



Roj: **ATS 1938/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:1938A**

Id Cendoj: **28079130012017200367**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **06/03/2017**

Nº de Recurso: **270/2016**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **EDUARDO CALVO ROJAS**

Tipo de Resolución: **Auto**

## **AUTO**

En la Villa de Madrid, a 6 de marzo de 2017

## **HECHOS**

**PRIMERO.-** D. Miguel Ángel del Álamo García, procurador de los tribunales y de D<sup>a</sup> Esmeralda , presentó escrito de preparación de recurso de casación contra la sentencia de 28 de septiembre de 2016 , notificada el 24 de octubre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Octava), que desestima el recurso de apelación interpuesto contra el auto de 29 de febrero de 2016 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 12 de Madrid que autoriza la entrada en domicilio para desalojo de sus habitantes.

**SEGUNDO.-** D<sup>a</sup> Esmeralda ocupa una vivienda titularidad de la Comunidad de Madrid junto a otros miembros de su familia desde el año 2007. El 7 de abril de 2011, el Área de Inspección de Vivienda de la Comunidad de Madrid, previa constatación de la ocupación sin título del inmueble titularidad del Instituto de la Vivienda de Madrid (IVIMA), requiere "para el desalojo del inmueble en el plazo de diez días hábiles, de conformidad y a los efectos de los artículos 11 y 65 de la Ley 3/2001, de 21 de junio, del Patrimonio de la Comunidad de Madrid ". El requerimiento va dirigido a "Dña. Lucía y demás familia y ocupantes".

El 29 de abril de 2011 el Director Gerente del Instituto de la Vivienda de Madrid dicta resolución por la que se acuerda la recuperación posesoria del inmueble de conformidad con el artículo 11 de la Ley 3/2001, de 21 de junio , "disponiendo el desalojo de cuantas personas, muebles y enseres se encuentren en él" (resolución 1073/AD/11). Se acuerda asimismo "requerir a los ocupantes para que en el plazo de diez días, procedan al desalojo del inmueble que ilegalmente ocupan".

Con fecha 31 de mayo de 2011 el Director Gerente del IVIMA, constanding el incumplimiento del requerimiento de desalojo voluntario del inmueble ocupado, concede un nuevo plazo de diez días para desalojar voluntariamente el inmueble ocupado con el apercibimiento de que, transcurrido dicho plazo de diez días desde la notificación, se iniciarán los trámites de ejecución forzosa de la resolución 1073/AD/11.

El 4 de julio de 2011 se personan en la vivienda dos inspectores de vivienda al objeto de notificar, en primer intento, a los ocupantes de la vivienda dicho apercibimiento de ejecución forzosa, constanding en el acta de notificación el siguiente contenido: "Se hace constar que tras varias llamadas abre la puerta de la vivienda una mujer que se identifica como Sandra , mostrando su Documento Nacional de Identidad nº NUM000 . Manifiesta ser cuñada de Lucía e informa que su cuñada no se encuentra en esos momentos en la casa por hacer acudido al médico. Se le hace entrega de dicho apercibimiento de ejecución forzosa al tiempo que se le informa de su contenido negándose a firmar el recibí del mismo".

Tras esa diligencia de notificación practicada en julio de 2011 no consta que hubiese actuaciones relevantes hasta las que pasamos a reseñar en el apartado siguiente.



**TERCERO.-** El 13 de marzo de 2015 la Directora Gerente del Instituto de la Vivienda de Madrid, en atención a los hechos consignados en el Fundamento Jurídico Segundo, acuerda "ejercer las acciones judiciales que permitan la ejecución forzosa de la Resolución 1073/AD/11 de 29 abril, de esta Dirección Gerencia respecto al inmueble sito en la CALLE000 NUM001 , NUM002 de Madrid", así como "condicionar la eficacia de la presente resolución al previo informe favorable de la Dirección General de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, de conformidad con el artículo 57.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común".

El 1 de septiembre de 2015 la Letrada de la Comunidad de Madrid, en representación y defensa del IVIMA, presentó solicitud de autorización judicial de entrada en la vivienda controvertida en virtud del artículo 8.5 de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa [LJCA], indicando que no existía ningún recurso judicial en trámite sobre la resolución objeto de ejecución forzosa. Termina suplicando "que teniendo por presentado este escrito y documentación adjunta, lo admita y dicte Auto autorizando la entrada en el domicilio indicado, con el fin de proceder a la ejecución forzosa de la resolución administrativa y al desalojo de cuantas personas y enseres hubiera".

Tras diversos trámites y suspensión de plazos derivados de la designación de abogado de oficio para la ahora recurrente, compareció ante el Juzgado de lo Contencioso- Administrativo núm. 12 de Madrid D. José Manuel Beltrán Cristóbal, Letrado del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid y de D<sup>a</sup> Esmeralda . Tras hacer en su escrito diversas consideraciones referidas a la eventual inobservancia de los requisitos legales y formales exigibles en el procedimiento administrativo origen del acto administrativo que pretende ser objeto de ejecución forzosa por parte de la Administración, la recurrente afirma que "la medida solicitada carece de proporcionalidad, puesto que como consta en el informe que se aporta del Ayuntamiento de Madrid se trata de una familia con tres hijos menores de edad y con unos ingresos provenientes de la Renta Mínima de Inserción Social. Por lo que haciendo una ponderación de los distintos derechos e intereses que pueden verse afectados debería adoptarse medidas de otra índole que pudiera sanar la situación. (...) Aparte de esto también debería tenerse en cuenta la situación de los menores. Cosa que no se ha hecho dando lugar a la infracción del art. 158 del Código Civil , de los arts. 11 y 12 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor , vulneración de los arts. 1.1 , 10.1 , 18 , 19 y 47 de la Constitución y vulneración del art. 27.1 y 3 de la Convención de los derechos del niño. Vulneración del interés superior del menor reconocido en el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor . Entiende esta representación que en caso de que se autorizase la solicitud de autorización judicial de entrada se vulnerarían los artículos mencionados". Termina el escrito interesando al Juzgado que desestime la solicitud formulada por el IVIMA o, alternativamente, se acuerde retrasar la autorización de entrada hasta que mejore la situación económica de la recurrente o hasta la finalización del curso escolar, citando resoluciones judiciales que habrían optado por esta última opción.

Entre la documentación que aporta se adjunta un Informe del Centro de Servicios Sociales de Plaza Elíptica del Ayuntamiento de Madrid, emitido el 17 de noviembre de 2015, en el que se refleja el hecho de que la familia compuesta por la recurrente, su marido y sus tres hijos menores han habitado el inmueble durante 9 años y que los únicos ingresos económicos estables con los que cuentan proceden de la Renta Mínima de Inserción por 532.51 € mensuales.

**CUARTO.-** Por auto de 29 de febrero de 2016 (procedimiento núm. 341/2015), el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 12 de Madrid decidió "autorizar la entrada en la vivienda sita en la CALLE000 nº NUM001 , NUM002 de Madrid, ocupada ilegalmente por D<sup>a</sup>. Esmeralda y demás ocupantes a fin de que la Comunidad Autónoma de Madrid (IVIMA) pueda llevar a debido cumplimiento la ejecución de actos forzosos de la misma".

El Fundamento Jurídico Tercero del auto del Juzgado deja señalado que "con fecha 5 de febrero de 2016 efectuó alegaciones D<sup>a</sup>. Esmeralda que interesa se desestime la autorización de entrada hasta que mejore la situación económica de Esmeralda o hasta la finalización del curso escolar".

El Juzgado considera que "es procedente acceder a la autorización solicitada pues la orden de entrada está en consonancia y se ajusta a los fines del acto cuya ejecución se pretende y se respeta el principio de proporcionalidad"; pero esta afirmación sobre la observancia del principio de proporcionalidad se hace en el auto sin hacer mención alguna a la situación de los menores ni al tiempo en que la recurrente y su familia han habitado en la vivienda. Únicamente señala el auto que "las cuestiones planteadas de tipo social deberán ser resueltas en su caso por los órganos administrativos municipales o autonómicos a los que correspondan las cuestiones suscitadas pero no en el procedimiento de autorización de entrada".

**QUINTO.-** Interpuesto recurso de apelación contra dicho auto ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Octava), dicho recurso fue resuelto por sentencia de 28 de septiembre de 2016 , que confirmó el pronunciamiento de la instancia, concluyendo que "las anteriores consideraciones que se contienen en la más reciente jurisprudencia constitucional determinan, conforme se



ha expuesto anteriormente, que con desestimación del presente recurso, haya de confirmarse en su integridad el Auto del Juzgado nº 12 de los de esta Capital objeto del presente recurso de apelación. Finalmente señalar que no es este el cauce procedente para cuestionar la titularidad del inmueble cuyo desalojo se pide pues el acto administrativo que se pretende ejecutar es previo y firme. También indicar que los derechos de los menores y el derecho a una vivienda digna, son ajenos a la entrada autorizada pues la ocupación de la vivienda ha de ser ostentada y accionada por las vías legalmente previstas y no al margen de las mismas".

**SEXTO.-** Frente a la sentencia reseñada en el apartado anterior se presentó en plazo escrito de preparación del recurso de casación. Según lo establecido en el artículo 89.2.b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio , reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, la recurrente aduce que se ha producido una infracción del ordenamiento jurídico, y, en particular, de los siguientes preceptos y por los motivos a continuación mencionados: del artículo 84 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y del artículo 24 de la Constitución Española , en ambos casos por eventuales deficiencias en el trámite de audiencia; de los artículos 18.1 , 47 y 120 de la Constitución Española , por ausencia de motivación de la resolución judicial en relación con los derechos a una vivienda digna y a la inviolabilidad del domicilio; y, en fin, de los artículos 11 y 12 de la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor y del artículo 27.1 y 3 de la Convención de los derechos del niño.

En cuanto a la concurrencia del interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia, la parte recurrente argumenta que su pretensión se ubica en los apartados b) y e) del artículo 88.2, así como el apartado a) del artículo 88.3 LJCA .

En relación con el artículo 88.2.b) sostiene la recurrente que la sentencia recurrida fija una doctrina gravemente dañosa para los intereses generales, dado que entiende que la actuación judicial se circunscribe a examinar la regularidad formal del procedimiento sin entrar a valorar cuestiones de fondo (cuando a su juicio debería haberlo hecho) y, en concreto, el derecho constitucional a una vivienda digna ( artículo 47 de la Constitución ).

En lo concerniente al supuesto previsto en el artículo 88.2.e) LJCA la recurrente aduce que la sentencia recurrida interpreta y aplica con error y como fundamento de su decisión una doctrina constitucional, dado que "aplica la sentencia 139/2004 del Tribunal Constitucional que exige que ha de autorizarse la entrada tras ponderar los intereses en juego".

En fin, en cuanto a la invocación del artículo 88.3.a) LJCA la recurrente alega la inexistencia de jurisprudencia aplicable a este complejo fáctico en relación con los artículos 11 y 12 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor , y del artículo 27, apartados 1 y 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

**SÉPTIMO.-** La Sala de instancia tuvo por preparado el recurso de casación por auto de 13 de diciembre de 2016, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia dentro del plazo de treinta días ante esta Sala.

Comparecieron ante esta Sala la parte recurrente, D<sup>a</sup> Esmeralda , representada por D. Miguel Ángel del Álamo García, y la parte recurrida, el Instituto de la Vivienda de Madrid, representado por el Letrado de la Comunidad de Madrid.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo Calvo Rojas, Magistrado de la Sala

## RAZONAMIENTOS JURIDICOS

**PRIMERO.-** Como cuestión previa, y desde un punto de vista formal, debe señalarse que el escrito de preparación cumple con las exigencias del artículo 89.2 LJCA , por lo que nada puede oponerse a la admisibilidad del recurso desde el punto de vista de los subapartados a) y b) del artículo 90.4 LJCA .

Así, el escrito se ha estructurado en apartados separados, encabezados con un epígrafe expresivo de su respecto contenido y se ha razonado en el mismo tanto la recurribilidad de la resolución de instancia por este cauce extraordinario como la observancia de los requisitos de legitimación y plazo.

De otro lado, se han identificado debidamente las normas cuya infracción se imputa a la sentencia de instancia, cumpliéndose con la carga procesal de justificar, primero, su incardinación en el Derecho estatal; segundo, su alegación en el proceso de instancia y su toma de consideración por la sentencia impugnada; y tercero, su relevancia en el sentido del fallo.

Finalmente, esta Sección considera que la parte recurrente ha realizado el imprescindible esfuerzo argumental, con singular referencia al caso, en relación a la concurrencia del interés casacional objetivo en función de los



supuestos enunciados en los apartados 2 y 3 del artículo 88 LJCA , justificando en su escrito la invocación que se hace del artículo 88.3.a).

**SEGUNDO.-** Comprobada, pues, la ausencia de impedimentos formales para la admisión del recurso de casación, procede determinar ahora si la cuestión litigiosa reviste interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia.

La recurrente entiende que concurre el supuesto previsto en la letra e) del artículo 88.2 LJCA , según el cual puede entenderse que existe interés casacional objetivo cuando la resolución que se impugna " *interprete y aplique aparentemente con error y como fundamento de su decisión una doctrina constitucional* ". Tal y como ha quedado expuesto en los antecedentes de hecho, la sentencia que se pretende combatir en casación invoca la doctrina constitucional ( STC 139/2004 ) que señala la exigencia de realizar una adecuada ponderación de los intereses en conflicto en aquellos supuestos en que el juez conozca de una solicitud de autorización de entrada en domicilio para el posterior desalojo.

Lo anterior ha de ponerse en relación con el supuesto, también alegado por la recurrente, del artículo 88.3.a) LJCA , precepto éste que presume la existencia de interés casacional objetivo " *cuando en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia* ". Entiende la recurrente que resulta necesaria una interpretación de los artículos 11 y 12 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y de los apartados 1 y 3 del artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

Hemos visto que la sentencia recurrida recoge la doctrina constitucional a la que antes nos hemos referido. Sin embargo, no existe jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo referida a la forma y grado en que la protección de los menores debe encontrar reflejo en juicio de ponderación y la aplicación del principio de proporcionalidad que debe llevar a cabo el juzgado que resuelve sobre la solicitud de autorización de entrada en el domicilio. Resulta por ello procedente que esta Sala fije una interpretación de los artículos 11 y 12 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y de los apartados 1 y 3 del artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, en relación con la autorización judicial para la entrada en domicilio ( artículo 18.2 de la Constitución ); y, en particular, que se determine si resulta exigible que el juez de lo contencioso-administrativo que conoce de la solicitud de la autorización de entrada en un domicilio para su posterior desalojo contemple en su juicio de ponderación la situación particular de los menores afectados y motive en consecuencia.

**TERCERO.-** Sentado, pues, que la resolución judicial de instancia es recurrible a través de este cauce procesal extraordinario, que el escrito de preparación cumple todos los presupuestos y requisitos exigibles, y que apreciamos la concurrencia de un interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia que justifica su admisión, queda por dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 90.4 LJCA , a cuyo tenor << *Los autos de admisión precisarán la cuestión o cuestiones en las que se entiende que existe interés casacional objetivo e identificarán la norma o normas jurídicas que en principio serán objeto de interpretación, sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiere el debate finalmente trabado en el recurso* >>.

En cumplimiento de este mandato, declaramos que las cuestiones en las que se entiende que existe interés casacional objetivo y las normas que en principio deben ser objeto de interpretación son las que hemos dejado señaladas en el último párrafo del fundamento jurídico anterior.

**CUARTO.-** Conforme a lo dispuesto por el artículo 90.7 LJCA , este auto se publicará íntegramente en la página web del Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo, con sucinta mención de las normas que serán objeto de interpretación.

**QUINTO.-** Procede comunicar inmediatamente a la Sala de instancia la decisión adoptada en este auto, como dispone el artículo 90.6 LJCA y conferir a las actuaciones el trámite previsto en los artículos 92 y 93 LJCA , remitiéndolas a la Sección Tercera de esta Sala, competente para su sustanciación y decisión de conformidad con las reglas de reparto.

Por todo lo anterior,

#### **La Sección de Admisión acuerda:**

1) Admitir a trámite el recurso de casación preparado en representación de D<sup>a</sup> Esmeralda contra la sentencia de 28 de septiembre de 2016 , notificada el 24 de octubre, de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Octava), que desestima el recurso de apelación contra el auto de 29 de febrero de 2016 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 12 de Madrid, que autoriza la entrada en domicilio para desalojo de sus habitantes.



2) Declarar que la cuestión planteada en el recurso presenta interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia consiste en determinar la interpretación que haya que darse a lo dispuesto en los artículos 11 y 12 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y de los apartados 1 y 3 del artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, en relación con la autorización judicial a la que se refiere el artículo 18.2 de la Constitución ; y, en particular, si resulta exigible que el juez de lo contencioso-administrativo que conoce de la solicitud de la autorización de entrada en un domicilio para su posterior desalojo contemple en su juicio de ponderación la situación particular de los menores afectados y motive en consecuencia.

3) Publíquese este auto en la página web del Tribunal Supremo, haciendo referencia al mismo, con sucinta mención de las normas que serán objeto de interpretación.

1) Comuníquese inmediatamente a la Sala de procedencia la decisión adoptada en este auto.

2) Para la sustanciación del recurso, remítanse las actuaciones a la Sección Tercera de esta Sala Tercera, a la que corresponde con arreglo a las normas sobre reparto de asuntos.

Así lo acuerdan y firman. Luis M<sup>a</sup> Díez-Picazo Giménez Manuel Vicente Garzon Herrero Segundo Menéndez Pérez Octavio Juan Herrero Pina Eduardo Calvo Rojas Joaquin Huelin Martinez de Velasco Jose Juan Suay Rincon Jesus Cudero Blas