|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 21/2018 |
| Fecha | de 5 de marzo de 2018 |
| 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 | 3849-2017 |
| Asunto | Recurso de amparo 3849-2017 |
| Fallo | 1º Suspender cautelarmente la entrega de la finca adjudicada en el procedimiento de ejecución hipotecaria núm. 1241-2014 seguido en el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Fuengirola.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. El 20 de julio de 2017 tuvo entrada en el registro general de este Tribunal escrito firmado por el Procurador de los Tribunales don José Ramón Navas Rodríguez, en nombre y representación de doña María del Valle Gallardo Merinas y don José María Montaño Hidalgo, en virtud del cual interponía recurso de amparo contra el Auto del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Fuengirola de fecha 21 de junio de 2017, que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones promovido por los recurrentes respecto del procedimiento ejecución hipotecaria núm. 1241-2014 instado en su contra por la entidad Caixa Bank, S.A.

Según la demanda, los actores tuvieron conocimiento de la existencia del procedimiento de ejecución hipotecaria dirigido contra ellos en virtud de la notificación, en fecha 17 de febrero de 2017, de diligencia de ordenación en que se señalaba el lanzamiento de su vivienda para el día 31 de mayo de ese mismo año. En esta situación, se personaron en las actuaciones formulando recurso de reposición y solicitando la nulidad de actuaciones. Por decreto de fecha 18 de abril de 2017 se desestimó dicho recurso sin entrar en la cuestión de fondo planteada, relativa a la corrección del emplazamiento de los demandados mediante edictos. Promovido por los actores incidente de nulidad de actuaciones, el Auto de 21 de junio de 2017 lo desestimó al considerar que dicho incidente se había interpuesto fuera del plazo legalmente establecido. Razona lo que sigue: “la parte recurre en reposición una diligencia de ordenación ante la Sra. Letrada de la Administración de justicia la cual carece manifiestamente de competencia para declarar la nulidad de resoluciones del juzgado. Desestimando además acertadamente el recurso de reposición puesto que lo en él acordado en nada afecta a la cuestión de fondo suscitada, la parte deduce entonces de forma extemporánea el incidente con motivo de su primera personación, momento en el que era obvio que no cabía recurso ordinario alguno para remediar la situación que planteaba”.

2. Los demandantes de amparo se quejan en su recurso de la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE) por un doble motivo: (i) en cuanto la actuación del órgano judicial en lo relativo a la comunicación del procedimiento existente en su contra, por medio de edictos tras un primer intento fallido de emplazamiento personal y con incumplimiento de la doctrina de este Tribunal Constitucional, les ha impedido conocer su existencia y, en consecuencia, defenderse; (ii) en cuanto que denunciado oportunamente en el proceso el defecto anterior determinante de la nulidad, el decreto del letrado de la Administración de Justicia, primero, y el Auto directamente impugnado, después, adoptan una posición rigorista y formalista en contra de la efectividad del derecho fundamental invocado.

En la demanda se solicita por medio de otrosí la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria núm. 1241-2014, “para evitar mayores perjuicios, pues mientras no se entregue la posesión, la enajenación del inmueble no estará consumada y la reversión del procedimiento será menos onerosa”.

3. Mediante providencia de 5 de febrero de 2018 la Sección Primera de este Tribunal acordó admitir a trámite el recurso de amparo y dirigir comunicación al Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Fuengirola, a fin de que, en el plazo de diez días, emplazara a quienes hubieran sido parte en el proceso del que trae causa el presente recurso de amparo.

4. Por providencia de la misma fecha, la Sección acordó formar la oportuna pieza para la tramitación del incidente de suspensión y, conforme a lo dispuesto en el artículo 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (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.

5. Mediante escrito presentado el 9 de febrero de 2018, el Procurador de los Tribunales don José Ramón Navas Rodríguez, en nombre y representación de doña María del Valle Gallardo Merinas y don José María Montaño Hidalgo, formuló sus alegaciones, afirmando, en síntesis, que de no acordarse la suspensión se producirían mayores perjuicios, pues mientras no se entregue la posesión, la enajenación del inmueble no estará consumada, la reversión del procedimiento será menos onerosa y la eventual sentencia concediendo el amparo sería eficaz. De otra parte, aduce, la suspensión no ocasionará perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona, ni perjuicio de terceros en cuanto persiste la garantía hipotecaria.

6. El Ministerio Fiscal, en escrito registrado el 20 de febrero de 2018, interesa que se otorgue la suspensión solicitada o alternativamente se acuerde la anotación preventiva de la demanda en el Registro de la Propiedad, aunque esta última medida no haya sido solicitada en el recurso de amparo. Tras exponer la doctrina de este Tribunal sobre suspensión de resoluciones y actos impugnados, aduce que en el presente caso la suspensión está justificada, pues si se consumase la trasmisión de la vivienda al ejecutante o al cesionario de su derecho, posteriores trasmisiones a título oneroso a terceras personas colocarían al bien en situación de difícil recuperación, pues lo convertirían en prácticamente irreivindicable. Agrega que si se hubiese producido el lanzamiento, la suspensión solicitada no evitaría los perjuicios a que se hacía referencia, de modo que, en tal caso, resultaría más eficaz la anotación preventiva de la demanda en el Registro de la Propiedad.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. El objeto de esta pieza de suspensión consiste en determinar la procedencia o no de la medida cautelar instada por la parte recurrente en amparo y dirigida frente al procedimiento de ejecución hipotecaria núm. 1241-2014 seguido en del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Fuengirola.

2. El artículo 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”.

De acuerdo con la doctrina mantenida por este Tribunal, la suspensión se configura como una medida provisional de carácter excepcional y de aplicación restrictiva, dado el interés general en la efectividad de las decisiones de los poderes públicos, y, en particular, en la ejecución de las resoluciones dictadas por jueces y tribunales en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que les confiere el artículo 117.3 CE (AATC 220/2008, de 14 de julio; 393/2008, de 22 de diciembre; 12/2009, de 26 de enero, y 1/2010, de 11 de enero, entre otros).

Por ello, la regla general es la improcedencia de la suspensión de las resoluciones judiciales, por la perturbación de la función jurisdiccional que la misma supone, salvo en los casos en los que se acredite tanto el carácter irreparable del perjuicio para los derechos fundamentales, como la pérdida de la finalidad del amparo en caso de mantenerse la ejecución de la resolución (por todos, AATC 40/2008, de 11 de febrero; 59/2008, de 20 de febrero; 2/2009, de 12 de enero, y 12/2009, de 26 de enero).

En este sentido, por perjuicio irreparable se ha de entender aquel que provoque que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío y convierta el amparo en meramente ilusorio y nominal (por todos, AATC 274/2008, de 15 de septiembre, 26/2009, de 26 de enero, y 173/2009, de 1 de junio). Resulta, en definitiva, que la protección del interés general que subyace a la ejecución de lo juzgado debe ceder en aquellos supuestos en los que, de no acordarse la suspensión, el amparo perdería toda finalidad, lo que explica que, en principio, proceda suspender aquellos pronunciamientos judiciales que no admiten la reparación o la restitución íntegra de lo ejecutado (AATC 44/2008, de 11 de febrero, FJ 1; 59/2008, de 20 de febrero, FJ 1; 67/2008, de 25 de febrero, FJ 1; 109/2008, de 14 de abril, FJ 1; 111/2008, de 14 de abril, FJ 1; 118/2008, de 28 de abril, FJ 1, y 172/2008, de 23 de junio, FJ 1).

También este Tribunal ha establecido como criterio general la improcedencia de la suspensión de la ejecución de aquellos fallos judiciales que admiten la restitución íntegra de lo ejecutado -como sucede, como regla general, en las condenas de contenido patrimonial- a diferencia de aquellos otros en los que, por afectar a bienes o derechos del recurrente de imposible o muy difícil restitución a su estado anterior, procede acordarla, lo cual sucede, por ejemplo, en las condenas a penas privativas de libertad (por todos, AATC 251/2000, de 30 de octubre, FJ 1; 63/2001, de 26 de marzo, FJ 1; 170/2001, de 22 de junio, FJ 1; 9/2003, de 20 de enero, FJ 1; 338/2005, de 26 de septiembre, FJ 1; 286/2007, de 18 de junio, FJ 1, y 233/2008, de 21 de julio, FJ 1).

Sólo hemos accedido a la suspensión en aquellos supuestos en los que la ejecución de lo acordado acarrea perjuicios patrimoniales difícilmente reparables por su entidad, por la imposibilidad de repercutir su costo o por la irreversibilidad de las situaciones jurídicas que puedan producirse, como ocurre en los casos en que por la ejecución de lo acordado se produce la transmisión irrecuperable del dominio sobre un bien determinado (AATC 565/1986, de 2 de julio, FJ único, y 52/1989, de 30 de enero, FJ único).

3. En la demanda de amparo se solicita la anulación del Auto de fecha 21 de junio de 2017 que desestimó el incidente de nulidad de actuaciones que plantearon los demandantes, así como la de todos los actos procesales desde el emplazamiento. En función de ello, la suspensión interesada trasciende de la resolución formalmente impugnada, que era el Auto desestimatorio del incidente de nulidad de actuaciones y la medida que la parte actora pretende es la retroacción de actuaciones y una nueva tramitación del proceso de ejecución hipotecaria desde su inicio.

De las actuaciones, recabadas del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Fuengirola, se desprende que el bien inmueble hipotecado fue adjudicado a la mercantil Buildingcenter, S.A.U., en virtud de cesión del remate por la entidad acreedora Caixa Bank, S.A. Consta igualmente que, firme el Decreto de adjudicación, la entidad adjudicataria, personada en el procedimiento, tiene solicitada la entrega de la posesión del inmueble, para lo cual se ha dispuesto el lanzamiento de los ocupantes, así como que se han señalado diversas fechas para llevar a efecto dicho lanzamiento, sin que conste que, por el momento, se haya producido el mismo.

A la vista lo anterior, 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 13 de febrero, FJ 2; 74/2013, de 8 de abril, FJ 2; 152/2013, de 8 de julio, FJ 2; 37/2014, FJ 2; 282/2014, de 17 de noviembre, FJ 4, 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 aquéllos, con la consiguiente consolidación de una posición jurídicamente inatacable o de muy difícil y costoso restablecimiento”.

4. El análisis de dicha doctrina, y las circunstancias del caso permiten concluir reconociendo la procedencia de adoptar la medida cautelar solicitada de suspensión ya que, en otro caso, se podría materializar la entrega de la posesión del bien en perjuicio de los recurrentes, creando una situación difícilmente reversible que menoscabaría los fines del presente recurso de amparo.

Además, no se percibe en este momento procesal que la suspensión de la ejecución pueda entrañar una perturbación grave de los intereses generales o de los derechos fundamentales y libertades públicas de un tercero.

5. También debe acordarse la medida cautelar de anotación preventiva de la demanda de amparo en el Registro de la Propiedad de acuerdo con lo alegado por el Ministerio Fiscal.

Cabe recordar que se trata de una medida cautelar que este Tribunal, de conformidad con el artículo 56 LOTC, puede adoptar de oficio o a instancia de parte, con fundamento en el artículo 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), limitándose nuestra decisión en esta materia 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).

La anotación preventiva de la demanda, que tiene por objeto garantizar el derecho de los demandantes de amparo frente a eventuales actos de disposición, mediante el anuncio registral frente a terceros de la pendencia del proceso constitucional con sus eventuales consecuencias sobre los derechos inscritos, ha sido considerada por este Tribunal como medida idónea en los supuestos en que se ya ha producido la adjudicación del inmueble, (AATC 282/2014, de 17 de noviembre, FJ 5; 59/2015, de 16 de marzo, FJ 3, y 106/2017, de 17 de julio, FJ 3), como ocurre también en el caso que nos ocupa.

El Tribunal entiende que las circunstancias que presenta el supuesto sometido a consideración determinan la procedencia de acordar dicha medida cautelar, si bien no de modo alternativo respecto de la suspensión sino junto ella, tal y como, ante situaciones similares, acordamos en los citados AATC 282/2014, de 17 de noviembre, y 59/2015, de 16 de marzo. El mantenimiento de la posesión del inmueble por los aquí demandantes aconseja adelantar la barrera de la tutela cautelar hasta el momento anterior al desalojo de dicha vivienda, atendiendo a lo solicitado en la demanda.

6. Los razonamientos anteriores, de conformidad con la doctrina expuesta, y sin prejuzgar la decisión de fondo del recurso, conducen a acordar la suspensión solicitada, que ha de entenderse referida concretamente a la entrega de la posesión de la finca adjudicada, y a ordenar la anotación preventiva de la demanda de amparo en el Registro de la Propiedad.

Por todo lo expuesto, la Sala

ACUERDA

1º Suspender cautelarmente la entrega de la finca adjudicada en el procedimiento de ejecución hipotecaria núm. 1241-2014 seguido en el Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Fuengirola.

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 cinco de marzo de dos mil dieciocho.