

EL DERECHO DE HABITACIÓN DEL VIUDO¹ EN LEY DE DERECHO CIVIL VASCO.

Jesús Fdez. de Bilbao.

-Abogado-

ÍNDICE DE CONTENIDOS:

I.- INTRODUCCIÓN.

II.- CONCEPTO Y CARACTERES.

III.- REQUISITOS.

IV.- EFECTOS.

V.- EXTINCIÓN.

VI.- BIBLIOGRAFÍA.

I.- INTRODUCCIÓN:

Aunque estrictamente hablando los derechos legales del viudo en la sucesión del causante están regulados en los art. 52 a 57 LDCV, el Derecho Civil Vasco otorga al viudo un armazón muy superior al Derecho común: 1.- El testamento mancomunado (art. 28.2); 2.- el poder sucesorio anudado al usufructo o *alkar poderoso* vitalicio (art. 41), 3.- las capitulaciones matrimoniales pactos sucesorios (art. 100), 4.- los efectos de la comunicación foral de bienes en la masa hereditaria del cónyuge premuerto (art. 129); 5.- que no afectarán a la intangibilidad de la legítima, o de los bienes troncales, los “derechos reconocidos al cónyuge viudo, ni el legado de usufructo universal a favor del mismo” (art. 56 y 70.5 LDCV) y; 6.- (novedad) el art. 54 LDCV da un derecho de habitación del viudo, proveniente del derecho de habitación del Fuero de Bizkaia Gipuzkoa, art. 159 y 160² Ley 3/1992, según redacción dada por la Ley 3/1999 de 16

¹ Entiéndase de aquí en adelante que cuando hablo de viudo me refiero siempre también al miembro supérstite de pareja de hecho inscrita en el Registro Administrativo del Gobierno Vasco (art. 9.3 y D.A.1^a de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho y D.A.^a 2 LDCV).

² Art 159 Ley 3/1992: 1. *En caso de que procediere la exclusión del valor del caserío y sus pertenecidos del cómputo legítimo, el cónyuge viudo ostentará un derecho de habitación sobre la casa o la parte de la misma que constituyere la vivienda familiar.*

2. *Gozará de este derecho de habitación el cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado por sentencia firme o separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente, y lo perderá si contrajere nuevo matrimonio o si pasare a vivir maritalmente de hecho con otra persona.*

3. *El causante podrá privar de este derecho a su consorte si hubiere incurrido en alguna de las causas de desheredación contempladas en el art. 855 del Código civil.*

noviembre y con antecedentes más remotos en Italia³ y Argentina⁴. También el Código civil contiene una disposición análoga en naturaleza, que no en ámbito de aplicación, su art. 822, pfo. 2 CC⁵. También el Derecho Foral o especial contiene disposiciones sobre la habitación, de alcance general⁶,

URRUTIA halla su fundamento en la protección del viudo. “*Y efectivamente el Tribunal Supremo dice que la vivienda familiar es un «bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, cualquiera que sea el propietario»*” (Ilma Sra. Magistrada CASTRESANA GARCÍA, Reyes).⁷

II.- CONCEPTO Y CARACTERES:

1. Concepto: Dispone el art. 54 LDCV un “*Derecho de habitación del cónyuge o miembro superviviente de la pareja de hecho*” que regula como: “*El cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, además de su legítima, tendrá un derecho de habitación en la vivienda conyugal o de la pareja de hecho, mientras se mantenga en*

Art. 160 Ley 3/1992: “*El derecho de habitación al que alude el artículo anterior es independiente y distinto del derecho que, sobre el resto del patrimonio del causante, pudiera corresponder al cónyuge viudo a tenor de lo establecido en los artículos 834 a 840 del Código civil*”.

³ En Italia, la Ley 151 del 19 de mayo de 1975 que reforma el Derecho de Familia, en su art. 176 sustituye el art. 540 del Código Civil, estableciendo el derecho de habitación de la siguiente forma: “*Aunque concorra con otros llamados, están reservados al cónyuge los derechos de habitación sobre la casa destinada a residencia familiar y de uso sobre los muebles que la equipan, sean de propiedad del difunto o comunes. Tales derechos gravan la porción disponible y en caso que esta no sea suficiente, el remanente gravar la cuota reservada al cónyuge eventual la cuota reservada a los hijos*”.

⁴ La Ley 20798 incorporo al Código Civil argentino el art. 3573 bis: “*Si a la muerte del causante este dejare un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario y que hubiera constituido el hogar conyugal, cuya estimación no sobrepasare el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia, y concurrieren otras personas con vocación hereditaria o como legatarios, el cónyuge supérstite tendrá derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita. Este derecho se perderá si el cónyuge supérstite contrajere nuevas nupcias*”.

⁵ “*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*”.

⁶ Ley 424 Compilación de Navarra, art. 562-9 Código civil de Cataluña, art. 54 Compilación de Baleares para Mallorca y Menorca, denominado *estage*. Para el derecho de habitación en Ibiza y Formentera, art. 85 Compilación.

⁷ CASTRESANA GARCÍA, Reyes. “*Y efectivamente el Tribunal Supremo dice que la vivienda familiar es un «bien familiar, no patrimonial, al servicio del grupo o ente pluripersonal que en ella se asienta, cualquiera que sea el propietario»*” (STS 31 de diciembre de 1994). La vivienda familiar es algo más que la propia vivienda y se viene a identificar con el concepto de «hogar familiar, o lugar donde, habitualmente, la familia desarrolla su vida diaria» (STS de 16 de diciembre de 1996). Estas sentencias clásicas del TS han servido de pautas conceptuales para definiciones más recientes, y así pueden significarse que la definición de vivienda familiar se corresponde con el espacio físico, generalmente cerrado, que es ocupado por los componentes de una pareja y, en su caso, por sus descendientes más próximos, (hijos), y que a su vez constituye el núcleo básico de su convivencia, es decir, el lugar donde se desarrollan habitualmente los quehaceres cotidianos más íntimos. Tal espacio puede tener diferente forma, (vivienda unifamiliar, piso que forma parte de un edificio, dependencias dentro de una casa, etc ...), puede situarse en un ámbito rural o urbano y puede incluso ser compartido con otras personas, (parientes o no), o familias, pero lo que le caracteriza y diferencia de otros es que simboliza y encarna uno de los aspectos de la vida más preciados por el ser humano, cual es el de su intimidad personal y familiar”. Según la STS de 19 de noviembre de 2013, no es domicilio familiar el inmueble que no sirve a estos fines”.

estado de viudedad, no haga vida marital ni tenga un hijo no matrimonial o no constituya una nueva pareja de hecho”.

Y la habitación es definida por el art. 524 CC “*La habitación da a quien tiene este derecho la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia”.*

2. Caracteres:

1.1. Es un derecho de naturaleza sucesoria, como se deduce (URRUTIA) de su ubicación en la Sección 1ª del Capítulo 2º (*de las limitaciones a la libertad de testar*) del Título II (*de las sucesiones*) de la LDCV. Por lo tanto supera en este aspecto al art. 1407 CC que en Derecho común permite optar al viudo atribuyéndose a éste la vivienda ganancial a título de Derecho de habitación, lo que sin duda aumenta su participación en otros bienes objeto de adjudicación y lo hará el juez en defecto de acuerdo de los interesados.

1.2. No es una legítima viudal. Ello se deduce de la expresión del art. 54 LDCV “*además de su legítima*”, legítima, usufructuaria, que se reconoce en el art. 47 LDCV y se precisa en su art. 52⁸, lo cuál supone que:

1.2.1 Es una suerte de plus o añadido y distinto respecto al usufructo legitimario, de modo que el cónyuge viudo podrá aceptar un llamamiento y repudiar el otro pues son atribuciones legales independientes (GALICIA AIZPURUA). Otra cosa es la concurrencia del derecho de habitación con el usufructo universal, siempre voluntario (Cfr. art. 57 LDCV), situación en la que se entenderá subsumida la habitación en el usufructo (URRUTIA y GALICIA AIZPURUA)⁹, lo que se confirma en la jurisprudencia por el carácter excluyente del usufructo que no admite posesión de otras personas, a diferencia de la habitación¹⁰ o porque “*al derecho de uso y habitación se le ha llegado a denominar de «usufructo limitado»*”¹¹.

1.2.2. Es un “legado legal” (NOGUERA NEBOT), lo que en mi opinión atribuye la posesión civilísima o automática sobre la vivienda conyugal¹², por excepción

⁸ Como hemos visto, en el precedente art. 160 Ley 3/1992, dentro del Fuero de Gipuzkoa: “*El derecho de habitación al que alude el artículo anterior es independiente y distinto del derecho que, sobre el resto del patrimonio del causante, pudiera corresponder al cónyuge viudo a tenor de lo establecido en los artículos 834 a 840 del Código civil*”.

⁹ El usufructo universal vitalicio voluntario es una institución que carece de regulación en el Código Civil (a diferencia de lo que sucede en Navarra o en Cataluña) pero que es doctrinal y jurisprudencialmente aceptada siempre que se respeten las legítimas y que supone constituir a favor del legatario un derecho real sobre todos los bienes de la herencia (SAP de Almería, sec. 1ª, de 27-01-1999).

¹⁰ SAP de Málaga, sec. 4ª, de 21-10-2015: “*el derecho de habitación, a diferencia del usufructo, no es excluyente del uso del inmueble por el titular o copropietarios del mismo en lo que se refiere a la piezas o habitaciones que no sean necesarias objeto del mismo, tal y como se desprende de los artículos 523 y 524 del Código Civil*”.

¹¹ SAP A Coruña, sec. 5ª, de 22-09-2015, SAP de Madrid, sec. 20ª, de 17-07-2008, SAP de Barcelona, sec. 16ª, de 29-04-2008 y SAP de Tarragona, sec. 1ª, de 30-11-1998.

¹² SAP de Gipuzkoa, sec. 2ª, de 24-06-2010: “*Es decir, la cuestión fundamental consiste en determinar si es ajustado a Derecho la orden de entrega de legados de cosas gananciales sin haberse practicado la liquidación de la sociedad de gananciales, ni las otras operaciones particionales correspondientes. Y esta misma cuestión se encuentra ya resuelta por el Tribunal Supremo mediante sentencia de 28/05/04 mediante la cual expresamente se indica que dichos legados son válidos en aplicación del art. 1.380 CC:*

al art. 19.2 LDCV, pues “*de la situación de indivisión, propia de la comunidad hereditaria*” se exceptúa cuando “*alguno de los derechos en liza ya plenamente determinado o concretado (...) en el curso del fenómeno sucesorio, con independencia de su posible concurrencia con los demás derechos hereditarios que resulten sujetos a la situación de indivisión de la comunidad hereditaria y, por tanto, a su posterior determinación en titularidades concretas sobre bienes determinados a través del cauce particional*”¹³. Una interpretación del art. 17.2 LDCV¹⁴ bien podría amparar igual conclusión. Igualmente, por analogía con el usufructo viudal, de modo que para DE LA CÁMARA, GULLÓN y MEZQUITA DEL CACHO el art. 839 CC señala que existe el usufructo en favor del cónyuge viudo desde el momento de apertura de la sucesión. No obstante, la concreción de la ocupación por derecho de habitación deberá ser objeto de la partición hereditaria, como veremos.

1.2.3. Opera como un límite *pars rerum* a la voluntad del causante, puesto que no es una “*cuota sobre la herencia, que se calcula por su valor económico*” (art. 48.1 LDCV). Esto es, ha de entregarse en especie, sin que el causante pueda enervarlo, ni pagarlo “*de otro modo*” como sí puede con la distinta legítima (nuevamente, art. 48.1 LDCV). Aunque sin perjuicio de que sea pagado de otro modo que lo subsuma y supere, como, p.ej. heredero único o usufructuario universal. Aunque no es derecho legitimario puede ser objeto de pacto o renuncia anticipada (no ex art. 48.5 sino ex art. 100.2 LDCV). No hay sucesión separada en la vivienda conyugal del causante, por lo que se computará para el cálculo de la cuota legítima (art. 47 y 58 LDCV) pero no colacionará tanto porque no hay voluntad –ni posibilidad- de igualar como porque (art. 56.2 LDCV) “*No afectarán a la intangibilidad de la legítima, los derechos reconocidos al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho, ni el legado de usufructo universal a favor del mismo*”.

Mientras GALICIA AIZPURUA entiende que “*este derecho gravará los bienes adjudicados para el pago del tercio legitimario de los descendientes, y solo en lo que falte gravará los bienes dejados a extraños con cargo a los dos tercios libres*”, URRUTIA cree que “*habrá de realizarse en principio a la parte de libre disposición de el valor de todos los bienes de la herencia, pudiendo gravar incluso a la parte de legítima colectiva que corresponde a los descendientes, dado que no afecta a la intangibilidad de la legítima ex artículo 56 LDCV*”. En mi opinión el problema es un poco más complejo: En primer lugar gravará el bien, la vivienda conyugal sobre el que recaiga, y por lo tanto detraerá valor en la hijuela del adjudicatario del mismo. Esta detracción de valor será la que habrá de ser objeto de imputación y, si la vivienda conyugal ha sido atribuida a un legitimario éste no la verá perjudicada objetiva y legalmente ex art. 56 LDCV. Obviamente para el que sucede en la parte de libre no es ésta es intangible y asumirá el gravamen.

"En efecto, en el momento en que dicha señora otorga su testamento, ya había fallecido su esposo, por lo que se había extinguido la sociedad conyugal a la que aludía, pasando los bienes que anteriormente se hallaron integrados en la misma a formar parte de la comunidad postganancial, pendiente de división que le había sustituido. A falta de norma expresa que regula esta nueva situación, esta Sala ha entendido que debía aplicarse a la misma por analogía el art. 1.380 CC (SS. de 11/05/00 y 26/04/97)".

¹³ STS, Sala 1ª, de 20-01-2014 sobre el legado –voluntario- de usufructo universal.

¹⁴ “*La delación se producirá en el momento del fallecimiento del causante y en el lugar en que haya tenido su última residencia habitual o, en su defecto, en el lugar del fallecimiento. Si el fallecido otorga poder testatorio, la sucesión, respecto a los bienes a que alcance dicho poder, se abrirá en el momento en que el comisario haga uso del poder, o se extinga el mismo por cualquiera de las causas enumeradas en esta ley*”.

1.2.4. Es una derecho individual y no legitimario razones ambas por la que no cabe la figura del apartamiento (art. 48.2 LDCV). Cabe que el viudo incurra en causas de indignidad para suceder (art. 756 CC). Distinto problema es el de la desheredación. En principio es un problema menor, teórico, porque (art. 55 LDCV) basta la separación por sentencia firme o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente, como luego veremos, para enervar este derecho. No obstante, entendemos que no cabe desheredación porque: a) este derecho tiene sus propias causas de extinción y de enervación (art. 55 LDCV) más las de la habitación (art. 513 y 529 CC); b) el art.159.3 Ley 3/1992 ordenó que el causante podrá privar de dicho derecho a su consorte si hubiere incurrido en alguna de las causas de desheredación del art. 855 del Código civil y tal precepto no ha sido reproducido en la actual redacción y; c) desheredar (art. 813 y 857 CC) es privar de la legítima y este derecho, ya lo hemos visto no lo es.

1.2.5. Sujeto a un deber de fidelidad *post mortem* para con el premuerto (art. 55 LDCV).

1.2.6. No es conmutable, si el viudo no lo desea. Se deduce, aparte del silencio de los art. 54 y 55 LDCV y de la supletoria aplicación del CC (art. 529 y 513), de que no se incluye en los art. 53 y 70.6 LDCV sobre conmutación del usufructo viudal. Igualmente hallamos fundamento en los supletorios art.868 CC: “*Si la cosa legada estuviere sujeta a usufructo, uso o habitación, el legatario deberá respetar estos derechos hasta que legalmente se extingan*” y artículo 490 CC “*si cesare la comunidad por dividirse la cosa poseída en común, corresponderá al usufructuario el usufructo de la parte que se adjudicare al propietario o condueño*”.

1.3. No hay derecho a tal habitación de la vivienda conyugal en toda la sucesión intestada. Mientras en la sucesión abintestato en bienes comunes el art. 114.2 LDCV parece excluir el Derecho de habitación al ordenar que “*En todo caso, el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho conservará sus derechos legitimarios de usufructo*”, doble afirmación, *legitimario* y *usufructo* que parece excluir de la sucesión abintestato de bienes comunes a favor del viudo este derecho de habitación; el art. 111.1 LDCV, sobre la “*Sucesión legal de los bienes troncales*”, parece ser más amplio al y reconocer tal derecho viudal de habitación al afirmar que “*Cuando se trate de bienes troncales, el orden de la sucesión legal será el establecido en el artículo 66; pero se reconocen al cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho todos los derechos que se regulan en esta ley, que, a falta o por insuficiencia de los bienes no troncales, recaerán sobre bienes troncales*”.

Concluimos que el art. 111.1 LDCV no lleva a una ruptura de la unidad del fenómeno sucesorio, en la medida que éste, sobre bienes troncales, actúa bien a por bien concreto¹⁵ (art. 19.1, 63.1 - *se determina siempre con relación a un bien raíz-* y 67.2 LDCV y 768 CC). De ser un error, el mismo no ha sido salvado por la corrección de errores de la LDCV –BOPV, nº 84, de 05-05-2016-), por lo que deduzco que el art. 114.2 LDCV otorga derecho de habitación sobre la vivienda conyugal que es bien

¹⁵ La troncalidad opera bien inmueble por bien inmueble sitios en la Tierra Llana de Bizkaia (art. 61.1 LDCV), con la excepción del caserío y sus pertenecidos que incluyen muebles afectos al mismo (art. 71 LDCV), a modo similar a las reservas y no sobre el valor neto del patrimonio hereditario como hace la legítima.

troncal del premuerto, con ecos o razón de ser en la línea protectora del art. 146 LDCV¹⁶ y el alcance comunal, familiar y social de la propiedad (art. 5.2 LDCV).

1.4. Confiere un derecho real (art. 524 CC) muy limitado pues el siguiente art. 525 CC ordena que “*los derechos de uso y habitación no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título*”. Esto supone una diferencia importante entre estos derechos y el derecho de usufructo. Consiguientemente, mientras el art. 107.1 LH permite la hipoteca del derecho de usufructo, el art. 108.3 del mismo texto legal no permite hipotecar los derechos de uso y habitación. Conforme a la STS, Sala 1ª, de 26-07-2001 es un “*derecho real de uso y disfrute recayente sobre un inmueble, limitado a las necesidades de los titulares del mismo, de carácter personal, pero con dos particularidades esenciales que le dan individualidad jurídica, cuales son la temporalidad del uso y su régimen jurídico, que atiende en primer lugar a lo dispuesto en el título constitutivo del mismo, respecto del cual tienen carácter dispositivo las demás normas legales que disciplinen efectos de este derecho real; 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*”.

III.- REQUISITOS:

1. Requisitos personales:

1.1. El causante: Ha de tener la vecindad civil vasca al tiempo de su fallecimiento y no ser de vecindad civil ayalesa (art. 89 y 90 LDCV).

1.1.1. El causante ha de tener la vecindad civil vasca al tiempo de su fallecimiento. Conforme a las normas de conflicto (art. 9 LDCV) la sucesión por causa de muerte se rige por la ley nacional del causante (léase vecindad civil, art. 13 y 16 CC) al tiempo del fallecimiento (art. 9.1 CC). Sin embargo se exceptúan los derechos viduales que no se regirán por la misma Ley sucesoria sino por la que regule los efectos del matrimonio (art. 9.8 CC). Como este punto de conexión de rompe la unidad de sucesión hubo Doctrina y Jurisprudencia que entendieron que prevalecía en todo caso la unidad normativa en la sucesión del causante, de modo que la ley que rige los efectos

¹⁶ “a) El cónyuge viudo que hubiera venido al caserío del premuerto tendrá, mientras se conserve en tal estado, el derecho de continuar en él durante un año y día, sin perjuicio de los demás derechos que le correspondan por disposición legal o voluntaria. b) Cuando el cónyuge viudo hubiere traído dote u otra aportación, el plazo establecido en la regla anterior se prorrogará por todo el tiempo que los herederos del finado tarden en devolvérsela. c) Las adquisiciones onerosas o mejoras de bienes raíces troncales serán para el cónyuge de cuya línea provengan o para sus herederos tronqueros, pero se tendrá presente en la liquidación de la sociedad conyugal el valor actualizado de las inversiones realizadas, con abono al otro cónyuge, o a sus herederos, del haber que le corresponda. Tal abono podrá no tener efecto hasta el fallecimiento del cónyuge viudo, pues se reconoce a éste el derecho de gozar y disfrutar libremente de su mitad durante sus días”.

del matrimonio regula igualmente los derechos sucesorios viduales¹⁷. Por el contrario prevalece en la Jurisprudencia reciente la interpretación literal de dicho art. 9.8 CC¹⁸.

La LDCV evita esta diletancia puesto que la D.Tª.7ª LDCV, extiende automáticamente desde su entrada en vigor (03-10-2015) a quienes gocen de vecindad civil en cualquiera de los territorios de la Comunidad Autónoma del País Vasco la vecindad civil vasca y por tanto (art. 8 y 10.1 LDCV y 9.1 CC) la Ley sucesoria será la LDCV. Además, el segundo párrafo de la D.Tª.7ª LDCV aclara “*En lo relativo a las relaciones personales y sucesorias, se estará a lo dispuesto en la disposición transitoria primera*” que se remite a la D.T.12ª del CC) “... *La herencia de los fallecidos después, sea o no con testamento, se adjudicará y repartirá con arreglo al Código; pero cumpliendo, en cuanto éste lo permita, las disposiciones testamentarias. Se respetarán, por lo tanto, las legítimas, las mejoras y los legados; pero reduciendo su cuantía, si de otro modo no se pudiera dar a cada partícipe en la herencia lo que le corresponda según el Código*”. Además, aunque aplicáramos el art. 9.8 CC sorteando tal D.Tª. 7ª tendríamos que la ley que rige los efectos del matrimonio, sería la vasca pues el régimen económico del matrimonio viene regulado por el Título III LDCV (“*Del régimen de bienes en el matrimonio*”), si bien el régimen económico matrimonial concreto no se modifica por la mera nueva aplicación de la LDCV como aclara dicha su D.Tª. 7ª.

1.1.2. El causante no ha de tener la vecindad civil local ayalesa al tiempo de su fallecimiento: El derecho de habitación que estudiamos, como dijimos arriba se regula dentro de la Sección primera del Capítulo Segundo (*de las limitaciones a la libertad de testar*) del Título II (*de las sucesiones*) de la LDCV. La Sección cuarta del mismo capítulo se titula “*De la libertad de testar en el Valle de Ayala en Álava*” y prevé la libertad de testar en el aspecto real (sobre todos los bienes) ex art. 89.1 LDCV y en el aspecto personal (respecto de todas las personas) conforme al art. 89.2 LDCV, entre ellas el viudo, cuando el causante fuera de vecindad civil local ayalesa (art. 10.2 y 88 LDCV).

1.2. El viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho. Ordena el art. 55 LDV que “*Salvo disposición expresa del causante, carecerá de derechos legitimarios y de habitación en el domicilio conyugal o de la pareja de hecho, el cónyuge separado por sentencia firme o por mutuo acuerdo que conste fehacientemente, o el cónyuge viudo que haga vida marital o el miembro superviviente de la pareja de hecho que se encuentre ligado por una relación afectivo-sexual con otra persona*”, lo que nos permite distinguir entre:

1.2.1. Cónyuge viudo cuyo matrimonio ha sido declarado nulo: Como quiera que la nulidad del matrimonio se declara, no se constituye por la correspondiente sentencia, produce efectos *ex tunc* y, como el art. 79 CC (“*La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe. La buena fe se presume*”) es de directa y

¹⁷ STS, Sala 1ª, de 23-12-1992, RDGRN de 11-03-2003 y 18-06-2003, SAP de Málaga, sec. 5ª, de 22-6-2011 y SAP de Soria, Sec. 1ª, de 03-12-2007. El art. 9.8 CC. se refiere “*exclusivamente a los ligados a los efectos personales o estatuto patrimonial* (Cfr. año de luto, tenuta, ventajas, ajuar doméstico, viudedades forales en su consideración familiar, o cualesquiera otras que determine la ley aplicable).

¹⁸ Sobre la literal interpretación de este precepto citamos la reciente STS, Sala 1ª, de 16-03-2016 y la STS, Sala 1ª, de 28-04-2014. Igualmente, SAP de Lleida, sec. 2ª, de 17-12-2001 y SAP de de Zaragoza, sec. 2ª, de 10-7-2000.

general aplicación en toda España (art. 16 CC), habrá de distinguirse entre la declaración de nulidad anterior al fallecimiento del causante, en cuyo caso el sobreviviente carece de derechos legitimarios y la posterior. Si la sentencia que declare la nulidad es de fecha posterior a la muerte de uno de los cónyuges especialmente si la ejercitan terceros (art. 74 CC) la doctrina mayoritaria entiende que tal declaración de nulidad no producirá efectos en perjuicio del cónyuge de buena fe. Ahora bien, como los derechos a la sucesión no son efectos “*ya producidos*” sino un efecto posterior que nace con la delación (art. 17.2 LDCV), la sentencia posterior a la delación recaída por demanda anterior a la misma no es un efecto “*ya producido*”, sino un efecto posterior, luego el cónyuge viudo no tendrá derecho a la legítima (O'CALLAGHAN).

1.2.2. Separación y divorcio judicialmente decretados (SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 29-05-2007): Sus efectos se producen (art. 79, 81 y 85 CC y SAP de Bizkaia, sec. 4ª, de 18-10-2010) por y al tiempo de la sentencia declarativa de la separación o del divorcio, momento igualmente señalado por el art. 130 LDCV y la Jurisprudencia sobre el art. 1392 CC. El art. 55 LDCV introduce respecto del art. 59 LDCV la expresión “*separado por sentencia firme*” que no sólo es enfática, sino que se coordina con el art. 89 CC (ante el silencio de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores) de modo que separación y divorcio judicialmente decretados producen efectos desde la firmeza de la correspondiente sentencia. Como argumento adicional en general la LDCV anuda la ineficacia del título sucesorio a la separación o divorcio¹⁹ y cuando ha querido anticipar los efectos a la presentación de la demanda lo ha hecho, como en el caso del art. 45.3 LDCV respecto de la extinción del poder sucesorio entre cónyuges²⁰.

1.2.3. Separación de hecho: Se suscitaba la duda a tenor de los art. 48 y 59 de la Ley 3/1992 que hablaban, ora de “*presentación de demanda*”, ora de “*cónyuge separado por causa a él imputable*”, lo que parecía exigir implícitamente que la separación fuera judicialmente declarada, lo que evocaba la redacción dada al Código civil por la Ley de 13-05-2001 (art. 82 CC). La redacción del art. 55 LDCV deja clara la cuestión pues sólo se priva de derechos forzosos sucesorios al viudo caso de separación de hecho que “*conste fehacientemente*”²¹. Creo que la regulación vasca sigue la

¹⁹ Recordemos, por fin que la mera presentación de la demanda de separación, divorcio o nulidad matrimonial, después de otorgado el poder sucesorio extingue éste (art. 45.3 LDCV); que (art. 28.3 LDCV) las sentencias de nulidad, separación o divorcio de los cónyuges o la extinción de la pareja de hecho en vida de los miembros de la misma, salvo en el caso de contraer matrimonio entre éstos, dejarán sin efecto todas las disposiciones del testamento mancomunado, excepto las correspondientes a favor de un hijo menor de edad o discapacitado y (art. 108.5) asimismo son causa de revocación del pacto sucesorio otorgado en atención a ese matrimonio. También es causa de extinción del poder la sobrevenencia de hijos no matrimoniales del cónyuge comisario.

²⁰ “*En el caso del cónyuge comisario, por la presentación de la demanda de separación, divorcio o nulidad del matrimonio, después de otorgado el poder testatorio, aunque no se haya dictado sentencia antes de la muerte del causante*”.

²¹ Conforme a la SAP de Baleares, Sec. 3ª, de 23-02-2012 “*lo exigido por el precepto es la exclusión de la voluntad presunta de la vida separada de los cónyuges o su unilateralidad, con la consecuencia de que tal separación de hecho, de mutuo acuerdo se revele como algo inequívocamente querido y llevado a cabo por los cónyuges*”. Y según el AAP de Valencia, Sec. 6ª, de 17-04-2002, que cita de la SAP de Burgos, Sec. 3ª, de 26-01-2001: “*Por fehaciente ha de considerarse lo que hace prueba por sí mismo, con tal fuerza y capacidad de convicción que excluye cualquier duda o razonamiento contrario, lo que puede deducirse tanto de un documento público respecto de lo que en ese documento se dice, de un reconocimiento judicial respecto de lo que es objeto de reconocimiento, o de una prueba testifical cuando son concordantes todos los testimonios de los testigos*”. En parecidos términos la SAP de La Coruña, Sec. 4ª, de 16-11-2000.

redacción dada por dicha Ley estatal a los art. 834 y 945 CC²² y la Jurisprudencia sobre la separación de hecho recaída hasta la modificación del mismo por la Ley 15/2005, máxime cuando el inspirador Código de Derecho Foral de Aragón, art. 531.1 sólo enerva el derecho del viudo caso de separación de hecho cuando “*se encontraran en trámite, a instancia de uno o ambos cónyuges, los procedimientos dirigidos a obtener la declaración de nulidad del matrimonio, el divorcio o la separación, o si estuviera separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente*”.

1.2.4. Nuevas nupcias: Concluye el art. 55 LDCV con un deber fidelidad *post mortem* para con el premuerto, que ya existía con el art. 58 de la Ley 3/1992, pues se penaliza con privación del derecho de usufructo legal y del voluntario universal (art. 57) al viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho “*hagan vida marital*” o “*se encuentre ligado por una relación afectivo-sexual con otra persona*”, que viene a ser lo mismo, o sea, nueva relación marital de hecho o de derecho. Se ha suprimido la pérdida del derecho viudal por hijos sobrevenidos no matrimoniales.

2. Requisitos reales: El bien objeto de habitación ha de ser la “*vivienda conyugal*” del matrimonio que obviamente esté incluida dentro del patrimonio del causante (art. 17.2 LDCV).

2.1. “*Vivienda conyugal*”. Es el concepto a que se refieren los art. 40 y 67 a 70 CC será el del lugar donde habitualmente se localiza a ambos cónyuges y se ejerce la relación jurídica existente entre ellos, es decir los derechos y obligaciones derivados del matrimonio y entre estos el fundamental es el deber de convivencia (art. 69 CC). “*La vivienda familiar es algo más que la propia vivienda y se viene a identificar con el concepto de "hogar familiar", o lugar donde, habitualmente, la familia desarrolla su vida diaria (STS, Sala 1ª de 16-12-1996) Estas sentencias clásicas del TS han servido de pautas conceptuales para definiciones más recientes, y así pueden significarse la SAP de las Palmas, sección 3.ª de 8-09-2007: "Al respecto ha de ser traída a colación la sentencia de nuestra audiencia de 17 de noviembre de 2005 que nos recuerda una definición de vivienda familiar se corresponde con el espacio físico, generalmente cerrado, que es ocupado por los componentes de una pareja y, en su caso, por sus descendientes más próximos, (hijos), y que a su vez constituye el núcleo básico de su convivencia, es decir, el lugar donde se desarrollan habitualmente los quehaceres cotidianos más íntimos. Tal espacio puede tener diferente forma, (vivienda unifamiliar, piso que forma parte de un edificio, dependencias dentro de una casa, etc...), puede situarse en un ámbito rural o urbano y puede incluso ser compartido con otras personas, (parientes o no), o familias, pero lo que le caracteriza y diferencia de otros es que simboliza y encarna uno de los aspectos de la vida más preciados por el ser humano, cual es el de su intimidad personal y familiar”²³.*

²² Este precepto, según la doctrina jurisprudencial que lo interpreta (STS, Sala 1ª, de 7-03-1980, SAP de A Coruña, sec. 4ª, de 16-11-2000, SAP de Ávila, de 30-11-2000, SAP de Burgos, sec. 3ª, de 26-01-2001, AAP de Valencia, sec. 6ª, de 17-04-2002, SAP de Cantabria, sec. 2ª, de 24-09-2003 y RDGRN de 25-06-1997), únicamente excluye de la posibilidad de concurrir a la herencia con sus hijos o descendientes al cónyuge separado judicialmente y no al separado de hecho amistosamente, pues subsiste la posibilidad de desheredación al amparo del art. 855 CC y la regulación de la sucesión intestada viene referida a la voluntad presunta del causante.

²³ SAP de Burgos, sec. 2ª, de 23-11-2010.

2.2. *Vivienda comprendida en el caudal relicto*. Caso contrario (art. 17.1 LDCV) no cabe imponer al causante tal disposición. Sin embargo, se nos ocurren varios problemas:

2.2.1. Copropiedad de la vivienda. Entiende URRUTIA que “*el derecho de habitación, por último, recaerá sobre la vivienda conyugal, sea ésta de carácter privativo del causante o ganancial entre causante y superviviente, sin que sea obstáculo para la misma el hecho de que esta tenga naturaleza troncal, ya que el artículo 70.5 LDCV señala que estos derechos reconocidos al superviviente no afectan a la intangibilidad de los bienes troncales*”. Eso es correcto, pero también cabe que la vivienda sea de mera copropiedad entre la herencia yacente del causante y terceros que no sean el viudo.

En cuanto a que el derecho de habitación subsiste pese a la indivisión, aparte por la propia fuerza normativa de la LDCV, la SAP de Gipuzkoa, sec. 2ª, de 24-06-2010 resolvió un tema similar por cuanto se planteaba la validez (y por lo tanto aplicación y subsistencia) de un legado de habitación sobre cosa en parte ajena (ganancial) a favor de hijo discapacitado ex art. 822 CC²⁴.

En cuanto al régimen jurídico, entiendo que se cohonesta el art. 394 CC²⁵ (“*Cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho*”) con el art. 524 pfo. 2 CC (“*La habitación da a quien tiene este derecho la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia*”), coordinación implícitamente ratificada por la SAP de Gipuzkoa, sec. 2ª, de 10-02-2012²⁶, SAP de

²⁴ “*Por otra parte se alega por la recurrente que el art. 822 CC será de aplicación cuando el donante o causante sea propietario de la vivienda en su totalidad, no cuando tenga un porcentaje o porción indivisa de la misma. En el presente caso no se discute que la vivienda sobre la que la madre constituyó el legado pertenecía a la sociedad de gananciales de los padres de los litigantes, habiendo fallecido el padre en 1978 sin otorgar testamento. Partiendo de las anteriores premisas, tiene razón la parte recurrente cuando indica que nadie puede disponer de aquello que no le pertenece, siendo indiscutible que, cuando la Sra. Violeta otorgó testamento, legaba el derecho de habitación sobre la vivienda que pertenecía a la sociedad de gananciales no disuelta. Es decir, la cuestión fundamental consiste en determinar si es ajustado a Derecho la orden de entrega de legados de cosas gananciales sin haberse practicado la liquidación de la sociedad de gananciales, ni las otras operaciones particionales correspondientes. Y esta misma cuestión se encuentra ya resuelta por el Tribunal Supremo mediante sentencia de 28/05/04 mediante la cual expresamente se indica que dichos legados son válidos en aplicación del art. 1.380 CC.: "En efecto, en el momento en que dicha señora otorga su testamento, ya había fallecido su esposo, por lo que se había extinguido la sociedad conyugal a la que aludía, pasando los bienes que anteriormente se hallaron integrados en la misma a formar parte de la comunidad postganancial, pendiente de división que le había sustituido. A falta de norma expresa que regula esta nueva situación, esta Sala ha entendido que debía aplicarse a la misma por analogía el art. 1.380 CC (SS. de 11/05/00 y 26/04/97)".*

²⁵ La STS, Sala 1ª, de 04-03-1996: “*La facultad que concede el art. 394 sobre el servicio de las cosas comunes a cada partícipe, se encuentra condicionada a que el servicio o uso sea conforme a su destino y no sea perjudicial al interés comunitario; el uso de los copartícipes según su derecho, implica, en principio, un uso solidario y no en función de la cuota indivisa de cada uno, lo que no puede entenderse de modo absoluto y para todo supuesto, sino que será siempre que lo permita la naturaleza de la cosa común, lo que no ocurre, como en este caso, cuando se trata de una vivienda o chalet, pues el uso indiscriminado y promiscuo del mismo por todos los condueños, aunque sea con carácter temporal, hasta que se lleve a efecto la disolución de la comunidad, supondrá la creación de una fuente previsible de conflictos y discordias que ninguna norma jurídica puede propiciar o fomentar*”.

²⁶ “*TERCERO.- No deja de resultar una paradoja que el debate en la instancia se haya planteado en términos de delimitación del derecho de habitación de la Sra. Camila sobre " DIRECCION000 " cuando*

Gipuzkoa, sec. 2ª, de 24-06-2010, SAP de Zamora, sec. 1ª, de 08-03-2011²⁷ y sobre todo la SAP de Málaga, sec. 4ª, de 21-10-2015²⁸.

2.2.2. Viviendas de protección oficial: Ahora denominadas “vivienda de protección pública” conforme al art. 21 de la Ley 3/2015, de 18 de junio, de Vivienda. Conforme a su art. 7.3 las modalidades legales de acceso a la vivienda serán todas las que resulten legalmente factibles y viables con arreglo a la legislación civil o administrativa, comprendiendo tanto la titularidad dominical como el arrendamiento con o sin opción a compra, o cualesquiera derechos reales o de uso sean adecuados para satisfacer el referido derecho. En el art. 38.2 encontramos acomodo legal al derecho de habitación en las viviendas protegidas, pues dispone que “*Las viviendas de protección pública que hayan sido adjudicadas en propiedad o en derecho de superficie, cualquiera que sea el tipo de promoción, no podrán ser cedidas en arrendamiento, en precario o mediante cualquier otro título de cesión de uso por su adjudicatario, salvo autorización expresa del órgano competente en materia de vivienda del Gobierno Vasco. Se permiten, no obstante, los subarrendos coyunturales y cesiones temporales de uso de alguna o algunas habitaciones de la vivienda siempre que siga manteniéndose esta como residencia habitual y permanente de su adjudicatario o adjudicataria y ello no dé lugar a situaciones de incumplimiento de la función social contempladas en la presente norma legal*” y coherentemente con el carácter personal de la habitación ordena el ap. 3 del art. 38 que “*Si se ha accedido a la ocupación legal de una vivienda de promoción pública y, en su caso, sus anejos correspondientes en régimen de arrendamiento o por cualquier otro título de cesión de uso, el adjudicatario*

ésta, conforme el cuaderno particional de los bienes relictos de Dª Penélope, es copropietaria de la misma en un porcentaje del 32,90%, lo que le faculta para servirse de la cosa común (art. 394 C.C.)”.

²⁷ “*En este sentido debe tenerse en cuenta que el derecho de uso y habitación establecido en las disposiciones testamentarias afecta a la totalidad de la vivienda y que el derecho de propiedad es pro indiviso, afectando a una mitad de la misma que, dada la configuración de la copropiedad (artículos 399 y 394 CC) siguiendo el modelo romano, no está determinada. Su determinación se establecerá en el momento de la división dándose la posibilidad de que se fijen o concreten las cuotas sobre el mismo bien cuando este es divisible o que se adjudique a uno de los propietarios que habrá de compensar al otro o vender el bien etc... Si eso es así no es posible mantener la exigible identidad entre la cosa de la que se es propietario y aquella sobre la que se tiene un derecho de uso y habitación y, por ello no se puede hablar de confusión con efecto extintivo del derecho”.*

²⁸ “*En modo alguno supone, por tanto, que el reconocimiento de los derechos de los comuneros sea incompatible con el derecho de habitación que se reconoce a la apelante, Dª Emma, puesto que, por su propia naturaleza, tal y como aduce oportunamente la representación de los apelados, el derecho de habitación, a diferencia del usufructo, no es excluyente del uso del inmueble por el titular o copropietarios del mismo en lo que se refiere a la piezas o habitaciones que no sean necesarias objeto del mismo, tal y como se desprende de los artículos 523 y 524 del Código Civil, según los cuales el título constitutivo define el ámbito de los derechos y obligaciones del habitacionista, teniendo éste el derecho a ocupar las piezas necesarias para sí y su familia. De modo que, siendo incontrovertido que el derecho de habitación le fue conferido en testamento, mediante legado, de Dª Coral, limitándolo expresamente a la participación que a la misma correspondía en dicho inmueble (la mitad indivisa) es claro, que con independencia del dormitorio que le corresponda en uso exclusivo y dependencias comunes en las que se materialice ese derecho, cuestión que no se aborda en la sentencia ni es objeto del procedimiento, es claro que no puede negar al resto de los comuneros el libre acceso a un inmueble sobre el que no tiene derecho alguno de uso exclusivo, puesto que el art. 394 del Código Civil reconoce a los mismos el derecho a servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y que no perjudique el interés de la comunidad ni impida al resto de los partícipes utilizarlas según su derecho, puesto que la convivencia o uso compartido no es materialmente imposible sino que depende de la voluntad y buena fe de los partícipes; sin que conste la pretensión deducida por los actores rebase objetivamente los límites de esa buena fe ni responda a un abuso de derecho porque se haya permitido durante un tiempo indeterminado el uso exclusivo”.*

o adjudicataria no podrá a su vez ceder su uso a un tercero por ningún otro título". A dichos efectos de comprobar que los adquirentes u ocupantes cumplen los requisitos generales de acceso el art. 37 establece el visado de los actos de transmisión de viviendas, de modo que (ap. 5) *"Los notarios, previamente al otorgamiento de las correspondientes escrituras públicas, comprobarán la existencia de visado de contratos, y los registradores denegarán la inscripción si no se acredita la concurrencia de este. Ambos pondrán en conocimiento de la delegación territorial del departamento competente en materia de vivienda del Gobierno Vasco o, en su caso, del ayuntamiento correspondiente la inexistencia de visado"*. Y sólo el art. 38.1 exige un requisito insubsanable, de modo que *"No podrán formalizarse actos de transmisión de dominio o de cesión de uso de viviendas de protección pública y anejos, en su caso, vinculados a ellas si no se ha obtenido previamente su calificación definitiva. Los actos que infrinjan esta prohibición serán nulos"*.

2.2.3. Arrendamiento de vivienda: En tal caso no hablamos de una sucesión, ni de la adquisición de un derecho real de habitación sino de que (art. 16 Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos) *"1. En caso de muerte del arrendatario, podrán subrogarse en el contrato: a) El cónyuge del arrendatario que al tiempo del fallecimiento conviviera con él. b) La persona que hubiera venido conviviendo con el arrendatario de forma permanente en análoga relación de afectividad a la de cónyuge, con independencia de su orientación sexual, durante, al menos, los dos años anteriores al tiempo del fallecimiento, salvo que hubieran tenido descendencia en común, en cuyo caso bastará la mera convivencia (...) 2. Si existiesen varias de las personas mencionadas, a falta de acuerdo unánime sobre quién de ellos será el beneficiario de la subrogación, regirá el orden de prelación establecido en el apartado anterior, salvo..."*.

IV.- EFECTOS:

En cuanto al *régimen jurídico* de los derechos de uso y habitación, el art. 523 CC establece que *"las facultades y obligaciones del usuario y del que tiene derecho de habitación se regularán por el título constitutivo de estos derechos; y, en su defecto por las disposiciones siguientes"* (art. 524-529 CC). Y el art. 528 CC que *"las disposiciones establecidas para el usufructo son aplicables a los derechos de uso y habitación, en cuanto no de opongan a lo ordenado en el presente capítulo"*. Por lo tanto:

1.1. Uso no excluyente o potencialmente compartido. Conforme al art. 524 CC *"La habitación da a quien tiene este derecho la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia"*.

Sin perjuicio de la posesión civilísima, a falta de acuerdo entre las partes (art. 1058 CC), la concreción de las precisas habitaciones y dependencias comunes en las que se materialice ese derecho, debería ser objeto del procedimiento de partición de herencia (art. 1059 CC y 782 y ss. LEC), pues ex art. 786.1 LEC, el contador realizará las operaciones divisorias con arreglo a lo dispuesto en la ley aplicable a la sucesión del causante y el cuaderno particional incluirá (ap. 2.3º) la correspondiente adjudicación a cada uno de los partícipes, precepto que no supone que el viudo habitacionista sea partícipe de la comunidad sino de (art. 788.1 LEC) *"entregar a cada uno de los interesados lo que en ellas le haya sido adjudicado"*.

No existiendo derecho de los herederos a conmutarle obligatoriamente la habitación al viudo tenemos que *“siendo aplicables a los derechos de uso y habitación las disposiciones establecidas para el usufructo, debemos concluir que la división de la finca no habría de perjudicar en nada a los habitacionistas, pues ex artículo 405 CC “la división de una cosa común no perjudicará a tercero”, y ex artículo 490 CC “si cesare la comunidad por dividirse la cosa poseída en común, corresponderá al usufructuario el usufructo de la parte que se adjudicare al propietario o condueño”*²⁹.

1.2. Contribución a los gastos. Dispone el art 527 CC que si el usuario consumiera todos los frutos de la cosa ajena, o el que tuviere derecho de habitación ocupara toda la casa, estará obligado la conservación y al pago de las contribuciones, del mismo modo que el usufructuario, con lo que no se observa violencia en relación con lo dispuesto en el art. 21.1.c) LDCV que establece que se pagarán con cargo al caudal relicto los gastos de conservación de los bienes, los tributos, primas de seguro u otros gastos a que se hallen afectos aquéllos, así como de las obligaciones contraídas por el administrador en la gestión de los negocios del causante, o que se derivan de su explotación, cuando no hayan de ser satisfechos por el cónyuge usufructuario. Continúa el art. 527 CC diciendo que *“Si sólo percibiera parte de los frutos o habitara parte de la casa, no deberá contribuir con nada, siempre que quede al propietario una parte de frutos o aprovechamientos bastantes para cubrir los gastos y las cargas. Si no fueren bastantes, suplirá aquél lo que falte”*, con lo que tampoco se observa violencia en relación con lo dispuesto en el art. 21.1.c) LDCV.

1.3. Inalienabilidad de la habitación. Ordena el art. 525 CC que los derechos de uso y habitación no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título y el art. 108.3º LH que no se podrán hipotecar el uso y la habitación, lo que ha de ponerse en relación con el art. 605.1º LEC que los declara en absoluto embargables como bienes inalienables.

1.4. Mobiliario y enseres. Dispone el art. 1321 CC que *“Fallecido uno de los cónyuges, las ropas, el mobiliario y enseres que constituyan el ajuar de la vivienda habitual común de los esposos se entregarán al que sobreviva, sin computárselo en su haber”* y *“No se entenderán comprendidos en el ajuar las alhajas, objetos artísticos, históricos y otros de extraordinario valor”*, bienes los primeros citados que, por cierto (art. 606 LEC), también son también inembargables. Dicho art. 1321 CC está incluido en el Título III del Libro IV del CC, relativo a las disposiciones generales del régimen económico matrimonial y por tanto (art. 13 CC) carecen de eficacia directa en la Comunidad Autónoma del País Vasco, que se rige por la LDCV, Título III *“Del régimen de bienes en el matrimonio”*, Capítulo Primero *“Del régimen legal”*.

Volviendo con el Derecho vidual de habitación del art. 54 LDCV, la supletoria aplicación del CC nos lleva a su art. 449, que dispone que *“La posesión de una cosa raíz supone la de los muebles y objetos que se hallen dentro de ella, mientras no conste o se acredite que deben ser excluidos”*, por lo que el habitacionista gozará de ellos sin distinguir, además, como ordenan el citado art. 1321 CC y, asimismo el art. 346 CC ap. 2 entre *“cosas que no tengan por principal destino amueblar o alhajar las habitaciones”*, y *“alhajas, colecciones científicas o artísticas, libros, medallas, armas, ropas de vestir, caballerías o carruajes y sus arreos, granos, caldos y mercancías”*,

²⁹ SAP de Valencia, sec. 6ª, de 19-01-2016.

aunque sí se excluirá lo comprendido en el art 347 CC “*el metálico, valores, créditos y acciones cuyos documentos se hallen en la cosa transmitida*”.

VI.- EXTINCIÓN:

Ya hemos abordado el art. 55 LDCV como causa de extinción de este derecho vidual. Tampoco este es el lugar de abordar las causas de extinción del usufructo a que se remite como causa de extinción de la habitación el art. 529 CC.

Vamos, no obstante, a abordar la extinción de la habitación por abuso grave de la cosa (art. 529 CC) y la problemática de que el habitacionista sea copropietario de la vivienda conyugal.

1. Extinción por abuso grave de la vivienda conyugal: Cuando se trata de determinar o concretar que debe de entenderse por abuso grave de la cosa la podemos resumir así la cuestión³⁰.

1.1. El abuso grave de la cosa o el mal uso conforme a la jurisprudencia y mejor doctrina ha de merecer una interpretación restrictiva por constituir una sanción civil frente a un ilícito y comprende todas aquellas conductas constitutivas de abuso tanto sobre la cosa (mal uso) como las derivadas del ejercicio del derecho. Estas comprenderían no el abuso en sentido jurídico sino las conductas que por acción u omisión causan daños en la sustancia misma de la cosa³¹.

1.2. Esa sanción ha de ser objeto de interpretación restrictiva y refiere como la doctrina no es acorde respecto de si ese precepto incluye el abuso jurídico como causa de la extinción del derecho o sólo hace referencia al abuso material o sobre la cosa, y si bien se ha ido abriendo camino el primera de las posiciones esta se ha apreciado respecto de supuestos en los que el titular de derecho cede el uso de la cosa o no hace uso de la misma³².

1.4. Al constituirse el derecho de uso y habitación como un derecho real limitativo de una de las facultades de la propiedad que es la posesión, cuando ese derecho afecta a la totalidad de una vivienda hace incompatible la posesión de los titulares de ese derecho y de los de la nuda propiedad pero ello no es abuso extintivo de la habitación³³.

1.5. El uso no continuado de la vivienda por los titulares del derecho de uso y habitación no constituye causa de extinción de dicho derecho³⁴.

2. Extinción por copropiedad del habitacionista sobre la vivienda conyugal: Ello tendría lugar por aplicación del art. 513.3 CC al que se remite el art. 529 CC, más

³⁰ Seguimos aquí la SAP de Zamora, sec. 1ª, de 08-03-2011.

³¹ SAP de Barcelona, sec. 17ª, de 26-09-2007

³²SAP de Zaragoza, sec. 5ª, de 19-04-2009 que, después de poner de manifiesto la escasa jurisprudencia respecto de lo que se debe entender por abuso grave al que hace referencia el art. 529 CC, se refiere a las STS de 28-11-1908 y 30-04-1910.

³³ SAP de Gipuzkoa, sec. 2ª, de 24-06-2010 y SAP de Málaga, sec. 4ª, de 21-10-2015.

³⁴ SAP de Barcelona, secc. 17, de 26-09-2007.

requiere que el habitacionista adquiera la totalidad de la propiedad de la vivienda, como se deduce de la SAP de Gipuzkoa, sec. 2ª, de 10-02-2012, SAP de Gipuzkoa, sec. 2ª, de 24-06-2010, SAP de Zamora, sec. 1ª, de 08-03-2011 y sobre todo la SAP de Málaga, sec. 4ª, de 21-10-2015, antes vistas.

VI.- BIBLIOGRAFÍA:

CASTRESANA GARCÍA, Reyes. “*INCIDENCIA DEL MODELO DE CUSTODIA EN LA ATRIBUCIÓN DEL USO DE LA VIVIENDA FAMILIAR, SU POSTERIOR MODIFICACIÓN Y EXTINCIÓN*”. II Foro de Aranzadi de Derecho de Familia País Vasco 2016-2017. Pág. 5.

FERNÁNDEZ RIVERO, Francisco. “*Usufructo, uso y habitación*”. CIVITAS REUTERS. Cizur Menor, 2016. Pág. 1406-1413.

NOGUERA NEBOT, Tomás. “*El legado de derecho de habitación regulado en el artículo 822 del Código Civil*”. Revista De Derecho Uned, núm. 1, 2006. Pág. 471-488.

GALICIA AIZPURUA, Gorka. “*Manual de Derecho civil vasco*”. Atelier, Barcelona 2016. ISBN: 9788416652242. Pág. 393-397.

URRUTIA BADIOLA, Andrés-María. “*La Ley 5/2015, de 25 de junio de Derecho Civil Vasco. Comentarios breves, texto de la ley, antecedentes legislativos y formulario notarial*”. AVD Dykinson, Bilbao 2016. Pág. 91-92.

Bilbao, noviembre de 2016.