|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 136/2020 |
| Fecha | de 16 de noviembre de 2020 |
| Sala | Sala Primera |
| Magistrados | Don Juan José González Rivas, don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García, don Alfredo Montoya Melgar, don Cándido Conde-Pumpido Tourón y doña María Luisa Balaguer Callejón. |
| Núm. de registro | 4319-2019 |
| Asunto | Recurso de amparo 4319-2019 |
| Fallo | 1º Denegar la suspensión cautelar solicitada del procedimiento de ejecución hipotecaria núm. 318-2015 seguido en el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Zaragoza.2º Ordenar la anotación preventiva de la demanda de amparo en el registro de la propiedad, a cuyo efecto el referido juzgado ha de expedir el mandamiento oportuno, para que pueda practicarse la misma en relación con el inmueble a que se refieren las presentes actuaciones. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Por escrito registrado en este tribunal el día 10 de julio de 2019, doña María Pilar Moreno Monroy, representada por la procuradora de los tribunales doña Amalia Ruiz García, y asistida por el letrado don Cristian Monclús Escó, interpuso recurso de amparo contra el auto de 24 de mayo de 2019, dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Zaragoza, en el procedimiento de ejecución hipotecaria núm. 318-2015, que desestimó el incidente de nulidad promovido por la demandante.

2. Los hechos relevantes que se desprenden de la demanda de amparo y de las actuaciones que la acompañan, son los siguientes:

a) Mediante escrito de fecha 22 de septiembre la entidad mercantil Catalunya Banc, S.A., presentó demanda de ejecución hipotecaria contra doña María Pilar Moreno Monroy y otro, como deudores hipotecarios en relación con el préstamo con garantía hipotecaria, elevado a escritura pública el 10 de junio de 2005. El motivo de la demanda era el impago de los recibos correspondientes a los intereses y amortización de capital relativos al referido crédito, desde la cuota correspondiente al mes de abril de 2015. De conformidad con la cláusula rescisoria prevista en la indicada escritura [cláusula sexta bis, letra d)], manifestaba que daba por vencido de forma anticipada el préstamo, reclamando la cantidad de 101 915,27 €, a que ascendía la deuda a fecha de 11 de agosto de 2015. Dicha demanda correspondió al Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Zaragoza, que la tramitó con el núm. 318-2015.

b) Por auto de 5 de octubre de 2015, el juzgado despachó ejecución frente a los prestatarios por el indicando importe, en concepto de principal e intereses ordinarios y moratorios vencidos, más otros 20 300 € que se fijaban provisionalmente para intereses que pudieran devengarse y las costas.

c) La recurrente, mediante escrito de 6 de noviembre de 2018, solicitó la suspensión de la ejecución y del lanzamiento señalado, argumentando que el Tribunal Supremo había planteado al Tribunal de Justicia de la Unión Europea una cuestión prejudicial relacionada con la cláusula de vencimiento anticipado que se encontraba pendiente de resolución. Por providencia de 21 de noviembre de 2018 se decidió que “no procede acordar la suspensión solicitada” dado que “ya se ha producido la consumación de la ejecución y no cabe revisar el contrato a los efectos de la existencia de cláusulas abusivas”.

d) El 23 de marzo de 2019 la recurrente formuló incidente de nulidad de actuaciones invocando la STC 31/2019, de 28 de febrero, al considerar que se había producido una vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en relación con el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.1 y 3 CE), del derecho de acceso a la vivienda digna (art. 47 CE) y de la primacía del derecho comunitario (arts. 10.2 y 96 CE). Exponía que en el presente procedimiento no se había seguido la interpretación de la Directiva 93/2013 realizada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 26 de enero de 2017 pues no se había entrado a analizar la posible nulidad de la cláusula contractual de vencimiento anticipado que era objeto del incidente de nulidad.

e) Antes de resolver el incidente de nulidad de actuaciones, mediante providencia de fecha 7 de mayo de 2019, se concedió un plazo de cinco días a las partes para realizar alegaciones respecto al contenido de lo establecido en la STJUE de 26 de marzo de 2019 con respecto a la posibilidad de aplicación subsidiaria de lo establecido en el artículo 693.2 Ley de enjuiciamiento civil (LEC). La recurrente presentó escrito el 14 de mayo de 2019 instando a que se resolviese el incidente de nulidad de las actuaciones interpuesto.

f) Por auto de 24 de mayo de 2019, se rechazó la nulidad de actuaciones pretendida por la parte recurrente, y se acordó continuar el procedimiento. En la fundamentación el auto se remitía a una resolución aparte en la que se daría respuesta a la posible abusividad de la cláusula, argumentando literalmente que “se plantea por la parte solicitante, que ante la falta de pronunciamiento por parte de este juzgado respecto de la posible abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado, y aun encontrándonos ante un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que se ha consumado la ejecución, el derecho de la unión nos obliga a pronunciarnos sobre las misma, entendiendo que dar respuesta a lo dicho se realizará en resolución aparte, ya que a fecha de 21 de enero de 2019 se dio respuesta en providencia que pasó a ser firme” [sic].

g) Posteriormente se dictó una providencia, de fecha 7 de junio de 2019, por la que el órgano judicial se remitía a lo resuelto en la “providencia firme de 21 de enero de 2019, en la que se acordaba la imposibilidad de entrar de oficio a revisar la existencia de cláusulas abusivas (vencimiento anticipado), dado que en los presentes autos ya se ha producido la consumación de la ejecución restando solamente la puesta a disposición de la vivienda. Procede, ya que la sentencia de 19-3-19 TJUE nada aclara sobe el particular, seguir adelante con el procedimiento y su debida culminación”.

h) La recurrente, mediante escrito de 14 de junio de 2019, interpuso recurso de reposición contra la anterior providencia, en la que se consideraba infringido el deber de motivación (conforme a lo dispuesto en el art. 208.1 LEC), el art. 83 del texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias y los arts. 3.1 y 5 de la Directiva 93/2013, así como la doctrina de la STC 31/2019, por la que el deber de revisar el carácter abusivo de las cláusulas contractuales existe hasta que el inmueble se ponga en posesión del adquirente. Dicho recurso fue finalmente desestimado por auto de 26 de junio de 2019.

3. La recurrente invoca la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE), en su vertiente del derecho de acceso a la justicia y a la motivación de las resoluciones judiciales, en relación con el principio de interdicción de la arbitrariedad (arts. 9.1 y 3 CE), el derecho a una vivienda digna (art. 47 CE), el principio de primacía del derecho comunitario (arts.10.2 y 96.1 CE).

Considera que el origen de la violación se encuentra en que el juzgador en ningún momento previo al proceso se pronunció sobre la abusividad de la cláusula de vencimiento anticipado presente en la escritura de hipoteca objeto del proceso ejecutivo. No consta en ningún apartado del auto despachando la ejecución que se haya producido ese examen de oficio, pues el mismo nada dice. La única mención que al respecto se produce es ya en el momento de dar respuesta a la solicitud de nulidad de las actuaciones, señalando el órgano judicial que se dio respuesta en la providencia de 21 de enero de 2019 por la cual se afirma que no cabe revisar el contrato a los efectos de la existencia de cláusulas abusivas debido a que ya se ha producido la consumación de la ejecución.

Se indica en la demanda que la vulneración conlleva asimismo la inobservancia de lo dispuesto en los artículos 10.2 y 96.1 de nuestra Carta Magna al no respetar la primacía del derecho comunitario pues resuelve omitiendo su aplicación. En concreto, el actuar del órgano judicial, a juicio de la recurrente, es contrario a la interpretación de la Directiva 93/13 efectuada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en la sentencia de 26 de enero de 2017, (asunto Banco Primus, S.A., y Jesús Gutiérrez García). En dicha sentencia se establece la obligación por parte del juzgador de entrar a valorar ex oficio de la existencia de cláusulas abusivas, así como a no aplicar en ningún caso la cláusula de vencimiento anticipado cuando considere que es abusiva. Esta doctrina es compartida por nuestro derecho nacional con base en lo dispuesto en las SSTC 145/2012, de 2 de julio; 232/2015, de 5 de noviembre; 13/2017, de 30 de enero, 75/2017, de 19 de junio, y la reciente 31/2019, de 28 de febrero.

Termina solicitando que se declare la nulidad de todo lo actuado desde el dictado del auto de fecha 24 de mayo de 2019 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Zaragoza, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior al dictado del mismo, para que el órgano judicial resuelva si, con todos los datos que obran en la causa, se dan las circunstancias para decidir que las cláusulas son abusivas y, una vez depuradas las mismas, estimar si es procedente continuar la ejecución y en qué términos.

Mediante otrosí digo, “interesa la suspensión de la ejecución del lanzamiento previsto para el día 22 de noviembre de 2019” ya que, de no producirse la misma, el amparo perdería su finalidad constitucional, pues la no suspensión del lanzamiento conllevaría que, llegada la fecha, la recurrente y su hija menor tengan que abandonar su vivienda, lo que les dejaría en una situación de desamparo y especial vulnerabilidad difícilmente reparable en caso de ser estimado el amparo en un futuro. Refiere, por otra parte que la suspensión de la ejecución del acto o resolución recurrida no produce daño grave alguno a los derechos de terceros puesto que la parte ejecutante ha permanecido tres años y medio aproximadamente desde que se dictó el despacho de la ejecución sin entrar en la posesión del inmueble, circunstancia que no le ha ocasionado perjuicio alguno al tratarse de una entidad financiera con sobrado potencial económico, por lo que no cabe esperar que por demorar el lanzamiento, si es que al final se estima, le ocasione daño alguno.

4. Con posterioridad a la presentación de la demanda de amparo, en concreto mediante escrito de 20 de noviembre de 2019, la recurrente se dirigió al Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Zaragoza y solicitó la suspensión del lanzamiento. El órgano judicial, atendió la solicitud mediante providencia de 22 de noviembre de 2019 y acordó la suspensión del lanzamiento, indicando que “si bien conforme a lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), la interposición del recurso de amparo no tiene efectos suspensivos, a la vista del objeto del recurso y con el fin de evitar un perjuicio al recurrente que pudiera hacer perder al amparo su finalidad, y siendo que el ejecutante no es una persona física al que la suspensión podría causarle una grave perturbación en los derechos y libertades fundamentales, se acuerda la suspensión de dicho lanzamiento”.

5. Mediante sendas providencias de 21 de septiembre de 2020, la Sala Primera de este Tribunal acordó admitir a trámite el recurso de amparo apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC) porque el órgano judicial pudiera haber incurrido en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina de este Tribunal y el asunto suscitado trasciende del caso concreto porque plantea una cuestión jurídica de relevante y general repercusión social o económica [STC 155/2009, FJ 2, f y g)], y dirigir comunicación al órgano judicial interviniente, a fin de que en el plazo que no exceda de diez días remita certificación o fotocopia adverada de las actuaciones correspondientes al procedimiento de ejecución hipotecaria núm. 318-2015, y que proceda a emplazar a quienes hubieran sido parte en el proceso del que trae causa el presente recurso, excepto la parte recurrente en amparo, para que en plazo de diez días puedan comparecer, si lo desean.

Asimismo, la Sala dispuso formar pieza separada para la tramitación del incidente de suspensión y, conforme a lo dispuesto en el art. 56 LOTC, concedió un plazo común de tres días a la parte recurrente y al Ministerio Fiscal, para que alegaran lo que estimasen pertinente sobre dicha suspensión.

6. El 28 de septiembre de 2020 la recurrente presentó escrito de alegaciones en el que refería que si bien el órgano judicial había acordado la suspensión del lanzamiento fijado para la fecha de 22 de noviembre de 2019, podría señalar una nueva fecha de lanzamiento que ocasionaría los perjuicios irreparables ya indicados en el recurso de amparo, privando al amparo su finalidad.

7. El Ministerio Fiscal, en escrito registrado el día 7 de octubre de 2020, interesa la suspensión cautelar del lanzamiento de la finca adjudicada y la anotación de la demanda de amparo en el registro de la propiedad.

Tras sintetizar la doctrina de este tribunal respecto de la suspensión cautelar en supuestos similares en esta ocasión, considera que, en el presente caso, la petición de suspensión del procedimiento ejecutivo no parece afectar a toda su tramitación, sino a la medida de lanzamiento del domicilio familiar, cuya ejecución conllevaría un perjuicio irreparable, pues al tratarse de la vivienda familiar, se vería afectado un bien de indudable valor constitucional como es el derecho a una vivienda digna. Sostiene que la suspensión es compatible con la posibilidad de acordar de oficio —pese a que la recurrente no la haya solicitado— la anotación preventiva de la demanda (AATC 95/2015, de 25 de mayo, FJ 4, y 50/2020, de 15 de junio), medida que considera más eficaz para conseguir el efecto protector deseado por la recurrente, al evitar que un hipotético tercer adquirente quede protegido por la fe pública en su adquisición.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. El objeto de esta pieza de suspensión consiste en determinar la procedencia o no de la solicitud de suspensión cautelar de la ejecución del lanzamiento señalada para el 22 de noviembre de 2019. La demandante reconoce que el lanzamiento se dejó sin efecto por el órgano judicial, pero mantiene la petición de suspensión frente a un eventual lanzamiento que pudiera señalarse, y que le podría originar perjuicios de imposible o muy difícil reparación, tanto a la recurrente como a su hija que se verían privadas del uso de la vivienda. El Ministerio Fiscal compartiendo las razones de la recurrente ha solicitado la concesión de la suspensión solicitada por esta, añadiendo a la misma que se practique anotación preventiva de la demanda de amparo en el registro de la propiedad.

2. El art. 56.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), en la redacción dada por Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, dispone que “cuando la ejecución del acto o sentencia impugnados produzca un perjuicio al recurrente que pudiera hacer perder al amparo su finalidad, la Sala, o la Sección en el supuesto del artículo 52.2, de oficio o a instancia del recurrente, podrá disponer la suspensión, total o parcial, de sus efectos, siempre y cuando la suspensión no ocasione perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona”. Por esta razón, la pretensión cautelar analizada se configura como una medida de carácter excepcional y de aplicación restrictiva (por todos, AATC 117/2015, de 6 de julio, FJ 1; 59/2017, de 24 de abril, FJ 1, y 177/2019, de 16 de diciembre, FJ 2).

Adicionalmente, este tribunal viene exigiendo a quien solicita la adopción de la medida cautelar de suspensión del acto o resolución judicial recurrido que alegue, pruebe o justifique, ofreciendo un principio razonable de prueba, lo irreparable o la dificultad de la reparación de los perjuicios de seguirse la ejecución del acto impugnado, y ello, con el objeto de mostrar que la ejecución del acto recurrido puede privar a la demanda de amparo de su finalidad, provocando que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío y convirtiendo en meramente ilusorio y nominal el amparo [AATC 51/1989, de 30 de enero; 290/1995, de 23 de octubre; 370/1996, de 16 de diciembre; 283/1999, de 29 de noviembre; 90/2014, de 27 de marzo, FJ 1; 190/2015, de 5 de noviembre, FJ 2 a); 59/2017, de 24 de abril, FJ 1; 147/2017, de 13 de noviembre, FJ 1, y 177/2019, de 16 de diciembre, FJ 2]. Ahora bien, “el perjuicio irreparable debe ser real, sin que sea posible alegar un perjuicio futuro o hipotético o un simple temor” (ATC 250/2013, de 4 de noviembre, FJ 1).

3. La aplicación de la doctrina de la que se ha hecho mención al caso aquí planteado permite concluir que resulta procedente acordar la anotación preventiva de la demanda en el registro de la propiedad, descartando la suspensión de un eventual, futuro e incierto lanzamiento.

Dicha decisión se sustenta en que la parte recurrente se limita a poner de manifiesto que el eventual, futuro, hipotético o posible lanzamiento que el órgano judicial pudiera acordar le causaría perjuicios. Tal y como se ha expuesto y pone de manifiesto la recurrente en sus alegaciones, el lanzamiento previsto para el 22 de noviembre de 2019 cuya suspensión se solicitó en la demanda de amparo, se dejó sin efecto por el órgano judicial, mediante providencia dictada ese mismo día. En dicha providencia se razonaba que si bien “la interposición del recurso de amparo no tiene efectos suspensivos, a la vista del objeto del recurso y con el fin de evitar un perjuicio al recurrente que pudiera hacer perder al amparo su finalidad, y siendo que el ejecutante no es una persona física al que la suspensión podría causarle una grave perturbación en los derechos y libertades fundamentales, se acuerda la suspensión de dicho lanzamiento”. La decisión del órgano judicial de acordar la suspensión del lanzamiento, unida al razonamiento por la que la misma se concede, permiten descartar la existencia de un perjuicio real e inmediato, no siendo posible sustentar la medida cautelar en un mero temor, que a la vista de la argumentación contenida en la providencia indicada, carece de justificación alguna.

Por el contrario, el tribunal entiende, de acuerdo con el Ministerio Fiscal, que las circunstancias que presenta el supuesto sometido a consideración llevan a estimar la procedencia de acordar, de modo alternativo, la medida cautelar de anotación preventiva de la demanda de amparo en el registro de la propiedad, en cuanto se reputa medida idónea para evitar el perjuicio derivado de que la adquisición del bien por tercero de buena fe lo haga irreivindicable.

Esta misma ha sido la solución acogida, entre otros, en los AATC 106/2017, de 17 de julio; 88/2018, de 17 de septiembre y 2/2019, de 9 de enero.

Cabe recordar que se trata de una medida cautelar que este tribunal, de conformidad con el art. 56 LOTC, puede adoptar de oficio o a instancia de parte, con fundamento en el art. 42.1 de la Ley hipotecaria (AATC 274/2002, de 18 de diciembre; 257/2003, de 14 de julio; 230/2007, de 7 de mayo, FJ 3; 415/2007, de 5 de noviembre, FJ 4, y 28/2009, de 26 de enero, FJ 2), y que, de acuerdo con el ATC 95/2015, FJ 4, “una de cuyas finalidades es que el registro de la propiedad sea fiel trasunto de la realidad jurídica —en este caso, la pendencia del presente proceso constitucional— y, por ende, un eficaz instrumento de seguridad jurídica (ATC 18/2012, de 30 de enero, FJ 4. En la misma línea, AATC 282/2014, de 17 de noviembre, FJ 5; 29/2015, de 16 de febrero, FFJJ 3 y 4; 50/2015, de 2 de marzo, FJ 4, y 59/2015, de 16 de marzo, FJ 3)”. Nuestra decisión en esta materia, al ordenar que se practique la anotación preventiva, remite al órgano judicial la práctica de las actuaciones pertinentes para que pueda llevarse a efecto la medida, de conformidad con la legislación procesal e hipotecaria (AATC 257/2003, de 14 de julio; 406/2003, de 15 de diciembre; 230/2007, de 7 de mayo, FJ 3; 415/2007, de 5 de noviembre, FJ 4, y 217/2012, de 26 de noviembre, FJ 2).

4. Los razonamientos anteriores, de conformidad con la doctrina expuesta, y sin prejuzgar la decisión de fondo del recurso, conducen a denegar la suspensión solicitada, y, alternativamente, a ordenar la anotación preventiva de la demanda de amparo en el registro de la propiedad.

Por lo expuesto, la Sala

ACUERDA

1º Denegar la suspensión cautelar solicitada del procedimiento de ejecución hipotecaria núm. 318-2015 seguido en el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Zaragoza.

2º Ordenar la anotación preventiva de la demanda de amparo en el registro de la propiedad, a cuyo efecto el referido juzgado ha de expedir el mandamiento oportuno, para que pueda practicarse la misma en relación con el inmueble a que se refieren las presentes actuaciones.

Madrid, a dieciséis de noviembre de dos mil veinte.