|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 74/2019 |
| Fecha | de 15 de julio de 2019 |
| Sala | Sala Segunda |
| Magistrados | Doña Encarnación Roca Trías, don Fernando Valdés Dal-Ré, don Juan Antonio Xiol Ríos, don Pedro José González-Trevijano Sánchez, don Antonio Narváez Rodríguez y don Ricardo Enríquez Sancho. |
| Núm. de registro | 5319-2018 |
| Asunto | Recurso de amparo 5319-2018 |
| Fallo | 1º Denegar la suspensión cautelar solicitada del procedimiento de ejecución hipotecaria núm. 345-2017 seguido en el Juzgado de Primera Instancia núm. 32 de Madrid.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. Con fecha 11 de octubre de 2018, tuvo entrada en el registro general de este Tribunal Constitucional un escrito de la procuradora doña María de los Llanos Ferrando Galdón, en representación de la mercantil Gesnarros Churral, S.L., por el que interpuso recurso de amparo contra la providencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 32 de Madrid, de fecha 10 de septiembre de 2018, dictada en el procedimiento de ejecución hipotecaria 345-2017, inadmitiendo a trámite la interposición de la nulidad de actuaciones planteado por la actora.

1. Los hechos relevantes para la resolución de esta pieza de suspensión, son los siguientes:

a) Ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 32 de Madrid se sigue proceso de ejecución hipotecaria núm. 345-2017, a instancia de Kutxabank, S.A., contra la mercantil demandante de amparo Gesnarros Churral, S.L.

b) El título objeto de ejecución se corresponde con la escritura pública de préstamo con garantía hipotecaria otorgada por Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Córdoba (Cajasur) y la sociedad Gesnarros Churral, S.L., el día 4 de diciembre de 2006, que fue novada con fecha de 30 de noviembre de 2012 y afianzada en ambos casos de manera solidaria por la administradora de la sociedad deudora doña Ana María Alonso Laguna y por doña Isabel López Alonso y doña Ana López Alonso.

c) Con anterioridad a su interposición se intentaron las notificaciones del saldo deudor mediante el envío de sendos burofaxes el 15 de septiembre de 2017 tanto a la sociedad prestamista en su sede social de la calle Ponferrada núm. 12 de Madrid, como a dos de las fiadoras en el mismo domicilio y, a la tercera, en la calle Pinos Baja núm. 62 de Madrid, domicilios designados en ambas escrituras públicas. Los burofaxes fueron devueltos al emisor al resultar desconocidos sus destinatarios en los domicilios designados.

d) Con fecha de 14 de noviembre de 2017, el órgano judicial dictó auto despachando ejecución acordando, entre otros pronunciamientos, la notificación a la sociedad deudora y a las fiadoras.

e) El requerimiento de pago y la notificación a la sociedad resultó infructuosa recogiéndose, en la diligencia intentada el 15 de diciembre de 2017, las manifestaciones del portero de la finca en las que afirmaba que “hace muchísimos años que se ausentaron de esta dirección”; lo mismo sucedió con los intentos de notificación a las dos fiadoras en sus respectivos domicilios.

f) Consultado el punto neutro judicial, se confirma que el único domicilio social de la demandada se corresponde con el de la calle Ponferrada núm. 12 de Madrid, lo que motiva la decisión de practicar el requerimiento de pago y notificación por edictos acordado por diligencia de ordenación de 19 de diciembre de 2017.

g) Por decreto de 2 de abril de 2018 se acuerda la convocatoria de la subasta y, firme este, por diligencia de ordenación de 27 de abril se dispone la publicación de los edictos en el portal de subastas de la Agencia Estatal del Boletín Oficial del Estado.

h) Con fecha 25 de junio de 2018 comparece en la Secretaría del órgano judicial el nuevo administrador de la sociedad, aportando copia de la elevación a público del acuerdo de cese y nombramiento de administrador único en escritura de 12 de febrero de 2018 y otorga poder apud acta, de modo que el siguiente 27 de julio de 2018 la sociedad demandada promueve incidente de nulidad de actuaciones que fundamenta en los siguientes motivos: (i) la existencia de indicios de que el domicilio social declarado no se correspondía con el domicilio real y que tal domicilio (el real coincidente con el de la finca objeto de ejecución) era conocido por la entidad ejecutante, pues allí recibió dos comunicaciones para dar cumplimiento a la normativa sobre titularidad real y para informar sobre planes de pensiones; (ii) la indefensión asociada a esta falta de notificación en el domicilio real, lo que avala en la cita e invocación de múltiples resoluciones del Tribunal Constitucional (SSTC 122/2013, de 20 de septiembre; 126/2014, de 21 de julio; 169/2014, de 22 de octubre; 30/2014, de 24 de octubre, o 6/2017, de 16 de enero) y añade, como último motivo, (iii) el carácter de consumidor de la sociedad lo que justifica en el destino de vivienda habitual de sus administradores sucesivos, que fundamenta en la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de septiembre de 2015 y en resoluciones diversas de audiencias provinciales, así como del Tribunal Supremo.

i) El incidente excepcional de nulidad de actuaciones fue inadmitido por providencia de 10 de septiembre de 2018, al entender el órgano judicial que “el presente procedimiento de ejecución hipotecaria ni está concluido ni nada ha impedido a la sociedad deudora formular oposición a la ejecución o recurrir cualquiera de las resoluciones dictadas desde el 19 de noviembre (sic) de 2017 fecha en la que fue válidamente notificada del despacho de ejecución por edictos, notificación por edictos que se realizó como último recurso y agotadas la posibilidades de practicar la diligencia en el domicilio de la sociedad deudora.

Concretamente se intentó por dos veces la notificación inicial en el domicilio social de Gesnarros Churral, S.L., que lo hizo constar tanto en la escritura pública del préstamo hipotecario de 4 de diciembre de 2006 como en la de novación posterior de 30 de noviembre de 2012. Posteriormente el 19 de diciembre de 2017 se intentó averiguar otros posibles domicilios de la sociedad deudora mediante consulta de las bases de datos asociadas al punto neutro judicial (AEAT, Catastro, DGT y TGSS), sin que aparecieren. Dicha notificación por edictos es válida y acorde con la doctrina expresada por el Tribunal Constitucional en sentencias 135/2014, de 8 de septiembre; 137/2014, de 8 de septiembre; 150/2016, de 19 de septiembre; 200/2016, de 28 de noviembre, y 106/2017, de 18 de septiembre.

No obstante lo anterior, en la misma resolución se acotan y puntualizan los siguientes extremos: (i) solo las personas físicas pueden tener vivienda familiar, (ii) el hecho de que el administrador de la sociedad deudora y su familia tengan su residencia en la finca hipotecada no permite entender que la finca hipotecada sea un segundo domicilio de la sociedad deudora, (iii) la manifestación sobre que el ejecutante conoce que la sociedad deudora tiene su domicilio en la finca hipotecada tiene apoyo exclusivo en las manifestaciones de la sociedad deudora y contradice lo manifestado por la representante de la sociedad deudora en las escrituras de préstamo hipotecario de 4 de diciembre de 2006 y en la de novación de 30 de noviembre de 2012 y, (iv), la sociedad deudora prima facie no puede invocar la aplicación de normativa de defensa de consumidores y usuarios ni está legitimada para formular oposición por la presencia de cláusulas abusivas en el título de ejecución al amparo de la causa de oposición cuarta del apartado primero del art. 695 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC).

2. La entidad recurrente alega que la resolución judicial impugnada causa la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) y a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE), al haberse efectuado su emplazamiento en el procedimiento hipotecario a través de edictos, pese a constar en autos un domicilio alternativo, tal y como resulta de la propia consulta domiciliaria efectuada por el punto neutro judicial. Añade que el juzgado tampoco efectuó otras labores de averiguación alternativas tendentes a conocer el verdadero domicilio de la mercantil actora, ni siquiera comunicando el proceso en el domicilio de la finca hipotecada. Además, advierte que la providencia recurrida incurre en un error importante, pues demuestra que la misma ha sido dictada sin que el juez haya cotejado la consulta domiciliaria incluida en autos, pues no se puede explicar de otro modo el hecho de que no advirtiera a simple vista que en dicha consulta aparece como domicilio perfectamente visible aquel sito en la calle Voluntarios Catalanes, 68, 1º A (además del domicilio en la calle Ponferrada, 12, único en el que se practicaron los intentos de notificación). Finaliza advirtiendo que la vulneración del art. 24 CE tiene como precedente la previa vulneración de las reglas procesales esenciales de notificación al demandado, previstas genéricamente en los art. 155, 156, 158 y 161 LEC, y, particularmente, para los casos de ejecución, en los arts. 553 y 686 LEC. A su juicio, la vulneración denunciada reviste un carácter cualificado, pues, por un lado, la negligencia del juzgado ha sido determinante para que no haya concurrido en el procedimiento de ejecución hipotecaria que se seguía contra ella ni, por tanto, ejercer sus derechos de defensa, y, por otro, se trata de un procedimiento de ejecución hipotecaria en el que el activo en juego es la vivienda habitual en la que residen el administrador de Gesnarros Churral, S.L., que padece una enfermedad grave, y su familia.

En consecuencia, se solicita que este Tribunal Constitucional, con estimación del amparo, acuerde la nulidad de la providencia de 10 de septiembre de 2018 que inadmitió a trámite el incidente de nulidad, así como de cuantas actuaciones se hayan realizado en el seno del procedimiento de ejecución hipotecaria 345-2017, seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 32 de Madrid, al no haberse respetado las garantías exigibles y ordene reponer las actuaciones al momento previo al requerimiento de pago de mi representado o, en su caso, al traslado del escrito de demanda, para que se despache la ejecución en legal forma.

Por medio de un “segundo otrosí digo”, se solicita (i) la suspensión de todos los efectos y actuaciones derivados del procedimiento de ejecución hipotecaria 345-2017 seguido ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 32 de Madrid, y en particular la adjudicación de la vivienda que es objeto del mismo a la parte ejecutante, así como, (ii) la anotación preventiva del presente recurso de amparo en el correspondiente registro de la propiedad, pues entre otros razonamientos, a fecha de presentarse al demanda de amparo se ha cerrado la subasta y se ha solicitado por parte de la ejecutante Kutxabank, S.A., la adjudicación del inmueble, habiéndose procedido a la tasación de costas e intereses. Habida cuenta de lo anterior, y de demorarse la resolución del presente recurso, entiende más que probable que se emita el correspondiente título de adjudicación de la parte actora y se establezcan medidas para el desalojo, lo que generaría un perjuicio difícilmente reversible, máxime si se tiene en consideración que en dicho inmueble residen, el administrador de la mercantil ejecutada y su familia.

3. La Sala Segunda, Sección Tercera, de este Tribunal Constitucional, dictó providencia el 18 de junio de 2019 del siguiente tenor:

“La Sección Tercera ha examinado el recurso de amparo y ha acordado admitirlo a trámite, apreciando que concurre en el mismo una especial trascendencia constitucional (art. 50.1 LOTC) como consecuencia de que el órgano judicial pudiera haber incurrido en una negativa manifiesta del deber de acatamiento de la doctrina de este Tribunal [STC 155/2009, FJ 2 f)].

Por ello, constando ya en el recurso testimonio del procedimiento de ejecución hipotecaria núm. 345-2017 y en aplicación de lo dispuesto en el art. 51 LOTC, diríjase atenta comunicación al Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 32 de Madrid a fin de que, en plazo que no exceda de diez días, emplace, para que en el plazo de diez días puedan comparecer, si lo desean, en el recurso de amparo a quienes hubieran sido parte en el procedimiento, excepto la parte recurrente en amparo. De conformidad con la solicitud de la parte actora, fórmese la correspondiente pieza separada de suspensión”.

4. El fiscal ante este Tribunal Constitucional formalizó su escrito de alegaciones en esta pieza el 5 de julio de 2019, interesando que adoptemos únicamente la medida de anotación preventiva de la demanda de amparo.

Tras hacer cita del art. 56.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC) y reproducir la jurisprudencia constitucional en torno a la excepcionalidad de la suspensión de los procedimientos, recuerda que, a mayores, el demandante de amparo debe probar la existencia de un perjuicio irreparable, para poder acordarse la suspensión de los actos impugnados en amparo, lo que en este caso, no aparece fundamentado por la propia recurrente que se limita a la mera petición sin explicitar ninguna razón salvo la mera pérdida de finalidad del recurso en el caso de que llegara a adjudicarse el inmueble a la entidad ejecutante. Para el Ministerio Fiscal, por el contrario, acordar la suspensión solicitada comportaría la drástica medida que supondría la paralización del procedimiento ejecutivo que por su propia naturaleza goza de las características de celeridad y sumariedad.

A juicio del fiscal, “para conseguir el efecto protector deseado por la recurrente, se puede acordar la anotación preventiva de la demanda de amparo en el registro de la propiedad, ya que de esta manera se daría publicidad frente a terceros de la pendencia del recurso, lo que conlleva el conocimiento de los efectos que sobre la titularidad de la vivienda puede tener el otorgamiento del amparo en su caso, evitando que el hipotético adquirente queda especialmente protegido por su buena fe en la adquisición”. Cita en apoyo de su petición el art. 56.3 LOTC, que permite al Tribunal adoptar toda medida que evite que el recurso de amparo pueda perder su finalidad, así como el ATC 95/2015, de 25 de mayo, FJ 4.

Insiste finalmente en que es procedente la medida de anotación preventiva, pues aunque nos encontramos en uno de esos supuestos en que tratándose de una resolución de carácter patrimonial, no obstante puede acabar afectando a derechos futuros de terceros adquirentes de buena fe, por lo que de acuerdo con la doctrina de este Tribunal, sería procedente la anotación preventiva de la demanda, que haría que lo que consta en el registro de la propiedad fuera fiel reflejo de la realidad, evitando situaciones cuya reversibilidad deviniera poco menos que imposible.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. El objeto de esta pieza de suspensión consiste en determinar a procedencia o no de la medida cautelar instada por la parte recurrente en amparo y dirigida frente al procedimiento de ejecución hipotecaria núm. 345-2017 seguido en el Juzgado de Primera Instancia núm. 32 de Madrid.

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”.

Esa suspensión, en todo caso, no puede ocasionar ninguna perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona, razón por la que se configura como una medida de carácter excepcional y de aplicación restrictiva (por todos, AATC 117/2015, de 6 de julio, FJ 1, y 59/2017, de 24 de abril, FJ 1).

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, el carácter no reparable 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 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, y 147/2017, de 13 de noviembre, FJ 1].

Interesa subrayar que una consolidada doctrina constitucional, de la que son buena muestra, entre otros muchos, los AATC 220/2008, de 14 de julio, FJ 2, y 64/2009, de 23 de febrero, FJ 2, o los más recientes AATC 56/2013, de 25 de febrero, FJ 2; 74/2013, de 8 de abril, FJ 2; 152/2013, de 8 de julio, FJ 2; 37/2014, de 10 de febrero, FJ 2; 282/2014, de 17 de noviembre, FJ 3, y 59/2015, de 16 de marzo, FJ 2, ha admitido la procedencia de acordar la suspensión de aquellas resoluciones judiciales cuya “ejecución conlleva el embargo y adjudicación a un tercero de buena fe de ciertos bienes inmuebles o el desalojo de viviendas o locales de negocio y, en general, la transmisión del dominio sobre aquellos, con la consiguiente consolidación de una posición jurídicamente inatacable o de muy difícil y costoso restablecimiento”.

3. La aplicación al caso aquí planteado de la doctrina de la que se ha hecho mención permite concluir, de acuerdo con el fiscal, que resulta improcedente la suspensión solicitada y, por el contrario, aparece como medida idónea la anotación preventiva de la demanda de amparo en el registro de la propiedad.

La parte recurrente se limita a poner de manifiesto la doctrina de este Tribunal en materia de suspensión de procedimientos que llevan aparejado el posible desalojo de la vivienda habitual y de aquellos otros en los que se procede a la transmisión del dominio de los inmuebles a terceros de buena fe en virtud de subasta judicial, afirmando de manera genérica que, en su caso, la eventual adjudicación a terceros puede hacer perder al recurso de amparo su finalidad, sin añadir argumento específico alguno que permita a este tribunal afirmar sin ningún género de duda que la continuación del curso del procedimiento judicial, provoque por sí solo un perjuicio determinante de la pérdida de la finalidad del presente recurso de amparo.

Por el contrario, el Tribunal entiende 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 lo hiciera irreivindicable; situación a la que se hace referencia en la demanda.

Esta misma ha sido la solución acogida recientemente, entre otros, en los AATC 106/2017, de 17 de julio, FJ 3; 88/2018, de 17 de septiembre, FJ 5, y 2/2019, de 9 de enero, FJ 4.

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, y que, de acuerdo con el ATC 95/2015, de 25 de mayo, 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 se limita, en tal sentido, a ordenar que se practique la anotación preventiva, remitiendo 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, y 415/2007, de 5 de noviembre, FJ 4, y 217/2012, de 26 de noviembre, FJ 2) [AATC 21/2018, de 5 de marzo, FJ 5, y 88/2018, de 17 de septiembre, FJ 5].

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. 345-2017 seguido en el Juzgado de Primera Instancia núm. 32 de Madrid.

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 quince de julio de dos mil diecinueve.