

EL DERECHO DE PERSONACIÓN EN EL PROCESO MATRIMONIAL DEL TERCERO PROPIETARIO DE LA VIVIENDA FAMILIAR (Comentario a la STC 166/2003 de 29 de septiembre)

FRANCISCO PERTÍÑEZ VÍLCHEZ
Departamento de Derecho Civil
Universidad de Granada

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA NATURALEZA DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA CONYUGAL. III. EL DERECHO DEL TERCER PROPIETARIO DE LA VIVIENDA FAMILIAR A INTERVENIR EN EL PROCESO MATRIMONIAL. IV. EL PRONUNCIAMIENTO DECLARATIVO DE UNA LESIÓN CONSTITUCIONAL.

I. INTRODUCCIÓN

La STC 2003/166 de 29 de septiembre, que resuelve un recurso de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión del art. 24 CE, para determinar si se ha producido una lesión de este derecho constitucional, debe realizar un análisis previo de una institución sustantiva que, en este caso, es la atribución del derecho de uso de la vivienda familiar en un procedimiento de crisis matrimonial. La parte recurrente es la madre de uno de los cónyuges, propietaria de la mitad de la vivienda familiar y usufructuaria de la otra mitad, a la cual se le ha denegado el derecho a personarse en el proceso de crisis matrimonial por carecer de interés legítimo y a oponerse a la ejecución al auto de medidas provisionales que había ordenado —de conformidad con la pretensión formulada por la «ex nuera» en la demanda de separación— la división material de la vivienda conyugal con un cerramiento en el patio, para que quedasen dos viviendas independientes, atribuyéndose el uso de una de las partes a la esposa y a los hijos del matrimonio y la otra al esposo e hijo de la propietaria-usufructuaria recurrente en amparo. Las medidas provisionales fueron posteriormente elevadas a definitivas en la sentencia de separación, sin que se

modificaran en la de divorcio. La sentencia del Tribunal Constitucional objeto de este comentario estima que la recurrente no tiene derecho a personarse en el procedimiento declarativo de crisis matrimonial, puesto que carece de un interés legítimo, pero que sí tenía derecho a oponerse a la ejecución del auto de medidas provisionales, ya que en la ejecución de una resolución judicial tiene derecho a intervenir cualquier tercero —aunque no haya sido parte en el proceso declarativo— que pueda verse perjudicado por la ejecución, siendo la división material de la finca un acto que afecta al derecho de propiedad que no puede realizarse sin la intervención del propietario. Ahora bien, dada la especial naturaleza de las medidas provisionales que quedan sin efecto con la adopción de las medidas definitivas (arts. 106 CC y 773.5 LEC), no es posible la retroacción del procedimiento al momento procesal en el cual se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva, por lo que el derecho a personarse en la ejecución queda restablecido con un pronunciamiento declarativo de la lesión del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

Debo reconocer que este comentarista, civilista, se sintió inmediatamente tentado a profundizar más en el aspecto sustantivo de la sentencia: la naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar y su oponibilidad al tercer propietario, que en la delimitación del derecho constitucional: el derecho a la tutela judicial efectiva, que se realiza en ella. Como suele decirse en estos casos, en un primer momento: las ramas de los primeros árboles no me dejaron ver el bosque, pero un posterior análisis de la sentencia hizo surgir un no menor interés por otros aspectos de la misma, atinentes a la delimitación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva, como la razón por la cual el tercer propietario no tiene derecho a ser parte en el procedimiento declarativo de crisis matrimonial pero sí en el de ejecución o el significado de un «pronunciamiento declarativo de una lesión constitucional», que supone reconocer que se ha vulnerado un derecho constitucional para que todo siga exactamente igual.

La sentencia tiene tres puntos de interés: la naturaleza del derecho de uso de la vivienda conyugal, el derecho del tercer propietario de la vivienda familiar a intervenir en el proceso matrimonial y el pronunciamiento declarativo de una lesión del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva.

II. LA NATURALEZA DEL DERECHO DE USO DE LA VIVIENDA CONYUGAL

El debate sobre la naturaleza del derecho de uso de la vivienda conyugal ha girado en torno a su consideración como un derecho constituido «ex novo» por la sentencia judicial que lo atribuye al cónyuge no titular, con un contenido uniforme y autónomo del título en virtud del cual el matrimonio estuviera poseyendo la vivienda conyugal, o como un derecho de contenido dinámico y no uniforme que no puede ser indiferente a la naturaleza del título posesorio del matrimonio.

La primera opción ha tenido acogida en alguna decisión jurisprudencial que configuró el derecho de uso como un «derecho real familiar», oponible siempre a terceros y como tal inscribible en el Registro de la Propiedad. Así, la STS de 18 de octubre de 1994, considera que el cónyuge atributario del derecho de uso de la vivienda familiar que estaba siendo poseída por el matrimonio en condición de precario, no carecía de título, oponible al propietario, por cuanto que éste le había sido conferido por el Convenio Regulador, homologado judicialmente «*con innegable eficacia y trascendencia jurídica que hace derivar la concurrencia de una situación de derecho de habitación familiar surgiendo del título que conforma precisamente la sentencia matrimonial de separación y excluye darse una situación de mera tolerancia*». Como se observa, la tesis que podríamos denominar «autónoma» del derecho de uso, atribuye al cónyuge usuario, en los supuestos en los que el propietario fuera un tercero, una serie de facultades, en particular, la oponibilidad de su derecho frente al propietario en el momento de la atribución, extrañas al título en virtud del cual el matrimonio venía poseyendo la vivienda, con la consiguiente limitación de la titularidad del propietario que no es parte del proceso matrimonial. El contenido de este derecho de uso familiar autónomo, y en particular su oponibilidad a terceros y su inscripción en el Registro de la Propiedad, es coherente cuando el cónyuge no atributario tenía la vivienda en dominio pleno, considerando que nace para el usuario un derecho real limitativo del dominio de aquél, pero no ofrece soluciones satisfactorias cuando la propiedad del inmueble fuera de un tercero (1).

(1) LÓPEZ LÓPEZ, MONTÉS PENEDÉS, ROCA TRÍAS, *Derecho de Familia*, Efectos de la sentencia de nulidad, separación y divorcio: Las disposiciones judiciales subsidiarias. Vivienda y ajuar familiares. Régimen de la atribución, 1997 (Versión electrónica en «Tirant on line»), TOL 208214, pág. 1.

Por esta razón, ha prevalecido y se ha consolidado la doctrina que preconiza que el derecho de uso no tiene un contenido autónomo y uniforme, en virtud del cual es oponible «erga omnes», aunque no lo fuera el título posesorio de la vivienda común con anterioridad a la sentencia que lo atribuye, sino que su naturaleza y en particular, su oponibilidad a terceros, dependerá del título en virtud del cual el matrimonio viniera habitando la vivienda conyugal. Esta tesis fue la seguida, por ejemplo, por la SSTS de 20 de mayo de 1990 y de 31 de diciembre de 1994, según la cuales, *«la atribución del uso de la vivienda a uno de los cónyuges no puede generar un derecho antes inexistente, y sí sólo proteger el que la familia ya tenía»* y análogamente por la de 29 de abril de 1994, que estimó que el derecho de uso de la vivienda común no tiene *en sí mismo* considerado naturaleza de derecho real, pues se puede conceder igualmente cuando la vivienda está arrendada y no pertenece a ninguno de los dos cónyuges. Conforme a este planteamiento de la naturaleza «dinámica» del derecho de uso de la vivienda familiar, es necesario comenzar por distinguir dos grupos de supuestos: aquéllos en los que el bien es propiedad privativa del cónyuge no atributivo o ganancial y aquéllos otros en los que en el momento inmediatamente anterior a la crisis matrimonial, la vivienda familiar era propiedad de un tercero.

Si la vivienda fuera propiedad privativa del otro cónyuge o ganancial, se puede afirmar que el derecho de uso del cónyuge no titular es un derecho constituido «ex novo», que no tenía una existencia anterior a la sentencia que se lo atribuye. Éste es un derecho limitativo del dominio del cónyuge titular, oponible a terceros adquirentes e inscribible en el Registro de la Propiedad. Las facultades dispositivas del cónyuge propietario no se ven alteradas por la atribución del derecho de uso al cónyuge no titular, pero el derecho de éste último es oponible al tercer adquirente si éste no cumpliera con los requisitos del art. 34 de la Ley Hipotecaria. Así lo confirmó la STS de 11 de diciembre de 1992 *«aunque el cónyuge propietario podía ejercitar sus facultades dispositivas, si enajenaba la vivienda el tercer adquirente recibía la cosa con la carga de la ocupación y el ocupante (cónyuge no titular), sería considerado como un poseedor legítimo, interpretación plenamente aceptable pues, en otro caso, se primarían los actos fraudulentos del cónyuge propietario, a merced de cuya voluntad quedaría burlar o hacer caso omiso del mandato judicial atributivo del uso con la complicidad de terceros poco escrupulosos en perjuicio del interés familiar más necesitado de tutela»* (2). Por el contrario, por no estar inscrito el derecho de uso de la vivienda fa-

(2) Igualmente, la SAP de Baleares de 20 de mayo de 1999 dispone que «...cuando la vivienda se atribuye al cónyuge no propietario, estamos ante un derecho oponible a

miliar en el Registro de la Propiedad, la STS de 22 de abril de 2004, consideró que el mismo era inoponible a un tercero hipotecario, adquirente del inmueble en un procedimiento de ejecución hipotecaria.

Igualmente, si el bien fuera ganancial, el derecho del cónyuge no atributivo de ejercer la acción de división de la cosa común del art. 400 del CC no se va a ver alterado por la atribución del derecho de uso al otro cónyuge. Para ello no es óbice el párrafo 4º del artículo 96 que exige consentimiento del cónyuge no titular o autorización judicial para enajenar la vivienda familiar, bien porque se interprete este requisito de la manera más restrictiva posible, que lo pone en relación con el supuesto del párrafo 3º —el de la atribución del uso de la vivienda privativa al cónyuge no titular sin hijos si su interés fuera el más necesitado de protección— (SSTS de 22 de septiembre de 1988 y de 27 de diciembre de 1999), bien porque el criterio del art. 400, fundado en los graves inconvenientes que comporta la indivisión, prevalezca sobre el del art. 96.4.

En el segundo grupo de casos, cuando la vivienda familiar fuera propiedad de un tercero en el momento inmediatamente anterior a la sentencia que atribuye su uso a uno de los cónyuges, éste tercero no puede ver limitado su derecho de propiedad sobre la vivienda conyugal por la concesión, tras la crisis matrimonial, de un derecho de uso sobre la misma a uno de los cónyuges, con unas facultades adicionales a aquéllas que tuviera el título en virtud del cual el matrimonio estuviera poseyendo la vivienda. Por esta razón, el derecho de uso atribuido a uno de los cónyuges será una proyección del título en virtud del cual los dos cónyuges o el otro estuvieran ocupando la vivienda (copropiedad, usufructo, habitación, arrendamiento, comodato o precario) y la debilidad de este título frente al propietario, o frente a terceros adquirentes, será la debilidad del derecho de uso de la vivienda familiar (3). En definitiva, el tercer propietario podrá disponer de las acciones que le competan, ya que el primitivo título persiste con idéntico contenido tras la separación de los cónyuges pero limitado a su propia naturaleza

terceros con eficacia «erga omnes» característica propia de los derechos reales, por lo que el derecho de uso debe ser mantenido, sin mengua de su contenido en las sucesivas transmisiones de las que pueda ser objeto la vivienda familiar con posterioridad a la sentencia de separación o divorcio». En el mismo sentido, la DGRN en la Resolución de 25 de octubre de 1999, manifiesta que el acceso al Registro de la atribución de la vivienda al cónyuge que no es propietario, es algo indiscutible ya que este derecho produce efectos «erga omnes» y de no tener acceso al Registro, una afirmación falsa del cónyuge propietario podría dar lugar a la aparición de un tercero protegido por el art. 34 de la Ley Hipotecaria que haría perder tal uso al cónyuge a quien se hubiera atribuido.

(3) BELLO JANEIRO, D., *El precario*, Aranzadi Civil, 1995-I, pág. 173.

en virtud del principio de que nadie puede transmitir lo que no tiene. Esta es la doctrina seguida por la STC 166/2003, aquí comentada, cuando dispone que *«El pronunciamiento en el que atribuye el uso separado de cada una de las viviendas resultantes a los esposos no afectaba, a los eventuales derechos de la recurrente ya que si los esposos ocupaban la casa antes del proceso matrimonial como precaristas, el Auto de medidas provisionales que les atribuye el uso separado de las dos viviendas en que se ordena dividir la finca no puede alterar dicha condición de meros precaristas ni perjudicar los derechos de la recurrente que podrá hacer valer en el procedimiento declarativo correspondiente frente a los esposos a fin de obtener la declaración sobre la existencia de sus derechos y la restitución de la finca»*. Con este fallo, el Tribunal Constitucional asume un principio que ya estaba ampliamente consolidado por el Tribunal Supremo, por ejemplo, en la STS de 31 de diciembre de 1994, según la cual, el cónyuge a quien se le atribuye el derecho de uso tras la separación o divorcio, no puede obtener una protección posesoria de vigor jurídico superior al del título en virtud del cual se venía poseyendo por la familia (en este caso, también, precario), *«pues ello entrañaría subvenir necesidades familiares muy dignas de protección con cargo a extraños al vínculo matrimonial y titulares de un derecho que posibilita ceder el uso de la vivienda»* (4).

La oponibilidad «erga omnes» y, consiguientemente, el acceso al Registro, el haz de relaciones entre el propietario y el cónyuge usuario y, sobre todo, por lo que respecta a la sentencia comentada nos interesa, la resistencia del derecho de uso de la vivienda familiar a la reivindicación del propietario, dependerá de la naturaleza en virtud del cual el matrimonio ocupara la vivienda, siendo indiferente que el titular de este derecho de ocupación fuera el cónyuge atributivo, el otro cónyuge o los dos conjuntamente (5).

(4) En términos análogos la SAP de Cádiz de 11 de diciembre de 1993 «La facultad de aprovechamiento de la vivienda conferida judicialmente en el marco de un proceso matrimonial no altera la naturaleza jurídica del título que servía de soporte al disfrute familiar de la vivienda en cuestión en épocas anteriores a la fractura matrimonial».

(5) Un supuesto interesante es el que se plantea cuando la vivienda es un bien común del cónyuge no atributivo del derecho de uso y de un tercero; en este caso, el título en virtud del cual el matrimonio estaba poseyendo la vivienda era el derecho de cualquiera de los comuneros de usar la cosa común conforme a su destino, de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarla del art. 394 del CC. A diferencia de lo que ocurre en el supuesto de que la vivienda fuera un bien común ganancial, la debilidad de este derecho de uso del art. 394 es la debilidad del derecho de uso del cónyuge del comunero; así, si el otro copropietario decidiera ejercitar la acción de división del art. 400, el derecho de uso no sería oponible al tercer adquirente, por cuanto que la venta del inmueble con esta carga perjudica el interés de la comunidad.

Volviendo al supuesto de la sentencia comentada, los derechos del propietario de la vivienda familiar cuyo uso se atribuye a uno de los cónyuges tras el proceso de crisis matrimonial y, en particular, su facultad reivindicatoria de la vivienda, dependerá de la calificación que se haga del título en virtud del cual, el matrimonio estuviera poseyendo dicha vivienda. Los principales problemas de calificación se plantean en aquellos supuestos, como el presente, en los que el propietario, normalmente el padre o los padres de uno de los cónyuges, ha cedido el uso de la vivienda con causa gratuita al matrimonio para que le sirva de vivienda familiar. La cuestión en estos casos es si el matrimonio poseía en concepto de comodato o en concepto de precario, con la importante consecuencia de que poseyendo en concepto de comodato su derecho de uso y, por lo tanto, el del cónyuge atributivo, es inmune a una acción reivindicatoria a no ser que el propietario tuviera urgente necesidad de la vivienda (art. 1749 del CC), mientras que si el título posesorio fuera el mero precario, el propietario tendría una facultad de reivindicación inmediata sobre el inmueble. El elemento que diferencia el contrato de comodato del precario es, según se desprende del art. 1750, el pacto sobre la duración de la cesión o sobre el uso al que había de destinarse la cosa prestada; no habiendo tal pacto, que debe ser probado por el que pretende ser comodatario, la cosa puede ser reivindicada por su propietario en cualquier momento. Esta última situación es la que da lugar al llamado contrato de precario o comodato precario, que se considera como una variedad del préstamo de uso, es decir, como un comodato con duración al arbitrio del comodante, por faltar la delimitación temporal o final del art. 1750 y no como una mera posesión tolerada o carente de título (6). En los supuestos en los que la cesión de la vivienda se realice por tiempo determinado, sin lugar a dudas, el título posesorio de la vivienda familiar, primero del matrimonio y después del cónyuge atributivo, es el comodato, pero en los casos, mucho más frecuentes, en los que la vivienda se ha cedido sin que se pacte una duración determinada, la calificación del título posesorio como dimanante de un contrato de comodato o simplemente como precario —o si se prefiere como comodato precario— dependerá de que se considere que el uso de vivienda familiar al que se destina el

(6) Vid. STS 22 de octubre de 1987. Sobre el comodato precario como un supuesto de posesión concedida sin pacto de término ni de destino preciso y determinado, incluido dentro de un concepto más amplio de precario en el que se engloba además, las hipótesis de posesión tolerada y posesión sin derecho o abusiva Vid. BELLO JANEIRO, D., *El contrato de precario*, op. cit., pág. 161 a 163; VIVAS TESÓN, I., *El contrato de comodato*, Valencia, 2002, pág. 39, nota al pie 50.

inmueble es un uso lo suficientemente preciso y determinado, a los efectos del art. 1750.

En este sentido, la STS de 2 de diciembre de 1992, desestimó una acción reivindicatoria de los propietarios de la vivienda familiar contra la ex nuera, adjudicataria del derecho de uso, por considerar que el motivo o causa de la cesión de la vivienda, habitarla los esposos con sus hijas en «*aras a prestar una ayuda económica al hijo en su matrimonio y a las nietas*», era un «*uso preciso y determinado que lo impregna de la característica esencial que diferencia al comodato del precario, pues aun cuando no se haya especificado el tiempo de su duración, éste viene circunscrito y determinado por esa necesidad familiar que no se ha negado en la demanda*» (7). Sin embargo, esta sentencia puede considerarse como un supuesto aislado en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo; ha prevalecido absolutamente la tendencia jurisprudencial que considera que el título en virtud del cual posee la vivienda por atribución gratuita del propietario, primero el matrimonio y posteriormente el cónyuge al que se le atribuya el derecho de uso, es el de precario y no el de comodato (STS de 21 de mayo de 1990 y de 31 de diciembre de 1994). Las sentencias de las AAPP ofrecen un buen ramillete de justificaciones de la calificación de este título posesorio como de precario: en primer lugar, se ha considerado que la cesión de un inmueble por el propietario para que sirva de vivienda familiar, no supone la cesión para un uso preciso y determinado en el sentido que a la expresión otorga el artículo 1750, sino únicamente la cesión para fin o destino genérico (8); en otras ocasiones se ha afirmado que el contrato de comodato solamente puede tener por objeto bienes muebles (9); finalmente, se ha llegado a afirmar que la realidad social, parámetro a tener en cuenta en la aplicación del derecho conforme al art. 3 del CC, lleva a la conclusión de que cuando los padres ceden el uso de la vivienda a la familia del hijo, lo hacen en principio, y salvo prueba en contra, especialmente en consideración a éste, de manera que cuando ha de salir de dicha vivienda por una sentencia

(7) Ha considerado como comodato esta relación jurídica también la SAP de Cádiz de 2 de febrero de 1995. La SAP de Granada de 12 de marzo de 1994, también desestimó la pretensión de la usufructuaria de la vivienda familiar de desalojo de su «ex nuera» a quien se le había atribuido el derecho de uso, pero no por considerar que la relación jurídica nacida de la cesión del uso de la usufructuaria al matrimonio, fuera la de comodato, sino por considerar que en el caso concreto, se daban una serie de circunstancias que permitían concluir que la usufructuaria ejercía abusivamente su derecho.

(8) SAP de Ávila de 16 de febrero de 1995; SAP de Girona de 14 de octubre de 1996; SAP de Córdoba de 16 de julio de 1996; SAP de Castellón de 14 de febrero de 2001; SAP de Sevilla de 2 de mayo de 2003.

(9) SAP de Valencia de 27 de marzo de 2003.

de separación, se rompe el presupuesto de hecho sobre el que se decidió ceder el uso (10).

III. EL DERECHO DEL TERCER PROPIETARIO DE LA VIVIENDA FAMILIAR A INTERVENIR EN EL PROCESO MATRIMONIAL

La propietaria de la vivienda conyugal y recurrente en amparo, mediante escrito, solicitó que se le permitiera intervenir en el procedimiento de separación matrimonial, seguido entre su hijo y su ex nuera, y se opuso a la ejecución del auto de medidas provisionales. Ambas pretensiones fueron desestimadas por el tribunal de instancia que resolvía el procedimiento de crisis matrimonial, siendo esta desestimación el objeto del recurso de amparo por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

El Tribunal Constitucional analiza la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva en relación a ambas pretensiones por separado:

Por lo que respecta a la negativa del derecho del tercer propietario a intervenir en el proceso de crisis matrimonial, considera que no ha habido vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. El derecho de quien no es parte inicial de un procedimiento a intervenir en el mismo dependerá de que tenga un interés directo y legítimo, como actualmente establece el art. 13 de la LEC 1/2000, que justifique que para él este procedimiento no sea, como en la generalidad de los casos, «res inter alios acta», es decir, que su resultado no le sea ajeno. Se entiende que un tercero tiene un interés legítimo para intervenir en un procedimiento, cuando la sentencia que se dicte en el mismo se erija en un hecho constitutivo, modificativo o extintivo de una relación jurídica de la que es titular (11). En este sentido, el propietario de un bien no tiene un interés legítimo a obtener un pronunciamiento declarativo de su derecho de propiedad en un procedimiento, simplemente porque éste tenga por objeto una relación jurídica conexas con dicho bien, a menos que en dicho procedimiento pueda constituirse, modificarse o extinguirse una relación jurídica que afecte a su derecho de propiedad, ya sea por cuestionar su misma existencia o por limitar sus facultades dominicales.

En este momento es de suma importancia la posición adoptada sobre la naturaleza del derecho de uso de la vivienda familiar. Si éste fue-

(10) SAP de Barcelona de 27 de febrero de 2004.

(11) DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., *Derecho Procesal Civil. El proceso de declaración*, (De la Oliva Santos, Diez-Picazo Giménez), Madrid, 2002, pág. 190.

ra un derecho constituido «ex novo» por la sentencia judicial dictada en el procedimiento de crisis matrimonial, con un contenido uniforme y autónomo del título por el que viniera ocupando el matrimonio la vivienda, que atribuyera a su titular unas facultades de las que no venía disfrutando el matrimonio, como puede ser la oponibilidad al propietario en caso de que se viniera poseyendo en concepto de precario, no cabe duda, que en la sentencia del procedimiento de crisis matrimonial, podría constituirse una relación jurídica nueva que afectase al derecho del tercer propietario y estaría perfectamente justificada su intervención en el procedimiento de crisis matrimonial. Sin embargo, la tesis del Tribunal Supremo, confirmada en esta sentencia por el Constitucional, es la de que la resolución judicial que atribuye el derecho de uso de la vivienda familiar a uno de los cónyuges no perjudica los derechos del tercer propietario que los podrá hacer valer en el procedimiento declarativo correspondiente frente a los esposos a fin de obtener la declaración sobre la existencia de sus derechos y la restitución de la finca: *«por lo que se refiere a las medidas que se adopten en relación con la vivienda familiar la decisión que en esta materia se establezca en el seno de proceso matrimonial, ya sea con carácter provisional (art. 103.2 del Código civil, CC) o definitivo (arts. 91 y 96 CC), se debe establecer atendiendo al interés familiar más digno de protección con el solo objeto de resolver los problemas que plantea la crisis matrimonial y, en principio, sólo vinculará a los cónyuges, sin prejuzgar, por consiguiente, los derechos de contenido patrimonial que un tercero pueda ostentar sobre el inmueble que sirve o ha servido de domicilio conyugal, ya que respecto de estos terceros la resolución que se dicte en el proceso matrimonial no produce los efectos de la cosa juzgada y tiene carácter de incidenter tantum»*. Por consiguiente, el propietario carece de interés legítimo para intervenir en el procedimiento de crisis matrimonial, porque en la sentencia que ponga fin al mismo no se constituirá un derecho de uso que suponga una limitación de sus facultades dominicales, que podrá ejercitar en el procedimiento que corresponda. Particularmente, si el propietario estimara que el título posesorio del matrimonio y, por lo tanto, del cónyuge tributario del derecho de uso fuera el de precario, podrá ejercitar la acción de desahucio. Antes de la promulgación de la nueva LEC, el juicio de desahucio se consideraba como un procedimiento sumario, y se declaraba que era cauce insuficiente para analizar cuestiones más complejas que la mera comprobación de la existencia de un título justificativo de la posesión, pese a ello, la discusión acerca de la existencia de un derecho de comodato a favor del cónyuge usuario, no podía considerarse una cuestión compleja, ya que precisamente, la esencia del juicio de desahucio era discutir sobre la existencia o no de

título que legitimara la posesión (12). Tras la entrada en vigor de la LEC 1/2000, no parece haber duda acerca de la idoneidad de la acción de desahucio del art. 250.2, que se sustanciará por el procedimiento verbal, en los casos de posesión meramente tolerada de la vivienda familiar por el matrimonio y posteriormente por el cónyuge usuario, ya que la nueva Ley, en su misma exposición de motivos, señala el carácter plenario del juicio verbal y de la acción de desahucio por precario que a través de él se puede ejercitar, de manera que se deben examinar en el juicio verbal todas las cuestiones que puedan afectar a la posesión del demandado, en orden a valorar si hay o no situación de precario (13).

En cuanto a la denegación del derecho del tercer propietario a oponerse al auto de ejecución de medidas provisionales, el Tribunal Constitucional, por el contrario, considera que sí se ha producido una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. La jurisprudencia constitucional viene afirmando que la actividad ejecutiva no puede dirigirse contra personas ajenas al fallo y que, por lo tanto, es una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva restringir la legitimación para intervenir en el proceso de ejecución exclusivamente a quienes hubieran sido parte litigante en el procedimiento declarativo. El derecho consagrado en el art. 24.1 CE habilita a quienes aleguen ostentar un derecho o interés legítimo que se vería afectado por los actos de ejecución para comparecer en el proceso de ejecución, aunque no fueran litigantes en el proceso principal (SSTC 1991/85 de 22 de abril, 1994/314 de 28 de noviembre, 1998/92 de 27 de abril, 2000/229 de 2 de octubre). En el supuesto de la sentencia comentada, la ejecución del auto de medidas provisionales, que ordena la realización de las obras necesarias para la división de la finca en dos viviendas, no comporta solamente la cesión del uso de la vivienda a uno de los cónyuges —cesión inocua, como hemos visto, para el propietario— sino, además, una alteración física o material del inmueble que es susceptible de producir efectos perjudiciales en el derecho de propiedad de la recurrente.

(12) Es cierto que en alguna ocasión se ha admitido por algunas sentencias de Audiencias Provinciales que la discusión acerca de la existencia de un título de comodato del cónyuge al que se le ha atribuido el derecho de uso sobre la vivienda familiar es una cuestión compleja, que no puede dilucidarse en un procedimiento de desahucio: SSAP de Barcelona de 23 de febrero de 1991, de Alicante de 26 de octubre de 1992, de León de 19 de abril de 1994, de La Coruña de 6 de abril de 1994. Sin embargo, ha prevalecido claramente la tesis contraria, de la procedencia del procedimiento de desahucio para resolver estos casos: SAP de Barcelona de 23 de febrero de 1991, SAP de Alicante de 21 de febrero de 1995, SAP de Girona de 24 de octubre de 1995, SAP de Ávila de 16 de febrero de 1995, SAP de Girona de 14 de octubre de 1996

(13) SAP de Barcelona de 27 de febrero de 2004.

te. Es decir, la parte recurrente tiene un interés legítimo para intervenir en el procedimiento de ejecución, por cuanto que la división material de la vivienda, al afectar a sus facultades dominicales, no puede hacerse sin su intervención.

A nuestro modo de ver, considerar que no existe un interés legítimo para intervenir en el procedimiento matrimonial, pero sí en el de ejecución de una medida adoptada en este procedimiento, supone incurrir en una contradicción: se niega el derecho a participar en el procedimiento declarativo, porque se carece de un interés legítimo —es decir, porque las resoluciones adoptadas en el mismo en ningún caso van a suponer la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica que afecte a los derechos del tercero— pero, sin embargo, el reconocimiento del derecho del tercero a intervenir en el procedimiento de ejecución, supone también reconocer que la resolución judicial que se ejecuta puede afectar al derecho de este tercero. Es decir, el recurrente no tiene un interés legítimo en intervenir en el procedimiento matrimonial porque las resoluciones adoptadas en el mismo, respecto del uso de la vivienda familiar de la que es propietario, no afectarán a su derecho de propiedad y, sin embargo, se le reconoce el derecho a intervenir en el procedimiento de ejecución de una resolución, el auto de medidas provisionales, adoptada en dicho procedimiento, precisamente porque la ejecución de este auto puede suponer una limitación de sus facultades dominicales. A nuestro entender, si se reconoce que la ejecución de una resolución judicial puede tener consecuencias perjudiciales para un tercero, que ha solicitado ser parte en el procedimiento declarativo, es porque las resoluciones de este procedimiento pueden afectar a derechos subjetivos previos de los que afirma ser titular y, por lo tanto, tiene un interés legítimo en intervenir en el mismo procedimiento declarativo.

La contradicción en la que incurre el Tribunal Constitucional, deriva de haber asumido como premisas para la decisión de este recurso dos argumentos jurisprudenciales, uno del Tribunal Supremo y otro del propio Tribunal Constitucional, sin reparar en las particularidades de este caso concreto:

— La primera premisa es que el propietario de la vivienda familiar no puede ser parte de un procedimiento matrimonial, puesto que la cesión del uso de la vivienda familiar no altera el título en virtud del cual estuviera poseyendo el matrimonio y, por lo tanto, no supone una limitación de sus derechos como propietario que puede ejercitar en el procedimiento declarativo que corresponda. Es cierto que la mera atribución del uso de la vivienda familiar no afecta al derecho de propie-

dad, pero en el procedimiento matrimonial se pueden adoptar otras decisiones sobre la vivienda familiar, como puede ser la realización de obras en la misma para hacer compatible un uso de ambos cónyuges que sí puede afectar al derecho de propiedad.

— La segunda premisa es que quien no ha sido parte en el procedimiento declarativo puede intervenir en el proceso de ejecución si la actividad ejecutiva puede afectar a algún derecho subjetivo del que es titular. Ciertamente, la jurisprudencia constitucional viene reconociendo que se puede no ser parte en un procedimiento declarativo y ser parte en el procedimiento de ejecución de las resoluciones adoptadas en el mismo, para lo cual se tuvo que reconocer, con un notable esfuerzo doctrinal, la autonomía del procedimiento de ejecución frente al declarativo (STC 4/1985 de 18 de enero), pero en todos los supuestos analizados de la Jurisprudencia Constitucional en los que se reconoce el derecho de un tercero ajeno al procedimiento principal a intervenir en el procedimiento de ejecución, éste solamente había solicitado intervenir en el procedimiento ejecutivo y no en el declarativo, pero en ningún caso, se había admitido previamente que tuviera legitimación para intervenir en un procedimiento ejecutivo un tercero a quien se le hubiera denegado la legitimación para intervenir en el procedimiento declarativo.

La decisión del Tribunal Constitucional en la sentencia aquí comentada es consecuencia de la combinación de ambas premisas: si el propietario de la vivienda familiar no tiene derecho a intervenir en el procedimiento matrimonial y un tercero sí tiene derecho a intervenir en el procedimiento de ejecución cuando la actividad ejecutiva pueda afectarle, se debe concluir que el tercer propietario de la vivienda familiar sólo puede ser parte en el proceso de ejecución. Este planteamiento olvida, por un lado, que el interés legítimo del propietario para intervenir en el procedimiento de crisis matrimonial no es el que se deriva de la mera cesión del uso de la vivienda a un tercero, sino de la realización de obras materiales sobre la misma y, por otra parte, que la Jurisprudencia Constitucional anterior ha reconocido al tercero el derecho a participar en el procedimiento de ejecución, partiendo del presupuesto de que no ha pretendido ser parte en el proceso de declaración.

Además, la legitimación del tercer propietario para intervenir sólo en el procedimiento de ejecución y no en el declarativo, puede producir efectos perniciosos en caso de que la sentencia fuera finalmente inejecutable por afectar a los derechos del propietario: el cónyuge atributivo del uso de la vivienda familiar se vería privado del mismo siendo así que el resto de medidas, en particular, la relativa a la pensión compensatoria, se habrían adoptado bajo el presupuesto de la atribución de

este uso, por lo que si la atribución del uso fuese una medida definitiva adoptada en la sentencia que pone fin al procedimiento, sería necesario abrir un nuevo procedimiento de modificación de medidas definitivas por cambio sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o adoptarlas (actual art. 775 LEC). Esta complicación procesal se evitaría si el derecho del tercer propietario a no verse afectado por una resolución judicial que además de atribuir el uso a uno de los cónyuges, comporta la realización de actos materiales sobre su propiedad que no puede realizarse sin su intervención, se hubiera atendido en el procedimiento declarativo y no en el de ejecución.

Conforme a lo anteriormente expuesto, nos parece que una adecuada protección del derecho a la tutela judicial efectiva implica que el propietario de la vivienda familiar pueda intervenir en el procedimiento de crisis matrimonial, cuando conforme a la determinación que las partes hacen del objeto del mismo, en la demanda o en la contestación, en relación a la atribución del uso de la vivienda como medida provisional o definitiva, en éste se pueda adoptar una resolución que, más allá de atribuir el uso a uno u otro de los cónyuges, comporte la realización de actos atinentes a las facultades de su derecho de propiedad, como puede ser la división material de la finca. Es más, consideramos que en este caso el derecho a la tutela judicial efectiva del tercer propietario exige que le sea notificada la pendencia de este procedimiento, como establece la actual Ley de Enjuiciamiento Civil en el art. 150 para los supuestos en que la sentencia pueda afectar a un tercero. Con la notificación, se eliminarían además los problemas anteriormente referidos relativos a la inejecutabilidad de la sentencia recaída en el procedimiento declarativo, puesto que el presupuesto para que el tercero pueda personarse en el procedimiento de ejecución es, según la Jurisprudencia Constitucional, que no hubiera tenido oportunidad de participar en el procedimiento principal.

IV. EL PRONUNCIAMIENTO DECLARATIVO DE UNA LESIÓN CONSTITUCIONAL

La sentencia comentada reconoce que se ha vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente, por cuanto se le debería haber permitido oponerse a la ejecución del auto de medidas provisionales, pero dada la especial naturaleza de las medidas provisionales, que son unos pronunciamientos dirigidos a regular la situación creada por la ruptura conyugal durante la pendencia del procedimiento matrimo-

nial, no es posible la reparación del derecho lesionado mediante la nulidad del Auto que las acordó y la retroacción de las actuaciones, puesto que la eficacia de las medidas provisionales se extingue cuando son sustituidas por las medidas definitivas que establezca la Sentencia dictada en el proceso o cuando se ponga fin al mismo de otro modo (arts. 106 CC y 773.5 LEC). El Auto de medidas provisionales quedó, por consiguiente, sin efecto con la Sentencia de 2 de junio de 2000 dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 6, de familia, de Sevilla, (autos 667/99) en la que se acordó mantener como medidas definitivas las medidas provisionales aprobadas en el Auto recurrido de 1 de diciembre de 1999. La ineficacia del Auto de medidas cautelares no implica, como pretendió la representativa del derecho de uso, que la demanda constitucional careciera de objeto, pues se ha producido una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente que obliga al otorgamiento del amparo solicitado. Ahora bien, el Tribunal Constitucional estima que, de conformidad con lo dispuesto en el art. 55.1 LOTC, la estimación del recurso debe quedar limitada al simple reconocimiento del derecho que la recurrente ostentaba para intervenir en la ejecución de las medidas provisionales acordadas por el Auto de 1 de diciembre de 1999, así como a la declaración de la nulidad de las providencias de 14 y 29 de febrero de 2000 en cuanto negaron la legitimación de la recurrente para intervenir en la referida ejecución, quedando con ese «pronunciamiento declarativo de la lesión constitucional» sufrida por la recurrente restablecido su derecho a la tutela judicial efectiva, sin que sean precisas otras medida. Como se observará, el pronunciamiento declarativo de la lesión constitucional deja las cosas tal y como estaban antes del procedimiento: el recurrente no tiene derecho a intervenir en el procedimiento declarativo y pese a tener derecho a intervenir en la ejecución del Auto de medidas cautelares, la retroacción de actuaciones ya no es posible, por cuanto que éstas han quedado sin efecto con la sentencia que dicta las medidas definitivas.

Cabe plantearse, entonces, si como sostiene el Tribunal Constitucional, con un pronunciamiento *declarativo* de la lesión del derecho a la tutela judicial efectiva, queda completamente restablecido este derecho, sin que sea precisa otra medida, o si, por el contrario, es posible otra forma de reparación, particularmente la indemnización por daños y perjuicios, de la lesión que sufre quien teniendo derecho a intervenir en un procedimiento, se ha visto privado indebidamente del mismo por una resolución judicial, sin que, dada la especial naturaleza del procedimiento en cuestión, sea posible el restablecimiento de su derecho mediante la retroacción de las actuaciones al momento procesal en el cual

solicitó su personación. En este sentido, el Tribunal Supremo ha reconocido en reiteradas ocasiones que la lesión del derecho a acceder a los tribunales y a obtener una resolución de los mismos, por negligencia profesional del abogado, ya sea por haber dejado prescribir una acción (14) o por omisión de los deberes de diligencia que se derivan de la «lex artis» (15), genera en el titular del derecho lesionado el derecho a obtener una indemnización. El daño que se indemniza, en estos supuestos, no es un lucro cesante equivalente al valor económico de la pretensión, puesto que no se pueden conocer «a priori» las posibilidades de éxito de la acción y, como se sabe, la doctrina sobre el lucro cesante exige que éste no derive de una mera expectativa de ganancia sino de una posibilidad objetiva que se derive del normal decurso de los acontecimientos. El daño que se indemniza es la pérdida de la «chance» o de la oportunidad, definida como la desaparición de la probabilidad de que acaezca un suceso favorable, en estos casos, una resolución judicial estimatoria (16). Se trata de un daño moral y actual que consiste en la frustración del derecho a obtener una resolución judicial, fuera estimatoria o no, y que, por lo tanto, se valora con independencia de las probabilidades de éxito de la pretensión, sin bien se exige que estas posibilidades de éxito no sean demasiado hipotéticas (17).

(14) STS de 14 de julio de 2003.

(15) STS de 14 de mayo de 1999, condenó al abogado por no haber informado de las posibilidades de defensa de una reclamación en el orden civil y la de STS de 8 de abril de 2003 por no haber propuesto en un procedimiento de impugnación de un expediente de justiprecio una prueba pericial contradictoria, que cumpliera los requisitos del art. 610 de la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, como exigía una doctrina jurisprudencial consolidada, sustituyéndola por un dictamen elaborado extrajudicialmente aportado por la vía documental, sin ningún tipo de valor en estos casos, en los que se trata de desvirtuar la presunción de acierto de los Jurados de Expropiación, como reiteraba dicha jurisprudencia.

(16) VICENTE DOMINGO, E., *Tratado de Responsabilidad Civil*, (AAVV Coordinado por Reglero Campos), Navarra, 2002, pág. 214.

(17) No creemos que este daño deba valorarse como un porcentaje de la ganancia dejada de obtener, correspondiente a las probabilidades de éxito de obtener una ganancia, porque ello supondría convertir este daño en una suerte de lucro cesante aminorado por las menores posibilidades de que la ganancia se haga efectiva, cuando la pérdida de la oportunidad y el lucro cesante, son daños de naturaleza distinta, moral y económica respectivamente, que reparan daños distintos: la frustración de una esperanza o de una ilusión de que ocurra un suceso favorable y la pérdida patrimonial de una ganancia que según en normal devenir de los acontecimientos se iba a producir.

No obstante se exige que las posibilidades de éxito no sean una mera quimera porque en otro caso no hay daño moral que indemnizar: no es un daño jurídicamente relevante la frustración de la posibilidad de obtener un resultado favorable que es imposible o extraordinariamente difícil que acaezca.

Por lo que respecta al título de imputación de la responsabilidad de la Administración de Justicia, ciertamente, en este caso, no se puede considerar que haya habido dolo o culpa o ignorancia inexcusable del juzgador por haber denegado el derecho a participar en el procedimiento de ejecución al tercer propietario, pero el título de imputación de la responsabilidad civil de la Administración de Justicia, el error judicial y sobre todo, el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (art. 121 de la CE y art. 292 de la LOPJ) es lo suficientemente amplio, como para dar cobertura no solamente a las resoluciones en las que el órgano jurisdiccional haya incurrido en dolo, culpa o error inexcusable —que serían determinantes de la responsabilidad personal del Juez o del Magistrado (art. 297 y 411 a 413 de la LOPJ)— sino a aquellos otros en los que quien tenía derecho a una obtener una resolución judicial se ha visto objetivamente privado de la misma, sin posibilidad de que el restablecimiento de la lesión, se efectúe mediante la retroacción de las actuaciones al momento en el que se ha visto injustamente privado de su derecho a la tutela judicial efectiva.

