

LA LOCATIO-CONDUCTIO DEL DERECHO DE HABITATIO

MARÍA OLGA GIL GARCÍA
Universidad de Burgos

Dice el art. 523 de nuestro Código Civil, «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». El art. 528 añade, que las disposiciones establecidas para el usufructo, son aplicables a estos dos derechos siempre que no se opongan a lo ordenado en este capítulo, que trata Del uso y la habitación. En estas normas se indica que la habitación concede a quien lo tiene, «la facultad de ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia» (art. 524 CC) y se añade en el art. 525 del mismo cuerpo legal, de forma literal, que el derecho de habitación «no se puede arrendar, ni traspasar a otro, por ninguna clase de título». Pese a lo conclusivo que parece este último precepto, observamos cierta contradicción porque, qué ocurre si el título constitutivo contempla la facultad de arrendar; ante esta pregunta y para intentar resolverla se impone una primera aproximación a su régimen jurídico.

Estas disposiciones se encuentran reguladas en el Libro II, Título VI del Código Civil español actual, precisamente, junto al usufructo y al uso. Se trata de forma contigua y seguida al derecho de usufructo, ya codificado en el primer capítulo, y se le dedican los preceptos del capítulo II, junto con el uso, otro derecho real sobre cosa ajena. Esta estructura es reflejo del Derecho romano, en la compilación justiniana también se trata el uso junto a la habitación, tanto en Digesto libro VII, título VIII, como en las Instituciones Libro II, título V, en ambos casos después de tratar el usufructo¹. La misma ordenación se sigue en los derechos civiles especiales como el catalán, el navarro o el balear. Históricamente, los tres, usufructo, uso y habitación han sido derechos reales sobre cosa ajena, servidumbres de carácter personal que desde el Derecho romano buscan procurar el goce de una cosa extraña, a favor de una persona determinada, por lo

¹ Estos contenidos también se tratan juntos en la Recepción, *vid.* Partida Tercera, Título 31. *Delas servidumbres que han unas cosas en otras y como se pueden poner.*

que entre ellos guardan muchas semejanzas e incluso, en muchas ocasiones, comparten preceptos².

Resulta ilustrativo distinguir este derecho a la *locatio*, en el caso de la habitación de los casos del usufructo y del uso, sobre todo de éste último, puesto que se trata de una facultad de la que sí goza el usufructuario, pero es más discutido que sea una facultad del usuario, o del habitacionista actual. En cuanto al derecho de *habitatio* en Roma, podemos aproximarnos a su concepto indicando que es una servidumbre personal, que otorga a su titular el derecho de habitar personalmente y con su familia en una casa ajena, y que le permite darla en arriendo³. Hoy en día, se define la habitación como «un derecho real sobre casa ajena, distinto del uso y del usufructo, con finalidad exclusiva de alojamiento, por lo que faculta al titular para ocupar las piezas de una vivienda que a tal fin sean precisas para él y su familia, con las mismas obligaciones y limitaciones que se imponen al usuario»⁴, pero esta definición puede ser matizada ligeramente, al menos en lo que se refiere al objeto, ya que puede ser en el uso de piezas de una vivienda o de toda la casa entera, como veremos más adelante.

En Derecho romano el derecho de *habitatio* nace de forma expresa y tardía en una Constitución de Justiniano del año 530 (C. 3. 33. 13)⁵ concretamente para resolver los inconvenientes que presentaba el habitar en casa ajena. Los jurisconsultos discutían sobre la conveniencia de que la servidumbre de habitación se considerara uso o usufructo, y por tanto si podía o no arrendarse, respetando el destino de la misma. Justiniano resuelve la cuestión creando un derecho real autónomo, diferente del uso y del usufructo, con atributos de ambos, que parece quedar entre los dos. Si bien, con un objeto muy determinado que origina su especialidad, a saber, este derecho recae siempre en una casa o en unas habitaciones dentro de una casa. GROSSO entiende que la alusión que se hace por Justiniano a Marcelo, en la Constitución del 530, es precisamente para defender la posibilidad de arrendar, y le hace suponer que resolvió la cuestión aproximando el derecho de habitación al usufructo, más que al uso⁶.

² Para ser estrictos, en Derecho romano también se encuentran regulados junto a las *operae servorum*, consideradas un derecho autónomo por Justiniano, análogo a la *habitatio* (D. 7. 9. 5. 3 Ulp. XXIX ad ed.). Incluso con una rúbrica específica en D. 7. 7 *De operis servorum*.

³ Vid. ASTUTI, G *Enciclopedia del Diritto*, Varese, Giuffrè 1958, T I, s. v., Abitazione (diritto di), pp. 91 y ss. TORRENT, A *Diccionario de Derecho romano*, Madrid, Edisofer, 2005, Voz «habitatio».

⁴ Sirva por todos esta definición de RAMS ALBELSA, J *Uso, habitación y vivienda familiar*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 26.

⁵ Imp. Iustinianus A. Iuliano P.P. «Cum antiquitas dubitabat usu fructu habitationis legato, et primo quidem cui similis est, utrumne usui vel usui fructui an neutri eorum, sed ius proprium et speculiam naturam sortita est habitatio, postea autem si possit is cui habitatio legata est eandem locare vel dominium sibi vindicare, auctorum iurgium decedentes compendioso responso omnen huiusmodi dubitationem resecamus.

Et si quidem habitationem reliquerit, ad humaniorem declinare sententiam nobis visum est et dare legatario etiam locationis licentiam quid enim distat, sive ipse legatarius maneat sive alii cedat, ut mercedem accipiat? Et multo magis, si habitationis usum fructum reliquerit, cum et nimiae subtilitati satisfactum videatur etiam nomine usus fructus addito. In tantum etenim valere habitationem volumus, ut non antecellat usum fructum nec dominium habitationis speret legatarius, nisi specialiter evidentissimis probationibus ipse legatarius possit ostendere et dominum ei domus esse relictum: tunc enim voluntati testatoris per omnia obediendum est.

Quam decisionem locum habere censemus is omnibus modis, quibus habitatio constitui potest.» (a. 530)

⁶ GROSSO, G *Usufrutto e figure affini nel Diritto Romano*, Torino, G. Giappichelli, 1958, p. 499.

Sin embargo, pese a sus similitudes con el usufructo, el derecho de habitación es más limitado, entre otras cosas porque no permite ceder gratuitamente la habitación, facultad de la que sí disfruta el usufructuario⁷. Y en cuanto al «usus», su beneficiario podía usar la casa, como el usufructuario, pero tiene prohibido arrendarla en su totalidad. En el caso del *habitor*, no puede ceder su derecho gratuitamente a un tercero, pero sí de forma onerosa, por medio de la *locatio* de la habitación. En esta Constitución justiniana, por tanto, se crea un derecho diferente, pero con cualidades y límites de los otros dos derechos reales. Además, no se extingue por el no uso, como acontece con el derecho de uso, ni se extingue por la *capitis deminutio*, como sucede con el usufructo, siendo un derecho habitualmente vitalicio que el *habitor* reanuda cada vez que quiere, porque permanece y le acompaña en el tiempo.

En época clásica, no existió propiamente un derecho de habitación, únicamente el de *usus domus*. Siguiendo a GARCÍA SÁNCHEZ, el usuario únicamente podía usar y utilizar la cosa sobre la que ejercitaba su derecho, pero nunca obtener fruto alguno de ella, puesto que excedía las facultades del *usus*. La concreción del *usus* sobre diferentes objetos, dio origen a diferentes discusiones jurisprudenciales que recaían en el concepto de *uti*⁸. Como indica el citado Autor, el *usus* debió recaer inicialmente en cosas infructíferas, pero teniendo en cuenta que el derecho real de uso en su configuración jurídica más genuina implica un uso directo y personal de la cosa, los objetos sobre los que se aplicó debieron ser las *domus* o en terminología más acorde con las fuentes, las *aedes*. De ahí, que la *domus* sirviera de paradigma para otros objetos⁹.

Será con Justiniano, en su mencionada Constitución¹⁰, cuando se plantee y clarifique este derecho real, como derecho propio y de naturaleza especial, como indica el propio texto. En Instituciones, en 533, con el fin académico que lo caracteriza, se señalan las divergencias entre estas figuras, cuyo rasgo diferenciador será esencialmente la posibilidad de arrendar que se otorga al titular del derecho de habitación (I. 2. 5. 5)¹¹. Sin embargo, previamente en I. 2. 5. 2¹², referido al *usus domus*, se establece que el usuario sólo

⁷ Como nota curiosa podemos ver en Sentencia del TSJ de Cataluña de 4 de febrero de 1999, que se repiten los argumentos justinianos, se recogen estas características aplicadas a un asunto de arrendamiento por un viudo con derecho de habitación, adquirido por testamento de su mujer con la que tiene una hija menor para la que la difunta nombra administrador de sus bienes a su hermano. Se dice que es cierto, como dice el recurrente, que la «*habitatio*» se configuró en Roma como un derecho real que atribuía a su titular la facultad de habitar una casa ajena o de arrendarla – «*sed etiam aliis locare*»– pero no cederla a título gratuito. Se añade que Justiniano consideró la habitación como un derecho equidistante e intermedio entre el usufructo y el derecho de uso, siendo más amplio que éste y más restringido que aquél.

⁸ En D. 7. 8. 12. 1 (*Ulp. XVII ad Sab.*) nos plantea el caso de una casa de campo dentro una explotación agrícola en la que los usuarios, tienen derecho a vivir en ella, aunque el propietario pueda ir en época de recolección de frutos y vivir allí. Incluso pueden acoger huéspedes, y servirse de leña, del huerto, de frutas, hortalizas, flores y agua siempre que con todo ello no realicen ganancia alguna.

⁹ GARCÍA SÁNCHEZ, J «*Domus usus*». *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Ursicino Alvarez Suárez*, Madrid, Ed. Universidad Complutense, 1978, pp. 176-7.

¹⁰ C. 3. 33. 13 *Imp. Iustinianus A. Iuliano P.P.*

¹¹ I. 2. 5. 5. *Sed si cui habitatio legata sive aliquo modo constituita sit, neque usus videtur neque usus fructus, sed quasi proprium aliquod ius quam habitationem habentibus propter rerum utilitatem secundum Marcellum sententiam nostra decisione promulgata permisimus non solum in ea degere, sed etiam aliis locare.*

¹² I. 2. 5. 2. *Qui aedium usum habet, hactenus iuris habere intelegitur, ut ipse tantum habitet, nec hoc ius ad alium transferre potest: et vix receptum videtur, ut hospitem ei recipere liceat et cum uxore sua liberisque*

puede alojar huéspedes¹³, siempre que él mismo habite a la vez en la casa, no pudiendo transferir a otro este derecho de uso. Podríamos decir, que se mantienen los dos derechos reales, es decir, que el reciente derecho de *habitatio*, no sustituye al *usus domus*.

En Derecho romano clásico, convivían diferentes tipos de derechos que permitían habitar gratuitamente en una casa, con distintas consecuencias sobre el arrendamiento. Así, siguiendo a RAMS ALBELSA, estos eran el *usus domus*, sobre el que se dudaba si el usuario tenía o no la facultad de acoger a personas extrañas a la familia, que como ya hemos visto permite la *locatio* siempre que el usuario conviva con el arrendatario en el inmueble; segundo, el *usus-fructus habitandi causa* con más amplia facultad para el usuario, puesto que puede incluso arrendar; y tercero, una más obligacional derivada del *legado sinendi modo* que según Marcelo (D. 33. 2. 15 pr.) creaba la obligación para el heredero de admitir que el legatario habitase la casa de por vida¹⁴, supuesto que tiene las mismas consecuencias y límites en caso de *locatio* que el primero tratado.

Añadir, que no sólo estos derechos pueden dar lugar a una habitación gratuita¹⁵; como ya se advierte en las fuentes existen ciertos contratos, que en ningún caso son derecho de habitación, y que permiten el uso de una vivienda ajena a título gratuito¹⁶, como el comodato¹⁷, el precario¹⁸, o la simple hospitalidad¹⁹. El *usus domus*, es decir, el uso de una casa cuando va a ser habitada por el usuario, es tratado en las fuentes centrándose en quienes podían convivir con el usuario, lo que resultaba diferente si el habitante era hombre o mujer D. 7. 8. 2. 1 (*Ulp. XVII ad Sab*), y D. 7. 8. 4. 1 (*Ulp. XVII ad Sab.*), siendo más amplio este derecho en el caso del varón. Pero en estos casos seguimos encontrando prohibiciones expresas respecto al arrendamiento, dado que ni marido ni mujer podían alquilar la casa, ni darla en *habitatio*, ni vender el uso²⁰.

Sin embargo, los compiladores amplían el contenido del derecho de uso y admiten que el usuario que habite la casa simultáneamente pueda arrendarla, e incluso darla en habitación a otros²¹. Como advierte GARCÍA SÁNCHEZ, manteniendo la exigencia de

suis, ítem libertis nec non aliis liberis personis, quibus non minus quam sevis utitur, habitandi ius habeat, et convenienter si ad mulierem usus aedium pertineat, cum marito ei habiter liceat.

¹³ La posibilidad de recibir inquilinos, en el caso del *usus domus*, la encontramos referida en D. 7. 8. 2 y 3 y 4, a cambio de una *pensio*. Con más detalle desarrolla el término *inquilinus* GARCÍA SÁNCHEZ, J. op. cit. pp. 178-181.

¹⁴ RAMS ALBELSA, J *Uso, habitación y vivienda familiar*, Madrid, Tecnos, 1987, pp. 24-5.

¹⁵ MICHEL, J *Gratuité en droit romain. Études d'histoire et de'ethnologie juridiques*. Bruxelles. Institut de Sociologie, 1962, p. 42.

¹⁶ Para MICHEL, J op. cit. p. 55. La *habitatio* gratuita en Derecho romano ha conservado una doble naturaleza, la de derecho real, concedida en testamento, comparable al derecho de uso, *mortis causa*, y cuando se da *inter vivos* que es un contrato gratuito que los juristas clásicos asimilan al comodato. Simplemente añadiríamos que su naturaleza de derecho real es compatible con su constitución no sólo por testamento, en Derecho romano también hay referencia a su origen en donaciones y en otros actos *inter vivos*.

¹⁷ D. 13. 6. 1. 1 (*Ulp. XXVIII ad ed.*) Y también D. 19. 5. 17 (18) (*Ulp. XXVIII ad ed.*) referido a un comodato de una habitación.

¹⁸ D. 39. 5. 32 (33) (*Scaev. V resp.*), el precario sobre todas las habitaciones altas.

¹⁹ D. 9. 3. 1. 9.

²⁰ SCAPINI, N «*Usus domus*» e «*habitatio*» nel Diritto Romano, *Studi in onore a Guiseppe Grosso*, V Torino, Giappichelli, 1968, pp. 51-53.

²¹ Por todos GROSSO, G op. cit., pp. 440 y ss.

habitación por el titular, se autoriza un *frui* consistente en la posibilidad de arrendar e incluso ceder el derecho de habitación a terceros, lo que en época clásica era incompatible con el derecho de uso²². Efectivamente, parece que la Constitución de Justiniano estableciese una mayor cercanía de la habitación con el usufructo, que con el uso²³, sin que esta posibilidad de arrendar implicara que el derecho de habitación fuera superior al de usufructo, del que se diferencia porque el derecho de *habitatio* no se extingue por el no uso, como aprecia SALVIAT, «*par la même raison qu'on ne perd pas les aliments par le non usage. Telle est la difference que sec lois avaient entabli entre l'habitation, l'usufruit, e l'usage*»²⁴.

Si observamos el *iter* evolutivo de la institución tratada, Justiniano en su Constitución del año 530, da un paso más al concebir este derecho, si bien al usuario de una casa se le permitía arrendar siempre que habitara simultáneamente en el hogar, ahora el *habitor* puede arrendar, incluso sin estar conviviendo con el arrendatario. Al dar origen al derecho de habitación como tal, el *habitor* no puede transmitir su derecho, pero sí el ejercicio del mismo recibiendo su utilidad en forma de alquiler, lo que tenía prohibido el usuario de la *domus*. Aspecto que diferencia claramente el derecho de habitación del derecho de uso. Según ARIAS RAMOS la *habitatio* como una modalidad especial de *usus* consistente en el derecho de habitar una casa, se diferencia de la anterior servidumbre personal en que así como el usuario de una casa puede habitarla o cederla gratuitamente, pero no alquilarla, el titular de la servidumbre de *habitatio* puede, al contrario, arrendarla, pero no cederla gratuitamente²⁵. Y esta regulación es congruente con otros rasgos de esta institución que ya hemos referido como que no se perdiera este derecho ni siquiera por *capitis deminutio* D. 4, 5.10 (*Mod. Ib. 7 diff.*) ni por el no uso D. 7, 8, 10 (*Ulp. XVII ad Sab.*) y además adquiere más sentido, que se considerara vitalicio²⁶. Lo que nos aproxima a un aspecto significativo que aún no hemos mencionado que es su relación inseparable con los alimentos²⁷.

Así el criterio hermenéutico que se observa en la propia Constitución justiniana es atender al parecer más favorable al legatario, al *habitor*²⁸, pues considera este derecho dentro de ese contexto familiar, de procurar alojamiento a su titular. FERNÁNDEZ DOMINGO advierte que el derecho de habitación confiere facultades como sólo podría hacerlo el alimentista, reservándose el dueño el derecho de asignar al «habitador» el sitio que ha de ocupar y las normas a que ha de ajustarse²⁹. Además, se confiere un derecho real, más allá de una obligación de alimentos, porque el cedente de ese derecho quiere que

²² GARCÍA SÁNCHEZ, J *op. cit.* p. 184.

²³ De esta opinión, GARCÍA VÁZQUEZ, C *Contribución al estudio del Usus, la Habitatio y las Operae Servorum*, Cádiz, Universidad de Cádiz, Servicio de Publicaciones, 1995, p. 116.

²⁴ SALVIAT, M *Traité de l'usufruit, de l'usage et de l'habitation*, Limoges, 1816, Bargeas, Tome 2, p. 215.

²⁵ ARIAS RAMOS, J ARIAS-BONET, J.A *Derecho Romano I. Parte General. Derechos Reales*, Madrid, EDERSA, 1997, 18.^a ed. p. 311.

²⁶ Ante la cuestión de cómo interpretar su duración, si debe entenderse por años o para toda la vida en D. 7. 8. 10. 3 (*Ulp. XVII ad Sab.*) se concluye que lo era de por vida. En el mismo sentido D. 33. 2. 15. *pr.*

²⁷ FERNÁNDEZ DOMINGO, J, *Los derechos reales de uso y habitación*, Madrid, Dykinson, 1994, p. 33.

²⁸ El *habitor* podrá vivir con su familia que, en Roma, según I. 2. 5. 2 incluye esposo o esposa, hijos, libertos, resto de personas libres que le sirvan, esclavos; también en D. 7. 8. 2. 1 se refiere a la familia, que según Celso además debe incluir los libertos e incluso los posibles huéspedes, y añade a los inquilinos.

²⁹ FERNÁNDEZ DOMINGO, J *op. cit.*, p. 13. Para este autor de esta limitación surgen las mayores diferencias entre estos derechos reales.

esa persona elegida sea beneficiada *in tuitu personae*, por un derecho con plena eficacia real, *erga omnes*, del que no pueda ser privada, cuya titularidad es intrasmisible, eso sí, con un contenido de carácter social, de protección de la familia. De ahí, su carácter personalísimo, no trasmisible, en múltiples ocasiones vitalicio y que actualmente incluso es considerado no embargable, ni hipotecable³⁰, y sí registrable³¹.

La constitución recogida en C. 3. 33. 13, añade otro punto importante para reflexionar, así recuerda que se debe obedecer, en todo, la *voluntas* del testador, en otras palabras remite el contenido del derecho a lo descrito en el título constitutivo, como hoy³², que en la mayor parte de las ocasiones será un documento sucesorio con efectos *mortis causa*. No obstante, este derecho también se puede adquirir *inter vivos*, por ejemplo, una compraventa con pacto a favor de tercero (D. 18. 6. 18. pr.) obligando a respetar las habitaciones de los libertos hasta que fallezcan³³. Otro inicio de este derecho *inter vivos*, puede ser una donación, así en D. 39. 5. 9 pr. (*Pom. XXXIII ad Sab.*). Y actualmente, como veremos más adelante, puede tener incluso arranque por ministerio de la ley.

Tal vez el origen de este derecho esté relacionado con fundos, las disposiciones nos pueden llevar a considerar que el inicio del derecho de *habitatio* puede ser precisamente un arrendamiento, en el que se perdona la merced anual al arrendatario, y que progresivamente, se fue consolidando como situación vitalicia, de hecho, una *habitatio* gratuita, accesoria del arrendamiento rústico³⁴.

³⁰ Según la Ley Hipotecaria en su actual artículo dos, se inscribirán los títulos en que se constituyan, reconozcan, transmitan, modifiquen o extingan entre otros el derecho de habitación. Derecho que, por otra parte, artículo 108 queda prohibido hipotecar. En el CCCat. art. 562.4 2. La ejecución de una hipoteca sobre el bien comporte la extinción de los derechos de uso y habitación si sus titulares consintieron su constitución, sin perjuicio de lo establecido por los artículos 233-19 a 233-24 y 234-8, en materia de vivienda familiar.

³¹ GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, M., «Determinación del Derecho de habitación», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N.º 763, p. 2652. No nos detenemos más en estos aspectos puesto que excederían el objeto de este estudio.

³² El título constitutivo es principal, como quedó establecido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1925. Imprescindible por otro lado, dado que de no existir título podríamos encontrarnos ante una situación de precario como advierte la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1964 «Aunque es normal y frecuente que los padres de familia, al casarse alguno de sus hijos, les entreguen una vivienda para que vayan a habitar en ella, lo cierto es que de esa cesión sin señalamiento y exigencia de pago de renta o merced no puede inferirse, mientras otra cosa no conste, que se establezca un derecho real de habitación, sino solamente que se constituye un verdadero precario que cesará cuando a él quieran ponerle fin el cedente o el cesionario; y lo mismo ocurrirá cuando, una vez realizada la partición entre los herederos, se adjudique a uno de ellos una vivienda ocupada por otro, y sin embargo, no reclama seguidamente su posesión y permite que dicho ocupante continúe en esa misma graciosa posesión, de la cual tolerancia no puede entenderse que surja la constitución de ese especial y gravoso derecho de habitación que se invoca, ya que tal nacimiento requiere un acto expreso y más o menos solemne, cuya realidad tendrá que probar quien lo alegue».

³³ En este sentido, además de un deber moral, existen diferentes normas que castigan al patrono que dejara de alimentar a sus libertos, en virtud de la *lex Aelia Sentia* (D. 38, 2, 33 *Mod. lib. sing. de manum.*) perdía todos sus derechos sucesorios, y según un rescripto de Caracalla perdía también el *ius patronatus* (D. 37, 14, 5, 1 *Marc. XIII. Inst.*) de ahí que concediera estos derechos de alojamiento gratuito.

³⁴ En este sentido vid. D'ORS, A *Derecho Privado Romano*. Pamplona, Eunsa, 10.^a ed. 2004, p. 277: «Otras veces el uso se conviene por pacto, en una compraventa, a favor de tercero: D. 18. 6. 19 pr., con

Vamos a detenernos en otros aspectos, también relevantes en este derecho que se relacionan con la facultad de arrendar. Así, vamos a tratar a cerca de quienes pueden ser los sujetos, el objeto y el fin de este derecho. Si nos fijamos en los sujetos, el titular del derecho de *habitatio* sólo puede ser persona física³⁵, y lo más habitual es que los beneficiados sean libertos³⁶ y su familia³⁷. El Derecho romano nos presenta el caso de que se conceda este derecho de habitación a varias personas a la vez, dejando resuelto este supuesto como sigue, se respeta ese derecho para todos los titulares, siendo que cada vez que fallezca uno acrezca a los demás, hasta que el último muera D. 33, 2, 34, *pr.* (*Scae. XVIII dig.*), asunto que no se plantea, ni resuelve el Código civil actual³⁸. En este caso no sabemos qué solución se puede dar ante una eventual *locatio* de uno de los habitationistas sin consentimiento de los otros, lo que sí sabemos es que la duración de ese contrato sólo lo sería en tanto en cuanto viva el *habitor*, y se extingue con su muerte.

Respecto del objeto, esta es otra diferencia con el *usus domus* que recaía en la casa completa³⁹, la *habitatio* sin embargo, puede constituirse sobre la casa completa o sobre

el pacto de respetar las *habitationes* de los libertos *secundum defuncti voluntatem*. D. 7. 8. 10. 3 permite pensar que el derecho de *habitatio* empezó por ser un perdón de merced (anual), que se consideró como vitalicio por influjo de la doctrina de Rutilio; cfr. D. 20. 2. 5 *pr.*, donde la *habitatio gratuita* es accesoria del arrendamiento rústico. D. 39. 5. 27 parece indicar una extensión del interd. *unde vi* (que si puede usar el usufructuario) en caso de ser el usuario expulsado del inmueble.»

³⁵ En derecho actual el habitationista sólo puede ser persona física, esta advertencia la encontramos expresamente en el derecho catalán, aunque en el resto de ordenamientos se suponga sin que se exprese literalmente. Así, RAMS ALBELSA, op. cit., p. 27, señala que es unánime en la doctrina que para el derecho de habitación se requiere que sea una persona física, la única titular del mismo, en todo caso y sin excepción, pues sólo ésta está capacitada para utilizar una vivienda con el propósito y la finalidad protegida por el ordenamiento, esto es la de habitarla en su propio y estricto sentido.

A este respecto, hoy es interesante la diferencia entre uso y habitación, puesto que la doctrina y la jurisprudencia admiten la posibilidad de que el titular del derecho de uso pueda ser una persona jurídica, más si recae en un local con un negocio, en cuyo caso se impone un límite temporal, así Sentencia del TS de 4 de febrero de 1983 (relaciona el artículo 529 con el 515 del Código Civil) es el caso de unas religiosas, beneficiadas por este derecho que siendo sociedad en el texto constitutivo del derecho se dice que para ellas y las que en esa sociedad les sucedan; la sentencia decide que ese derecho no puede exceder de cien años. Un supuesto similar en D. 33. 2. 8 (*Gai. III de leg. ad ed. Praet.*) Comentarios al Edicto del Pretor, a propósito de un usufructo legado a los habitantes de un municipio, (situación análoga a la existencia de una persona jurídica pública) en dónde se plantean la inutilidad de una nuda propiedad perpetua y deciden que el plazo de disfrute no puede ir más allá de cien años, que, según dice en el fragmento, será el más largo término de la vida.

³⁶ En la redacción de D. 33. 2. 33 *pr.* (*Scae. XVII dig.*) se exponen varios casos.

³⁷ SCAPINI op. cit. pp. 35 y ss. desarrolla el término familia y cuál es su contenido respecto a este derecho. También recoge la obligación de alimentos, *habitatio* incluida, del patrono con la liberta en concubinato que más que obligación legal lo era moral.

³⁸ Si el Código catalán que en su art. 562-3 habla de la posibilidad de diversidad de titulares, cuando este derecho haya nacido en favor de diversas personas, simultánea o sucesivamente, pero en este último caso, sólo si se trata de personas vivas en el momento en que se constituye. En el punto 2 advierte que en esos casos el derecho se extingue a la muerte del último titular.

³⁹ D. 7. 8 *de usu et habitatione*, concretamente en D. 7. 8. 2. 1 (*Ulp. XVII ad Sab.*); D. 7. 8. 3 (*Pau. III ad Vit.*); D. 7. 8. 4 (*Ulp. VII ad Sab.*); D. 7. 8. 2. 6 (*Ulp. XVII ad Sab.*); D. 7. 8. 2. 8 (*Ulp. XVII ad Sab.*); D. 7. 8. 2. 12 (*Ulp. XVII ad Sab.*); D. 7. 8. 2. 18 (19) *Paul. IX ad Plauc.*) D. 7. 8. 2. 19 (20) (*Pau. III ad Vit.*).

La misma interpretación cabe de I. 2. 5. En el caso del uso sí que resulta significativo D. 7. 1. 13. 8. Comparte esta opinión LEONHARD, s.v. *Habitatio* REPW, XIV. Col 2153. En contra tenemos D. 33. 2. 34. *pr.* cuando se plantea la habitación simultánea de varias personas a la vez en la misma casa.

piezas dentro de una casa⁴⁰. Aunque SCAPINI advierte que no es un elemento diferenciador idóneo para distinguir *usus domus* y *habitatio*, dado que en las fuentes no se utiliza como una característica de la *habitatio*⁴¹, para este Autor el objeto de la habitación, salvo que el título diga otra cosa, también será la casa entera⁴². A este tenor, señalamos como en D. 7. 8. 19 (20) (*Paul. III ad Vit.*), se dice claramente que, así como se puede usufructuar en parte, no se puede usar en parte.

También hay otra diferencia que debemos considerar, si estos derechos únicamente se refieren por su objeto a una casa o también pueden extenderse a un local con negocio. El uso abarca ambos, pero el derecho de *habitatio*, hoy al menos, no. En las casas romanas los libertos vivían y desarrollaban sus negocios en esas habitaciones a pie de calle, por lo que es de suponer que en la habitación también desarrollaran cierta actividad negocial. La consecuencia respecto al arrendamiento será que mientras el *usus domus* sólo puede recaer en parte de una casa y cohabitando con el usuario, en la *habitatio* puede alquilarse bien toda la casa o parte de ella.

Desde una óptica finalista, el cedente de este derecho tiene como propósito procurar alojamiento, dentro de un contexto amplio de alimentos. Así, el dueño de una casa que quiere ceder a alguien alojamiento de por vida puede optar entre, bien, conceder un usufructo sobre la casa, en cuyo caso permite que el usufructuario pueda conseguir todas las ganancias que le procuren los bienes usufructuados, más allá de los alimentos, o incluso, en el extremo contrario, la cesión gratuita de esa casa y no obtener ningún beneficio. O bien, otorgar ese derecho de habitación que sólo le reconocería el derecho a conseguir lo imprescindible para subsistir, tanto él como su familia, incluyendo como imprescindible el arrendamiento total o parcial de la casa si este fuere necesario, pero en ningún caso le permite la cesión gratuita del bien.

En este sentido SCAPINI entiende que la facultad de arrendar pudo justificarse por una función económico-social de la habitación. De tal manera, que el legatario podía elegir entre habitar por sí mismo o procurarse otra casa, gracias a esta facultad que recibe, eligiendo lo que le resulte más conveniente, obteniendo el mismo resultado práctico⁴³. Este aspecto es muy interesante porque permite cuantificar ese derecho y obtener con él un valor de cambio, sin obligar al habitacionista a vivir físicamente en esa *habitatio*⁴⁴ con el que poder alojarse en otro lugar, es decir, un valor del que puede disponer el habitacionista justiniano⁴⁵ que perderá en la Codificación.

Debemos continuar con la Recepción, para ver en qué momento nace la prohibición de arrendar de nuestro Código Civil. En la Tercera Partida que se dedica a la Justicia que hace que los hombres vivan unos con otros en paz, y de las personas que son menester para ella, se sigue el contenido de las Instituciones, así en la Ley XXVII sobre «*Quanto*

⁴⁰ Como ejemplo en D 33. 2. 34 *pr.* (*Scae XVIII dig.*)

⁴¹ SCAPINI, *op. cit.* p. 70.

⁴² SCAPINI, *op. cit.* p.71.

⁴³ SCAPINI, *op. cit.*, p. 75.

⁴⁴ FERNÁNDEZ DOMINGO, *op. cit.* p. 13, incluso nos habla directamente de que el habitador puede convertir así en dinero este derecho que le ha sido concedido para ayudar a su subsistencia.

⁴⁵ De hecho, hoy podemos concretar ese valor en las normas fiscales de la Ley del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, y se calcula la base imponible en función de la edad del habitacionista, de tal manera que el valor que se imputa a éste último es mayor cuanto más joven es, y menor cuanto más añoso.

tiempo deue durar, si es otorgada a alguno la mora de alguna casa» se mantiene respecto a la *habitatio* la facultad de arrendar o *alogar a omes o mugere que fagan buena vecindad* igual que en derecho justiniano. Por otra parte, en la Tercera Partida, en la Ley XXI sobre «*Como deue ome vsar del vso que le es otorgado en casa agena, o en sieruos, o en bestias*» se refiere sólo al uso de habitación, y prescribe, como en derecho clásico que no se puede arrendar⁴⁶. Más claro si cabe, es la diferencia entre derecho de habitación y el uso de habitación que se describe en JORDÁN DE ASSO Y DE MANUEL⁴⁷, limitando el derecho del usuario al uso de una casa, en ser habitada por el usuario y su familia y algún huésped, pero no alquilarla. Sin embargo, el derecho de habitación o morada a quien se le concede puede habitar la casa y alquilarla a quien le parezca (Partida Tercera, Título 31, Ley XXVII). Pero la traslación de esta Ley XXVII, es ignorada en la Codificación, se nos dice que por influencia del derecho intermedio francés⁴⁸.

Este derecho se sigue constituyendo con distintos fines; cuando Felipe III se traslada la Corte a Valladolid en 1600 y da en alquiler sus casas, casas de difícil repartimiento, en vez de en arrendamiento se dan en habitación (Nueva Recopilación 3.15, Autos 4 y 5) por su incómoda partición. En el Proyecto de Código Civil de 1836⁴⁹ no se prohíbe expresamente arrendar. Concretamente a partir del art. 861 respecto al uso de una casa, «podrá vivir en ella con toda su familia y aun recibir huéspedes. Si tuviere el derecho de habitación podrá usar únicamente de las piezas de la casa destinadas a aquel objeto, pero no de las demás»; el art. 863 «Aquél a cuyo favor esté constituido el derecho de uso o habitación debe disfrutar de él como un buen padre de familia. Tiene obligación de pagar las cargas que estuvieren impuestas sobre la cosa, a proporción de lo que se utiliza; pero no puede ni enajenar, ni hipotecar la finca fructuaria, inmueble, ni dar en prendas la cosa mueble». Como podemos observar, no se refiere con literalidad al alquiler, ni lo permite expresamente como en derecho justiniano, ni lo prohíbe como actualmente. Respecto al objeto, sólo parece que puedan serlo piezas dentro de una casa, no toda la casa (art. 861). Estamos, por tanto, en un punto intermedio en relación con la norma actual.

En cambio, ya en el art. 472.2 del Proyecto de Código Civil de 1851 sí que encontramos la prohibición de arrendar expresamente cuando dice: «La habitación da igual-

⁴⁶ No compartimos el criterio de DIAZ BAUTISTA, A «Usufructo, uso, habitación y operae servorum». *Actas del II Congreso Internacional y V Iberoamericano del Derecho Romano. (Los Derechos Reales)* Madrid, Edisofer, 2001, p. 643, en cita 183, dice que en Partidas 3, 31, Ley XXI se vuelve a englobar el derecho de habitación con el simple uso, porque si bien en ese punto se refiere al uso y con él a la prohibición de arrendar, más adelante en Partidas 3, 31 Ley XXVII se refieren expresamente a la *habitatio*, como derecho de habitación o morada cuyo derecho recae en casas o en edificios, cuya duración de no estar determinada debe de ser de por vida, quien la debe usar de buena fe, guardándola y no empeorándola. Añade que en ella puede vivir por sí y con su compañía «e aun si la quisiere arrendar, o alogar, puedelo fazer» con hombres y mujeres de buena vecindad. El derecho que se ha ganado a tal morada sólo se pierde por muerte o quitándola sin premia en su vida.

⁴⁷ JORDÁN DE ASSO, F Y DE MANUEL, M *Instituciones del Derecho Civil de Castilla*, Madrid, Imprenta Real de la Gazeta, 1780, p. 235.

⁴⁸ FERNÁNDEZ DOMINGO *op. cit.* p. 150. También en pp. 99-100 se pregunta, «¿cómo se ha llegado a la elección de considerar sólo la Ley XXI y no la XXVII, cuando parece ser ésta la realmente aplicable?» y el mismo se responde aludiendo a autores de la época como HERRERO, *El Código Civil español*. Valladolid, Imp. E Hijos de Rodríguez. 1872, pp.335-336; que en 1872 ya no refleja esa última ley de Partidas.

⁴⁹ Art. 855 y siguientes.

mente derecho a ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y las personas de su familia» (art. 470) y señala que «el usuario y el que tiene derecho de habitación no pueden enajenar ni arrendar su derecho a otro» (art. 473)⁵⁰. Es en este punto y Proyecto dónde hallamos por primera vez la prohibición de arrendar el derecho de habitación, lo que nos retrotrae, por tanto, al derecho clásico, a la concepción del *usus domus*, anterior a la Constitución de Justiniano⁵¹.

En este Proyecto se reduce el contenido amplio de la Ley XXVII de la Tercera Partida que se refería al derecho de habitación, al contenido del *usus domus* de la Ley XXI sin aportar fundamentación alguna para ello⁵². Con esta redacción se equiparará, el derecho de habitación con el de uso de casa. Como señala GARCÍA GOYENA⁵³ refiriéndose incluso al Derecho comparado de la época, no hay diferencia entre el derecho de habitación y el derecho de uso de una casa, y esto no era así en las leyes romanas, ni en las Partidas en las que se mantenían las sutiles diferencias entre el uso de una casa y el derecho de habitación, el primero no arrendable y el segundo sí.

El Proyecto de Código Civil de 1869 no trata este derecho y el Proyecto de Código Civil de 1882 sigue manteniendo la prohibición de arrendar. Básicamente se redacta como en nuestro derecho positivo. En su art. 527 dice así «Los derechos de uso y habitación no se pueden arrendar ni traspasar a otro por ninguna clase de título». En el artículo 524 sin embargo, deja abierta la posibilidad de regular estos derechos en el título constitutivo, 526. 2 «La habitación da igualmente derecho a ocupar en una casa ajena las piezas necesarias para sí y para las personas de su familia».

La confusión o equiparación del uso de casa y del derecho de habitación limita la facultad de alquilar que históricamente lo conformaba, y hace difícil distinguir el derecho de habitación y el derecho de uso cuando recae en una casa. De tal manera, que algunas diferencias entre estos derechos que existían en el Derecho romano justiniano, como era el criterio interpretativo en favor del *habitor*, o el poder de alquilar el bien para reforzar ese derecho de alimentos, incluso ese valor de cambio al que nos hemos referido, se pierden en la Codificación siendo más un derecho de uso, que un derecho de habitación autónomo como quedaba descrito en derecho justiniano, y todo ello, pese a que se siga manteniendo su nomenclatura⁵⁴.

Llegados a este punto y observando el *iter* evolutivo, «cada vez parece más evidente, de una parte, que ahora, más en la Edad Media es preciso volver la vista al Derecho

⁵⁰ En el art. 475 se dice que tiene derecho de habitación ocupa todas las piezas de la casa quedan obligados al pago de gastos, reparaciones y contribuciones. Si es menos sólo en caso de que el propietario no pueda afrontarlos por no haber frutos bastantes. Como vemos en este texto, la habitación puede recaer en toda o únicamente en aquellas habitaciones de una casa, pero no porque quede bien definido el objeto del derecho, sino porque al tratar los gastos se refiere a que pueden recaer en toda o parte de la casa. Defecto que se arrastra en la redacción de nuestro Código Civil actual.

⁵¹ Respecto al objeto del derecho de habitación el art. 475 lo permite tanto de la casa completa como únicamente de habitaciones.

⁵² FERNÁNDEZ DOMINGO *op. cit.* p. 102.

⁵³ GARCÍA GOYENA p. 246.

⁵⁴ VENEZIAN, G *Usufructo, Uso y Habitación*. Traducción castellana y anotaciones por Castán Tobeñas. T.1, Madrid, Librería general de Victoriano Suárez, 1928, p. 111, advierte que la distinción respecto al uso es meramente nominal y perdura después de desaparecida la diversidad intrínseca que tenía en Derecho romano.

romano para comprender en su integridad las instituciones de Derecho civil, no por un mero interés historicista, sino por la proyección pragmática de aquel Derecho, en el que el valor no está en la hipótesis teórica y sí en el caso concreto que se examina; de otra, no menos importante, porque el Derecho romano sirve para plantearnos si la disciplina codificada de los derecho de uso y habitación, incluida la remisión a la disciplina del usufructo, cubre por entero la institución o si lo hace tan sólo parcialmente»⁵⁵.

Esta confusión que se genera en la etapa codificadora, junto con la falta de definiciones claras sobre derecho de uso y derecho de habitación, cuando recaen en una vivienda, siguen generando controversias en la actualidad, que no hubieran acontecido en época justiniana. Observemos: el art. 523, en él se advierte que lo primero que debemos tener en cuenta es el título constitutivo del derecho de habitación, segundo, las disposiciones siguientes (art. 523 a 529 del CC) y finalmente, el resto de normas relacionadas con el usufructo que no se opongan a lo ordenado en este capítulo (art. 528 CC). Hasta aquí, la concepción es análoga al Derecho romano justiniano pero llegados a este punto, los civilistas se dividen, los unos son partidarios de que el habitacionista pueda ceder su derecho en régimen del alquiler, si lo permite el título constitutivo, y otros en cambio lo niegan, ni siquiera lo admiten en ese caso.

BONET RAMÓN⁵⁶ considera que los derechos de uso y habitación son derechos especiales análogos al usufructo, porque para él son usufructos especiales limitados. Entiende que la intrasmisibilidad de los derechos de uso y habitación, es de esencia a los mismos, porque la cesión frustraría sus finalidades; por consiguiente, cuando se pacte su posibilidad, implicará la creación de un derecho distinto, una especie de usufructo modificado en cuanto a su extensión. También, en esa línea restrictiva, hay autores que consideran que es derecho necesario, por lo que no se puede alquilar, ni siquiera cuando el título constitutivo lo permita, es decir, la prohibición debe mantenerse en todo caso⁵⁷. Otros autores de nuestra doctrina civil actual, lo consideran una prescripción de derecho dispositivo, por lo que si el título constitutivo lo admite, se puede incluir la facultad de arrendar el objeto del derecho de habitación⁵⁸. Para nosotros lo más adecuado es que si bien el derecho es irrenunciable e intrasmisible puede cederse su utilidad.

Sin embargo, estas consideraciones no podemos separarlas de la relación esencial entre el derecho de habitación y los alimentos, tanto en Derecho positivo como en Derecho romano. Cuando el art. 142 del CC describe el derecho de alimentos, incluye la habitación, unida a todo aquello que es indispensable para el sustento, como el vestido y la asistencia médica, de tal manera, que no podemos apartar del derecho de habitación su interpretación teleológica, dado que se concibe con un destino, procurar el alo-

⁵⁵ RAMS ALBELSA *op. cit.*, pp. 24-25.

⁵⁶ BONET RAMÓN, F »Comentario al art. 524» en *Código Civil Comentado*, Madrid, Aguilar, 1964.

⁵⁷ También RAMS ALBELSA, *op. cit.*, pp. 88-89. ROCA SASTRE Y MONCUNILL, *Derecho Hipotecario*, T VII. 8.ª ed. Barcelona, Bosch, 1998, p. 413. LACRUZ VERDEJO/SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*. T III, V.2, Barcelona, Bosch, 1980 p. 62.

⁵⁸ ALBADALEJO, M *Derecho Civil III*, Barcelona, Bosch, 2002, 9.ª ed. p. 559. CASTÁN TOBEÑAS, J *Derecho Civil Español, Común y Foral*, T II, VII, Madrid. Ed. Reus, 1994, ed 15.ª, p. 124. CLEMENTE MEORO, M «comentario al art. 525» en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (Dir.), *Comentarios al Código Civil*, TIII Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 4167. FERNÁNDEZ DOMINGO, J *op. cit.* p.125. PIZARRO MORENO, E, «comentario al art. 525» en *Código Civil Comentado*, VI, Pamplona, Thomson Reuters, 2011, p. 208.

jamiento del habitacionista y su familia, dentro de un concepto general de alimentos⁵⁹, busca dar refugio y hogar. Y se pretende que su constitución en ese marco social quede especialmente protegida, considerando que es de *ius cogens*, como si esto asegurara los alimentos, más que una norma flexible, o incluso más práctica como en derecho antiguo, que permita adecuar el derecho que otorga el propietario a la necesidad global de alimentos del habitacionista y su familia. En Derecho romano justiniano llegan a una solución que para nosotros es más adecuada y práctica puesto que consiguen dar valor a ese derecho, incluso sin el uso directo, dejando que se pueda arrendar, pero no ceder gratuitamente, de forma que el valor de ese derecho queda mucho más protegido y unido al beneficiario, aunque pudiera parecer lo contrario. En ese sentido, la norma romana concede un derecho de habitación, no sólo una habitación en la que vivir. Para reforzar este derecho en Roma incluso vemos como se protege especialmente con herramientas procesales⁶⁰, incluso, el *habitor* está protegido por el interdicto *unde vi utilis*, del que también goza el usufructuario D. 39. 5. 27 (*Pap. XXIX quaest.*)

Otro aspecto que diferencia el derecho vigente con el Derecho romano es la diferencia cualitativa entre ambos derechos, respecto al uso del inmueble, el *usus* permite cualquier uso o utilización de la casa objeto del derecho, incluyendo su uso para un negocio, en tanto que el derecho de habitación se concretaría sobre una casa pero sólo con el fin del alojamiento⁶¹. Así se nos dice que el derecho de habitación es un derecho especial de uso por la determinación de su objeto⁶², es decir, por el contrario el uso tiene un objeto genérico, no definido, pero para el Derecho romano justiniano la diferencia no hubiera sido sólo esta, el derecho de habitación concede la posibilidad de arrendamiento que tiene quien goza del derecho de habitación.

Respecto a si esta servidumbre personal de habitación permite que se constituya sobre una casa completa, vemos como el artículo 524 del Código Civil se refiere sólo a «las piezas» y «en una casa ajena». Podríamos entender que no puede ser objeto de habitación la casa entera. Sin embargo, erraríamos porque el mismo código, en el artículo 527 cuando describe las obligaciones y gastos que debe afrontar el habitacionista, diferencia el caso en que éste ocupara toda la casa, en cuyo caso debe satisfacer los gastos de conservación y el pago de contribuciones, igual que un usufructuario, y en cambio, en el segundo párrafo del mismo artículo, el habitacionista que solamente habite parte de la casa, no debe contribuir en nada. Esto indica que, por una interpretación lógica, el derecho de habitación puede recaer tanto en la casa entera como sólo en habitaciones concretas, eso sí, después de una redacción hartamente confusa.

⁵⁹ Así, cuando el art. 142 del CC describe el derecho de alimentos incluye la habitación unida a todo aquello que es indispensable para el sustento, vestido y asistencia médica. En Roma, por ejemplo, Paulo en D. 34. 1. 23 (*Paul. IV ad Ner.*) entiende que el legado de alimentos es más pleno cuando comprende la habitación. En el mismo sentido D. 34. 1. 6 (*Jav. II ex Cas.*) «Legados los alimentos, se deberán el sustento, el vestido y la habitación, porque sin estas cosas no se puede alimentar el cuerpo; lo demás, que corresponde a la educación, no se comprende en el legado.»

⁶⁰ En Roma tanto el *usus domus* como el derecho de habitación solía beneficiar a los libertos. Vid. D. 33. 2. 18 (*Mod. IX resp.*), o a varios libertos a la vez como en D. 33. 2. 33. 1 (*Scaev. XVII dig.*) o en D. 33. 2. 34 *pr.* (*Scaev. XVIII dig.*)

⁶¹ FERNÁNDEZ CAMPOS, J *La transmisibilidad de los derechos reales de uso y habitación (análisis de los artículos 523 y 525 del Código Civil)*, Anales del Derecho Universidad de Murcia n.º 17, 1999, p. 89.

⁶² En este sentido Díez PICAZO, L *Sistema de Derecho civil III*, Madrid, Ed. Tecnos, 1990 p. 435.

En este punto resulta curiosa la descripción que hace el Código catalán que regula por una parte el derecho de uso de una vivienda que se extiende a la totalidad de ésta y comprende el de las dependencias y los derechos anexos (art. 562-7) y por otro lado, el derecho de habitación del que sólo pueden gozar personas físicas, y que comporta el derecho a ocupar, no toda la vivienda, sino exclusivamente las dependencias y anexos que se indiquen en el título de constitución, contribuyendo en los gastos que sean individualizables (art. 562-9). O bien, en Derecho balear donde se habla del *estatge* y simplemente se refiere a habitaciones compartidas con los demás poseedores legítimos del inmueble, y en este caso sin obligación de contribuir en los gastos. Para estos derechos, el objeto del derecho de habitación, sólo puede ser sobre piezas o dependencias de una vivienda.

Sin embargo, el Derecho navarro regulado en el Fuero Nuevo de Navarra, ley 1 / 1973, de 1 de marzo. RCL 1973\45 De la habitación, uso y otros derechos similares Ley 424. a) nos indica que salvo que el título limitase el derecho de habitación, se presumirá que éste concede a su titular la facultad de ocupar la vivienda total y exclusivamente, para sí y los que con él convivan, igualmente a arrendar la vivienda total o parcialmente. Siendo un reflejo actual de las prescripciones romanojustinianeas, respecto al arrendamiento del derecho de habitación.

Recapitulando, si revisamos la regulación en el derecho catalán y en el balear, parece que no admitan el arrendamiento del objeto del derecho de habitación, salvo que el título constitutivo así lo reconozca⁶³. De forma que, en el artículo 562-9 CCCat. se pres-

⁶³ Tampoco cabía el arrendamiento en el derecho catalán anterior al código en vigor, así en la sentencia del TSJ Cataluña 4 de febrero de 1999 se describe aquél régimen jurídico que consistía en aplicar: 1.º) el art. 149.3 de nuestra Constitución (RCL 1978\2836 y ApNDL 2875), que, en su último inciso, establece que el derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas; 2.º) el art. 26.2 del *Estatut d'Autonomia de Catalunya* (RCL 1979\3029 y NDL 1910; LCAT 1979\318), que dice: «*en defecte de dret propi el dret de l'Estat serà d'aplicació supletoria*»; y con carácter especial, referido al ámbito civil, en la disposición final cuarta de la *Compilació de Dret Civil de Catalunya*, en la medida en que dispone que: «*Conformement al que disposa l'article 1 d'aquesta Compilació, sens perjudici de les normes de directa aplicació general, en el que no preveuen les disposicions del Dret Civil de Catalunya regeixen supletòriament els preceptes del Codi Civil i de les altres lleis estatals de caràcter civil, en la mesura que no s'oposin a aquelles disposicions o als principis generals que informen l'ordenament jurídic català*». En el *Preàmbul de la Llei 40/1960*, de 21 de julio (RCL 1960\1034 y NDL 4575), se explicaba: «*D'ara endavant coneixerem quin és el Dret especial de Catalunya ya examinant només la Compilació; i totes aquelles matèries i qüestions que hi manquin de precepte aplicable hauran de regir-se pel Codi Civil...*». Y es que, como dice la doctrina catalana, la *Compilació* no ha sustituido el régimen anterior, sino que lo representa; afirmándose así que el derecho histórico no puede ser alegado ante los Tribunales porque ha sido integrado en el texto compilado, lo que se reconoce en las Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 15 de junio de 1983 y 27 de febrero de 1985 (RJ 1985\776).

El inciso último de la disposición final citada de la *Compilació* no puede perturbar las anteriores consideraciones. En modo alguno, puede sostenerse que la inarrendabilidad del derecho de habitación pugne con la tradición jurídica catalana, mucho menos con los principios que informan el ordenamiento jurídico catalán. Pugnará, en todo caso, con los preceptos del Derecho romano justiniano, pero en Cataluña el derecho de habitación puro ha de tenerse por una institución jurídica no regulada y, como tal, supletoriamente reglada por las normas del Código Civil. En este estado, necesario es recordar que el art. 525 del Código prohíbe expresamente que los derechos de habitación sean objeto de arriendo o traspaso por ninguna clase de título. Habiéndose acreditado que el demandado en los autos, legatario del derecho de habitación sobre el piso antiguo familiar, lo alquiló en las fechas ya indicadas «ut supra», hecho no controvertido ni discutido a lo largo de la causa y sólo pretendidamente intentado

cribe que «el derecho de habitación comporta el derecho a ocupar las dependencias y anexos de una vivienda que se indican en el título de constitución o, en defecto de esta indicación, los que sean precisos para atender las necesidades de vivienda de los titulares y de las personas que conviven con ellos, aunque el número de éstas aumente después de la constitución».

Tampoco parece que la norma balear permita la *locatio*, en el Texto Refundido de Compilación de Derecho Civil de Illes Balears, Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre. LIB 1990\118, art. 54 indica que «La variedad consuetudinaria denominada «estatge» confiere el derecho personalísimo e intransmisible de habitar gratuitamente en la casa, ocupando privativamente las habitaciones necesarias y compartiendo el uso de las dependencias comunes con los poseedores legítimos del inmueble, sin concurrir a los gastos, cargas y tributos que le afecten». Por si esto no fuera razón suficiente, se remite en lo no regulado al Código Civil español del que ya conocemos su ordenación.

Sin embargo, la norma navarra, el Fuero Nuevo de Navarra ley 1/1973, concretamente la Ley 424 presume el contenido de la habitación como, el que concede a su titular la facultad de ocupar la vivienda total y exclusivamente, para sí y los que con él convivan, y expresamente se refiere a la posibilidad de arrendar la vivienda total o parcialmente, como en Derecho justiniano, arrendamiento que cesará al extinguirse el derecho de habitación, sin prórroga alguna, todo ello a no ser que el título hubiese limitado el derecho de habitación. Aspecto este, que nos parece sumamente interesante, dado que invierte los términos del resto de normas civiles que hemos visto. De tal manera, que en derecho navarro se puede arrendar, salvo que el título constitutivo diga lo contrario, es decir, al revés de las disposiciones del derecho común y de otros derechos autonómicos como hemos comprobado, siendo el derecho más afín a la regulación justiniana.

Pero en derecho positivo, tanto común, como en el catalán o el balear, lo que no cabe duda es que lo primero a lo que hay que atender es al título constitutivo, que parece ser lo principal a tener en cuenta, como también quedó claro en la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1925, y observar en él la posibilidad de arrendar⁶⁴, de no ser así, salvo en derecho navarro no se puede conceder esta facultad. En este sentido FERNÁNDEZ DOMINGO se pregunta cuál es la razón legal de la referencia al título constitutivo, puesto que si no admitimos la autonomía de la voluntad para el usufructo, el uso o la habitación, qué sentido tiene la inclusión de ese precepto⁶⁵, por tanto, no deberemos considerar que el arrendamiento esté prohibido en todo caso.

Uno de los inconvenientes de esta dificultad normativa para arrendar da lugar a sentencias de justicia menor, en las que incluso se observa como abuso grave⁶⁶ precisamente el arrendar el objeto del derecho de habitación, convirtiéndose en causa de

justificar en base a una buena fe de aquél y una no probada conversión de la renta en bien alimentario y educacional de la heredera menor, la solución de la Sala de instancia de dar por extinguido el derecho aparece como ajustada a la legalidad y claramente confirmable.

⁶⁴ La sentencia del Tribunal Supremo de 30 de noviembre de 1964 además indica que, de sólo existir posesión sin título, estaremos ante un precario, que no da derecho de habitación que es lo menos gravoso para el concedente.

⁶⁵ FERNÁNDEZ DOMINGO *op. cit.*, p. 67.

⁶⁶ Motivo por el que se puede extinguir un derecho de habitación, pero no el de usufructo.

extinción de este derecho, como por ejemplo Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 19 de mayo de 1997 o en sentencia Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.^a) Sentencia núm. 283/2000 de 19 abril⁶⁷. Estas sentencias rompen con el criterio de otras del Tribunal Supremo, que entendían que el abuso grave en estos casos debe ser entendido siempre de forma restrictiva y que no se pueden extinguir por el no uso o incluso por un mal uso sin más⁶⁸. Esto provoca la interpretación actual, confundiendo uso y habitación de forma que se deniega la facultad de arrendamiento, y por tanto que el *habitor* no pueda obtener el valor de su derecho, restringiendo su uso a que o bien viva en la casa o no la use, impidiendo la finalidad última de la norma que son los alimentos, que es lo que el cedente de este derecho pretende⁶⁹.

Consideración aparte merece el derecho de habitación constituido por ministerio de la ley, en la actualidad la ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, ley 41/2003, de 18 de noviembre, incluye algún aspecto relacionado con el derecho de habitación adquirido por legado o donación para persona con discapacidad. El legitimario con discapacidad que lo necesite, tendrá un derecho de habitación en la vivienda habitual en la que convivía con el donante o el testador (art. 822, 831 y 1041 del Código civil español, éste último a efectos de colación). En este caso el derecho sobre la vivienda habitual no se computará para el cálculo de las legítimas, si en el momento del fallecimiento ambos estuvieren conviviendo en ella y este derecho lo declara intrasmisible el art. 822.

Otro tanto, sucede con la constitución de un derecho de habitación por parte del cónyuge en aplicación del art 1407 CC, cuando se proceda a la disolución y liquidación del régimen de gananciales, y prefiera que se incluya en su haber el derecho de uso o habitación sobre el local donde ejerció su profesión o en caso de muerte del otro cónyuge, la vivienda donde tuviese su residencia habitual, en vez de que se le atribuyan bienes en propiedad.

⁶⁷ En esta última en su FJ Séptimo dice: «Sin embargo, la cesión del uso o habitabilidad constituye un acto contrario a la esencia misma del derecho, fundado, precisamente, en la necesidad del titular de ese derecho real, por lo que –sin realizar juicio de valor sobre las intenciones de la señora G.– sí que existe, desde un punto de vista objetivo, un abuso, un exceso notable de su derecho. Notorio o notable, en cuanto que se opone «in radice» a la esencia de su propio derecho. Así lo ha entendido la Sentencia de la Audiencia Provincial de Huesca de 19 de mayo de 1997 en un asunto similar, al considerar que «el arrendamiento del piso... supone abuso grave de la habitación, pues, el uso y la habitación no se pueden arrendar, dado su carácter personalísimo». La doctrina científica no es constante al considerar si el abuso jurídico –y no el físico– es o no calificable como de grave. ALBADALEJO y LACRUZ BERDEJO entienden que sí, mientras que RAMS ALBELSA, fundándose en criterios de interpretación restrictiva extraídos de la STS 30-4-1910, considera que hay que excluir del «abuso grave» extintivo del derecho de uso y habitación todo abuso en sentido jurídico. No obstante, lo dicho, este Tribunal considera que en el caso enjuiciado es preciso tener en cuenta no sólo la calificación jurídica del derecho, sino la realidad de la demandada que ni habita ni necesita del bien objeto del litigio, pues su uso o habitación carece de efectividad para ella, como se infiere, fundamentalmente, de su residencia en Barcelona.»

⁶⁸ Sentencias de 28 de noviembre de 1908 y de 30 de abril de 1910.

⁶⁹ Supongamos que ese derecho se constituye en favor de un incapacitado o alguien con capacidad limitada (es típico para el caso del pródigo), o de un menor, ... le obligamos a que si quiere disfrutar de su derecho sólo lo pueda hacer en ese inmueble, perdiendo posibilidad de arrendarlo caso de tener que vivir fuera por diferentes circunstancias, estudios, ingresos, o vivir con algún familiar... no pudiendo sacar el *uti* que le concede el derecho de habitación, que finalmente es procurar alimentos, dado que en estos casos no excedería de tal ámbito.

La consecuencia es que, en estos casos, los de más necesidad social, el derecho de habitación nace más limitado al no tener un título constitutivo al que referirnos y que permita el alquiler, salvo en Navarra como hemos visto. Esa falta de flexibilidad, que, si reconocía el Derecho romano justiniano, hace que el derecho de habitación pierda o no se pueda obtener el valor de cambio que tiene, dejando al habitacionista mucho menos libre y protegido, obligado a habitar en ese bien o a no obtener ninguna rentabilidad. Esto en el caso de la Ley de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, ley 41/2003, de 18 de noviembre resulta más chocante ante la finalidad de alimentos que se pretende, puesto que obligamos a que estas personas vivan allí, pero si por circunstancias de la vida deben ir a vivir con otros familiares, o se hace necesario otro tipo de cuidados en algún otro establecimiento, no podemos mejorar su situación económica obteniendo rentabilidad de un derecho que les había sido otorgado para su manutención y cuidado.

Lo cierto es que el derecho de habitación sigue presente en nuestros días, aunque su regulación es un tanto confusa y entendemos que mejorable. No estamos de acuerdo con quien piensa que son derechos reales que pertenecen a esquemas económicos del pasado⁷⁰, aunque también lo fueran, porque precisamente se acude a este derecho en ámbitos de protección social como los que marca la ley 41/2003, es decir, protección del patrimonio del discapacitado e incluso liquidación económica del régimen económico matrimonial. De ahí, que nosotros pensemos que se debe profundizar en su regulación, separado del uso y con un contenido diferenciado del usufructo, puesto que siempre estará en los límites de procurar la subsistencia de sus beneficiarios. Entendemos que la facultad de la *locatio* que otorgó Justiniano en el 530, cuando por primera vez describe el derecho de *habitatio*, como derecho real sobre cosa ajena, debe ser mantenida en beneficio del *habitor*, para asegurarle el alojamiento en toda o en parte de una casa, o su valor, dentro de un concepto amplio de alimentos y de una concepción social de este derecho.

RESUMEN: El objeto de este trabajo es estudiar la conveniencia o no del arrendamiento del derecho de *habitatio* desde la permisividad del Derecho romano justiniano, hasta el Derecho positivo, en el que se concibe un derecho con facultades mucho más limitadas. Siempre desde la óptica del posible arrendamiento, revisamos el origen del derecho de *habitatio* y sus caracteres más relevantes; seguimos, describiendo cual fue su tratamiento en la Recepción, fundamentalmente en dos leyes de la Tercera Partida; cual fue su tratamiento en los diferentes textos del periodo de la Codificación, para finalizar en nuestras normas civiles, en las que resulta que el derecho de habitación está mucho más limitado que en su origen.

PALABRAS CLAVE: *locatio-conductio*, arrendamiento, *habitatio*, derecho de habitación.

ABSTRACT: The object of this work is to study the convenience or not of the lease of the right of habitat from the permissiveness of Justinian Roman law, to the positive Law, in which a right is conceived with much more limited faculties. Always from the perspective of the possible lease, we review the origin of the right of habitat and its most relevant characteristics;

⁷⁰ LASARTE, C *Propiedad y Derechos reales de goce. Principios de Derecho Civil*, T4.º Barcelona, PONS, 2010, 10.ª ed. p. 292.

We continue, describing what his treatment was at the Reception, basically in two laws of the Third Part; What was his treatment in the different texts of the codification period, to finalize in our civil norms, in which it turns out that the right to habitation is much more limited than in its origin.

KEYWORDS: *Locatio-conductio*, lease, *habitatio*, right of habitation.

