

La protección de la vivienda familiar durante el matrimonio y tras su disolución (*) (1)

por

FERNANDO DE LA PUENTE DE ALFARO
Registrador de la Propiedad - Notario

SUMARIO

- I. DURANTE EL MATRIMONIO:
 - 1. CONCEPTO.
- II. LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA EN SITUACIONES DISTINTAS DEL MATRIMONIO.
- III. TRAS SU DISOLUCIÓN.
- IV. LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA EN SITUACIONES DE CONFLICTO DISTINTAS A LA RUPTURA DEL MATRIMONIO.

I. DURANTE EL MATRIMONIO

1. CONCEPTO

No existe en nuestro ordenamiento una definición precisa de lo que deba entenderse por vivienda familiar. No quiere esto decir que no exista un concepto de vivienda familiar, sino que debe ser extractado del conjunto de la

(*) Texto de la conferencia realizada en el CIDRIM el 14 de abril de 2004.

(1) Al revisar este trabajo ya existe un anuncio formal de la intención de modificar el Código Civil para acelerar los procedimientos de separación y divorcio, aunque sin que haya sido precisado el alcance de la reforma. Igualmente existe el anuncio de permitir a los homosexuales contraer matrimonio, así como de regular las situaciones de convivencia de hecho tanto para personas heterosexuales como para las homosexuales.

normativa. Son numerosos los preceptos que de un modo u otro se refieren a la vivienda familiar, aunque no siempre utilizando dicho término. Así, el artículo 70 del Código Civil habla del domicilio conyugal que, conforme al artículo 40, es el lugar de residencia habitual. El artículo 93, en sede de separación y divorcio, habla de domicilio familiar. El artículo 97 habla de convivencia conyugal. Por su parte, el artículo 82 del Código Civil habla de abandono del hogar como causa de separación hablando también de hogar familiar. También se habla de cese de la convivencia como causa de separación y de divorcio y de suspensión de la vida común como efecto esencial (art. 83). Aunque el artículo 87 aclara que puede haber vida en el mismo domicilio a pesar de la existencia de cese de convivencia. También aclara que la interrupción de la convivencia no implica cese efectivo si obedece a justa causa.

De la regulación legal podemos concluir que el Código Civil se refiere a la vivienda familiar exigiendo, para apreciar su existencia, unos requisitos de hecho que se combinan con un elemento volitivo evidente. Por eso hay domicilio habitual o familiar, o como quiera denominarse, aunque los hijos estén estudiando en otro país y aunque uno de los cónyuges resida por razones laborales en otro lugar e incluso aunque no se haya entrado todavía en uso de la vivienda por la común intención de las partes de dedicarla a tal fin.

También podemos afirmar que el concepto de vivienda familiar es un concepto civil que es independiente de la calificación administrativa que pueda ostentar el espacio e incluso de la viabilidad administrativa para dedicarlo a vivienda. Por eso una determinada vivienda familiar lo es aunque no haya obtenido reconocimiento administrativo de viabilidad para obtener la calificación administrativa de vivienda (cédula de habitabilidad).

Otra conclusión importante es que es un concepto totalmente desvinculado del título en que se legitime el uso de la vivienda. No preocupa al legislador civil para calificar una vivienda como familiar la circunstancia de que se ostente título hábil para poseerla; es esta una circunstancia secundaria, de trascendentes consecuencias sin duda, pero cuya falta no afecta al hecho de que sirva de base a la vida familiar y a la voluntad de los cónyuges de destinarla a tal fin.

La vivienda familiar recibe una extraordinaria protección por parte del ordenamiento jurídico hasta el punto de que, en su aplicación, se ha llegado a unos extremos que chocan directamente con principios esenciales del ordenamiento. De hecho la intención de estas líneas es llamar la atención sobre este fenómeno e intentar reconducirlo a las reglas generales que lo iluminan, haciendo constar que dentro de éste existen recursos suficientes para la protección de la vivienda familiar, recursos que en virtud del principio de ro-gación deben ser reclamados por los interesados como en cualquier otra situación.

Una última conclusión que podemos alcanzar es que la categoría de vivienda familiar se atribuye por el ordenamiento cuando concurren los requisitos de hecho y de voluntad establecidos, ya obedezcan a una expresa manifestación de la voluntad de los cónyuges, ya a una mera voluntad implícita de sus actos, ya a un reconocimiento judicial de su existencia (resolución judicial del art. 70 del Código Civil o manifestación en capítulos matrimoniales). Merece la pena que nos detengamos en esta distinción, pues el ordenamiento le otorga a la protección de la vivienda distintos efectos si estamos en un caso o en otro.

1.º Situaciones jurídicas en las que no hay una atribución explícita de vivienda familiar

Es la situación normal, ordinaria y la que vemos todos los días. Todos sabemos cuál es nuestro hogar o vivienda familiar, y lo sabemos sin que hayamos hecho una expresa y formal manifestación al respecto y sin pararnos a pensar en virtud de qué título puede ser así considerado o sin detenernos en analizar si la Administración la considera habitable o no.

De hecho todos consideramos que nuestra casa es nuestro hogar familiar aún cuando no tengamos un título que nos ampare. Esto implica que la vivienda familiar es tal aún cuando no hay título o es discutible que atribuya facultad de uso: por ejemplo, precario, comodato, derecho de uso, nuda propiedad. La vivienda sigue siendo familiar y por tanto reúne los requisitos de tipo previstos en el ordenamiento. No debemos confundir los diferentes planos en los que opera el derecho civil: por un lado, el de los derechos que legitiman una situación posesoria y el plano de la protección a una determinada situación jurídica no basada en un título.

Pues bien, cuando estamos ante esta situación el efecto esencial previsto por el ordenamiento es el derivado del artículo 1.320 del Código Civil: «Para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual... se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial».

La protección que depara este artículo es de una gran fuerza, pues implica una limitación de disponer de carácter legal, una excepción al principio de libre disposición (art. 348 del Código Civil) que emana directamente de la Ley y que priva al titular del derecho de su facultad de disposición si no reúne ciertos requisitos. Esta característica es importante, pues siendo una excepción a un principio general debiera ser objeto de una interpretación estricta, si bien ocurre lo contrario, pues prima el fundamento protector de la familia frente al del titular del derecho. Ante la posible colisión entre los intereses individuales del titular del derecho y los generales de la familia deben prevalecer estos. Además la regulación del Código es muy caracterís-

tica, pues tampoco encaja perfectamente en el modelo de limitación legal a las facultades de disposición como veremos a continuación.

Esta mayor protección, esta preferencia del ordenamiento se concreta en una interpretación no estricta de las consecuencias de la limitación y así el término disposición no se aplica en sentido técnico jurídico (enajenación, renuncia y gravamen) y por eso cualquier acto que implique cese de aptitud para continuar siendo vivienda habitual cae dentro del tipo (entrega del inmueble destinado a vivienda por título de arrendamiento, de comodato).

Es más, por disposición no hay que entender exclusivamente una actividad positiva, pues comprende incluso aquellas omisiones que puedan derivar en la privación del inmueble destinado a vivienda (consentimiento a la resolución del contrato, allanamiento...).

Es una limitación dispositiva relativa, pues desaparece al concurrir el consentimiento del cónyuge o la autorización judicial, y es una limitación dispositiva de efectos limitados: dispone el artículo 1.160 del Código Civil: «en las obligaciones de dar no será válido el pago hecho por quien no tenga la libre disposición de la cosa debida...». La contravención a este precepto no sigue la regla general de nulidad de pleno derecho conforme al artículo 6.3 del Código Civil, sino la anulabilidad del 1.322.

Además se establece otra medida de aminoramiento del efecto de nulidad relativa: el último párrafo de este artículo establece una limitación cuando el contratante es tercero de buena fe y el cónyuge titular oculta voluntariamente o no el carácter de vivienda familiar. No quiere decir que no rija la limitación, sino que los efectos civiles se detienen en beneficio del tráfico y del tercero, como ocurre para el poder revocado en el artículo 1.738 del Código Civil. En ambos casos (art. 1.259) se evita el efecto radical de la nulidad en beneficio del tercero. Hay protección aún cuando el tercero conozca que está ocupada si se le ha puesto de manifiesto erróneamente que ha dejado de ser vivienda familiar en los términos que vimos más arriba.

La existencia de la limitación de disponer no empece el juego del principio de responsabilidad patrimonial universal. La limitación de disponer no afecta a los terceros acreedores que se dirigen contra el patrimonio de una persona casada y así:

Si el cónyuge propietario cae en situación de concurso y la vivienda es ganancial, el cónyuge no titular no tiene más derecho que solicitar que el inmueble sea incluido en su parte hasta donde alcance o a calidad de abonar el exceso (art. 78 de la Ley Concursal).

Si la vivienda familiar ha sido transmitida en virtud de contrato válido y, ante el incumplimiento de la obligación de entrega, se ejecuta el título, el Juez procederá al lanzamiento si en el plazo de un mes o, si procede justa causa, de dos no es desalojado voluntariamente (art. 704 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Si la vivienda familiar se encuentra en un inmueble del que es titular otra persona y es objeto de ejecución por deudas de ésta, se transmite al tercero adjudicatario quien tiene derecho al lanzamiento de la familia (regulación del art. 704 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), claro que siempre que la vivienda no esté amparada en un título preferente al de la ejecución del acreedor.

Y si es el inmueble en que la familia tiene su vivienda, titularidad de uno solo de los cónyuges, podrá ser objeto de ejecución y enajenación judicial produciendo también el lanzamiento del deudor y de su familia ocupante.

Para el caso de que se trate de ejecución de hipoteca existe la previsión especial del artículo 693 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que permite la paralización de la ejecución si el deudor paga la cantidad pendiente de pago aunque el acreedor hubiese declarado el vencimiento anticipado total.

El cónyuge del deudor no tiene atribuida intervención alguna, por lo que la enajenación y subasta pueden producirse incluso sin su conocimiento (así en el embargo o en la ejecución de hipoteca anterior a la celebración del matrimonio).

2.º Situaciones jurídicas en las que hay una atribución expresa del carácter de vivienda familiar

Es el supuesto del artículo 70 del Código Civil pero de modo que es la voluntad de los cónyuges la que queda determinada de forma expresa. Fuera del supuesto de pacto en capítulos no parece posible que se realice una manifestación formal de voluntad de destinar un inmueble a vivienda familiar, pero lo cierto es que, por vía indirecta, es una manifestación más habitual de lo que pudiera pensarse: por ejemplo, no es infrecuente que en el contexto de un contrato de constitución de garantía hipotecaria se declare que la finalidad de la obligación garantizada es para adquirir, refaccionar la finca que es vivienda habitual; por ejemplo, cuando como consecuencia de exenciones o reducciones fiscales se manifiesta que la vivienda adquirida es vivienda habitual (como ocurre en Cataluña para solicitar el tipo reducido del 5 por 100 en el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales a menores de treinta y dos años). De aquí que la existencia de la manifestación de que determinada vivienda está destinada a vivienda familiar pueda constar en los libros del Registro con más frecuencia de lo que pudiera pensarse y de aquí que sea lícito preguntarse qué trascendencia tiene dicha constancia en el folio particular de una finca.

Cuando la manifestación de voluntad ha sido plasmada en el asiento correspondiente del Registro de la Propiedad, la limitación del 1.320 juega en toda su amplitud y no cabe la inscripción de acto alguno de disposición salvo que resulte el consentimiento del cónyuge o la autorización judicial. Pero es

una consecuencia que el titular puede obviar fácilmente incluso cuando la manifestación de voluntad haya sido hecha por los dos cónyuges. De hecho, como pone de relieve el propio artículo, corresponde al titular, en el momento de la realización del acto, la afirmación de que la vivienda continúa o no siendo habitual de la familia sin que puedan exigirse otros consentimientos. La Ley autoriza al titular a afirmar que la declaración de voluntad que en su día se hizo sobre el carácter de vivienda de la familia no subsiste, por lo que la constancia registral de la anterior manifestación no vincula al titular.

No tiene, pues, la constancia registral del carácter de vivienda una gran trascendencia para la disposición de los derechos que sobre la misma se ostenten si el titular registral, por sí solo y sin perjuicio de las eventuales consecuencias civiles, puede destruir esa eficacia.

Debemos ahora analizar la trascendencia de tal constancia si la pérdida de los derechos sobre la vivienda obedece a la acción de los acreedores. Al igual que en el supuesto en que no ha existido una declaración formal de voluntad del carácter de vivienda, el inmueble está sujeto a su acción pero con una particularidad: ante la ejecución contra el patrimonio del titular existe la excepción del artículo 144.5 del Reglamento Hipotecario para el caso de que conste en el Registro de la Propiedad el carácter de vivienda familiar.

Dicho precepto establece lo siguiente: «Cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer de derechos sobre la vivienda habitual de la familia, y este carácter constare en el Registro, será necesario para la anotación del embargo de vivienda perteneciente a uno de los cónyuges que del mandamiento resulte que la vivienda no tiene aquel carácter o que el embargo ha sido notificado al cónyuge del titular embargado». Dos, pues, son los requisitos alternativos que se exigen para que se pueda anotar el embargo en los libros registrales: que se haya notificado al cónyuge o que resulte que la vivienda no tiene el carácter de vivienda familiar.

Esta regulación procede de la reforma del reglamento llevada a cabo por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, y es fruto de una evolución doctrinal, pues el texto original del artículo (fruto de la reforma del reglamento de 12 de noviembre de 1982) exigía para poder practicar el asiento de anotación preventiva de embargo de cualquier vivienda que resultase del mandamiento la notificación en cualquier caso al cónyuge no titular o la afirmación de que no constituía vivienda familiar. La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 13 de agosto de 1998, entendió sin embargo que la regulación reglamentaria no se correspondía con las exigencias legales derivadas de la Ley de Procedimiento y que debía ser interpretada en el sentido de que la notificación se refería no a la demanda sino a la traba del embargo y que sólo era exigible si resultaba el carácter de vivienda habitual del Registro de la Propiedad. El texto actual del artículo 144.5 del Reglamento Hipotecario es fruto de la doctrina de aquella reso-

lución cuyo contenido refleja fielmente y exige, en consecuencia, que para poder anotar en el Registro el embargo de una vivienda que es de titularidad de uno solo de los cónyuges sea preciso, si consta el carácter de vivienda habitual, que conste la notificación al cónyuge no deudor o que la manifestación de los libros sea contradicha por el mandamiento.

Sin embargo un análisis detallado de la normativa nos lleva a concluir que la norma sigue siendo ilegal ahora, especialmente después de la promulgación de la Ley 1/2000 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y además prácticamente con los mismos argumentos que utilizó en su día la Dirección General de los Registros y del Notariado (2).

El Reglamento Hipotecario no puede imponer trámites procesales que, por exigencia constitucional, están reservados a la Ley (art. 117 de la Constitución Española y art. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil). Aunque conste en el Registro de la Propiedad el carácter de vivienda familiar no hay precepto procesal alguno que imponga al juez la carga de practicar la notificación antes de la traba de embargo o incluso después. Y si la traba está hecha debe ser anotada para evitar una discordancia entre la realidad y el Registro de la Propiedad (art. 39 de la Ley Hipotecaria) sin que pueda alegarse la falta de cumplimiento de un trámite, la notificación, que no resulta de las normas procesales sino de un precepto del Reglamento Hipotecario.

Los artículos 549 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre requisitos de la demanda ejecutiva, no exigen que se ponga de manifiesto, al señalar bienes para el embargo, que se deba determinar si alguno es o no vivienda y, en caso afirmativo, que se notifique antes de embargar.

De hecho con el auto por el que se despacha la ejecución se producirá el embargo de los bienes señalados por el acreedor (art. 553). Este embargo puede llevarse a cabo incluso sin notificarlo al deudor (art. 554).

Conforme al artículo 589, cuando el Tribunal requiere al ejecutado para que señale bienes, afirma que éste debe especificar si están ocupados, por qué personas y con qué título lo hacen a los efectos del artículo 661 y 675 (manifestación de bienes de ejecutado, indicación del ejecutante o cualquier otro modo); es decir, con la finalidad de declarar la inexistencia de título para poseer o de título insuficiente con el efecto del lanzamiento previa notifi-

(2) El único argumento que finalmente permitió a la Dirección General mantener la no anotabilidad del embargo sin previa acreditación de la notificación al no titular o expresa declaración de que el inmueble carecía de la condición de vivienda habitual fue considerar que la mención de la condición de vivienda familiar es un obstáculo registral que impide la práctica de la anotación ordenada. Este argumento, atractivo, no consigue vencer la fuerza del contrario: el principio del rango impide tomar en cuenta un trámite procesal no impuesto por la Ley. El hecho de que el inmueble embargado tenga la condición de vivienda familiar, constando tal circunstancia en los libros del Registro, no atribuye titularidad alguna al cónyuge no titular y, Reglamento Notarial consecuencia, no puede ser considerado como obstáculo frente a la acción de los acreedores.

cación al ocupante por parte del Juez (no, por tanto, con cargo al acreedor ejecutante). Pero esta notificación no paraliza la diligencia de embargo, éste se lleva a cabo sin perjuicio de la notificación y sin perjuicio de que el tercero sea mantenido definitiva o transitoriamente en la posesión. Tampoco puede el cónyuge no deudor pretender mantenerse en la posesión, pues ésta deriva del título de su cónyuge y está sujeto a las resultas del procedimiento. De otro modo bastaría alegar la cualidad de vivienda familiar para mantenerse en la posesión, algo que ya vimos no es posible por aplicación de las normas generales sobre responsabilidad patrimonial.

La regulación de la Ley de Enjuiciamiento Civil es plenamente coherente con la situación del cónyuge no deudor que carece de un interés patrimonial directo. A diferencia del supuesto de la ejecución de bienes gananciales por deudas de uno sólo de los cónyuges (art. 541), el cónyuge no deudor no titular carece de cualquier interés patrimonial directo, por lo que la diferencia de trato está plenamente justificada.

Ya vimos como aún cuando el inmueble esté destinado a vivienda familiar esto no empece la acción de los acreedores y el hecho de que aquella circunstancia resulte del Registro no puede alterar las cosas. El cónyuge no deudor sólo puede impedir la ejecución pagando y la notificación que se hará al mismo una vez que se tenga conocimiento en el procedimiento de su existencia (art. 661 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) no puede tener otra utilidad que permitirle el pago y la liberación de la finca, pero en ningún caso paralizar el procedimiento. Podemos concluir que el cónyuge no deudor tiene derecho a ser notificado dentro del procedimiento de ejecución como cualquier otro ocupante de la vivienda, pero sin que dicha notificación paralice la traba ni tenga otros efectos que poner en su conocimiento la propia existencia de la ejecución. De hecho, a diferencia de otros ocupantes que pueden alegar título, el cónyuge no deudor carece de título para poseer distinto de aquél del cónyuge que es objeto de la ejecución. La atribución de la cualidad de vivienda familiar de la vivienda y la constancia en el registro no hace titular a quien no lo es, no atribuye título alguno por lo que, a diferencia de lo que afirmó la doctrina de la Dirección General, no puede constituir obstáculo registral que impida la práctica de la anotación ordenada por el mandamiento judicial. A lo más servirá al proceso poniendo de manifiesto la existencia de ocupantes distintos del titular registral para que sean notificados (art. 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), pero siempre después de la práctica de la anotación de embargo y sin eficacia alguna en su práctica.

Claro que cabe decir que la previsión del artículo 144.5 del RH sólo está pensada para el supuesto de que conste en el Registro la calidad de vivienda habitual como atribuida en sentencia de separación o divorcio y no como mera manifestación de las partes en el ámbito de un contrato de adquisición o de hipoteca. Ya me adelanto a lo que será la segunda parte de la conferen-

cía al decir que el tratamiento es exactamente igual en el caso de atribución de uso por separación o divorcio. Si el uso está inscrito en el Registro de la Propiedad, el embargo posterior no le perjudica, pues el adquirente tendrá que respetar la situación preestablecida. Pretender aquí la aplicación del 144.5 del Reglamento Hipotecario cuando el cónyuge no titular ni es demandado ni puede comparecer en el juicio ni es perjudicado por éste no tiene sentido.

Si no está inscrito el uso atribuido judicialmente, el perjudicado será el cónyuge no titular pero como en cualquier otro caso por aplicación de las normas generales sobre protección de terceros en el Registro de la Propiedad (art. 32 de la Ley Hipotecaria).

II. LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA EN SITUACIONES DISTINTAS DEL MATRIMONIO

1. *Leyes especiales.* Hay once leyes especiales y sólo una, la catalana, prevé la protección para un caso muy concreto de convivencia: el regulado en la Ley 10/1998, de uniones estables de pareja, y lo hace de forma idéntica para los dos tipos de convivencia que regula y *mutatis mutandi* para el matrimonio en el Código de Familia de Cataluña, cuya regulación es básicamente similar a la del Código Civil.

La legislación catalana empero, no protege de ningún modo otras formas de convivencia que regula expresamente como la derivada de la Ley 19/1998, de 28 de diciembre, sobre situaciones convivenciales de ayuda mutua. Dicha regulación, en la parte que nos interesa, es la siguiente:

Artículo 1. Concepto de la convivencia de ayuda mutua:

Las disposiciones de la presente Ley son aplicables a las relaciones de convivencia de dos o más personas en una misma vivienda habitual que, sin constituir una familia nuclear, comparten, con voluntad de permanencia y ayuda mutua, los gastos comunes o el trabajo doméstico, o ambas cosas, tanto si la distribución es igual como desigual y tanto si la carga económica sólo es asumida por alguno como si lo es por algunos de los convivientes y la del trabajo por el otro u otros.

Artículo 6. Efectos de la extinción respecto a la vivienda:

1. Si no hay pacto, y la extinción se produce en vida de todos los convivientes, los que no sean titulares de la vivienda disponen de tres meses para abandonarla.

2. También en caso de que no haya pacto, si la extinción se produce por defunción de la persona propietaria de la vivienda, los convivientes pueden continuar ocupándola durante seis meses.

3. *Si la persona muerta era arrendataria de la vivienda, los convivientes tienen derecho a subrogarse en la titularidad del arrendamiento por el plazo de un año, o por el tiempo que falte para la expiración del plazo contractual, si éste es inferior.*

4. *Las situaciones de cotitularidad deben intentar resolverse por acuerdo de los afectados y, si no lo hubiera, deben resolverse mediante arbitraje o judicialmente. La resolución judicial puede disponer una indemnización a favor de los convivientes más perjudicados a cargo del otro u otros cotitulares.*

No hay, por consiguiente, previsión alguna respecto a la disposición unilateral por el titular de la vivienda, por lo que rigen las normas comunes. No obstante es tal la protección que se ha proporcionado por la jurisprudencia que, como en el caso siguiente, considero que es cuestión de tiempo que la cuestión se plantee.

2. Parejas de hecho puras. No hay regulación alguna al respecto, por lo que el titular de los derechos sobre la vivienda puede disponer en la forma que tenga por conveniente. No conozco jurisprudencia al respecto, pero a la luz de la existente para los supuestos de ruptura y que luego comentaremos sería muy interesante ver qué posición adoptaría el alto Tribunal ante la impugnación de una enajenación sin consentimiento del conviviente.

III. TRAS SU DISOLUCIÓN

Se suele afirmar que hay una necesidad de protección reforzada, pues la base de la atribución del carácter de vivienda habitual (la convivencia o la voluntad de convivir) ya no existe.

Por eso comienza con la mera intención de solicitar separación o divorcio y se puede decretar judicialmente incluso antes de notificar al titular (arts. 104 del Código Civil y 771 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Una vez aceptada la demanda pueden confirmarse o modificarse las medidas protectoras ahora ya con la audiencia de ambos esposos (arts. 103 del Código Civil y 772 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Finalmente la sentencia por la que se decreta la separación y el divorcio determinará lo que proceda respecto a la vivienda habitual bien haya existido mutuo acuerdo (art. 90 del Código Civil) o bien, a su falta, por decisión exclusiva del juez (art. 91 del Código Civil y art. 774 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

Lo que es realmente interesante son los efectos que las medidas de protección tienen sobre la titularidad:

1.º La atribución del uso. Entramos de lleno en el *quid* de la cuestión. Tradicionalmente los problemas que se han planteado al estudiar el derecho de uso son su naturaleza jurídica y la determinación de su titularidad (si el uso es del cónyuge o del cónyuge y sus hijos).

Debemos aclarar que dejamos fuera el supuesto de que, en el ámbito del convenio se haga auténtica atribución de derechos (y dentro de este apartado dejamos de lado la discusión sobre si tal cosa es posible dentro del ámbito de un convenio de separación: la postura de la Dirección General de los Registros y del Notariado es equívoca, pues en la Resolución de 29 de julio de 1999 permitió incluso la atribución de un bien al hijo común y en cambio en la de 8 de octubre de 2001 no permitió la atribución de un bien privativo de un cónyuge al otro en pago de pensión compensatoria).

Dicho esto, en ningún sitio del Código Civil se habla de atribuir derechos salvo en el artículo 90, es decir, cuando los cónyuges sí realizan un negocio atributivo de creación, constitución o modificación de una titularidad concreta. Cuando hay acuerdo, el cónyuge no titular pasa a ser titular, posee en ejercicio de un derecho atribuido en virtud de un negocio jurídico, tutelado en su caso por el Ministerio Fiscal y por el juez, pero realizado en el ámbito del principio de autonomía de la libertad.

Lo que nos interesa ahora es el supuesto en que las partes o el juez se limitan a declarar que el uso corresponde a uno o a otro.

La jurisprudencia, al enfrentarse con el problema, ha tenido muy en cuenta la situación que se le planteaba y el resultado que quería obtener. Las situaciones de ruptura matrimonial contenciosas plantean graves problemas cuando una de las partes (normalmente la esposa no trabajadora) queda en una situación de penuria económica, situación que se ve agravada cuando los hijos menores del matrimonio quedan bajo su guarda. Sólo bajo esta perspectiva es comprensible el tratamiento jurisprudencial que ha recibido en algunas ocasiones la atribución del uso, pues las conclusiones de estas resoluciones son difícilmente aceptables al ponerlas en el marco del ordenamiento jurídico. Y es que para justificar el mantenimiento del *estatus quo* se han llegado a hacer afirmaciones que son del todo inaceptables:

La STS de 18 de octubre de 1994 en un caso en el que la madre usufructuaria pretende el lanzamiento de la ex esposa de su hijo condómino de la finca ocupada, lo deniega entendiendo que la atribución del uso es un derecho real oponible a terceros como derecho real familiar. El Alto Tribunal protege así al ex cónyuge que carece de título que justifique su posesión, pues es la usufructuaria en quien recae la facultad de poseer en compañía de su hijo y también ex cónyuge que, como condómino, ostenta facultad de posesión compartida (art. 394 del Código Civil). Podría haber apelado el Supremo a la circunstancia de que la usufructuaria consentía la posesión del matrimonio, posesión que estaba fundada en parte en el título de su hijo y que,

conociendo aquella situación, no ostentaba una situación de ajenidad, no era un tercero, pero el Supremo acude a un recurso imposible para justificar el mantenimiento de la posesión y afirma la existencia de un derecho real donde no lo hay.

La STS de 31 de diciembre de 1994 en un supuesto en el que el titular vende la finca cuyo uso se había atribuido a su ex cónyuge y el nuevo propietario había constituido a su vez hipoteca, reconoce que no existía título que legitimara el estado posesorio más que el del vendedor, pero resuelve la cuestión afirmando que la sentencia del juicio de separación es oponible *erga omnes*, aunque no generativa de un derecho real. La situación del comprador y del acreedor hipotecario es así postergada por el Tribunal en beneficio del ex cónyuge; aquél, que ha adquirido el pleno dominio de una vivienda, no puede ejercer la facultad de poseer inherente a su derecho y debe satisfacer las cuotas de una obligación garantizada con hipoteca, todo ello en virtud de una sentencia, la de separación, dictada en un procedimiento en que no ha sido parte.

La STS de 28 de marzo de 2003 en un supuesto de ex cónyuges catalanes en condominio sobre la finca cuyo uso se atribuyó a la mujer y ante el ejercicio de la *actio communi dividundo* por el ex esposo entiende que es ejercitable la acción por cuanto es irrenunciable, pero que el uso implica un derecho o carga real que ha de mantenerse indemne en tanto subsistan los presupuestos que determinaron su atribución. Nuevamente la doctrina de la Sala Primera tiene un efecto perverso: el tercero adjudicatario del dominio no puede ejercitar su derecho en virtud de un pronunciamiento judicial recaído en un procedimiento en el que no ha sido parte.

La doctrina emanada de las anteriores resoluciones es insostenible y atenta directamente contra principios básicos de nuestro ordenamiento, como son el principio de prioridad y el de inoponibilidad (y en última instancia de un principio constitucional: la absoluta indefensión del tercero afectado). Veamos porqué:

De la regulación legal resulta (art. 96 del Código Civil):

Que el uso «corresponde» al cónyuge no titular y, en su caso, a los hijos. Nótese que la Ley no afirma que se constituya derecho alguno, sencillamente se limita a afirmar que el uso de la vivienda corresponde a uno u otro.

Que se protege esta situación prohibiendo disponer de la vivienda. Dicha disposición sólo puede hacerla quien tiene el poder de disposición, el cónyuge titular. No existe previsión sobre el tipo de ineficacia que su contravención provoca. Tampoco hay protección al tercero civil de buena fe.

Sólo si el tercero conoce y acepta la situación, la prohibición decae porque su finalidad, el mantenimiento del *status quo* se consigue y en virtud de pacto las facultades posesorias que ha adquirido el tercero se siguen ejercien-

do por un no titular (véase al respecto la regulación del art. 9 del Código de Familia de Cataluña que prevé dicha posibilidad).

Podemos sacar algunas conclusiones:

No estamos ante un derecho real porque no se cumplen los requisitos necesarios para su existencia (titularidad, capacidad, poder de disposición). Además de tratarse de un derecho real, la prohibición de disponer carecería de sentido. Los derechos reales son por definición oponibles *erga omnes* desde el momento de su constitución, por lo que aún dispuesto el derecho sobre que recaen aquellos no decaen y son plenamente oponibles. Además no se entiende cómo podría surgir un derecho real de una situación preexistente no real, es decir, si el título que justifica la posesión no comparte dicha naturaleza.

Si estamos ante un derecho meramente personal, oponible sólo al titular, la prohibición de disponer cobraría sentido. Efectivamente si leemos atentamente la regulación y tenemos en cuenta todo lo dicho hasta ahora sobre la vivienda llegamos a la conclusión de que la única finalidad de la atribución del uso es reconocer en el cónyuge no titular o en la familia en general la continuidad de la situación que se venía disfrutando; con la prohibición se impide que el titular perjudique una situación no oponible frente a tercero.

Pero ni siquiera afirmando el carácter personal del uso podemos quedarnos tranquilos, primero porque si no hay atribución de un derecho, no hay titularidad susceptible de atribuir una posición jurídica con un contenido determinado de facultades. De la regulación legal resulta que el Juez no puede, en el estrecho ámbito del procedimiento de familia, crear derechos en beneficio de un cónyuge distintos de los previstos legalmente. Como dice el artículo 96, el Juez se limita a determinar a quién corresponde el uso de la vivienda, no se crea ningún título posesorio. En el ámbito del procedimiento de familia, la cuestión en realidad ni se plantea, pues el juez atribuye el uso con independencia de cuál sea el título posesorio existente e incluso sin plantearse si existe o no. Se limita a constatar que hay una vivienda destinada a servir de soporte a la familia y a afirmar que en lo sucesivo la situación se mantenga en beneficio de una u otra persona.

Y es que, como vimos, la regulación legal prescinde por completo del título en virtud del cual se posea, del título en virtud del que se esté legitimado para poseer e incluso de si existe propiamente un título que legitime para poseer, pues no es el objeto del procedimiento atribuir este título posesorio ni determinar su existencia o validez sino mantener el *status quo*. De aquí que cabe reconocer y atribuir el uso con independencia de cuál sea el título legitimador que no se ve alterado ni para mejor ni para peor.

La atribución del uso no es más que estrictamente eso, reconocer legalmente la legitimación para el ejercicio del título posesorio que se detenta cualquiera que sea éste. Por esta razón si no hay título posesorio el Juez no

se lo puede inventar frente a un titular que no ha sido parte en el procedimiento. De aquí se sigue:

La atribución del uso confiere a un cónyuge y a los hijos, en su caso, la legitimación civil para ejercer las facultades posesorias que se deriven del título preexistente en el cónyuge titular. No hay derecho alguno sino ejercicio del derecho ajeno; la práctica forense y la doctrina ha viciado el debate denominando derecho de uso a lo que no es un derecho subjetivo en absoluto.

Al no existir creación de título alguno no se plantean cuestiones de titularidad; ni el cónyuge ni sus hijos son titulares, sino que están legitimados para ejercer la facultad posesoria de un derecho, por eso carece de trascendencia la discusión de si es el cónyuge o son los hijos o ambos los titulares del mal llamado derecho de uso. Si el título no existe, la sentencia no lo crea y se limita a reconocer que la situación posesoria continúe en beneficio de uno de los cónyuges y de los hijos.

La sentencia del Tribunal Constitucional, de 29 de septiembre de 2003, declara en este sentido que el procedimiento matrimonial es un juicio especial limitado al conocimiento de las pretensiones relacionadas con el estado matrimonial y que las medidas adoptadas en su seno sólo vinculan a los cónyuges sin prejuzgar los derechos patrimoniales que un tercero pueda ostentar, ya que respecto de estos el proceso no produce el efecto de cosa juzgada.

La legitimación para poseer depende de la existencia de un título previo; si éste no existe y no hay más que precario la sentencia nada añade, tan en precario estará la vivienda habitual antes como después del juicio. (Por este motivo en un caso como éste, el uso no es anotable en el Registro de la Propiedad porque no hay título y no porque no haya tracto.)

Por esta razón la jurisprudencia en el caso típico de vivienda consentida por los suegros, acuciada por el deseo de mantener en la posesión a la parte que consideraban más débil, el cónyuge del hijo, se ha tenido que inventar la existencia de un título, el comodato, porque la confirmación del precario llevaba inevitablemente al lanzamiento. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 2 de diciembre de 1992, afirmó en un supuesto en que los padres de un cónyuge separado solicitaban el lanzamiento de la ex esposa e hijas de éste que la situación posesoria del matrimonio se amparaba en la existencia de un tácito contrato de comodato, el cual exigía el mantenimiento de la ocupación por todo el tiempo que pudiera precisarse.

Por el contrario en la sentencia del Tribunal Supremo, de 21 de mayo de 1990, entendió que el hijo que tenía el dominio de una finca que estaba ocupada por la ex segunda familia de su padre a quien se había atribuido el uso en la separación no podía prevalecer porque no tenían más título que el que habían recibido de aquél y si éste carecía de título igualmente carecían ellos. Esta es la doctrina correcta, si no hay título durante el matrimonio no

lo hay después; si el título que legitimaba la posesión decae, decae inevitablemente ésta.

La aplicación de las reglas generales de nuestro ordenamiento conduce inevitablemente a lo siguiente:

Si el título preexistente se extingue (usufructo), la legitimación para poseer desaparece, pues la única titularidad oponible al propietario se ha extinguido. La protección a la vivienda no puede ir más allá del límite que supone la situación jurídica preexistente. Así es si la extinción del usufructo u otro título se produce durante el matrimonio y así es igualmente si se produce una vez disuelto.

Si existe un derecho anterior y preferente (hipoteca), su ejecución extingue el derecho hipotecado y la legitimación posesoria que éste pueda deparar al matrimonio o al cónyuge protegido tras la crisis matrimonial.

Si existe condominio de ambos cónyuges sobre la vivienda y atribución del uso en virtud de sentencia a favor de uno de ellos y, con posterioridad, enajenación por vía de la *actio communi dividendo* se extingue igualmente la situación que legitima la posesión en beneficio del nuevo propietario.

Esto es Derecho Civil puro y éstas son las reglas que derivan de nuestro ordenamiento y que son de aplicación general a cualquier supuesto de colisión de derechos y situaciones derivadas de los mismos.

Para evitar las eventuales situaciones de desprotección que pudieran derivarse de la aplicación de las reglas generales, la Ley 13/1981 permitió la inscripción en el Registro de la Propiedad de la atribución del uso: Inscripción que de lo dicho resulta que no es una inscripción de derechos, sino de modificación de un derecho en virtud de la cual la legitimación para poseer que del mismo deriva es ejercida por tercero (art. 144 de la Ley Hipotecaria). Como hemos visto no hay derecho real ni tampoco derecho personal inscribible, por lo que no tiene importancia si se reconoce al no titular y a los hijos, pues que su finalidad no es otra que enervar la fe pública y extender, ahora sí frente a tercero, una legitimación que ha cambiado de manos.

Si el no titular inscribe la atribución del uso se concilia el derecho del propietario a vender o disponer de la finca y obtener un recurso económico y el del no titular a mantener el *status quo* y todo ello sin necesidad de recurrir a la invención de una situación real o de una situación personal oponible o de la extensión de los efectos de una sentencia a terceros que no han sido parte. No es preciso, por tanto, forzar hasta lo imposible la normativa legal sino aplicarla en toda su extensión y con todas sus consecuencias.

Si hay inscripción de la atribución del uso se rompe la presunción del artículo 38, de que la titularidad y la posesión coinciden y por ello cualquier adquirente debe pasar por esta última exactamente igual que ante otra situación inscrita (arts. 32 y 34 de la Ley Hipotecaria).

Así lo entendió la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 31 de marzo de 2000, que afirmó que ante la falta de inscripción de la atribución del uso juega con toda fuerza la presunción de plena libertad del dominio a favor del disponente (art. 32 de la Ley Hipotecaria).

2.º La limitación al poder de disposición. Ya hemos dicho que junto a la legitimación posesoria, el artículo 96 implica una limitación a la facultad dispositiva del titular, limitación cuya contravención no tiene calificación legal y que no tiene protección a terceros civiles de buena fe.

La doctrina no ha estudiado en profundidad este carácter. En situaciones de normalidad matrimonial ya hemos visto como la limitación dispositiva es el único efecto previsto por la Ley. En situaciones de conflicto matrimonial toda la doctrina se ha volcado en el estudio del uso y no ha dedicado suficiente preocupación, a mi juicio, al efecto limitativo en el poder de disposición.

Y es que lo más característico de la condición de la vivienda familiar no es la atribución del uso sino la limitación que supone para el titular. En realidad, siendo indiferente en virtud de qué título se posea la vivienda familiar, lo trascendental es que no se puede disponer del mismo.

Y esta conclusión es idéntica, haya matrimonio o haya situación de ruptura o disolución, aunque las consecuencias de la contravención de la limitación sean distintas.

La limitación a la facultad dispositiva se deriva directamente de la Ley, de la protección de la vivienda, de la protección deparada al cónyuge en estado de necesidad y a los hijos. Es una limitación legal que precisa de un previo pronunciamiento judicial.

Debemos detenernos sin embargo en la comprensión del alcance de la limitación de disponer. Si leemos el último párrafo del artículo 96 del Código Civil, se afirma en él que si el uso está atribuido al cónyuge que no es titular éste, el titular, no puede disponer de la vivienda, de forma que queda claro que la limitación sólo existe cuando el uso se atribuye al cónyuge no titular. Pero si leemos el resto del artículo, la conclusión es exactamente la contraria.

En efecto, el primer párrafo dice que el uso corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía estén, por tanto con independencia de quien sea el titular de los derechos sobre la vivienda.

Y el segundo párrafo establece que si parte de los hijos viven con un cónyuge y parte con otro, el Juez decidirá, de donde se deduce que el propio Código Civil reconoce que el uso puede atribuirse a los hijos y al cónyuge, que es titular de los derechos sobre la vivienda.

Es decir, la limitación de disponer de los derechos sobre la vivienda es un efecto esencial de la separación o divorcio cuando hay hijos y la limitación de disponer afecta al titular de los derechos tenga o no atribuido el uso de la vivienda. Es más, siendo de origen legal y de aplicación judicial el

cónyuge gravado con la misma no puede alterarla unilateralmente ni renunciar a su aplicación.

Y de aquí podemos ya hacer algunas conclusiones:

Cuando no hay hijos, si el uso se atribuye al cónyuge no titular y adquiere el inmueble o derecho, la limitación carece de sentido por concurrir en una persona mayor de edad el título habilitador para poseer y la limitación a la disposición.

Si el uso se atribuye al cónyuge que es cotitular de la finca o derecho la limitación persiste en ambos titulares porque la necesidad de mantener la vivienda en beneficio del menos favorecido persiste.

Pero es cuando hay hijos y en su virtud se ha hecho la atribución cuando el efecto protector de la limitación de disponer se muestra con toda su fuerza.

Cuando se atribuye a un cónyuge titular del dominio el derecho al uso de la vivienda familiar, el uso pierde su sentido, pues tiene título posesorio propio, pero cobra toda su fuerza la limitación de disponer en beneficio de los hijos, pues el mantenimiento del *status quo* implica que aquél no pueda disponer de la vivienda dejando a los hijos sin la estabilidad ordenada en la sentencia. En este caso tiene toda lógica la inscripción de la atribución de uso en el Registro de la Propiedad, pues operará como limitación del dominio de origen judicial. Como pone de relieve la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 25 de octubre de 1999, sin entrar a discutir si es o no un derecho real, es claro que constituye una limitación a la facultad dispositiva del titular registral que debe acceder al Registro.

Igualmente cuando al cónyuge cotitular del dominio o derecho se le atribuye el uso (supuesto frecuente en Cataluña o Baleares) la atribución del uso implica tanto una legitimación para poseer sin intervención del condómino (con exclusión de la regla del art. 394 del Código Civil) sino sobre todo una limitación a la facultad de disposición de cada uno de los cónyuges respecto de su cuota (como expresamente recoge el art. 9 del CF) en beneficio del mantenimiento de la vivienda para los hijos.

Cuando el cónyuge a quien se ha atribuido el uso por convenio o sentencia adquiere con posterioridad el dominio o derecho adquiere un título posesorio que antes no tenía y de ahí que pierda sentido el mantenimiento del uso, pero la limitación de disponer se mantiene intacta porque intacta se mantiene la necesidad de proveer habitación a los hijos. Si estaba inscrita la atribución del uso a favor del cónyuge no titular, la práctica de la inscripción de dominio no lleva aparejada la cancelación del uso, pues la limitación que antes se predicaba del anterior titular ahora afecta al cónyuge. El ahora propietario o titular no puede pretender la cancelación de la limitación de disponer por ser de naturaleza judicial y exigirse un pronunciamiento al respecto (art. 83 de la Ley Hipotecaria).

Y esto de tantísima trascendencia casi no se tiene en cuenta a la hora de redactar los convenios y se pone como cláusula de estilo que el uso de la vivienda se atribuye a uno u otro, aunque sea cotitular o titular de la finca o derecho o lo adquiera como consecuencia de la disolución del régimen matrimonial o de la situación de comunidad. Y se hace así sin pensar las consecuencias, asumiendo que como tiene título para poseer el uso no tiene eficacia lo cual, como hemos visto, sólo es cierto a medias: pues el uso no implicará legitimación para poseer, pero sí limitación a la facultad de disposición en beneficio de la estabilidad de los hijos.

Y no se puede decir que basta con quitarlo de los convenios porque si todo el mundo cumple con su cometido, el fiscal inquirirá cuál va a ser el domicilio de los niños, y el Juez aprobará o no el convenio precisamente por no resolverse una cuestión esencial como es la estabilidad de la vivienda familiar en beneficio de los hijos.

IV. LA PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA EN SITUACIONES DE CONFLICTO DISTINTAS A LA RUPTURA DEL MATRIMONIO

1. Leyes especiales. Ninguna de las leyes especiales sobre parejas de hecho o parejas estables dispone regulación alguna de protección de la vivienda familiar. El motivo es que, siendo posible la ruptura por decisión unilateral, no hay control judicial alguno y por tanto no existe la previsión de que la situación existente deba imponerse impidiendo su modificación por voluntad unilateral de uno de los partícipes.

A lo más establecen derechos de permanencia en caso de fallecimiento por un período de un año (l'any de plor en Cataluña) sin que se disponga de especial protección. El titular es el único legitimado para poseer y puede disponer con absoluta libertad.

Ahora bien, la doctrina del Tribunal Supremo para las parejas de hecho puras hace inevitable extender su doctrina a estas situaciones, toda vez que no parece lógico que sean de peor condición unas que otras cuando el fundamento de la protección jurisprudencial es exactamente el mismo.

2. Parejas de hecho. Ha sido la jurisprudencia la que, en el ámbito del Derecho Común del Código Civil, en el que no existe regulación alguna para las parejas no casadas, ha desarrollado una doctrina de protección un resumen de la cual encontramos en la sentencia del Supremo de 5 febrero de 2004: La situación de pareja de hecho no es una situación ilegal sino alegal, lo que implica que merece la protección del ordenamiento jurídico. Como es una situación no regulada, la protección no puede venir de la aplicación de la normativa existente, sino de otra técnica, la cual no puede ser la aplicación analógica de las normas aplicables al matrimonio, al no existir identidad de

razón, sino la aplicación directa de los principios generales del ordenamiento y, fundamentalmente, del principio que prohíbe el enriquecimiento injusto.

Ciertamente para llegar a estas conclusiones, el Tribunal Supremo ha recorrido un largo camino en el que no todos los pronunciamientos han sido igual de afortunados:

Ha declarado la condición de vivienda familiar y su atribución a un conviviente en la sentencia de 10 de marzo de 1998, por aplicación del principio general de protección a la vivienda.

Ha reconocido pensión compensatoria en base al artículo 97 del Código Civil en la sentencia de 5 de julio de 2001, por aplicación analógica de aquel precepto.

Ha estimado que ha existido responsabilidad extracontractual en la sentencia de 16 de diciembre de 1996.

Ha estimado que existía enriquecimiento injusto en la sentencia de 11 diciembre de 1992.

Ha estimado la existencia de comunidad de bienes en la sentencia de 18 de mayo de 1992, pese a existir titularidad formal de uno solo de los convivientes.

Lo cierto es que dicha doctrina es aplicable de una pareja o de cualquier otro conjunto de personas pero, por lo que conozco, no se ha llegado a un pronunciamiento cuando los convivientes han sido más de dos. Lo que ahora nos interesa es que para que los efectos de dicha situación pueda afectar a terceros es preciso seguir las normas establecidas en nuestro ordenamiento sino se desea que una disposición del titular deje sin efecto el pronunciamiento de la sentencia.

Así, desde el punto de vista del Registro de la Propiedad es anutable la demanda que reclama la atribución del uso e inscribible desde luego la sentencia que lo reconoce que tendrá la virtualidad de desvirtuar la presunción posesoria derivada del artículo 38 de la Ley Hipotecaria y publicará la modificación del derecho de dominio, de usufructo o del derecho de que se trate en cuanto a la legitimación por una tercera persona (el actor) de la facultad de posesión inherente al derecho de que se trate. Cualquier otro atajo, como pretender la extensión de los efectos de la sentencia a terceros o la invención de derechos reales inexistentes o fórmulas similares, no hace más que violentar las normas del ordenamiento y crear inseguridad jurídica imponiendo situaciones clandestinas en el tráfico lo que, invariablemente, va en perjuicio del mismo.

RESUMEN

VIVIENDA FAMILIAR

La vivienda habitual ha sido objeto en España, en consonancia con lo ocurrido en otras legislaciones europeas, de una regulación que tiene por objeto la protección de su existencia y de la estabilidad familiar. La jurisprudencia de nuestros tribunales empero ha extendido el ámbito de la protección hasta límites que chocan directamente con principios básicos de nuestro ordenamiento.

Bajo esta perspectiva se analiza la regulación legal de la vivienda familiar con muy especial atención a las consecuencias que se derivan para el Registro de la Propiedad y, en este sentido, cuál es el impacto que resulta de la constancia en los folios del Registro de dicha circunstancia. El autor se detiene especialmente en el análisis de los efectos que para los terceros ejecutantes sobre bienes inmuebles tiene la constancia, en el folio particular, del carácter de vivienda habitual para concluir que la regulación del vigente artículo 144.5 del Reglamento Hipotecario es ilegal.

Pero es cuando la situación matrimonial se rompe cuando la protección a la vivienda habitual cobra toda su fuerza, y es aquí donde la jurisprudencia ha llegado a límites absolutamente inaceptables violentando principios y reglas de nuestro ordenamiento. El autor entiende que sólo la estricta aplicación de los principios de prioridad, inoponibilidad y tutela judicial efectiva permite un correcto entendimiento de la protección derivada del ordenamiento jurídico. Para ello es preciso un análisis previo sobre cuál es la auténtica naturaleza de la protección a la vivienda habitual en situaciones de conflicto, lo que permite su justa incardinación en el sistema sin violentar los principios que lo conforman. Desde esta perspectiva se afirma que la

ABSTRACT

FAMILY HOME

In Spain the regular home has been the subject of regulation whose object it is to protect the existence of the regular home and family stability, in consonance with the measures taken in other European legislations. The case law of our country's courts, however, has extended the sphere of protection to limits that clash directly with basic principles of Spanish law.

Under this perspective, an analysis is conducted to ascertain how the law regulates the family home, paying most particular attention to the consequences for the property registration system and, thus, the impact resulting from the registration of such circumstances. The author dwells especially on an analysis of the effects that foreclosing third parties feel when it is recorded, on the property's folio, that the property is a regular home, and the author concludes that the current article 144.5 of the Mortgage Regulation is regulated illegally.

But it is when a matrimonial situation is dissolved that protection for the regular home comes into full force, and it is here where case law has reached absolutely unacceptable limits, violating principles and rules of Spanish legislation. The author feels that only the strict application of the principles of priority, third party enforcement and effective legal protection allows the protection stemming from legislation to be understood correctly. For that, there must first be an analysis of the true nature of the protection of the regular home in situations of conflict, to enable the concept to be incorporated fairly into the system without violating the system's ground principles. From this perspective, the author affirms that the protection stemming from the

protección derivada de la atribución del uso implica tanto una legitimación para poseer como una limitación dispositiva de origen judicial, analizándose las consecuencias de dicha afirmación.

El estudio se complementa con un breve análisis de las consecuencias del carácter habitual de la vivienda en situaciones convivenciales distintas del matrimonio durante su vigencia y en caso de ruptura.

assignment of use implies both legal standing to possess and a court-set limitation on disposal, and the consequences of this affirmation are analysed.

The study is complemented with a brief analysis of the consequences of the regular nature of a home in shared-living situations other than marriage while the situation is alive and after it has broken up.

(Trabajo recibido el 07-08-06 y aceptado para su publicación el 2-11-2006)