

EDJ 2000/49723

Tribunal Supremo Sala 1ª, S 4-12-2000, nº 1103/2000, rec. 3181/1995
Pte: Romero Lorenzo, Antonio

Resumen

Acoge la Sala el recurso interpuesto por la usuaria de la vivienda demandada contra la sentencia que declaraba que el derecho de uso atribuido a la ahora recurrente no afectaba al actor. El TS acoge la posición de la recurrente por entender que el adquirente en subasta del inmueble objeto de litigio que venía ocupando la recurrente y sus hijos como vivienda familiar, conocía del carácter de vivienda familiar del inmueble subastado. A la vista de todas las circunstancias concurrentes procede llegar a la conclusión de que el adquirente sí era conocedor, por su relación de amistad con el esposo, de la existencia de ese proceso y de la atribución judicial de ese derecho de uso a favor de la recurrente. A partir de esta conclusión, ha de entenderse que el actor no ejercita de buena fe los derechos que podrían invocarse como consecuencia de la publicación de edictos anunciando la subasta pública de una finca que se calificaba como exenta de cargas, por lo cual no puede ampararse en la presunción de exactitud registral.

NORMATIVA ESTUDIADA

LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial
art.238.3
D de 8 febrero 1946. TR Ley Hipotecaria
art.1 , art.38
RD de 24 julio 1889. Código Civil
art.7 , art.96 , art.156 , art.162 , art.1320
RD de 3 febrero 1881. Año 1881. Ley de Enjuiciamiento Civil
art.1693 , art.1710.1

ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO	3
FUNDAMENTOS DE DERECHO	4
FALLO	8

CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

ANOTACIÓN PREVENTIVA
DE EMBARGO
Sobre bienes gananciales

EJECUCIÓN DE SENTENCIA
PROCEDIMIENTO DE APREMIO
Subasta judicial

MATRIMONIO
EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO
Atribución de la vivienda familiar
Cónyuge con la custodia de los hijos

PRINCIPIOS HIPOTECARIOS
EXACTITUD REGISTRAL

FICHA TÉCNICA

Procedimiento:Recurso de casación

Legislación

Aplica art.238 de LO 6/1985 de 1 julio 1985. Poder Judicial
Aplica art.1, art.38 de D de 8 febrero 1946. TR Ley Hipotecaria
Aplica art.7, art.96, art.156, art.162, art.1320 de RD de 24 julio 1889. Código Civil
Aplica art.1693, art.1710apa.1 de RD de 3 febrero 1881. Año 1881. Ley de Enjuiciamiento Civil
Cita art.24, art.39 de CE de 27 diciembre 1978. Constitución Española
Cita art.359, art.1687, art.1692, art.1710, art.1715 de RD de 3 febrero 1881. Año 1881. Ley de Enjuiciamiento Civil

Jurisprudencia

- Citada en el mismo sentido sobre ANOTACIÓN PREVENTIVA - DE EMBARGO - Efectos por SAP Alicante de 4 noviembre 2003 (J2003/256588)
- Citada en el mismo sentido sobre INCONGRUENCIA - CONCEPTO Y ALCANCE - Sentencia congruente por SAP Madrid de 28 septiembre 2004 (J2004/231203)
- Citada en el mismo sentido por SAP Málaga de 15 diciembre 2004 (J2004/265826)
- Citada en el mismo sentido por SAP Valencia de 17 enero 2005 (J2005/10769)
- Citada en el mismo sentido sobre PROCESO CIVIL - RECURSOS - Casación - Interdicción de cuestiones nuevas por STS Sala 1ª de 21 septiembre 2005 (J2005/144792)
- Citada en el mismo sentido sobre DERECHO DE USO Y HABITACIÓN por SAP Pontevedra de 25 noviembre 2005 (J2005/229412)
- Citada en el mismo sentido por SAP Barcelona de 8 marzo 2005 (J2005/50813)
- Citada en el mismo sentido por STS Sala 1ª de 7 junio 2005 (J2005/90165)
- Citada en el mismo sentido sobre PROCESO CIVIL - RECURSOS - Casación - Interdicción de cuestiones nuevas por STS Sala 1ª de 21 junio 2005 (J2005/96615)
- Citada en el mismo sentido sobre LITISCONSORCIO - PASIVO NECESARIO - Cauce impugnatorio en casación por STS Sala 1ª de 4 septiembre 2006 (J2006/269901)
- Citada en el mismo sentido sobre APLICACIÓN DE LAS NORMAS JURÍDICAS - NORMAS IMPERATIVAS Y NORMAS DISPOSITIVAS por SAP Valencia de 30 octubre 2006 (J2006/425872)
- Citada en el mismo sentido por STS Sala 1ª de 19 julio 2007 (J2007/104518)
- Citada en el mismo sentido por STS Sala 1ª de 6 marzo 2007 (J2007/13396)
- Citada en el mismo sentido sobre ARRENDAMIENTOS URBANOS - CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO - Juicio de desahucio - Precario - Supuestos diversos por SAP Barcelona de 13 junio 2007 (J2007/153551)
- Citada en el mismo sentido por SAP Navarra de 20 junio 2007 (J2007/172028)
- Citada en el mismo sentido sobre INCONGRUENCIA - CONCEPTO Y ALCANCE - En general por SAP Madrid de 27 marzo 2007 (J2007/225370)
- Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 4 diciembre 2007 (J2007/325848)
- Citada en el mismo sentido por SAP Madrid de 31 enero 2007 (J2007/52213)
- Citada en el mismo sentido sobre ANOTACIÓN PREVENTIVA - DE EMBARGO - Efectos por STS Sala 1ª de 14 junio 2007 (J2007/70088)
- Citada en el mismo sentido sobre ARRENDAMIENTOS URBANOS - CUESTIONES DE PROCEDIMIENTO - Juicio de desahucio - Precario - Prueba por SAP Málaga de 17 abril 2008 (J2008/126202)
- Citada en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Atribución de la vivienda familiar - Cónyuge más necesitado por SAP Barcelona de 30 septiembre 2009 (J2009/278552)
- Citada en el mismo sentido por SAP Valencia de 30 septiembre 2009 (J2009/298867)
- Citada en el mismo sentido sobre PRECARIO - OTROS SUPUESTOS por STS Sala 1ª de 18 enero 2010 (J2010/14195)
- Citada en el mismo sentido por SAP Valencia de 17 junio 2010 (J2010/176036)
- Citada en el mismo sentido por SAP Valencia de 20 julio 2010 (J2010/248443)
- Citada en el mismo sentido sobre PROCESO CIVIL - RECURSOS - Apelación - Ámbito del recurso - Planteamiento de cuestión nueva, PROCESO CIVIL - RECURSOS - Apelación - Ámbito del recurso - Hechos nuevos por SAP Valencia de 29 septiembre 2011 (J2011/277833)
- Citada en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Atribución de la vivienda familiar - Supuestos diversos por SAP Toledo de 28 noviembre 2011 (J2011/290465)
- Citada en el mismo sentido sobre ANOTACIÓN PREVENTIVA - DE EMBARGO - Efectos por SAP Barcelona de 14 enero 2011 (J2011/33829)
- Citada en el mismo sentido sobre MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Atribución de la vivienda familiar - Cónyuge con la custodia de los hijos por SAP Castellón de 1 marzo 2012 (J2012/129443)
- Citada en el mismo sentido sobre FUENTES DEL DERECHO - JURISPRUDENCIA - Del Tribunal Supremo, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Atribución de la vivienda familiar - Casos de división de la vivienda o su uso entre los cónyuges por STS Sala 1ª de 27 febrero 2012 (J2012/24609)
- Citada en el mismo sentido sobre COMUNIDAD DE BIENES - COPROPIEDAD O CONDOMINIO - Extinción y efectos, MATRIMONIO - EFECTOS COMUNES A SEPARACIÓN Y DIVORCIO - Atribución de la vivienda familiar - Supuestos diversos por SAP Lleida de 4 diciembre 2012 (J2012/329287)
- Citada en el mismo sentido sobre COMUNIDAD DE BIENES - COPROPIEDAD O CONDOMINIO - División de la cosa común - Práctica y modos, FUENTES DEL DERECHO - JURISPRUDENCIA - Del Tribunal Supremo por SAP Asturias de 20 abril 2012 (J2012/79761)
- Citada en el mismo sentido sobre COMUNIDAD DE BIENES - COPROPIEDAD O CONDOMINIO - Supuestos diversos, COMUNIDAD DE BIENES - COPROPIEDAD O CONDOMINIO - División de la cosa común - En general por STS Sala 1ª de 5 febrero 2013 (J2013/6549)
- Cita STS Sala 1ª de 6 abril 1996 (J1996/2119)
- Cita STS Sala 1ª de 14 julio 1994 (J1994/11842)

Cita STS Sala 1ª de 22 marzo 1994 (J1994/2619)
Cita STS Sala 1ª de 20 mayo 1993 (J1993/4782)
Cita STS Sala 1ª de 22 diciembre 1992 (J1992/12741)
Cita STS Sala 1ª de 11 diciembre 1992 (J1992/12250)
Cita STS Sala 1ª de 12 diciembre 1988 (J1988/9724)

Bibliografía

Comentada en "4 de Diciembre de 2000: Anotación de embargo. Derecho de uso de la vivienda familiar. Mala fe del adquirente de ésta en subasta judicial"

Comentada en "Oponibilidad al adquirente judicial de una cuota del derecho de uso de la vivienda familiar inscrito con posterioridad a la anotación preventiva de embargo: Comentario a la STS de 4 diciembre 2000."

Comentada en "Vivienda familiar. Problemática en el derecho de uso y la liquidación de la sociedad de gananciales II"

Citada en "Compraventa en el proceso judicial, de inmueble vendido anteriormente en escritura pública no registrada. ¿Puede la realidad registral o la extra registral?. Foro abierto"

Citada en "Consecuencias de la falta de uso de la vivienda atribuida en separación o divorcio y disponibilidad del otro cónyuge para cederla en arrendamiento"

Citada en "Casuística de los tribunales sobre el precario. Respuesta de los Tribunales"

Citada en "El precario en las relaciones familiares"

En la Villa de Madrid, a cuatro de Diciembre de dos mil.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, el presente recurso de casación, contra la sentencia dictada en grado de apelación, por la Audiencia Provincial de Huesca, como consecuencia de autos de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, seguidos ante el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Jaca, sobre indivisión de cosa común y venta en pública subasta de bienes; cuyo recurso ha sido interpuesto por Dª María Luisa, representada por la Procuradora Dª María Luisa Montero Correal; siendo parte recurrida D. Juan José, representado por el Procurador de los Tribunales D. Juan Antonio García San Miguel y Orueta.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- 1.- La Procuradora Dª María Cruz Labarta Fanlo, en nombre y representación de D. Juan José, formuló ante el Juzgado de Primera Instancia número Uno de Jaca, demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía, contra Dª María Luisa, sobre indivisión de cosa común y venta en pública subasta de bienes; tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, terminó suplicando en su día se dicte sentencia por la que se declare:

A) Que la finca descrita en el hecho primero de esta demanda, pertenece proindiviso al actor y demandada, por mitades e iguales partes.

B) Se declare la nulidad del gravamen de derecho de uso a favor de la demandada del chalet descrito, cancelando las anotaciones registrales que del mismo puedan existir.

C) Que se declare que la referida finca es totalmente indivisible.

D) Que siendo indivisible la referida finca urbana, se proceda a la venta de la misma en pública subasta, procediéndose a su valoración y venta al mejor postor, señalándose en su día el anuncio de la subasta, en los términos legales, obligando a los demandados a formalizar la escritura pública de adjudicación o venta o se otorgue de oficio por el Juzgado, repartiendo el dinero obtenido en la proporción que a cada uno le corresponda, con renuncia al usufructo, que en su caso le pudiese corresponder.

E) Se impongan las costas a la demandada si se opusiere".

2.- Admitida a trámite la demanda, compareció el Procurador D. Angel López Navarro, en nombre y representación de Dª María Luisa quien contestó a la misma, oponiéndose, en base a los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente, y terminó suplicando en su día se dicte sentencia por la que: "se desestime lo solicitado en la demanda con imposición de las costas a la parte demandante".

3.- Recibido el pleito a prueba, se practicó la que propuesta por las partes fue declarada pertinente y figura en las respectivas piezas separadas. Unidas a los autos las pruebas practicadas, se entregaron los mismos a las partes para conclusiones.

4.- El Ilmo. Sr. Juez del Juzgado de Primera Instancia número Uno de Jaca, dictó sentencia en fecha veintiuno de febrero de mil novecientos noventa y cuatro, cuyo fallo es el siguiente: "Estimo parcialmente la demanda formulada por la Procuradora SRA. LABARTA en nombre y representación de D. Juan José, contra Dª María Luisa y en su virtud procédase a la venta en pública subasta de la finca descrita en el hecho primero de esta resolución, repartiéndose el precio, una vez verificada la venta entre actor y demandada por mitades e iguales partes, y manténgase a dicha demandada en el derecho de uso de la totalidad de la vivienda. Todo ello sin hacer expresa imposición de costas a ninguna de las partes".

SEGUNDO.- Contra dicha sentencia se interpuso, por ambos litigantes, recurso de apelación que fue admitido y, sustanciada la alzada, la Audiencia Provincial de Huesca, dictó sentencia en fecha veinticinco de mayo de mil novecientos noventa y cinco, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Que estimando en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Juan José y desestimando el interpuesto por la de D^a María Luisa, contra la Sentencia dictada el día veintiuno de febrero de mil novecientos noventa y cuatro por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Jaca, en los autos anteriormente circunstanciados, debemos revocar y revocamos la sentencia de instancia para declarar que el derecho de uso atribuido a la demandada no afecta al actor, cancelando las anotaciones registrales que de este derecho se hubieran podido efectuar, sin hacer pronunciamiento de las costas debidas a su recurso e imponiendo a la demandada recurrente las causadas por su apelación en esta alzada".

TERCERO.- 1.- Por la Procuradora D^a María Luisa Montero Correal, en nombre y representación de D^a María Luisa, se formalizó recurso de casación que fundó en los siguientes motivos:

Primero.- Fundado en el núm. 5, art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 1881/1. Se acusa de infracción de la doctrina jurisprudencial sobre el uso del domicilio conyugal otorgado en sentencia de separación matrimonial, contenida en las sentencias de 11 de Diciembre de 1.992 EDJ 1992/12250, 20 de Mayo de 1.993 EDJ 1993/4782, 22 de Diciembre de 1.992 EDJ 1992/12741 y 14 de Julio de 1.994 EDJ 1994/11842.

Segundo.- Fundado en el art. 1.692-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 1881/1. Se acusa de quebrantamiento del art. 96 del Código Civil EDL 1889/1, en relación con el art. 39 de la Constitución Española EDL 1978/3879.

Tercero.- El fundado en el núm. 3 del art. 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 1881/1. Se acusa al quebrantamiento a las formas esenciales del juicio con infracción del art. 359 de dicha Ley EDL 1881/1 como norma reguladora de la sentencia, que al no ser modulada en la recurrida, produjo a la indefensión a la parte actora, por infracción también del art. 24 de la Constitución Española EDL 1978/3879 y jurisprudencia que en el curso del motivo se citará.

Cuarto.- Se basa en el art. 1.692.3º de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 1881/1. Por quebrantamiento del art. 238-3º de la L.O.P.J. EDL 1985/8754 y la doctrina jurisprudencial, en cuanto a la falta de litis consorcio pasivo necesario, por no haber sido demandados los hijos, parte en el proceso según sentencias.

2.- Admitido el recurso y evacuado el traslado conferido para impugnación, el Procurador D. Juan Antonio García San Miguel y Orueta, en representación de la parte recurrida D. Juan José, presentó escrito con oposición al mismo.

3.- No habiendo solicitado las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo, el día 16 de Noviembre del año en curso, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. ANTONIO ROMERO LORENZO.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Para una mejor comprensión de la controversia a que el presente recurso se refiere, han de ser tenidos en cuenta los siguientes datos:

A) La recurrente, D^a Luisa y su esposo, D. Javier compartían la propiedad de una casa y del terreno que la rodeaba. Como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal de los interesados, y en virtud de escritura pública de 28 de Agosto de 1986, dicha finca estaba inscrita por mitades indivisas a favor de uno y otro cónyuge.

En causa criminal seguida contra D. Javier por impago de pensión alimenticia, le fue embargada la mitad indivisa que de dicha casa y terreno le correspondía para hacer frente a sus responsabilidades civiles, lo que fue notificado a su esposa por correo certificado con acuse de recibo en 21 de Mayo y 23 de Agosto de 1991, habiéndose llevado a cabo de anotación de dicho embargo en el Registro de la Propiedad con fecha 28 de Noviembre del mismo año.

Acordada la venta en pública subasta del bien objeto de traba, se señalaron al efecto las fechas de 11 de Enero, 8 de Febrero y 8 de Marzo de 1993, publicándose el pertinente anuncio en el Boletín Oficial de la Provincia de Huesca de 8 de Agosto de 1992 y en el del Estado del día 11 del mismo mes y año, así como por edictos en el tablón de anuncios del Juzgado de Jaca.

B) Habiendo quedado desiertas las dos primeras subastas, los bienes fueron adjudicados en la tercera a D. Juan José por el precio de tasación que ascendía a 10.000.000 pts. El auto de aprobación del remate a su favor se dictó con fecha 7 de Abril de 1993.

C) La recurrente sostenía proceso de separación judicial con su marido D. Javier, en el que recayó finalmente sentencia de la Audiencia Provincial el 26 de Enero de 1993 que reconocía a D. Juan José el derecho de uso de la que había sido vivienda familiar, es decir de la casa adjudicada por mitades indivisas a cada uno de los cónyuges y que en cuanto a la porción correspondiente al marido había sido objeto del embargo a que se ha hecho alusión. Dicha sentencia accedió al Registro de la Propiedad el 16 de Marzo de 1993.

D) Con fecha 4 de Octubre del mismo año D. Juan José formuló demanda contra D^a M^a Luisa, alegando que había concurrido a la subasta de buena fé, desconociendo la existencia de la separación matrimonial de los titulares del bien que era objeto de la misma y con base únicamente en cuanto resultaba de los datos publicados en el Boletín Oficial de la Provincia, en la propia causa criminal y

en el Registro de la Propiedad, por lo que se consideraba titular de la mitad indivisa de la finca subastada, respecto a la cual no existía constancia de que se hallase sujeta a gravamen.

En consecuencia, solicitaba la declaración de su titularidad y de la nulidad del derecho de uso concedido a la demandada, con cancelación de la anotación registral relativa a dicha carga. Además interesaba que, dado el carácter indivisible de la finca, se procediese a su subasta y al reparto entre los copropietarios del precio obtenido.

E) El Juzgado de Jaca estimó parcialmente la referida demanda, acordando la venta en pública subasta de la finca y el reparto entre los litigantes del precio obtenido, a la vez que mantenía a D^a M^a Luisa en el derecho de uso de la totalidad de la vivienda.

La sentencia fue recurrida por ambas partes y la Audiencia Provincial estimando en parte el recurso de D. Juan José y desestimando el de D^a M^a Luisa declaró que el derecho de uso atribuido a ésta última no afectaba al actor, debiendo cancelarse las inscripciones registrales que de dicho derecho se hubieran podido efectuar.

SEGUNDO.- Frente a esta sentencia interpone recurso D^a M^a Luisa, que fundamenta en cuatro motivos, los cuales serán analizados a continuación.

No obstante, con carácter previo ha de hacerse una referencia, por su posible trascendencia, a la denuncia que se formula por la representación de D. Juan José en el escrito de impugnación del recurso, alusiva a la inadmisibilidad de este último en función de la cuantía litigiosa.

Se alega, en efecto, que la misma no alcanza los 6.000.000 de pts. por cuanto no se discute en casación el valor del bien objeto de subasta, sino únicamente la procedencia o no del derecho de uso de la vivienda por la recurrente, por lo que lo único que ha de tenerse en cuenta es ese derecho de uso y no la totalidad de la vivienda o su valor en subasta.

La supuesta causa de inadmisión, que se dice tiene su encaje en el art. 1710,1-4º de la LEC EDL 1881/1 ha de ser rechazada. Debe recordarse, al efecto, que cuando el art. 1687 de la Ley Procesal EDL 1881/1 se refiere a la cuantía, como módulo para determinar la procedencia del recurso de casación, no está aludiendo a la cuantía del propio recurso, sino a la del juicio en el que se ha dictado la sentencia definitiva cuya casación se solicita. Es, por tanto, indiferente que ésta alcance a todas o solamente a parte de las cuestiones que en dicho juicio han sido objeto de debate.

Por otra parte ha sido el propio D. Juan José quien en el Fundamento de Derecho Tercero de su demanda señaló que el procedimiento a seguir era el de juicio de menor cuantía precisamente en razón a que la valoración del inmueble en la subasta celebrada era de diez millones de pesetas.

TERCERO.- El estudio de los motivos de casación ha de comenzar por el cuarto y último de ellos, precisamente, también, por su naturaleza y posible trascendencia.

Se denuncia en él, con base en el número 3º del art. 1692 LEC EDL 1881/1, la infracción del art. 238.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial EDL 1985/8754 y de la doctrina jurisprudencial, por no haber sido apreciada de oficio la existencia de litisconsorcio pasivo necesario respecto a los hijos del matrimonio. Estos no han sido demandados, siendo así que les alcanzan los efectos de la sentencia, al ser titulares del derecho de uso, igual que el cónyuge al que se le otorga, pues esta concesión obedece al interés más necesitado de protección, que es el de los propios hijos. Se señala que por la minoría de edad de los mismos, su representación corresponde al Ministerio Fiscal, quien debería haberse personado a tal fin en el procedimiento. Dado que esto no ha sucedido, se afirma que se ha producido una notable indefensión de los derechos de los menores que determina la declaración de oficio de nulidad de actuaciones.

Ciertamente, según el art. 96 del Código Civil EDL 1889/1, en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. El art. 1320 del mismo cuerpo legal EDL 1889/1 establece, sin embargo, que para disponer de los derechos sobre la vivienda habitual se requerirá (solamente) el consentimiento de ambos cónyuges.

Ha de significarse, que esta alusión a los derechos de los hijos menores que se realiza por la recurrente no había sido formulada por la misma con anterioridad, ni al contestar la demanda, ni al interponer recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

Nos hallamos, por tanto, ante un supuesto especialmente contemplado por el art. 1693 LEC EDL 1881/1 que dispone que las infracciones de las garantías procesales que produzcan indefensión requieren que la subsanación de la falta haya sido pedida en la instancia en que se hubiere cometido y que, de haberlo sido en la primera instancia, se reproduzca la petición en la segunda.

A su vez, el art. 1710.1.2º in fine EDL 1881/1, determina la inadmisión del recurso cuando siendo necesario haber pedido la subsanación de la falta no hubiere en los autos constancia de haberse hecho.

En definitiva, la recurrente trata de introducir extemporáneamente una cuestión nueva, a través de la tardía denuncia de la que califica de infracción procesal supuestamente generadora de indefensión, de la que no había hecho mención en ninguna de las instancias.

CUARTO.- Debe recordarse, por otra parte, que la representación legal de los hijos menores corresponde no al Ministerio Fiscal, sino a los padres que ostenten la patria potestad, según establece el art. 162 del Código Civil EDL 1889/1, sin que pueda entenderse que en el asunto que era objeto del litigio, promovido por un tercero, existiese conflicto de intereses entre padres e hijos y mucho menos entre la madre contra la que se dirigía la demanda y sus hijos menores.

A su vez, el art. 156 EDL 1889/1 no solo declara la validez de los actos que en ejercicio de la patria potestad (y, por tanto, en representación legal de los hijos sometidos a la misma) realice uno sólo de los progenitores conforme al uso social y a las circunstancias, sino que añade (párrafo quinto) que si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel de ellos con quien el hijo conviva.

Siendo inherente la representación legal al ejercicio de la patria potestad, no cabe dudar que en el proceso del que el presente recurso dimana, los hijos menores del matrimonio Javier-M^a Luisa se hallaban debidamente representados, dado que, según se afirma por la representación de la recurrente en el antecedente segundo de su escrito de formalización del recurso de casación, la misma se hallaba separada de hecho de su marido desde el año 1988 y había interpuesto demanda de separación en 1991 ante el Juzgado de Primera Instancia de Jaca. Procede, por todo lo expuesto, desestimar el correspondiente motivo del recurso.

QUINTO.- El primero de los restantes motivos invocados, se dice fundado en el número 5 del art. 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 1881/1 , referencia que tras la reforma operada en 1992, debe considerarse trasladada al número 4 de dicho precepto EDL 1881/1 . Se denuncia la infracción de la doctrina Jurisprudencial proclamada por diversas resoluciones de esta Sala en relación con el uso del domicilio conyugal atribuido en sentencia de separación matrimonial.

La primera de las sentencias a que se refiere la recurrente de 11 de Diciembre de 1992 EDJ 1992/12250 , afirma, en síntesis, que el uso de la vivienda familiar atribuido judicialmente al cónyuge no propietario es un derecho oponible a terceros, que, como tal, debe tener acceso al Registro de la Propiedad, constituyendo una carga que pesa sobre el inmueble con independencia de quienes sean sus posteriores titulares. Por ello, en determinadas condiciones la atribución judicial se erige en título legítimo, justificativo de la ocupación incluso frente a propietarios que traigan causa del cónyuge primitivo.

Sin embargo, el supuesto contemplado por dicha resolución es sustancialmente diferente del que es objeto del presente juicio.

De una parte, porque la titularidad dominical de la vivienda familiar se había transferido a un tercero después de haber sido atribuido su uso al cónyuge no propietario.

En segundo término, porque no podía ampararse dicho tercero en la presunción de buena fé que invocaba, por cuanto, ante la presencia de un proceso de nulidad matrimonial, el marido de la recurrente había hecho donación de la vivienda a la hija tenida en su primer matrimonio y poco después de conocerse que el auto de medidas provisionales atribuía el uso y disfrute de la misma a la segunda esposa, aquella donataria, representada por su padre, había llevado a cabo la venta del piso, a otra persona por precio reducido y con facilidades de pago.

A su vez, la sentencia de 20 de Mayo de 1993 EDJ 1993/4782 corrige la incongruencia de la sentencia de la Audiencia Provincial que era objeto de recurso, por cuanto en ella no sólo se resolvía sobre la propiedad de la vivienda familiar (que era lo realmente discutido) sino que se anulaba además el derecho de uso y habitación que sobre la misma había sido atribuido a uno de los cónyuges por sentencia firme recaída en autos de separación conyugal, anulación que no había sido solicitada en la demanda.

En este contexto en el que debe considerarse el alcance de la declaración que se formula respecto a la compatibilidad de la atribución de la propiedad de la vivienda con la anterior asignación a uno de los cónyuges del derecho al uso de la misma.

Algo análogo ha de decirse de la sentencia de 14 de Julio de 1994 EDJ 1994/11842 , pues se refiere a un supuesto en que se ejercita por el marido la acción de división de la vivienda familiar que pertenecía por mitad a ambos cónyuges, si bien precedentemente había sido concedido el uso de la misma a la esposa y a los hijos comunes por sentencia dictada en causa de separación matrimonial.

La Sala mantiene la procedencia de la división del piso común que establecía, la sentencia impugnada, si bien dispone que ello ha de ser sin perjuicio del derecho de la esposa a su uso, derecho que ha de quedar debidamente garantizado, cualquiera que sea el resultado de la ejecución de la sentencia recurrida, que solamente en este particular es revocada.

En parecidos términos y respecto a un caso semejante se pronuncia la sentencia de 22 de Diciembre de 1992 EDJ 1992/12741 , parcialmente reproducida en el escrito de formalización del recurso.

SEXTO.- Como ya hemos anticipado, el tema del presente litigio posee características notablemente diferentes.

Así, hay un embargo ordenado en causa criminal que recae sobre la mitad indivisa que al marido de la recurrente corresponde sobre la casa que constituye la vivienda familiar y terreno que la rodea. En el Registro de la Propiedad, en las fechas en que el embargo se lleva a cabo y en que la traba es objeto de anotación preventiva no consta gravamen alguno sobre dicho inmueble.

Tampoco había sido pronunciada todavía la sentencia que en grado de apelación puso fin al proceso de separación matrimonial que D^a M^a Luisa sostenía con su esposo, la cual se dictó muy posteriormente.

Entre tanto por la autoridad judicial se acordó y anunció la celebración de subasta haciéndose constar en los edictos publicados que la propiedad que había de ser objeto de la misma se hallaba exenta de cualquier gravamen, lo que coincidía con la situación real de la mencionada vivienda.

Es en momento posterior a la celebración de la primera subasta, que resultó desierta, cuando la Audiencia Provincial concede el uso de aquella a la esposa, pero esta atribución no llega a tener constancia registral hasta varios días después de que en la tercera de las subastas previstas se hubiese adjudicado la finca a D. Juan José por el precio de tasación de la misma (10.000.000 de pts.).

Ha de tenerse en cuenta, ante tal planteamiento, la presunción de exactitud registral contenida en el art. 38.1 de la Ley Hipotecaria EDL 1946/59 , a cuyo tenor, se presume a todos los efectos que los derechos reales inscritos en el Registro de la Propiedad (en este caso, el dominio del marido de la recurrente sobre la mitad indivisa de una determinada finca) existen y pertenecen a su titular en la forma determinada por el asiento respectivo. Y éste, según el art. 1.3º de la misma Ley EDL 1946/59 , se halla bajo la salvaguardia de los Tribunales y produce todos sus efectos en tanto no sea declarada su inexactitud.

En el caso que nos ocupa no se ha producido una declaración de este tipo, sino que, con posterioridad al embargo de la mitad indivisa de la finca en cuestión se constituyó judicialmente un derecho de uso sobre la totalidad del inmueble a favor de la propietaria de la otra mitad.

Tal eventualidad resulta subsumible en el párrafo 5º del art. 38 de la Ley Hipotecaria EDL 1946/59 que precisamente regula los supuestos en que los bienes sobre los que ha sido anotado un embargo pasen a poder de un tercer poseedor. Según se ha declarado en otras ocasiones por esta Sala (sentencias de 6 de Abril de 1996 EDJ 1996/2119 , de 22 de Marzo de 1994 EDJ 1994/2619 y de 12 de Diciembre de 1988 EDJ 1988/9724 , que cita muchas otras) la norma establecida en el precepto mencionado determina que cualquier derecho nacido con posterioridad a la anotación de embargo resulta afectado por la misma, en el sentido de que al garantizado por dicha anotación se otorga rango preferente sobre los actos dispositivos celebrados y sobre los créditos contraídos con posterioridad a la fecha en que la misma se ha practicado.

SEPTIMO.- Expuesto cuanto antecede, se hace preciso, no obstante, recordar la norma del art. 7º del Código Civil EDL 1889/1 respecto al necesario ejercicio de buena fé de los derechos y a la proscripción tanto del abuso como del ejercicio antisocial de los mismos.

La recurrente en el motivo que es objeto de estudio insiste en la falta de buena fé en la actuación de D. Juan José, por la amistad que mantiene con el marido de Dª Mª Luisa. Es de notar que en la declaración testifical, que ha prestado en autos Javier admitió inicialmente (2ª pregunta) que era amigo íntimo de D. Juan José, si bien a repreguntas matizó que eran simplemente amigos, sin llegar a ser íntimos.

Añade el recurso que en razón de esa amistad, D. Juan José tenía que saber las vicisitudes de la separación de D. Javier y esposa y que ésta ocupaba con sus hijos la vivienda familiar, desde hacía 17 años.

De la prueba practicada se desprende, como se significó en la sentencia de primera instancia (aunque en el Fundamento Jurídico Cuarto de la misma se consigna que todo ello está insuficientemente acreditado evidentemente nos hallamos ante un error material y quiere decirse todo lo contrario, como se deduce del contexto) que la amistad a que nos hemos referido determinaba que D. Juan José tuviera conocimiento del indicado carácter de vivienda familiar que concurría en la finca afectada por la subasta.

El hijo de la recurrente ha manifestado haber estado muchas veces con su padre y con D. Juan José y el hijo de éste tanto en el domicilio del uno como en el del otro. El tenor de la repregunta que al respecto le fue formulada, está evidenciando que la representación de D. Juan José admitía la realidad de los hechos manifestados, pues sólo trataba de matizar que todo ello había sucedido pocas veces y con el exclusivo fin de que los hijos estuviesen entretenidos, lo que ha sido negado por el testigo.

A partir de esta relación y frecuente trato entre las personas a que nos referimos se explica el que no puede por menos de calificarse como extraño interés de D. Juan José en adquirir la mitad indivisa de una finca, en un punto en el que no vive, ni desarrolla su actividad profesional, aunque lo frecuente.

También cabe colegir que si en la subasta no ofreció el demandante una cantidad reducida, como era posible, por celebrarse la misma sin sujeción a tipo, sino que interesó la adjudicación por importe de la tasación (10.000.000 de pts.) ello pudo obedecer a dos finalidades concurrentes:

a) Evitar el retracto de la propietaria de la otra mitad indivisa.

b) En cualquier caso -con o sin retracto- conseguir que la enajenación resultase económicamente favorable para D. Javier, ya que la cantidad que éste realmente tenía pendiente en la causa criminal en la que el embargo se había practicado no superaba las 500.000 pts. por lo que debería serle entregada la cantidad sobrante.

A la vista de todas las circunstancias concurrentes procede llegar a la conclusión de que si D. Juan José no actuó con absoluta mala fé, en el sentido de querer perjudicar a Dª Mª Luisa, dejando -de acuerdo con el esposo de la misma- vacío de contenido el derecho de uso que a la recurrente había asignado la Audiencia Provincial en la sentencia que pocos días antes había puesto fin a la causa de separación matrimonial en que aquella era parte, si, al menos, era conoedor, por su relación de amistad con Javier, de la existencia de ese proceso y de la atribución, judicial de aquel derecho, pues no se encuentra otra explicación a su repentina decisión de acudir a la 3ª subasta cuando ya había sido concedido el uso de la vivienda familiar y ofrecer, sin embargo, la cantidad en que se había valorado el bien en fecha en que todavía carecía de gravamen.

A partir de esta conclusión, ha de entenderse que D. Juan José no ejercita de buena fé los derechos que -como anteriormente se ha expuesto- podrían invocarse como consecuencia de la publicación de edictos anunciando la subasta pública de una finca que se calificaba como exenta de cargas, por lo cual no puede ampararse en la presunción de exactitud registral que, de otro modo, evitaría que la adquisición que había realizado resultase afectada por la concesión a la recurrente del derecho de uso de la vivienda.

Por todo ello, debe ser acogido el presente motivo del recurso, lo que releva del estudio de los restantes.

OCTAVO.- A tenor de lo prevenido en el art. 1715.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil EDL 1881/1 , no procede formular especial declaración en cuanto a las costas de las instancias ni respecto a las del presente recurso.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLO

Que estimando el recurso de casación interpuesto por la representación de D^a María Luisa contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huesca el veinticinco de Mayo de mil novecientos noventa y cinco conociendo en apelación los autos de menor cuantía número 264/93 del Juzgado de Primera Instancia número Uno de Jaca, casamos y anulamos la misma, y confirmando la dictada por el referido Juzgado el veintiuno de Febrero de mil novecientos noventa y cuatro, con parcial estimación de la demanda formulada por la Procuradora Sra. Labarta en representación de D. Juan José, contra D^a María Luisa, declaramos que siendo indivisible la finca urbana descrita en el hecho primero de la demanda deberá procederse a la venta en pública subasta de la misma, repartiéndose el precio obtenido entre actor y demandada por iguales partes y manteniendo a D^a M^a Luisa en el derecho de uso de la totalidad de la vivienda.

No se hace especial imposición de las costas de las instancias ni de las del presente recurso.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente de esta sentencia, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCION LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Román García Varela.- Jesús Corbal Fernández.- Antonio Romero Lorenzo. Rubricados.

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Antonio Romero Lorenzo, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.