



Roj: **STS 4211/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4211**

Id Cendoj: **28079130032017100450**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **23/11/2017**

Nº de Recurso: **270/2016**

Nº de Resolución: **1797/2017**

Procedimiento: **Recurso de Casación Contencioso-Administrativo (L.O. 7/2015)**

Ponente: **JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Tercera**

#### **Sentencia núm. 1.797/2017**

Fecha de sentencia: 23/11/2017

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 270/2016

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Vista: 07/11/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

Procedencia: T.S.J.MADRID CON/AD SEC.8

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca

Transcrito por: ELC

Nota:

Emma

R. CASACION núm.: 270/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Contencioso-Administrativo**

#### **Sección Tercera**

#### **Sentencia núm. 1797/2017**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Pedro Jose Yague Gil, presidente

D. Eduardo Espin Templado

D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat



D. Eduardo Calvo Rojas

D<sup>a</sup>. Maria Isabel Perello Domenech

D. Jose Maria del Riego Valledor

D. Angel Ramon Arozamena Laso

En Madrid, a 23 de noviembre de 2017.

Esta Sala ha visto el recurso de casación registrado bajo el número 270/2016, interpuesto por el procurador don Miguel Ángel del Álamo García, en representación de doña Emma , bajo la dirección letrada de don José Manuel Beltrán Cristóbal, contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestimó el recurso de apelación 475/2016 , interpuesto contra el Auto del Juzgado número 12 de lo Contencioso- Administrativo de Madrid de 29 de febrero de 2016 , dictado en el Procedimiento de Autorización de entrada en domicilio número 341/2015, que autorizó la entrada en una vivienda para llevar a debido efecto la ejecución forzosa de una resolución del Instituto de la vivienda de Madrid, relativo a la recuperación de la posesión del inmueble ocupado ilegalmente. promovido por el Letrado de la Comunidad de Madrid en nombre del Instituto de la Vivienda, respecto del inmueble sito en la CALLE000 número NUM000 , NUM001 (Madrid).

Ha sido parte recurrida la COMUNIDAD DE MADRID, representada y defendida por el Letrado de la misma.

Ha sido ponente Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En el proceso contencioso-administrativo número 475/2016, la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, dictó sentencia el 28 de septiembre de 2016 , cuyo fallo dice literalmente:

« Que debemos desestimar y desestimamos, el Recurso de Apelación número 475/2016 ante la misma pende de resolución, interpuesto por doña Emma , representada por el Procurador don Miguel Ángel del Álamo García, frente al Auto dictado en fecha 29 de febrero de 2016, por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 12 de Madrid, en el Procedimiento de Autorización de entrada en domicilio nº 34172015, promovido por el Letrado de la Comunidad de Madrid en nombre del Instituto de la Vivienda de esta Capital respecto del inmueble sito en la CALLE000 nº NUM000 NUM001 (Madrid); Auto que confirmamos, debiendo estar y pasar por la presente resolución. Las costas de esta apelación se imponen a la parte apelante. » .

**SEGUNDO.-** Contra la referida sentencia preparó la representación procesal de doña Emma recurso de casación, que la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid tuvo por preparado mediante Auto de 13 de diciembre de 2016 que, al tiempo, ordenó remitir las actuaciones al Tribunal Supremo, previo emplazamiento de los litigantes.

**TERCERO.-** Recibidas las actuaciones y personadas las partes, la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, dictó Auto el 6 de marzo de 2017 , cuya parte dispositiva dice literalmente:

«1) Admitir a trámite el recurso de casación preparado en representación de D<sup>a</sup> Emma 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.».

**CUARTO.-** Admitido el recurso, se dictó diligencia de ordenación de 28 de marzo de 2017, una vez recibidas las actuaciones en la Sección Tercera de esta Sala de lo Contencioso-administrativo, en la que se expone que una vez transcurra el plazo de treinta días que el artículo 92.1 de la Ley de esta Jurisdicción establece para la presentación del escrito de interposición del recurso de casación, se acordará.

**QUINTO.-** El procurador don Miguel Ángel del Álamo García, en representación de doña Emma recurrente, presentó escrito de interposición del recurso de casación el 10 de mayo de 2017, subsanado por escrito de esa misma fecha, en el que, tras exponer los motivos de impugnación que consideró oportunos, lo concluyó con el siguientes SUPPLICO:

« que tenga por presentado este escrito con sus copias, lo admita a trámite y, tenga por formulado RECURSO DE CASACIÓN contra la sentencia nº 446/2016 de 28 de Septiembre de 2016 dictada por la Sección 8' de la Sala de lo Contencioso -Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la Apelación 475/2016 y, en su virtud, dicte sentencia por la que:

- Se estime el presente recurso de casación y anule la sentencia mencionada recurrida y también anule y deje sin efecto el auto nº 45/2016 de 29 de Febrero de 2.016 dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 12 de Madrid .

- Alternativamente se anulen las resoluciones mencionadas y acuerde retrasar la autorización de entrada hasta que mejore la situación económica de mi representada o hasta la finalización del curso escolar.

- Alternativamente se anulen las resoluciones mencionadas, se retrotraigan las actuaciones al momento anterior en que el Juzgado dictó el auto y se acuerde que por el Juzgado de lo Contencioso - Administrativo dicte auto haciendo el juicio de proporcionalidad mencionado teniendo en cuenta que mi representada tiene hijos menores y los derechos que les asisten o se dicte la resolución que proceda conforme a Derecho debiendo en cualquier caso respetarse el derecho de los menores a estar junto con su padres.

- Se condene en costas a la Administración demandada. » .

**SEXTO.-** Por Providencia de 11 de mayo de 2017, se tiene por interpuesto recurso de casación, y se acuerda dar traslado del escrito de interposición a la parte recurrida y personada (la COMUNIDAD DE MADRID) a fin de que, en el plazo de treinta días, pueda oponerse al recurso, lo que efectúa el Letrado de la Comunidad de Madrid en escrito presentado el 30 de junio de 2017, en el que tras efectuar las manifestaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que tenga por presentado este escrito con sus copias y por opuesta a esta parte en el Recurso de Casación interpuesto contra la Sentencia nº 446/2016 de 28 de septiembre de 2016, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección Octava ), y que, tras los trámites oportunos, dicte Sentencia desestimatoria del Recurso de Casación confirmando la resolución recurrida, con imposición de costas a la parte recurrente. » .

**SÉPTIMO.-** Por providencia de 19 de julio de 2017, y de conformidad con el artículo 92.6 de la Ley de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , se acordó haber lugar a la celebración de vista pública, señalándose al efecto el próximo día 7 de noviembre de 2017, a las 9,30 horas, fecha en que tuvo lugar el acto.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.- Sobre el objeto y planteamiento del recurso de casación: El asunto litigioso y la sentencia impugnada de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de septiembre de 2016 , por la que se desestima el recurso de apelación interpuesto contra el Auto dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 12 de Madrid de 29 de febrero de 2016 , que autorizó la entrada en una vivienda para llevar a debido efecto la ejecución forzosa de una resolución del Instituto de la Vivienda de Madrid.**

El recurso de casación que enjuiciamos, interpuesto por la representación procesal de doña Emma , al amparo de lo dispuesto en el artículo 86 y siguientes de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , tras su reforma por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, tiene por objeto la pretensión de que se revoque la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de septiembre de 2016 , por la que se desestima el recurso de apelación interpuesto contra el Auto dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 12 de Madrid de 29 de febrero de 2016 , que autorizó la entrada en una vivienda para llevar a debido efecto la ejecución forzosa



de una resolución del Instituto de la Vivienda de Madrid, relativo a la recuperación de la posesión del inmueble ocupado ilegalmente.

La Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid fundamenta su decisión de desestimar el recurso de apelación formulado contra el precedente Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 12 de Madrid de 29 de febrero de 2016, con base en las siguientes consideraciones jurídicas:

« [...] Pues bien, consideramos que el Auto de instancia debe ser confirmado por los siguientes motivos.

Ante todo, se ha de señalar, conforme venimos manteniendo en resoluciones anteriores sobre similar cuestión – Sentencias de 13 de noviembre de 2013 recaída en el recurso de apelación nº 1443/2013 y en la de fecha 12 de febrero de 2014 dictada en resolución del recurso de apelación nº 268/2014 – que:

*"...La preceptiva autorización judicial para la entrada en domicilio y demás lugares que requieran el consentimiento previo del titular, como limitación al principio de autotutela administrativa, tiene como único fundamento la protección del derecho a la intimidad proclamado en el art. 18.1 CE., quedando circunscrita la actuación judicial a examinar la regularidad formal del procedimiento del que dimana la Resolución para cuya ejecución forzosa se insta la autorización - sin valoración alguna de fondo - y la competencia del órgano que la dicta. Cumplidos tales requisitos por la Resolución para cuya ejecución forzosa se insta la autorización de entrada, procede su otorgamiento ....No procede en este momento y a los solos efectos de conceder o denegar la autorización solicitada, controlar la conformidad o disconformidad del acto que se trata de ejecutar, que en su caso ha de efectuarse a través del recurso correspondiente, sino simplemente examinar si se han observado en la vía administrativa los requisitos formales que, como garantía de los administrados, exige la LRJAP y normas complementarias y en todo caso, si la entrada en el domicilio solicitado es una medida adecuada y proporcionada para la efectividad de la actuación administrativa... La puesta en práctica de este medio de ejecución forzosa, exige examinar el agotamiento de todos los demás medios para la ejecución forzosa que no exijan invadir el espacio privado, es decir, asegurarse de que la ejecución de ese acto requiere efectivamente la entrada en el domicilio o lugares asimilados a él, así como que la irrupción en el mismo es necesaria. Tales valoraciones (de proporcionalidad del medio de ejecución y de necesidad de la misma ejecución ante la falta de cumplimiento voluntario del acto administrativo), se han llevado a cabo en la sentencia impugnada, como se desprende del Fundamento Jurídico citado, sin que la parte apelante las haya desvirtuado en esta instancia..."*

Similares afirmaciones son predicables de la resolución que ahora se recurre en apelación pues en la misma se han ponderado, la existencia del acto administrativo para cuya ejecución se solicita la autorización de entrada en el domicilio correspondiente, la imposibilidad de ejecución por otros medios, la falta de desalojo de los ocupantes y la ejecutividad del acto administrativo fundamentado en la consideración de que se trata de viviendas cuyo destino es precisamente el acomodo de familias con desprotección social.

Esta Sala no ignora la jurisprudencia reciente del TC al respecto, que precisamente confirma tales consideraciones, siendo su exponente la STC 188/2013, de 4 de noviembre pasado, en la que puede leerse lo siguiente:

*"...En relación con los actos de la Administración cuya ejecución precisa de la entrada en un domicilio, que es el supuesto que ahora interesa, este Tribunal ha señalado, STC 139/2004, de 13 de septiembre, FJ2: "Que al Juez que otorga la autorización de entrada no le corresponde enjuiciar la legalidad del acto administrativo que pretende ejecutarse. Conviene advertir que esta doctrina, aunque se ha establecido en relación con el Juez de Instrucción, que era quien antes de la reforma efectuada por la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante LJCA), otorgaba este tipo de autorizaciones, resulta igualmente aplicable a los Jueces de lo contencioso-administrativo, que son los ahora competentes para emitir aquéllas en los casos en los que ello sea necesario para la ejecución de los actos de la Administración pública ( art. 8.5 LJCA ) -actual 8.6 LICA- pues, en este concreto procedimiento, las atribuciones de estos Jueces se limitan únicamente a garantizar que las entradas domiciliarias se efectúen tras realizar una ponderación previa de los derechos e intereses en conflicto. Como ha señalado este Tribunal (SSTC 160/1991, de 18 de julio, FJ 8 ; 136/2000, de 29 de mayo, FJ 3), en estos supuestos la intervención judicial no tiene como finalidad reparar una supuesta lesión de un derecho o interés legítimo, como ocurre en otros, sino que constituye una garantía y, como tal, está destinada a prevenir la vulneración del derecho. De ahí que, para que pueda cumplir esta finalidad preventiva que le corresponde, sea preciso que la resolución judicial que autorice la entrada en el domicilio se encuentre debidamente motivada, pues sólo de este modo es posible comprobar, por una parte, si el órgano judicial ha llevado a cabo una adecuada ponderación de los derechos o intereses en conflicto y, por otra, que, en su caso, autoriza la entrada del modo menos restrictivo posible del derecho a la inviolabilidad del domicilio. En definitiva, ha de concluirse que, desde la perspectiva constitucional, la resolución judicial por la que se autoriza la entrada en un domicilio se encontrará debidamente motivada y, consecuentemente,*



*cumplirá la función de garantía de la inviolabilidad del domicilio que le corresponde, si a través de ella puede comprobarse que se ha autorizado la entrada tras efectuar una ponderación de los distintos derechos e intereses que pueden verse afectados y adoptando las cautelas precisas para que la limitación del derecho fundamental que la misma implica se efectúe del modo menos restrictivo posible. Como decimos, el órgano jurisdiccional debe velar por la proporcionalidad de la medida interesada, de modo tal que la entrada en el domicilio sea absolutamente indispensable para la ejecución del acto administrativo. Pues será justamente en este juicio de proporcionalidad -al que expresamente remiten nuestras Sentencias 50/1995 y 69/1999, como canon de enjuiciamiento de la licitud de la autorización judicial de entrada en el domicilio-, en el de haberse respetado, no se producirá la vulneración del derecho fundamental. Como se ha indicado en los antecedentes de esta Sentencia, nos encontramos ante un caso en el que la Administración intenta ejecutar forzosamente el contenido de la resolución que ha dictado previamente y que el afectado se ha negado a cumplir voluntariamente.... la invocación realizada por el recurrente en amparo de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 24 de abril de 2012, caso Yordanova y otros c. Bulgaria, no puede resultar de aplicación al caso que ahora contemplamos pues en aquélla se entiende que existe una discriminación étnica, cuya proscripción constituye la motivación de la Sentencia, circunstancia que no acontece en el presente caso, en el que sólo se alude tangencialmente a una posible discriminación con otros moradores de construcciones a quienes en el futuro y eventualmente se puedan otorgar soluciones distintas, cuando se produzca la modificación municipal del planeamiento, término de comparación eventual, futuro e incierto que no puede sustentar la alegación de trato discriminatorio. Otro tanto acontece con la invocación del art. 8 CEDH que establece que "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. La autoridad pública solamente podrá injerirse en el ejercicio de este derecho en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y sea una medida necesaria, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de los delitos, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades de los demás", que en modo alguno pueden entenderse infringidos por el acto administrativo dictado para la protección de la legalidad urbanística y la ejecución del mismo una vez adquirida firmeza, que requiere inexorablemente la entrada en el domicilio objeto de dicha resolución, para proceder a la demolición en ella acordada y cuya inviolabilidad es el derecho fundamental sobre el que se solicita amparo constitucional, puesto que el respeto al domicilio que proclama el alegado art. 8 CEDH tiene como límite, entre otros supuestos, que la entrada en el mismo sea precisa para la ejecución de un acto administrativo firme y consentido en una ponderación de adecuada proporcionalidad de la inmisión, como ya ha sido analizado. Y por lo que se refiere al derecho del art. 47 CE (que no es de los comprendidos en el art. 53.2 CE), no se observa en el caso la incidencia de tal derecho en la inviolabilidad domiciliaria, cuando sólo se debate la necesidad y proporcionalidad de la entrada en el domicilio del recurrente, pues la demolición de la vivienda fue ya acordada con carácter de firmeza por la Administración municipal....".*

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. » .

El Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 12 de Madrid autorizó la entrada en la vivienda con base en la exposición de los siguientes razonamientos jurídicos:

« [...] El privilegio de autotutela atribuido a la Administración Pública no es contrario a la Constitución, sino que engarza con el principio de eficacia enunciado en el Art. 103 de la CE ( SSTC 22/1984 , 238/1992 , 148/1993 , 78/1996 ), y que la ejecutividad de sus actos en términos generales y abstractos tampoco puede estimarse como incompatible con el artículo 24.1 de la CE ( SSTC 66/1984 , 341/1993 , 78/1996 ), pero sin que, tal prerrogativa pueda primar sobre el contenido de los derechos y libertades de los ciudadanos ( SSTC 22/1984 , 171/1997 ).

Para la entrada en domicilio, el artículo 18.2 de la CE , exige el consentimiento del titular o una resolución judicial de autorización, salvo el caso de flagrante delito.

[...] La Letrada de la Comunidad de Madrid mediante escrito de 1 de septiembre de 2015 solicitó autorización de entrada para entrar en la vivienda sita en CALLE000 NUM000 , NUM001 de Madrid para desalojar a D<sup>a</sup>. Blanca y demás ocupantes propiedad del IVIMA, ilegalmente ocupada por la infrascrita.

La Comunidad de Madrid, inició procedimiento de recuperación de inmuebles de conformidad con el artículo 11 de la Ley 3/2001, de 21 de junio, de Patrimonio de la Comunidad de Madrid .



Se dictó resolución 1073/AD/I 1, de 29 de abril, del Director Gerente del Instituto de la Vivienda de Madrid por la que se acuerda la recuperación posesoria del inmueble. Constando la negativa al desalojo voluntario del inmueble ilegalmente ocupado se ha procedido a solicitar autorización judicial de entrada en domicilio para llevar a cabo las determinaciones administrativas adoptadas. La notificación de dicha resolución consta notificada a la persona interesada identificada con nº de DNI NUM002 que no firmo. Se concedió trámite de audiencia. Asimismo consta notificada la resolución del Director Gerente del IVIMA de 29 de abril de 2011, notificada en la persona de quién dice ser la cuñada de la interesada D<sup>a</sup>. Enriqueta con DNI NUM003 el día 4 de julio de 2011 por la que se le entrega apercibimiento de ejecución forzosa negándose a firmar.

La ocupante ilegal de la referida vivienda no ha efectuado alegaciones al respecto. Con fecha 5 de febrero de 2016 efectuó alegaciones Da. Emma que interesa se desestime la autorización de entrada o alternatively se acuerde retrasar la autorización de entrada hasta que mejore la situación económica de Emma o hasta la finalización del curso escolar.

[...] Se ha concedido en el presente procedimiento de autorización de entrada trámite de audiencia a la ocupante de la vivienda reseñada, quien no ha sido localizada al efecto y si Da. Emma .

De la solicitud presentada por la Letrada de la Comunidad de Madrid y documentación que a la misma acompaña se deduce sin ningún género de dudas que la ocupante de la vivienda tiene pleno conocimiento de que ocupa la misma de forma ilegal.

La resolución Administrativa ha sido dictada por el órgano competente y se ha seguido el procedimiento legalmente previsto y 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.

Consiguientemente, al no haber prestado autorización para la entrada en el domicilio para llevar a debido cumplimiento los actos forzosos de la Administración, en concreto desalojar la vivienda ocupada, se autoriza la entrada en la vivienda anteriormente citada a fin de llevar a efectivo cumplimiento los actos forzosos de la Administración. 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 presente procedimiento de autorización de entrada. » .

El recurso de casación se fundamenta en la alegación de que la sentencia de apelación dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid recurrida infringe los artículos 11 y 12 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de marzo, de Protección Jurídica del Menor , y 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 de entrada en domicilio prevista en el artículo 18.2 de la Constitución .

Se expone que el artículo 11 de Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor establece, en el apartado 1, que las Administraciones Públicas facilitarán a los menores la asistencia adecuada para el ejercicio de sus derechos, establece también que las Administraciones Públicas deberán tener en cuenta las necesidades de los menores al ejercer sus competencias enumerando varias materias siendo una de ellas la de vivienda., Y, en su apartado 2, dispone que serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores la supremacía de su interés superior, el mantenimiento en su familia de origen, su integración social y familiar.

Se recuerda que el artículo 12 de la citada Ley obliga a los poderes públicos a proteger a los menores ante situaciones de riesgo primando las medidas familiares a las asistenciales.

Y se manifiesta que el artículo 27, en sus apartados 1 y 3, de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social y ordenan que se adoptarán medidas para ayudar a los padres prestando asistencia material, particularmente, con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

Se reprocha al Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 12 de Madrid que, aunque hubiere realizado un juicio de proporcionalidad sobre los intereses en conflicto, no tuvo en cuenta los derechos de los menores que vienen impuestos por los citados artículos 11 y 12 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor y el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Se exponen, como precedentes judiciales, el Auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia número 39 de Madrid de 6 de marzo de 2013 (Autos 1649/2012) que, en un procedimiento de desahucio, acordó la suspensión del lanzamiento de una vivienda de titularidad de la Empresa Municipal de la Vivienda, con base en la aplicación del artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y resoluciones de adopción de medidas cautelares del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.



Con base en estas alegaciones se solicita que se anule la sentencia recurrida. Con carácter alternativo, se pide que se acuerde retrasar la autorización de entrada en el domicilio hasta que mejore la situación económica de la recurrente o hasta la finalización del curso escolar de sus hijos menores de edad.

También, con carácter alternativo, se postula que se retrotraigan las actuaciones al momento anterior en que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Madrid dictó el Auto y se acuerde que por dicho Juzgado se dicte nuevo Auto haciendo el juicio de proporcionalidad teniendo en cuenta que la recurrente tiene hijos menores y los derechos que les asisten. En último término se pide que se dicte la resolución que proceda conforme a Derecho debiendo, en cualquier caso, respetarse el derecho de los menores a estar junto con sus padres.

**SEGUNDO.- Sobre la formación de jurisprudencia relativa a determinar la interpretación aplicativa 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 de entrada en domicilio a la que se refiere el artículo 18.2 de la Constitución española .**

La cuestión sobre la que esta Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo debe pronunciarse para la formación de jurisprudencia consiste en determinar el alcance hermenéutico que ha de 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 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 .

En particular, debemos decidir si resulta exigible que el juez de lo contencioso-administrativo que conoce de la solicitud de autorización de entrada en un domicilio para su ulterior desalojo, tiene que contemplar en su juicio de ponderación la situación singular de los menores afectados y motivar en consecuencia.

A tal efecto, resulta procedente poner de manifiesto que la respuesta jurisdiccional que demos a esta cuestión, comporta resolver si, tal como propugna la defensa letrada de la recurrente en su escrito de interposición y que ha reiterado con alguna modulación en el acto de la vista celebrado ante esta Sala, el Auto dictado por el Juzgado Contencioso-Administrativo número 12 de Madrid el 29 de febrero de 2016 , que autorizó la entrada en la vivienda sita en la CALLE000 número NUM000 de Madrid, y la sentencia de apelación de la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de septiembre de 2016 infringen los artículos 11 y 12 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor , y el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, en relación con lo dispuesto en el artículo 18.2 de la Constitución , que garantiza el derecho a la inviolabilidad del domicilio, y el artículo 24 de la referida prima lex, que reconoce el derecho de todos a la tutela judicial efectiva.

Por tanto, para abordar adecuadamente la cuestión planteada, cabe partir como premisa del contenido prescriptivo de las normas que se aducen como infringidas.

Los artículos 11 y 12 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor , en consonancia con el mandato establecido en los artículos 9.2 y 39 de la Constitución española de 1978 , establece la obligación que se impone a todos los poderes públicos de proteger a los menores de edad ante cualquier situación de riesgo y de garantizar su desarrollo personal en condiciones adecuadas para procurar su integración social y familiar.

La Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre 1989, impone a todos los poderes públicos la obligación de velar por el desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social de los niños menores de edad, constituye un imperativo jurídico.

También debe referirse que el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce el derecho al respeto a la vida privada y familiar, que engloba el derecho a la inviolabilidad del domicilio; disposición que ha sido interpretada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el sentido de garantizar el derecho de protección jurídica de los menores.

Procede, asimismo, poner de relieve que, conforme a la consolidada doctrina del Tribunal Constitucional, expuesta en las sentencias 50/1995, de 23 de febrero , 69/1999, de 26 de abril y 188/2013, de 4 de noviembre , la resolución judicial por la que se autoriza la entrada en un domicilio debe estar debidamente motivada y, consecuentemente, debe cumplir la función de garantía de la inviolabilidad del domicilio que le corresponde, de modo que pueda comprobarse que se ha autorizado la entrada tras efectuar una ponderación de los distintos derechos e intereses que pueden verse afectados y adoptando las cautelas precisas para que la limitación del derecho fundamental que la misma implica se efectúe del modo menos restrictivo posible.

Asimismo, refiere el Tribunal Constitucional en las citadas sentencias que «el órgano jurisdiccional debe velar por la proporcionalidad de la medida interesada, de modo tal que la entrada en el domicilio sea



absolutamente indispensable para la ejecución del acto administrativo. Pues será justamente en este juicio de proporcionalidad -al que expresamente remiten nuestras Sentencias 50/1995 y 69/1999 , como canon de enjuiciamiento de la licitud de la autorización judicial de entrada en el domicilio-, en el de haberse respetado, no se producirá la vulneración del derecho fundamental».

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en las sentencias de 24 de abril de 2012 (Caso Yordanova y otros contra Bulgaria ) y de 17 de octubre de 2013 (Caso Winterstein y otros contra Francia ), declara que cualquier persona en riesgo de sufrir la pérdida del hogar familiar debe tener la garantía de que la medida sea proporcionada y razonable, y que esa proporcionalidad y razonabilidad será valorada por un tribunal atendiendo a todos los factores involucrados de carácter social y personal.

Conforme a estos parámetros normativos y jurisprudenciales de enjuiciamiento, cabe referir que esta Sala considera que el Auto del Juzgado de lo Contencioso- Administrativo número 12 de Madrid de 29 de febrero de 2016 , ha vulnerado las garantías procedimentales que se infieren de lo dispuesto en los artículos 18.2 y 24.1 de la Constitución , en relación con lo dispuesto en los artículos 11 y 12 de la Ley Orgánica 1/1996, y el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, al sostener, sin efectuar un previo juicio de las circunstancias concurrentes, que inciden en los derechos e intereses de los menores afectados por la ejecución de la decisión judicial, que la presencia de menores de edad en la vivienda cuyo desalojo se pretende en ejecución de una resolución del Instituto de la Vivienda de Madrid (organismo dependiente de la Comunidad de Madrid), es «una cuestión de tipo social», ajena al procedimiento judicial de autorización, «que debe resolverse por los órganos administrativos municipales o autonómicos».

Cabe subrayar que, en el supuesto que enjuiciamos en este recurso de casación, era insoslayable la ponderación, por parte del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 12 de Madrid y por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de los derechos e intereses de los menores afectados, porque previamente se había planteado por la recurrente doña Emma ante los órganos judiciales que dicha vivienda era el hogar familiar, donde convivía con su pareja y sus tres hijos Flora , Adoracion y Hermenegildo en condiciones de extrema vulnerabilidad, debido a su situación económica, invocando la protección que debía otorgarse a sus hijos menores de edad, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 11 y 12 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de marzo, de Protección Jurídica del Menor , y el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989.

Por ello, apreciamos que esta resolución judicial contiene una fundamentación inadecuada, por insuficiente, pues no ha efectuado un juicio sobre la proporcionalidad de la medida adoptada, que incide en la esfera de protección de los derechos e intereses legítimos de los menores, que están abocados a desalojar la vivienda.

Consideramos, asimismo, que esta decisión del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 12 de Madrid supone una desconsideración del deber jurídico que se impone a los jueces de lo contencioso-administrativo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8.6 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa , de tener que valorar y ponderar los distintos derechos e intereses que pueden verse afectados.

De esta disposición procesal, interpretada a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional y de la del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, se desprende que el juez de lo contencioso-administrativo, al autorizar la entrada en un domicilio particular para proceder a su desalojo en el que residan menores de edad, debe tomar en consideración la aplicación del principio de proporcionalidad, y, en consecuencia, adoptar las cautelas adecuadas y precisas para asegurar y garantizar una protección integral y efectiva de los derechos e intereses de los menores.

En suma, debemos concluir que el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 12 de Madrid, que autoriza la entrada en el domicilio, para ser acorde con el derecho a una resolución motivada y fundada en Derecho que garantiza el artículo 24 de la Constitución , debía contener una valoración de todos los elementos y datos disponibles en el momento que se adopta la decisión judicial restrictiva del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, reconocido en el artículo 18.2 de la prima lex, pues ello resulta exigible para entender que se ha realizado el juicio de proporcionalidad de la medida.

Conforme a los precedentes razonamientos jurídicos expuestos, esta Sala respondiendo a la cuestión planteada en el recurso de casación que presenta interés casacional objetivo, considera que:

1) Resulta incompatible con la debida protección jurídica de los derechos e intereses de los menores de edad, tal como se reconoce en los artículos 11 y 12 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de marzo, de Protección Jurídica del Menor , y en el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, en relación con las garantías establecidas en los artículos 18.2 y 24 de la Constitución , una resolución del juzgado de lo contencioso-administrativo de autorización de entrada en el domicilio (de conformidad con la potestad que le confiere el artículo 8.6 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa ) que no





esté suficientemente motivada, en la medida que resulta exigible que el juez de lo contencioso-administrativo pondere la situación personal, social y familiar particular de los menores de edad que pueden verse afectados por la ejecución de la orden de desalojo.

**2)** Resulta incompatible con la debida protección jurídica de los derechos e intereses de los menores de edad, tal como se reconoce en los artículos 11 y 12 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de marzo, de Protección Jurídica del Menor, y en el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, en relación con la garantía de inviolabilidad del domicilio del artículo 18.2 de la Constitución, una resolución del juzgado de lo contencioso-administrativo de autorización de entrada en domicilio que no contenga un juicio acerca de la aplicación del principio de proporcionalidad, que se efectúe teniendo en cuenta los datos y elementos disponibles sobre la afectación de los derechos e intereses de los menores de edad que la decisión judicial comporta.

En consecuencia con lo razonado, procede declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Emma contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de septiembre de 2016, que desestimó el recurso de apelación 475/2016, interpuesto contra el Auto del Juzgado número 12 de lo Contencioso-Administrativo de Madrid de 29 de febrero de 2016, dictado en el Procedimiento de Autorización de entrada en domicilio número 341/2015, que casamos.

Y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (en la redacción introducida por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio), procede ordenar la retroacción de las actuaciones para que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 12 de Madrid dicte Auto por el que se resuelva la solicitud formulada por el Instituto de la Vivienda de Madrid de entrada en la vivienda sita en la CALLE000 número NUM000 de Madrid, de forma motivada, efectuando un juicio de proporcionalidad respecto de la situación de vulnerabilidad de los hijos menores de edad de la recurrente.

#### **TERCERO.- Sobre las costas procesales.**

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4 y 139.1 de la Ley de la Jurisdicción, la Sala acuerda que no procede la imposición de las costas de casación a ninguna de las partes, abonando cada una las causadas a su instancia y las comunes por mitad, y tampoco procede la imposición de las costas de instancia, pues la controversia planteada suscitaba dudas de derecho suficientes como para considerar improcedente la condena en costas al litigante vencido.

#### **FALLO**

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido:

**Primero.- Que debemos declarar y declaramos haber lugar** al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Emma contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que desestimó el recurso de apelación 475/2016, interpuesto contra el Auto del Juzgado número 12 de lo Contencioso-Administrativo de Madrid de 29 de febrero de 2016, dictado en el Procedimiento de Autorización de entrada en domicilio número 341/2015, que casamos.

**Segundo.- Ordenar la retroacción de las actuaciones**, con el objeto de que por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 12 de Madrid se dicte Auto por el que se resuelva la solicitud formulada por el Instituto de la Vivienda de Madrid de entrada en la vivienda sita en la CALLE000 número NUM000 de Madrid, de forma motivada, efectuando un juicio de proporcionalidad respecto de la situación de vulnerabilidad de los hijos menores de edad de la recurrente.

**Tercero.- No procede efectuar expresa imposición de las costas procesales** causadas en el presente recurso de casación ni las originadas en la instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Pedro Jose Yague Gil Eduardo Espin Templado Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat

Eduardo Calvo Rojas Maria Isabel Perello Domenech

Jose Maria del Riego Valledor Angel Ramon Arozamena Laso

**PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia, estando constituida la Sala en Audiencia Pública, lo que, como Letrada de la Administración de Justicia, certifico.