. B. Elementos objetivos. C. Elementos formales. 2. Efectos del legado. VI. El legado “legal” de un derecho de habitación. 1. Sucesión testada. 2. Sucesión intestada. VII. Caracteres comunes. 1. La no computación para el cálculo de las legítimas. 2. Intransmisibilidad de estos derechos. 3. Concurrencia con otros derechos de terceros. VIII. Liquidación tributaria del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones: Caso práctico.

I. INTRODUCCIÓN

Son muchas las ocasiones, en que el profesional del Derecho tiene que aquilatarse ante el desgarrador relato de unos padres angustiados, por el futuro de sus hijos disminuidos, para el día que ellos falten de este mundo.

Hoy en día muchos discapacitados sobreviven a sus progenitores. Esto se debe, al aumento de las tasas de supervivencia en los partos difíciles, la realidad de los plurideficientes, de los lesionados cerebrales y medulares por accidente de tráfico, de los afectados por la enfermedad de Alzheimer, así como a la ampliación de la esperanza de vida de las personas con

* Abogado

discapacidad, debido a la mejora de la asistencia sanitaria, los adelantos tecnológicos y al incremento de la calidad de vida¹.

El Legislador y los destinatarios de la norma deben partir de esta premisa que, aunque produzca escalofrío, está en el seno de la verdad: Que si la realidad demuestra que nadie es insustituible, el caso que nos ocupa constituye una excepción a esa afirmación, ya que los padres, efectivamente, sí lo son, de tal forma que cuando éstos cumplan sus días, la vida del discapacitado no será la misma². Pero una vez que esto sea comprendido y aceptado (parece sencillo, pero lleva tiempo), nos dice Leña Fernández, sí puede llevarse al ánimo de esos padres que el ordenamiento jurídico ofrece posibilidades, no soluciones perfectas, para que ellos puedan “arreglar” y, de alguna forma, organizar, algo de ese futuro.

Cada caso es distinto al ser distinta la situación del hijo disminuido, las edades, la situación familiar, los patrimonios, las relaciones de amistad, los conocimientos o cercanías a instituciones especializadas, etc³.

Son múltiples los mecanismos que, en cumplimiento del mandato que a los poderes públicos da el artículo 49 de la Constitución de 31 de octubre de 1978, al declarar: “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este título otorga a todos los ciudadanos”. Se trata pues, de responder a la especial situación de las personas con discapacidad, ordenando los medios necesarios para que la minusvalía que padecen no les impida el disfrute de los derechos que a todos los ciudadanos reconocen la Constitución y las leyes, logrando así que la igualdad entre tales personas y el resto de los ciudadanos sea real y efectiva, tal y como exige el artículo 9.2 de la Constitución⁴.

Hay tres millones y medio de personas con discapacidad (el 9 por 100 de la población), cincuenta millones de discapacitados en la Unión Europea, tras la adhesión de los países candidatos⁵.

¹ C. GAZTELU SAN PÍO, *Discapacidad Intelectual y Derecho. IV Jornadas Fundación Aequitas, Granada 23 y 24 de octubre de 2003*, Fundación Aequitas, p. 163. A título de ejemplo, *DIARIO MÉDICO.*, 3 noviembre 2005, p.32, dice: “La esperanza de vida de los afectados con el síndrome de Down es veinte años menor que la del resto de la población, situándose en 60 años, cuando hace apenas dos décadas era de 25-30 años”.

² A. RIPOLL JAÉN, *Discapacidad y Derecho de Sucesiones por causa de muerte*, Boletín de Información del Colegio Notarial de Granada, noviembre 2002, p. 2999.

³ R. LEÑA FERNÁNDEZ, *El notario y la protección del discapacitado*, Consejo General del Notariado. 1997, p.13.

⁴ 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.

⁵ C. GAZTELU SAN PÍO, *op. cit.*, p. 162.

Con sensibilidad a este problema social, son 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, ley que se ha gestado en un plazo brevísimo de tiempo, sin duda para que entrase en vigor en el año 2003, declarado por el Consejo de Europa como Año Europeo de las Personas con Discapacidad⁶, y articulándose a través de diversas políticas sociales, de las cuales son reflejo en materia de empleo público de los discapacitados, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de los discapacitados.

II. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DE LA LEY 41/2003, DE 18 DE NOVIEMBRE

La 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, (en adelante Ley de 18 de noviembre de 2003), no cumple su labor orientadora de la hermenéutica de la norma⁷, pues como observa Lucini Nicás, si se acude a su lectura se comprueba que prácticamente es trasunto de la regulación positiva que le sigue, cuando la finalidad de la Exposición de Motivos habría de ser justamente esa, la argumentación de las necesidades a las que responde, de las razones que la justifican y, en consecuencia, contener una interpretación auténtica de las instituciones que regula, para servir de guía en la interpretación y aplicación cotidiana de las normas⁸.

Esta observación viene motivada, porque una vez abordado el Capítulo I de la Ley⁹, su orientación es al discapacitado, no siendo posible su extensión a los casos de incapacitación sin la acreditación del grado de

⁶ I. SERRANO GARCÍA, *Discapacidad Intelectual y Derecho. IV Jornadas Fundación Aequitas, Granada 23 y 24 de octubre de 2003, Reflexiones apresuradas acerca de los sujetos en el proyecto de Ley de protección patrimonial de las personas con discapacidad*, Fundación Aequitas, p. 189.

⁷ La DGRN, en Resolución de 29 de noviembre de 1995 señaló que “*aunque carecen de valor normativo las exposiciones de motivos representan una valiosa herramienta para orientar la hermenéutica de las normas ...*”.

⁸ J.A. LUCINI NICÁS, *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*, Actualidad Civil, Núm. 14 julio 2004, p. 1623.

⁹ Capítulo I de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, *Patrimonio protegido de las personas con discapacidad*.

discapacidad exigido por el artículo 2 de la Ley. Cambio de circunstancias en el Capítulo II¹⁰, donde las modificaciones introducidas al Código civil, igualmente se dirigen a los discapacitados, pero al analizarlo, observamos que en algunas ocasiones también incorpora a los incapacitados y todavía más, en su ánimo protector, extiende su ámbito en ciertos casos, a las personas con dependencia¹¹, como los ancianos¹².

Apuntadas estas notas nebulosas, su arrastre interferirá el espíritu y el título de la Ley, creando diversas cuestiones problemáticas, que pasamos a estudiar en los siguientes epígrafes.

III. LA NUEVA PROYECCIÓN DEL ARTÍCULO 822 DEL CÓDIGO CIVIL

Lo que hasta ahora ha sido el contenido del artículo 822 del Código civil, se incorpora como un párrafo final al artículo 821, en lo fundamental, aunque no en lo literal, con objeto de vaciar de contenido el antiguo 822, que pasa a completarse con una nueva norma incardinada en la política de protección al discapacitado¹³. El nuevo artículo 822, recurre y desempolva la figura del *derecho de habitación* que estaba prácticamente en desuso, y huérfana de jurisprudencia reciente.

En la regulación del derecho de habitación que establece el Código civil, el habitacionista, queda facultado para “ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia” (art. 524.2º C.c.). Su régimen jurídico es, por orden de subsidiariedad, en primer lugar, el señalado en el título constitutivo; en su defecto, por sus disposiciones propias, contenidas en los artículos 523 a 529 del C.c.; y en última instancia, por las normas del usufructo, como establece el art. 528¹⁴. Pero hasta la Ley de 18 de noviembre de 2003, no se contemplaba derechos de habitación directamente establecidos por ministerio de la ley.

Los objetivos perseguidos son dos:

¹⁰ Capítulo II de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, *Modificaciones del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil*.

¹¹ M. PEREÑA VICENTE, *El incapacitado ante la nueva protección jurídica del discapacitado*, Actualidad Civil, Núm. 15 septiembre 2004, p. 1761.

¹² Apartado VIII de la Exposición de Motivos: “*La regulación de este contrato, frecuentemente celebrado en la práctica y examinado en ocasiones por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, amplía las posibilidades que actualmente ofrece el contrato de renta vitalicia para atender a las necesidades económicas de las personas con discapacidad y, en general, de las personas con dependencia, como los ancianos*”. La amplitud del artículo 1791 del Código civil permite su encaje.

¹³ M. A. SEDA HERMOSÍN, *Discapacidad Intelectual y Derecho. IV Jornadas Fundación Aequitas. Granada - 23 y 24 de octubre de 2003*, Fundación Aequitas, p. 178.

¹⁴ X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*, 3ª edición: enero 2003, p. 559.

Primero. Conceder un trato de favor en la constitución de derechos de habitación sobre la vivienda habitual, a título gratuito, cuando los destinatarios sean personas con discapacidad.

Segundo. Asegurar a los legitimarios discapacitados, el uso en principio con carácter vitalicio, de la que ha venido siendo su vivienda habitual, para cuando el causante-titular de esa vivienda no haya previsto nada al respecto¹⁵.

Este *desiratum*, se va a reflejar en la actual redacción del artículo 822¹⁶, con la aportación de nuevos elementos tuitivos o de “protección patrimonial directa”¹⁷, mediante la posibilidad de constituir un derecho de habitación sobre la vivienda habitual, a través de un legado cuyo importe no ha de computarse en el *quantum* de la legítima, en aquellos casos en que el testador convive con el discapacitado, al que le une un vínculo familiar y al que *intuitu personae* desea beneficiar¹⁸. El legislador de conformidad con el anterior postulado, no regula esta figura en sede de derechos de habitación o de legados, sino de legítimas.

Paralelamente, mediante este mecanismo, el testador garantiza dos intereses distintos y dignos de protección: se adjudica a los herederos la adquisición del dominio sobre el inmueble y, a su vez, el disfrute del mismo por el legatario favorecido, que no se ve privado del uso de la vivienda en atención a su discapacidad, evitándose en última instancia, la penosa medida del internamiento¹⁹.

¹⁵ J. RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, *La reforma del derecho de sucesiones con motivo de la protección de personas con discapacidad*, Actualidad Civil, N° 4 febrero 2004, p. 365.

¹⁶ El art. 822 del C.c. dispone: “La donación o legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga a favor de un legitimario persona con discapacidad, no se computará para el cálculo de las legítimas si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella.

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

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

Lo dispuesto en los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1406 y 1407 de este Código, que coexistirán con el de habitación”.

¹⁷ Exposición de Motivos, de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, apartado VII.

¹⁸ J. FLORES RODRÍGUEZ, *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, Núm. 54, abril-junio 2005, p. 41.

¹⁹ J. FLORES RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pp. 61 y 62.

IV. CUESTIONES PROBLEMÁTICAS

1. *Beneficiarios de la reforma*

De conformidad con lo que adelanta el título de la Ley, y desarrolla su Exposición de Motivos, la norma se incardina en la protección de las personas con discapacidad. Incorporándose al Código civil un concepto nuevo, el de *discapacitado* o *persona con discapacidad*. Se trata, pues, de un concepto jurídico más amplio²⁰, y que se encuentra inevitablemente relacionado con el de “incapacitado”.

La Ley de 18 de noviembre de 2003, en su artículo 13, incorpora una nueva Disposición Adicional (Cuarta) en el Código civil, por la que la referencia que a las personas con discapacidad se realiza en los artículos 756, 822 y 1041 del Código civil, se entenderá hecha al concepto definido en el artículo 2 de la ley. Por consiguiente, se entiende por *personas con discapacidad* las afectadas:

- * Por una minusvalía psíquica igual o superior al 33 por 100, o
- * Por una minusvalía física o sensorial igual o superior al 65 por 100.

El grado de minusvalía, se acreditará mediante certificado expedido conforme a lo establecido reglamentariamente²¹ o por resolución judicial firme (art. 2 de la Ley de 18 de noviembre de 2003).

Un sector de la doctrina²² se plantea qué sucede con aquellas personas que sin verse afectadas por una discapacidad psíquica igual o superior al 33 por 100, son declaradas incapaces por resolución judicial, pues como es sabido, la declaración de discapacidad es competencia de la administración, mientras que los procedimientos judiciales de incapacitación, dicha declaración no es imprescindible, en los términos de los artículos 200 del Código civil y 756 a 763 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, donde sólo se exige la exploración del incapaz, la audiencia de los parientes y el examen forense. Todo ello, con el peligro de que la descoordinación institucional pueda frustrar los beneficios y buenas intenciones de la Ley, pues junto a la dualidad de procedimientos, administrativos y judicial, donde una persona puede ser declarada discapacitada e incapaz respectivamente, se agrega la confusión terminológica existente en torno al artículo 200 del Código civil.

Matiza la profesora Ruiz-Rico Ruiz Morón, que: “Mientras que todo incapacitado va a ser persona con discapacidad, no se puede hacer, sin

²⁰ M. A. SEDA HERMOSÍN, *Discapacidad Intelectual y Derecho. IV Jornadas Fundación Aequitas. Granada 23 y 24 de octubre de 2003*, Fundación Aequitas, p. 170.

²¹ Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía. (BOE de 26 de enero de 2000).

²² J. A. LUCINI NICÁS, *op. cit.*, p. 1624. En el mismo sentido, PEREÑA VICENTE, Montserrat., *op. cit.*, pp. 1763 y 1764.

embargo, la afirmación inversa, puede ocurrir que la causa de discapacidad no sea causa de incapacitación, o incluso que, siendo la causa de discapacidad causa de incapacitación, no se haya instado el procedimiento judicial correspondiente y no exista sentencia incapacitadora”²³. Esta segunda línea interpretadora, de sentido amplio, es la que parece marcar la Dirección General de Tributos, en Resolución de 12 de julio de 2001, conforme a la cual, con carácter general, se equiparan, con los minusválidos con grado de minusvalía igual o superior al 65 por 100, a aquellos minusválidos cuya incapacidad se declare judicialmente por el ordenamiento civil, aunque no llegue a alcanzarse dicho grado²⁴ (Ley 55/1999, de 29 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, Disp. Adic. 12^a).

Falta pues, perfilar una definición más nítida de la discapacidad, de sus fronteras y “zonas comunes” con la incapacitación judicial, evitando discriminaciones injustificadas en la protección de unos y otros en el ámbito civil, si no existe *strictu sensu*, acreditación del grado de discapacidad exigido por la Ley de 18 de noviembre de 2003 y legislación complementaria²⁵. La Ley nunca los equipara, y realiza incisiones puntuales para proteger al discapacitado o al incapacitado, pero nunca a ambos, lo que no deja de sorprender al tratarse de supuestos tan cercanos²⁶, y tan necesitados de una ordenación conjunta.

Conforme al artículo 3.1 del Código civil, “Las normas se interpretarán [...] atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”. Para Enneccerus: “interpretar una norma es esclarecer su *sentido*, y precisamente aquel sentido que es *decisivo para la vida jurídica*, y por tanto, también para la resolución judicial”²⁷. Resultaría un contrasentido al *espíritu de la Ley*, (la protección de los discapacitados), el utilizar una interpretación estricta o gramatical por motivos de hiperseguridad, ante la descoordinación legislativa reinante que nos aboca primero, con una bifurcación entre la vía administrativa y la jurisdicción social (discapacidad), y de otra, la jurisdicción civil (incapacitación), para la determinación de los beneficiarios, y desembocar finalmente, en una nueva descoordinación con la legislación fiscal (I.S.D.)²⁸, más benevolente que el legislador civil (como se verá más adelante).

El resultado de esta defectuosa configuración, vendría de la falta de un marco jurídico, que ordene y regule conjuntamente la problemática de los discapacitados/incapacitados.

²³ J. RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, *op. cit.*, p. 359.

²⁴ MEMENTO FISCAL 2004., Ediciones Francis Lefebvre, S.A., p. 1031.

²⁵ Vid. Real Decreto 1971/1999, de 23 de diciembre.

²⁶ M. PEREÑA VICENTE, *El Derecho sucesorio como instrumento de protección del discapacitado*, Diario La Ley nº 5957, Año XXV, 18 Feb. 2004, ref.^a D-41., p. 1829.

²⁷ J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo I, vol. 1º, Reus S.A., Madrid, 1984, p. 544.

²⁸ Cfr., artículo 20 de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, (BOE 19 de diciembre de 1987).

Se plantearía al operador jurídico en el presente *statu quo*, entre optar por una interpretación estricta de la norma y excluyente de determinados beneficiarios, o defender una interpretación amplia y finalista, no sólo por motivos de justicia, sino además, por la disparidad de criterios en que se apoyan los distintos ordenamientos, la necesidad de su coordinación, y la conveniencia de dar la máxima cobertura, a un colectivo, al cual el legislador a dividido en demasiadas categorías para las similitudes que presentan.

2. Vivienda habitual

El artículo 822 del Código civil nos habla de un “derecho de habitación sobre la *vivienda habitual*”, encontrándose el civilista ante la necesidad precisar un concepto, respecto al cual existe una dispersión conceptual en el articulado del Código, al utilizarse indistintamente expresiones como “*vivienda familiar*” [arts. 90.b), 91, 96, 103-2ª, 1357-2º C.c.]; “*residencia habitual*” [arts. 40, 1406-4º C.c.]; “*hogar familiar*” [art. 1362-1 C.c.]; “*domicilio conyugal*” [art. 70 C.c.]; “*domicilio familiar*” [art. 93-2 C.c.]. El mismo Legislador Hipotecario, queriendo acotar al máximo su significado, en pro de la mecánica registral, habla de “*vivienda habitual de la familia*” [art. 91.1 R.H.], y “*vivienda familiar habitual*” [art. 91.3 R.H.], cerrando el lazo a posibles interpretaciones confusas.

Aunque ante esta nube conceptual, algunos comentaristas lo equiparan a “vivienda familiar”²⁹, de alguna manera, el concepto de *vivienda habitual* tiene como base o sustrato la permanencia, en el sentido de la realmente ocupada por ambos convivientes, discapaz y benefactor y, por tanto, no tiene por qué coincidir con la vivienda familiar, ni identificarse con el de la definición civil del “domicilio” (art. 40 C.c.). Tal vez se estaría centrando la atención sobre otro aspecto, el dato objetivo de la residencia y convivencia real, entre benefactor y discapacitado, que puede darse o no en la vivienda familiar, y que en última instancia será una cuestión de hecho que debe ser apreciada por los jueces de instancia, pues, en último extremo, los herederos forzosos que ven perjudicada su legítima, podrían exigir la computación del derecho de habitación legado, si estiman que no se han cumplido por el testador los requisitos del artículo 822 del Código civil³⁰.

Paralelamente, el concepto de *vivienda habitual*, es definido por Legislador Tributario en el artículo 53 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto 1775/2004, de

²⁹ Así lo entiende J. FLORES RODRÍGUEZ.: “El nuevo artículo 822 del Código Civil: Derecho de habitación sobre la vivienda habitual como fórmula de tutela sucesoria preventiva en beneficio del discapacitado”, *Revista Jurídica del Notariado*, núm. 54, abril-junio 2005, p. 79; O’CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Código Civil. Comentado y con jurisprudencia*, 4ª edición, La Ley, Madrid, 2004, p. 812.

³⁰ J. FLORES RODRÍGUEZ, *op. cit.*, pp. 78 y 79.

30 de julio, al disponer que: “Con carácter general se considera vivienda habitual del contribuyente la edificación que constituya su residencia durante un plazo continuado de, al menos, tres años” sin perjuicio de determinadas excepciones³¹, concepto que repercute en otros tributos, como el Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones³², de tan directa incidencia en la figura del legado del derecho de habitación.

El concepto de *vivienda habitual*, de clara importación tributaria, tiene su fundamento en la idea de “residencia” y “continuidad” por el contribuyente en un determinado bien inmueble, dando lugar gracias a las notas anteriores, a determinadas desgravaciones fiscales.

No hay vinculación con el concepto de vivienda familiar, porque la “familia” (*unidad familiar*, en la terminología fiscal), puede tener diferentes viviendas habituales, aunque no sea lo normal, así los hijos menores por razón de estudio o uno de los cónyuges por motivos laborales (AEAT 10-3-95). Este criterio ha sido confirmado por la AEAT, que entiende que los cónyuges pueden practicar cada uno la deducción por una vivienda habitual distinta, al tener diferentes residencias por razón de trabajo, siempre que el cónyuge sea titular de las cantidades satisfechas para su adquisición, y la vivienda adquirida constituya o vaya a constituir su residencia habitual (AEAT 19-9-03). De forma reiterada, la Administración considera que un mismo contribuyente no puede tener simultáneamente más de una vivienda habitual (DGT 22-8-97; 25-3-98; 10-3-00)³³.

Sobre esa *vivienda habitual* entendida en los anteriores términos, se requiere además por los legisladores civil (art. 822 C.c), como fiscal (art. 20.2.c L.I.S.D.), el requisito de la “convivencia” entre causahabiente y el legitimario, para los correspondientes beneficios civiles y tributarios en los legados del derecho de habitación.

De nuevo vemos, como la necesidad de coordinación de distintos ordenamientos, va a configurar unos conceptos menos dúctiles, más rígidos, que los ya provenientes de sus respectivos ámbitos jurídicos.

Finalmente, también existen otras cuestiones problemáticas que no conviene adelantarlas, para un mejor planteamiento dentro de su contexto.

V. EL LEGADO “VOLUNTARIO” DEL DERECHO DE HABITACIÓN SOBRE LA VIVIENDA HABITUAL

1. *Elementos esenciales*

Declara el nuevo artículo 822 párrafo primero que el “[...] legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual que su titular haga

³¹ BOE de 4 de agosto de 2004.

³² BOE de 19 de diciembre de 1987.

³³ MEMENTO FISCAL 2004, *op. cit.*, p. 339.

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”. Para este trato de favor, se precisan los siguientes elementos:

A) *Elementos subjetivos*

El *ordenante* de este legado, podrá ser cualquier persona obligada a dejar bienes o derechos por obligación de legítima, es decir, los ascendientes respecto de sus descendientes; los descendientes respecto de sus ascendientes (cuando los primeros carecieren, a su vez, de descendientes); un cónyuge respecto del otro.

El *beneficiario* del legado, deberá a su vez reunir la doble condición:

a) *Legitimario*, a saber, cualquier persona con derecho a legítima (descendientes, ascendientes y cónyuge) en los términos previstos por el Código civil. No de abuelos a nietos que no sean legitimarios, por vivir el hijo intermedio, verdadero legitimario, Seda Hermosín, critica este último extremo³⁴, (piénsese en el supuesto de un abuelo titular de un patrimonio, y simultáneamente impedido de beneficiar a un nieto, por existir la figura del padre pese a carecer de suficientes recursos económicos).

b) *Discapacitado*, en los términos del artículo 2.2º de esta Ley, aunque no se encuentre judicialmente incapacitado.

B) *Elementos objetivos*

a) El legado, ha de recaer necesariamente sobre la *vivienda habitual*, en su doble vertiente, para el titular disponente del derecho como para el legitimario, que habrán de residir en ella.

El artículo 3 de la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, recoge los “Requisitos básicos de la edificación”. Estos requisitos vienen agrupados en dicho precepto en tres grandes grupos: a) relativos a la *funcionalidad*; b) relativos a la *seguridad*; y c) relativos a la *habitabilidad*³⁵. Dentro de los primeros, destaca la exigencia contemplada en el artículo 3.1.a.2) L.O.E.: “Accesibilidad, de tal forma que se permita a las personas con movilidad y comunicación reducidas el acceso y la circulación por el edificio en los términos previstos en su normativa específica”³⁶.

³⁴ M. A. SEDA HERMOSÍN, *op. cit.*, pp. 178 y 179.

³⁵ C. CUADRADO PÉREZ, *Ruido, inmisiones y edificación*, Editorial Reus, S.A., Madrid, 2005, p. 154.

³⁶ Vid., asimismo, art. 10 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, de Propiedad Horizontal; y la vigente ordenación de la normativa de la edificación, (regulada por el Decreto 1650/1977,

La Ley de 18 de noviembre de 2003, guarda silencio sobre el "ajuar doméstico" (sí previsto por el legislador fiscal a efectos de su tributación y que examinaremos en el epígrafe VII), a efectos de su posible inclusión en el derecho de habitación. Una interpretación amplia y favorable al discapacitado, sería acorde con la *ratio legis*, de continuidad en el uso de la vivienda habitual, en la forma y contenido, en que la habría venido disfrutando hasta ese momento³⁷.

Considerando el importante valor que puede alcanzar el ajuar doméstico (a efectos tributarios se valora en el 3 por 100 de la masa hereditaria), y con objeto de evitar controversias con los restantes legitimarios, sería recomendable, que el Notario aconseje³⁸ al testador, pronunciarse con la máxima claridad sobre este extremo en el testamento, en pro, de la seguridad jurídica preventiva.

b) Beneficiario y ordenante, deben *convivir* en la vivienda habitual al tiempo del fallecimiento del segundo. Al no precisar la Ley un plazo mínimo de convivencia, se crea una norma en blanco que habrá de resolverse al prudente criterio del juzgador y de las pruebas practicadas. Por contra, el legislador tributario no exige convivencia como regla general³⁹, para otorgar beneficios fiscales en la transmisión mortis causa de la vivienda, y la cualidad de "vivienda habitual" sólo es predicable para el disponente.

c) El valor de ese legado no se tendrá en cuenta para el cálculo de las legítimas, es decir, el beneficio económico consiste en la *no computación* del legado. Cabría entender, que pese a guardar silencio la Ley, el legado estará también dispensado de colación, pues sólo de este modo se beneficia realmente al discapacitado⁴⁰, sólo de este modo se rompe la igualdad

de 10 de junio, sobre normativa de la edificación, que estableció las Normas Básicas de la Edificación, NBE).

³⁷ J. FLORES RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 77.

³⁸ Vid., J. F. DELGADO DE MIGUEL, *Código Notarial*, Editorial Aranzadi, S.A., 2003, p. 89: "El notario es al mismo tiempo un profesional del derecho y un funcionario público. (cfr. artículo 1 de la Ley del Notariado y artículo 1 de su Reglamento y Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de mayo de 1989). En este sentido, el artículo 1 del Reglamento Notarial que establece: "Los notarios, como profesionales del Derecho, tienen la misión de *asesorar* a quienes reclamen su ministerio y *aconsejarles* los medios jurídicos más adecuados para el logro de los fines lícitos que aquellos se proponen alcanzar".

³⁹ Conforme al art. 20.2.c) de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, "[...] Del mismo porcentaje de reducción de reducción, con el límite de 122.606,47 euros para cada sujeto pasivo y con el requisito de permanencia señalado anteriormente, gozarán las adquisiciones 'mortis causa' de la vivienda habitual de la persona fallecida, siempre que los causahabientes sean cónyuges, ascendientes o descendientes de aquél, o bien *pariente colateral mayor de sesenta y cinco años que hubiese convivido con el causante durante los dos años anteriores al fallecimiento*"; MEMENTO FISCAL 2004, *op. cit.*, p. 1032: En el caso de reducción por transmisión de la vivienda habitual del fallecido, el *requisito de convivencia* durante los dos años anteriores al fallecimiento, sólo se exige para el pariente colateral mayor de 65 años, pero no para su cónyuge, ascendientes o descendientes (Resolución de la D.G.T. 19-12-96).

⁴⁰ M. PEREÑA VICENTE, *El derecho sucesorio como instrumento ...*, *op. cit.*, 1831.

entre los legitimarios⁴¹, pues como pone de manifiesto Riera Álvarez, la colación no encuentra su fundamento en la defensa de las legítimas, la colación tiene por finalidad, la distribución de la herencia entre los herederos forzosos de un modo normativamente predeterminado, conforme a unos criterios fundados en la presumible voluntad de lo que podemos denominar el causante medio⁴². El aspecto novedoso de la nueva norma, radica en las beneficiosas consecuencias económicas que el Código anuda a este tipo de legado, la ausencia de perjuicio patrimonial para el beneficiario, que revierte íntegramente sobre el resto de los coherederos⁴³, y que posteriormente, lo estudiaremos más detenidamente en otro epígrafe.

C) Elementos formales

Contemplados los elementos subjetivos y objetivos, el legado de un derecho de habitación no presenta ninguna problemática en orden a la forma en que se instrumenta el mismo, que será vía testamento, única forma admitida para la expresión de la última voluntad.

El legatario adquiere el derecho al legado desde la muerte del testador, lo que confirmaría que la adquisición se produce *ipso iure*, no siendo necesaria la aceptación (art. 881 C.c.).

2. Efectos del legado

A) Puesta a disposición y posesión preexistente

Enfocando la cuestión en el “legado” o en el “prelegado”, el momento de la puesta a disposición y la producción de los efectos tras la muerte del testador, es un tema que origina algunos problemas (pues, el legado confiere al legatario el título, pero no el modo, como se desprende de los artículos 440, 885 y 989 C.c.), máxime cuando la propia convivencia, acredita una posesión preexistente del derecho de habitación por el legatario. Surge así de inmediato, la pregunta de si viene obligado el legatario a solicitar la posesión de un derecho, que ya se encontraba disfrutando de él⁴⁴.

Declara el artículo 885 del Código civil, que “el legatario no puede ocupar por su propia autoridad la cosa legada, sino que debe pedir su entrega y posesión al heredero o al albacea cuando éste se halle autorizado para darla”. Se estima que ello obedece a que una cosa es la transmisión de la

⁴¹ J. J. RIVAS MARTÍNEZ, *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, Tomo II, Dykinson, 1992, p. 929: “El fundamento de la colación no constituye la defensa de las legítimas, [...] sino obtener, en lo posible, la igualdad entre herederos-legitimarios”.

⁴² J. A. RIERA ÁLVAREZ, *Instituciones de Derecho Privado*. Tomo V, Vol. 2º, Consejo General del Notariado/Editorial Aranzadi, S.A., Primera edición, 2005, pp. 784 y 789.

⁴³ J. FLORES RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 61.

⁴⁴ J. FLORES RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 64.

propiedad y otra la transmisión de la posesión, y ésta, según el artículo 440 del Código civil, corresponde al heredero⁴⁵, que se entiende transmitida sin interrupción (por eso se llama a esta posesión, posesión civilísima) desde la muerte misma del testador si llega a adirse la herencia⁴⁶.

Ahora bien, caben destacar algunas excepciones a esta regla general. Así, el legatario podrá tomar posesión de la cosa legada por sí mismo:

1.º Cuando el testador faculte expresamente al legatario y no existan legitimarios [artículo 81.a) del Reglamento Hipotecario y STS de 25 mayo 1971⁴⁷].

2.º Cuando toda la herencia se hubiere distribuido en legados, al amparo del artículo 891 del Código civil, y no existiere contador-partidor, ni se hubiere facultado al albacea para la entrega [artículo 81.d) del Reglamento Hipotecario y resoluciones de la DGRN de 30 de diciembre de 1916 y 19 de mayo de 1947]. No se refiere al supuesto de prelegado, pues en orden a la entrega, las particularidades no se presentan por el hecho de ser un prelegado, sino de la concurrencia de interesados en la sucesión⁴⁸.

3.º Cuando se trate de un legado (prelegado) dispuesto en beneficio de un heredero único [resoluciones DGRN de 28 abril 1876 y 18 de julio de 1900].

4.º Cuando el legatario estuviera ya en posesión de la cosa legada. Criterio contrario fue el mantenido por la resolución DGRN de 19 de noviembre de 1952; no obstante, Roca Sastre estima que “lo esencial no es la formalidad de la entrega, sino que el legatario no ocupe por su propia autoridad, o sea sin consentimiento del heredero, la cosa legada”, y nada impide que ese consentimiento sea tácito⁴⁹.

⁴⁵ “La posesión civilísima atribuida a los herederos, no se reconoce al legatario”. (S.T.S. 19-11-1952; Aranzadi R. 2816).

⁴⁶ M. de la CÁMARA ÁLVAREZ, *Compendio de Derecho Sucesorio*, Distribuciones de la Ley, S.A., 1990, p. 111.

⁴⁷ “La posibilidad de que el legatario pueda ser autorizado para ocupar por sí solo la finca legada, tal como entre otros casos declaró la sentencia de 26 octubre 1928, fundándose en que la voluntad del testador, ley de sucesión, no puede quedar coartada por lo preceptuado en este artículo (885), que sólo ha de tener aplicación cuando aquél no haya usado de la libre facultad de permitir que se posea directamente el legatario de los bienes legados, es doctrina totalmente ajustada a derecho cuando no hay herederos forzosos, pero que no puede tener aplicación en el supuesto de que existan legitimarios interesados, dado el carácter imperativo de las normas legales que protegen sus derechos y que hace necesaria su presencia para que no puedan resultar éstos desconocidos o vulnerados”. (S.T.S. 25-5-1971; Aranzadi R. 3402).

⁴⁸ C. GÓMEZ-SALVAGADO SÁNCHEZ, *El prelegado: un problema de concurrencia de títulos sucesorios*, Editorial Comares, S.L., 1996, p. 162.

⁴⁹ J. CASTÁN TOBEÑAS, *Derecho Civil Español, Común y Foral*, Tomo 6, Vol. II, Reus, S.A., Madrid, 1979, p. 307. Puesta al día por José Batista Montero-Ríos. En contra, CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel de la., *op. cit.*, p. 112.: “la hipótesis se presta a discusión porque parece que si el legatario ha venido poseyendo la cosa antes de la muerte del testador, para que la posea en adelante como dueño será necesaria la entrega. De aquí que mientras la resolución de 15 de julio de 1900 se inclina por la afirmativa, se pronuncia en sentido

En esta línea, Marín Castán entiende, que el legatario que venga ya poseyendo la cosa en concepto distinto del de dueño, resulta claro que la tiene ya legítimamente “ocupada” y que no necesita pedir su entrega y posesión⁵⁰, pero sí los documentos para reflejar su reconocimiento público como propietario, entrega de documentos que, quedarán condicionados a la plena satisfacción de los derechos de acreedores⁵¹.

En definitiva, en el particular legado del artículo 822 del Código civil, estaríamos ante una excepción reforzada al trámite de petición de “entrega y posesión”, previsto en el artículo 885 del Código, cuando el legado ya se encontrase en poder del legatario. Criterio que se apoya: 1) por la propia intención de mantener al discapacitado en la vivienda donde residía, y 2) por la no computación de su valor en las legítimas. Bastaría pues, el consentimiento tácito de los herederos, para que el discapaz continúe con la posesión, a salvo de no perjudicar los derechos de los acreedores, y sin perjuicio, de las particularidades de la mecánica registral que veremos a continuación.

B) *Anotación e inscripción*

Tratándose de un legado de un bien inmueble determinado, como es la vivienda habitual, la Ley Hipotecaria (en lo sucesivo L.H.) garantiza por diversas vías el derecho del legatario así:

El legatario de un derecho de habitación, puede pedir en cualquier momento, la “*anotación preventiva*” de su derecho (artículo 47 L.H.).

No obstante, debe tenerse en cuenta, que conforme al artículo 14 de la L.H. el legatario no puede obtener la “*inscripción*” de su dominio sobre la cosa legada sino previa entrega de la misma por persona facultada legalmente para ello y, si hubiera legitimarios, previa partición (resoluciones DGRN 25-5-71, 19-5-72, 12-7-74, 27-2-84 y 20-9-88).

Sin embargo, es posible la “*inscripción*” del legado sin entrega por el heredero, albacea, administrador ni contador-partidor cuando no concurren legitimarios y el legatario se encuentre expresamente facultado por el testador para posesionarse de la cosa legada, así como cuando toda la herencia se hubiere distribuido en legados y no existiere contador-partidor,

contrario la de 19 de noviembre de 1952. En el supuesto de haber herederos forzosos parece más correcta desde luego la doctrina de la segunda resolución”.

⁵⁰ L. J. GUTIÉRREZ JÉREZ, *El legado de usufructo en el Derecho Civil Común*, Tirant Lo Blanch, 1999, pp. 343 y 344: “[...] debemos alegar que de exigirse el requisito de la entrega lo transformaríamos en un acto ficticio y carente de todo fundamento. [...] ¿Es defendible que el heredero reclame la posesión al legatario para volver a entregársela formalmente? Ciertamente, opinamos que no”.

⁵¹ F. MARÍN CASTÁN, *Comentarios del Código Civil*, Tomo 5, Editorial Bosch, S.A., 1ª edición: mayo 2000, p. 99.

ni se hubiere facultado al albacea para la entrega [artículo 81.a) y d) del R.H.]⁵².

En el supuesto del prelegado (el legado al heredero) a que se refiere el artículo 822 del Código civil, concurriendo el discapacitado con otros legitimarios, incluso con el propio cónyuge sobreviviente, con idéntico derecho de habitación sobre la vivienda habitual (artículo 1407 C.c.), en la medida en que no resulte perjudicada la legítima, no parece exigible la petición de “entrega y posesión” como requisito necesario y previo a la inscripción a favor del discapacitado del derecho de habitación.

Para obtener la inscripción registral del derecho legado, el legatario tiene que presentar “escritura pública de entrega” por persona facultada (artículos 14 L.H. y 81 R.H.), pudiendo no obstante, presentarse una “escritura de manifestación de legado” otorgada por el propio legatario, si éste apareciese facultado expresamente por el testador para posesionarse de la cosa legada (artículo 81.a) R.H.), que cabría considerar aplicable, al caso de posesión o disfrute del derecho de habitación⁵³ previsto en el artículo 822 del Código.

VI. EL LEGADO “LEGAL” DE UN DERECHO DE HABITACIÓN

En el antiguo Derecho los legados se clasificaban en voluntarios y forzosos. Los primeros eran aquellos que dependían de la exclusiva voluntad del testador, los segundos, los impuestos por la ley. Pero desde que la Ley de 23 de mayo de 1845 aboliera las mandas pías forzosas, solo pervivían los legados voluntarios⁵⁴.

Un sector doctrinal impugnaba la denominación legado *legal* o legado *ex lege*, en consideración de que el legado no puede proceder más que de la voluntad del disponente, y es por ello, contradictorio admitir legados no queridos u ordenados por el testador⁵⁵.

Quizás, con una pretensión por parte del legislador de evitar toda discusión en torno a su naturaleza, intencionadamente omite en el texto del articulado la expresión legado *legal*, pero sí aprovecha la Exposición de Motivos para así calificarlo⁵⁶ y resucitar esta figura.

⁵² F. MARÍN CASTÁN, *op. cit.*, pp. 100 y 101.

⁵³ En este mismo sentido, J. FLORES RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 68.

⁵⁴ J. CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.*, Tomo 6, Vol. II, p. 288.

⁵⁵ J. CASTÁN TOBEÑAS, *op. cit.*, Tomo 6, Vol. II, p. 310.

⁵⁶ Exposición de Motivos, de la Ley 41/2003, de 18 de noviembre, en su apartado VII, c) nos habla de “legado legal”.

1. Sucesión testada

Además del derecho de habitación, constituido por la voluntad del otorgante o disponente, se establece en el artículo 822 párrafo segundo del Código civil, que ese mismo derecho se defiere *ope legis*, al legitimario discapacitado que lo precise y estuviera conviviendo con el causante al tiempo del óbito, salvo que el testador “hubiera dispuesto otra cosa” o lo “hubiera excluido expresamente”⁵⁷.

En este caso, la atribución del derecho de habitación por ministerio de la ley opera de forma automática, una vez acreditado el fallecimiento del *de cuius*, para aquellos casos en que de la lectura e interpretación del testamento, resulte que no se haya previsto nada al respecto.

Debido a que el legislador no regula nada al respecto, el derecho de habitación de origen legal, por aplicación de las normas del usufructo, será vitalicio, o al menos mientras persista la discapacidad. Serán presupuestos que han de concurrir, la “convivencia” del legitimario discapacitado con el titular de la vivienda al tiempo del fallecimiento de este último, y el “estado de necesidad”, es decir, que no disponga de alojamiento alternativo, ni de recursos económicos⁵⁸.

El artículo 822 párrafo segundo *in fine* concluye con una limitación de tolerancia, el habitacionista legitimario “no podrá impedir que continúen conviviendo los demás legitimarios mientras lo necesiten”. Un concepto jurídico que lastra una excesiva indeterminación y ambigüedad.

2. Sucesión intestada

En primer lugar, hemos visto como el derecho de habitación, puede deferirse tanto por vía de legado como de legado *legal* en la sucesión testamentaria, con atribución de los mismos efectos.

En segundo lugar, se observa, que nuestro legislador guarda silencio cuando estamos ante una sucesión intestada, con el peligro de que pueda no atribuirse el derecho de habitación en beneficio del discapacitado, mientras que sí opera en el caso de existir testamento, pese a guardar silencio sobre el citado derecho de habitación, por efecto de la atribución automática del artículo 822 párrafo segundo del Código civil.

En conclusión, ante esta nueva imprevisión legal y en cumplimiento con el espíritu y finalidad de la norma (artículo 3.1 *in fine* del Código civil), parece lógico, que el legado *legal* contemplado en el artículo 822 del Código civil sea de aplicación tanto en la sucesión testada como en la intestada⁵⁹, y en evitación de una posible vulneración de los derechos

⁵⁷ M. A. SEDA HERMOSÍN, *op. cit.*, p. 179.

⁵⁸ J. RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, *op. cit.*, p. 367.

⁵⁹ M. ESPEJO LERDO DE TEJADA, *La legítima en la sucesión intestada en el Código Civil*, Estudios Jurídicos, Marcial Pons Editores y Centro de Estudios Registrales de

reconocidos en la Constitución Española. La propia Constitución, en su artículo 53.2, establece que, a través del recurso de amparo, podrá recabarse la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y de la Sección 1.^a del Capítulo II⁶⁰.

VII. CARACTERES COMUNES

1. *La no computación para el cálculo de las legítimas*

Sin duda, esta es la consecuencia jurídica de mayor calado que introduce el nuevo artículo 822 del Código civil, al declarar que el “el legado de un derecho de habitación sobre la vivienda habitual [...] no se computará para el cálculo de las legítimas [...]”.

Su justificación, trae su origen de la memoria de borrador (versión 18 de febrero de 2002) de la que sería la futura Ley 41/2003, de 18 de noviembre, al disponer que, “significativos sectores de la sociedad civil han defendido una revisión profunda de las coordenadas del régimen sucesorio, y en particular de las legítimas, por entender que la sociedad actual ya precisa una nueva regulación para algunos aspectos y que las restricciones a la libertad de testar del causante o el régimen de la sucesión intestada resultan difícilmente justificables en el umbral del siglo XXI”.

Este aspecto de la reforma, puede ser lo que Leña Fernández denomina, “la supresión de las barreras legitimarias”⁶¹, o al menos, el comienzo de una voladura controlada de las legítimas, aconsejada, en la búsqueda de una *discriminación positiva* en favor de los discapacitados y de otras situaciones.

Realizadas estas notas introductorias, si nos atenemos a una interpretación *strictu sensu* del artículo 822 del Código civil, se aprecia que si se atribuyera al discapacitado un derecho de habitación sobre la vivienda mediante un legado, éste, debería reducirse en su caso para respetar la legítima, pues el valor del legado no se computa, sino que en todo caso se reduce, y el citado precepto, guarda silencio sobre la imposibilidad de reducirlo. De esta forma, al no hacerse mención a la no imputación del legado a la legítima, con llevaría, además de una posible reducción en su

Cataluña, 1996, p. 366: “[...] se debe concluir que la legítima es una institución común a la sucesión testada y a la intestada; se debe ubicar sistemáticamente entre las materias generales que afectan a cualquier sucesión en la que se den sus presupuestos”.

⁶⁰ J. GONZÁLEZ PÉREZ, *La dignidad de la persona*, Editorial Civitas, S.A., 1986, p. 189. Además, el artículo 41.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, dispone que “serán susceptibles de amparo constitucional”, “los derechos y libertades reconocidos en los artículos 14 a 29 de la Constitución”.

⁶¹ J. FLORES RODRÍGUEZ, *op. cit.*, p. 84.

caso del legado de un derecho de habitación, que se disminuya el *quantum* de la legítima que puede reclamar el discapacitado al imputarse en ella⁶².

Es tan escasa la protección que ofrece esta interpretación literal, que habría que entender que no sólo el legado no será objeto de *computación*, sino que el mismo queda también exento de cualquier otra operación para el cálculo de la legítima como la *imputación*⁶³ o, en su caso, la *colación* de los legados existiendo herederos forzosos, salvo disposición en contrario del testador (artículo 1037 C.c.).

Si así fuera, el discapacitado recibiría su legítima, su parte de mejora, y además, el legado (el derecho de habitación sobre la vivienda habitual), cumpliéndose el requisito de la convivencia.

2. *Intransmisibilidad*

El referido derecho de habitación, tanto por constitución voluntaria como por ministerio de la ley son intransmisibles⁶⁴, conforme con el carácter personalísimo de su atribución. Declaración que no era necesaria, no sólo por estar ya consagrado en el artículo 525 del Código civil, sino porque las medidas que contempla el artículo 822, en sus dos primeros párrafos, están vinculados a la discapacidad del habitacionista, circunstancia ésta, la determinante de la concesión del régimen privilegiado⁶⁵.

3. *Concurrencia con otros derechos de terceros.*

El derecho del discapacitado a habitar la vivienda en la que convivía con su titular, se verá limitado por el artículo 822 *in fine*, al establecer que: “Lo dispuesto en los dos primeros párrafos no impedirá la atribución al cónyuge de los derechos regulados en los artículos 1406⁶⁶ y 1407⁶⁷ de este Código, que coexistirán con el de habitación”.

⁶² M. E. AMAT LLARI, Protección jurídica y patrimonial de los discapacitados. *La protección del discapacitado en el ámbito laboral y en relación a la vivienda*, Escola Gallega de Administración Pública, 2005, p. 30.

⁶³ X. O'CALLAGHAN MUÑOZ, *Código Civil comentado y con jurisprudencia*, La Ley-Actualidad, S.A., 4ª edición: mayo 2004, p. 812. En la misma línea, RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, Julia., *op. cit.*, p. 367., AMAT LLARI, Mª Eulalia., *op. cit.*, pp. 30 y 31.

⁶⁴ Artículo 822 C.c. párrafo 3º: “El derecho a que se refieren los dos párrafos anteriores serán intransmisibles”.

⁶⁵ J. RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, *op. cit.*, p 368.

⁶⁶ Artículo 1406 C.c.: “Cada cónyuge tendrá derecho a que se incluyan con preferencia en su haber hasta donde éste alcance:

1.º Los bienes de uso personal no incluidos en el número 7 del artículo 1.346.

2.º La explotación económica que gestione efectivamente.

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”.

⁶⁷ Artículo 1407 C.c.: “En los casos de los números 3.º y 4.º del artículo anterior podrá el cónyuge pedir, a su elección, que se le atribuyan los bienes sobre ellos a su favor

La *ratio legis* de estas disposiciones, es la atribución al cónyuge sobreviviente, a su elección, bien la propiedad, bien un derecho de habitación sobre la vivienda habitual del matrimonio, cuando no tenga carácter privativo al disolverse y liquidarse la sociedad de gananciales. Dicha atribución puede producirse en virtud de un derecho preferente (artículo 1406 C.c.) con las compensaciones que correspondan (artículo 1407).

Planteándose las siguientes situaciones, si el cónyuge sobreviviente, opta por un derecho de habitación, habrá de coexistir con el conferido al discapacitado. Si por contra, el cónyuge supérstite elige la atribución de la propiedad de la vivienda, el derecho de habitación operará como un gravamen sobre la misma de naturaleza vitalicia⁶⁸, con lo cual, el discapacitado tendrá derecho a habitar la vivienda, conviviendo con sus hermanos y con el cónyuge de su progenitor, que no necesariamente será también progenitor suyo, de tal modo que el disfrute de su derecho puede llegar a ser harto complicado⁶⁹.

Se han apreciado por otra parte, ciertos problemas de coordinación entre el nuevo artículo 822 y el artículo 1380 del Código civil⁷⁰, relativo a la “disposición testamentaria de un bien ganancial”⁷¹, la cual supedita los efectos del legado que éste último se adjudique a la herencia del testador, vicisitudes que podrían desembocar en que los derechos de habitación, no lleguen a integrarse en el patrimonio del causante. En tal caso, los herederos deben satisfacer al legatario el valor del bien legado, con la consiguiente evaporación de la *ratio legis*: asegurar la continuidad de una vivienda al discapacitado.

Para evitar la debida compensación al legatario por la pérdida de su derecho, según podría resultar del artículo 1380 del Código civil, se hace necesario recurrir de nuevo al reiterado artículo 3.1 del Código y a la tutela judicial, en pro, del sujeto más necesitado de protección, ante la posibilidad (no deseable pero posible) de un fraude de ley (artículo 6.4 C.c.).

un derecho de uso o habitación. Si el valor de los bienes o el derecho superara al del haber del cónyuge adjudicatario, deberá éste abonar la diferencia en dinero”.

⁶⁸ J. RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, *op. cit.*, pp. 368 y 369.

⁶⁹ M. E. AMAT LLARI, *op. cit.*, pp. 33 y 34.

⁷⁰ J. RUIZ-RICO RUIZ MORÓN, *op. cit.*, p. 368.

⁷¹ STS 28 septiembre 1998 (A.C. 31/1999): “sólo se hace que según lo proclamado en gran parte de la doctrina científica moderna, cuando dice que el art. 1380 CC, permite que cualquiera de los cónyuges pueda disponer por testamento de un bien ganancial pese a que antes de la partición de la sociedad legal de gananciales, ninguno de los cónyuges tiene poder de disposición exclusivo sobre cualquiera de los bienes que forman su activo ni a ninguno le pertenece”.

VIII. LIQUIDACIÓN TRIBUTARIA DEL IMPUESTO SOBRE SUCESIONES Y DONACIONES: CASO PRÁCTICO

Las personas con minusvalías, tienen reconocidas diferentes beneficios específicos, dispersos en el sistema tributario español. Estos beneficios fiscales (exenciones, reducciones, deducciones, bonificaciones y tipos impositivos reducidos), se otorgan sobre la base de su menor capacidad contributiva (Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas e Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones), o con la finalidad de facilitar la integración laboral (Impuesto sobre Sociedades), social o educativa (Impuesto sobre Valor Añadido, Impuesto Especial sobre Determinados Medios de Transporte, Impuesto sobre Vehículos de Tracción Mecánica y Derechos de Aduanas)⁷².

Con la Ley Orgánica 8/1980, de 22 de septiembre, de Financiación de las Comunidades Autónomas, en la redacción dada por la Ley Orgánica 7/2001, de 27 de diciembre, las Comunidades Autónomas pueden asumir, determinadas competencias normativas en relación con los tributos estatales cedidos, y entre ellas, el establecimiento de beneficios fiscales adicionales para las personas con discapacidad. El efecto no buscado de esta habilitación normativa, ha sido la instauración en cada Comunidad Autónoma de estatutos fiscales individuales con diferente incidencia tributaria para un mismo colectivo, las personas discapacitadas⁷³. Haciéndose deseable, que la legislación estatal y autonómica tienda a equipararse con la de aquellas Comunidades Autónomas que han establecido un tratamiento fiscal más favorable para los discapacitados, como la actualmente regulada en la Comunidad Autónoma de Cataluña⁷⁴.

Respecto a la Ley de 18 de noviembre de 2003, diferentes colectivos⁷⁵ y sectores doctrinales, han criticado la reforma en su vertiente tributaria, con el argumento de que “sólo por razones de política recaudatoria se explica el extraño silencio de la Ley en materia de Impuesto de Sucesiones y Donaciones, tributo rey en materia de atribuciones a título gratuito, pues sólo prevé que no estarán sujetas a dicho impuesto aquellas atribuciones que para el perceptor tengan la consideración de rendimientos del trabajo. Si lo que se desea es incentivar la protección desde el sector privado de las personas con discapacidad, privilegiando fiscalmente este tipo de atribuciones, resulta inexplicable que se modifiquen el I. de la Renta y el I. de Sociedades sin tocar el tributo que más gravamen supone a las familias,

⁷² DEFENSOR DEL PUEBLO, Informes, estudios y documentos, *Presente y futuro de la fiscalidad del discapacitado*. Madrid, 2000, p. 19.

⁷³ DEFENSOR DEL PUEBLO, *op. cit.*, p. 67.

⁷⁴ DEFENSOR DEL PUEBLO, *op. cit.*, p. 89.

⁷⁵ Como representante de la Fundación ONCE, C. GAZTELU SAN PIO, *op. cit.*, pp. 166 y 167.

y que por lo demás se halla cuestionado socialmente hasta proponer su desaparición”⁷⁶.

Frente a estos comentarios, cabría argumentar que la no modificación de la Ley del Impuesto sobre Sucesiones y Donaciones, de 18 de diciembre de 1987, (en adelante L.I.S.D.), venga de que tras la reforma por Ley 21/2001⁷⁷, ya recogía un tratamiento fiscal muy favorable para los discapacitados y la vivienda habitual, desde el supuesto del contribuyente medio, como a continuación se intentará demostrar. El panorama es diferente para patrimonios relevantes⁷⁸, pues estos patrimonios pueden articular diferentes medidas reductoras de la carga impositiva, como sería a título meramente orientativo, vía empresa familiar⁷⁹.

CASO PRÁCTICO

Planteamos en el presente trabajo⁸⁰, el supuesto de la transmisión de un *derecho de habitación* con carácter vitalicio, para un hijo de 29 años (por tanto perteneciente al Grupo II de la L.I.S.D. para 21 o más años), y los siguientes porcentajes de minusvalía:

- 1.º) Minusvalía igual o superior al 33 por 100.
- 2.º) Minusvalía igual o superior al 65 por 100.

En un primer momento, determinaremos las cuantías máximas exentas de tributación, en la transmisión de la “propiedad” de la vivienda al discapacitado, en los dos porcentajes (de minusvalía) planteados. Para a continuación, determinar el valor máximo de la vivienda transmisible, también exenta, en el caso de un “derecho de habitación” dada su inferior tributación (75 por 100) respecto del pleno dominio, y corregido, por el porcentaje en función de la edad del habitacionista.

Para el primer supuesto (33 por 100 de minusvalía):

- Exención por pertenencia al Grupo II	15.956,87 €.
- Por minusvalía igual o superior al 33 por 100	47.858,59 €.
- Por vivienda habitual	122.606,47 €.*
TOTAL EXENTO DE TRIBUTACIÓN:	186.421,93 €.

⁷⁶ J. A. LUCINI NICÁS, *op. cit.*, p. 1632.

⁷⁷ Por Ley 21/2001, de 27 de diciembre (BOE del 31).

⁷⁸ Vid. I. SERRANO GARCÍA, Discapacidad Intelectual y Derecho. IV Jornadas Fundación Aequitas, Granada 23 y 24 de octubre de 2003, *Reflexiones apresuradas acerca de los sujetos en el proyecto de Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad*, pp. 192 y 193: “Otra crítica que puede hacerse a la ley es que ésta puede resolver el problema de un grupo de personas, patrimonialmente solventes, que quizá no tengan necesidad de constituir la figura para atender a sus necesidades vitales [...]”.

⁷⁹ Artículo 20.2.c) de la Ley 29/1987, de 18 de diciembre, de Sucesiones y Donaciones, reformado por la Ley 53/2002, de 30 de diciembre, de medidas fiscales (BOE del 31).

⁸⁰ Nos referimos a la regulación de Derecho común, sin contemplar las especialidades autonómicas o forales (frecuentemente aún más ventajosas), las cuales deberán verificarse.

* Para un “derecho de habitación” (75 por 100 del valor de la vivienda) y con un habitacionista de 29 años, aplicando las reglas del usufructo vitalicio (60 por 100) para dicha edad, nos daría el siguiente resultado: 122.606,47 (valor vivienda) x 75 % (derecho de habitación) x 60 % (porcentaje para un habitacionista de 29 años) = 55.172,91 €. (Es decir, una reducción de un 45 % sobre el valor de una vivienda de 122.606,47 €).

Por una regla de tres, podemos calcular el valor máximo exento para el derecho de habitación si a:

122.606,47 € le corresponde un 45 %.

“x” € le corresponde un 100 %.

De donde “x” es igual a **272.458,82 €** (Valor máximo que puede alcanzar la vivienda, antes de reducirse su valor fiscal, por su transmisión en concepto de derecho de habitación). Así, 272.458,82 x 75 % x 60 % = 122.606,46 € (Máximo exento permitido).

Para el segundo supuesto, (65 por 100 de minusvalía):

- Exención por pertenencia al Grupo II 15.956,87 €.
- Por minusvalía igual o superior al 65 por 100 150.253,03 €.
- Por vivienda habitual 122.606,47 €.*

TOTAL EXENTO DE TRIBUTACIÓN: 288.816,37 €.

* Aplicando las mismas reglas, el importe máximo de la vivienda, exenta de tributación para el discapacitado, en concepto de derecho de habitación alcanzaría: **272.458,82 €**, que se convertirían de nuevo por las reducciones en 122.606,46 €.

De dicha comparación y desglose, puede apreciarse el significativo valor que puede alcanzar una vivienda (272.458,82 €), susceptible de transmitirse en concepto de derecho de habitación, sin tributación para cubrir las necesidades del discapacitado, pudiendo concluirse, que las cuestiones problemáticas más que fiscales serían de otra índole, por la falta de un *estatuto* que regulase globalmente toda la problemática legal de los discapacitados, incapacitados, dementes seniles, y esbozada en anteriores epígrafes del presente trabajo, ya que la afectiva, no puede hacerse valer legalmente.

RESUMEN:

Para atender las futuras necesidades de los disminuidos, tanto desde el plano jurídico como económico, el legislador español introduce en su ordenamiento jurídico un conjunto de medidas tendentes a mejorar y planificar el futuro de los incapacitados. En el presente estudio se analizan sus vertientes civil y tributaria, junto a la resolución de un supuesto práctico para la optimización de las medidas introducidas por 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. El aspecto negativo de la reforma legislativa es la falta de un marco jurídico que ordene y regule conjuntamente la problemática de los discapacitados/incapacitados.

Palabras clave: *Discapacitado - Minusvalía - Legitimario - Vivienda habitual - Legado - Derecho de habitación - Convivencia - Impuesto de Sucesiones y Donaciones.*

ABSTRACT:

To look after the future needs of handicapped people both legally and economically, a set of legal measures have been introduced into Spanish law. These measures are aimed at improving and planning the future of these people. This study analyzes the civil and fiscal aspects of this issue. We also offer a practical case that examines the optimization of the measures introduced by “Protection of disabled people’s property” Act 41/2003 (18 November) and which modifies the Civil Code, the Law of Civil Procedure and tax laws. The negative side of this reform is the lack of a legal framework which might regulate more comprehensively the problems of this sector of society.

Key words: *Disabled - Disability - Legal heir - Habitual dwelling - Legacy - Right to a home - Cohabitation - Will and gift tax.*

