



Roj: **STS 549/2021** - ECLI: **ES:TS:2021:549**

Id Cendoj: **28079130032021100011**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **3**

Fecha: **12/02/2021**

Nº de Recurso: **2118/2020**

Nº de Resolución: **191/2021**

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

Ponente: **FERNANDO ROMAN GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ M 14701/2019,**
ATS 6715/2020,
STS 549/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 191/2021

Fecha de sentencia: 12/02/2021

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 2118/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 26/01/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Román García

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 2118/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Fernando Román García

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Martín Contreras

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Tercera

Sentencia núm. 191/2021

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Eduardo Espín Templado, presidente

D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat



D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. María Isabel Perelló Doménech

D. Fernando Román García

En Madrid, a 12 de febrero de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación n.º 2118/2020, interpuesto por el procurador D. Santiago Montejano Argaña, en nombre y representación de D. Carlos María y de D.^a Concepción, bajo la dirección letrada de D.^a Esther Moreno Vicente, contra la sentencia de fecha 24 de octubre de 2019, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que estimó el recurso de apelación n.º 602/2019, interpuesto contra el auto de fecha 1 de marzo de 2019 del Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 14 de Madrid.

Ha sido parte recurrida la Comunidad de Madrid, representada y defendida por el Letrado de sus Servicios Jurídicos.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Fernando Román García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Los recurrentes, D. Carlos María y D.^a Concepción, conviven desde 2016 con sus dos hijos menores -mellizos, nacidos el NUM007 de 2019- y la madre de D. Carlos María en la vivienda social sita en la DIRECCION007 n.º NUM001 de DIRECCION000 (Madrid). La propiedad de esta vivienda corresponde a la Agencia de Vivienda Social de la Comunidad de Madrid.

Tras ser requeridos formalmente el día 23 de febrero de 2017 para que desalojaran voluntariamente la vivienda y negarse a hacerlo, la Directora Gerente de la Agencia de Vivienda Social dictó la Resolución n.º 1.467/2017, de 17 de mayo, acordando la recuperación posesoria del inmueble citado, disponiendo el desalojo de cuantas personas, muebles y enseres se encontraran en él. Dicha resolución les fue debidamente notificada el día 6 de junio de 2017, practicándose asimismo apercibimiento de ejecución forzosa, sin que aquéllos desalojaran voluntariamente la vivienda.

SEGUNDO.- La Comunidad de Madrid formalizó entonces su solicitud para que le fuera autorizada la entrada en domicilio a los efectos indicados mediante escrito que tuvo entrada en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 14 de Madrid el 7 de diciembre de 2018.

Dado traslado de la solicitud a los ocupantes, éstos se personaron en el procedimiento, presentando escrito -a través de letrado- oponiéndose a aquélla con base en el interés superior de los menores y en su derecho a una vivienda digna.

El 4 de febrero de 2019 la titular del Juzgado dictó providencia del siguiente tenor literal:

" Dada cuenta; Solicitada autorización de entrada y no constando, tras la resolución nº 1467/2017 de recuperación posesoria, intento de ejecución o requerimiento de desalojo. En el que se constate que efectivamente no se procediera al mismo voluntariamente, se requiere a la Administración para que aporte justificación de este extremo, en el plazo de DIEZ DÍAS.

En otro orden de cosas, atendiendo a las alegaciones que se hicieron por la afectada, dese traslado de la misma a la Administración, al objeto de que en lo posible, la ejecución de la resolución se tengan en cuenta las circunstancias en el escrito contenidas" (sic).

El 26 de febrero de 2019 el Letrado de la Comunidad de Madrid presentó escrito manifestando haber cumplido todos los requisitos exigidos por la LEC y ofreciéndose a subsanar inmediatamente cualquier defecto en que hubiera podido incurrir, acompañando escrito del Jefe del Área de Inspección en que se relataban resumidamente los hitos principales ocurridos en la vía administrativa y se hacían constar las fechas en que se habían notificado a los ocupantes las decisiones administrativas tendentes al desalojo voluntario y forzoso de la vivienda.

Pese a ello, el referido Juzgado dictó auto en fecha 1 de marzo de 2019, del siguiente tenor:

"ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- *En el presente procedimiento de solicitud de entrada en domicilio 515/2018, realizado por el letrado de la Comunidad de Madrid, no habiéndose efectuado la solicitud en la forma debida, se requirió en fecha 04/02/19 a la parte actora para que en el término de cinco días acreditara ante el Juzgado que se ha dado audiencia a los*



moradores y la negativa expresa de los mismos a la actuación administrativa, bajo apercibimiento de archivo del asunto en caso contrario:

Si bien la Comunidad de Madrid aporta, en contestación a nuevo requerimiento, información del Área de Inspección de Vivienda de la CAM, sobre requerimiento para el desalojo voluntario del inmueble sito en DIRECCION007 NUM001 de DIRECCION000, ha transcurrido el plazo concedido por medio de providencia de fecha 04/02/1, sin haber dado cumplimiento a lo requerido en la misma, esto es, sin acreditar al Juzgado que se ha dado en efecto audiencia a los moradores .y la negativa expresa de los mismos a la actuación administrativa pretendida.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Transcurrido el plazo sin haberse subsanado el defecto apuntado en la providencia de 04/02/19 consistente en acreditar documentalmente que se ha dado audiencia a los moradores y la negativa expresa de los mismos a la actuación administrativa, de conformidad -con lo establecido en el artículo 45.3 LJCA, procede inadmitir a trámite el recurso y acordar el archivo de las actuaciones, todo ello sin perjuicio de que el Ayuntamiento pueda solicitar de nuevo la autorización judicial de entrada una vez subsane los referidos defectos, con remisión del expediente completo."

Por todo ello:

DISPONGO: INADMITIR A TRÁMITE LA SOLICITUD efectuada por el Letrado de la Comunidad de Madrid, para proceder a la ejecución forzosa del desalojo de la vivienda sita en DIRECCION007 NUM001 de DIRECCION000, Y ACORDAR EL ARCHIVO de las presentes actuaciones".

TERCERO.- Por el Letrado de la Comunidad de Madrid se interpuso recurso de apelación contra el referido auto, en el que se expresaba que no sólo se había dado cumplimiento al supuesto defecto advertido por el Juzgado, sino que la información requerida ya formaba parte de la documentación adjuntada a la solicitud de entrada, y se solicitaba de la Sala de apelación la revocación del auto del Juzgado y la autorización de entrada para poder proceder a la ejecución forzosa de la Resolución n.º 1467/2017.

Tramitado dicho recurso, los ahora recurrentes se opusieron al mismo, dictando sentencia la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 24 de octubre de 2019, en cuyos Fundamentos Quinto a Octavo se señalaba:

"QUINTO.-La recurrente solicita, además, un pronunciamiento de fondo, y esta Sala considera que es posible en este caso, en que la parte solicitante aportó toda la documentación que consideró pertinente, y los ocupantes del domicilio, han sido oídos, tanto en el proceso seguido en primera instancia, como en éste recurso de apelación.

(...)

Se ha hecho referencia en múltiples ocasiones a los requisitos exigidos por la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la materia, que, aunque configurada cuando la competencia para conceder la autorización correspondía a los Juzgados de Instrucción, es plenamente aplicable al caso, resumiéndola en las siguientes pautas:

A) La resolución del órgano de la Jurisdicción Ordinaria no es otra cosa que un eslabón más en la cadena o sucesión de actuaciones integrantes del expediente en el que es exigible esa actuación jurisdiccional, puesto que acepta la doctrina que toda ejecución supone la realización de un derecho previamente declarado en un acto, el cual a su vez ha de tener constancia formal inequívoca, certeza de su contenido y de destinatario, que dispense de la necesidad de una previa interpretación de su alcance y de su extensión y que permita su realización inmediata, integrando lo que en suma se conoce como un "título ejecutivo".

B) Se exige que el obligado haya conocido el acto mediante su formal notificación, y dispuesto del tiempo suficiente para el cumplimiento voluntario, que no ha realizado, siéndole concedida incluso una nueva oportunidad antes de la adopción de medidas de compulsión.

C) El Juez ha de controlar, además de que el interesado es, efectivamente, el titular del domicilio para cuya entrada se solicita la autorización, la necesidad de dicha entrada para la ejecución del acto de la Administración, que éste sea dictado por la autoridad competente, que el acto aparezca fundado en Derecho y necesario para alcanzar el fin perseguido y, en fin, que no se produzcan más limitaciones que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto.

D) Por último, y puesto que el efecto de ejecutoriedad del acto administrativo está fundado en la previa ejecutividad del mismo (arts. 95 y 94 de la LRJ- PAC) en el procedimiento de control de la autorización de entrada deberá verificarse la ejecutividad del acto cuya ejecución se pretende.



SEXTO.- El requerimiento realizado por el Juez de Instancia (acreditación documental de un intento de desalojo de los ocupantes de la vivienda posterior a la resolución 1467/2017; y constatación de su no cumplimiento voluntario) parece estar incardinado en el extremo B) de las referidas.

Pues bien, efectivamente, el Tribunal Constitucional en la sentencia 137/1985 de su Sala 2a, de 17 octubre de 1985, dictada con ocasión de un recurso interpuesto contra una autorización judicial de entrada en domicilio, amparándose en la inviolabilidad del domicilio, efectivamente, decía que: "Se exige que el obligado haya conocido el acto mediante su formal notificación, y dispuesto del tiempo suficiente para el cumplimiento voluntario, que no ha realizado, siéndole concedida incluso una nueva oportunidad antes de la adopción de medidas de compulsión dentro de la vía de apremio."

Ahora bien, la posible aplicación que de esta doctrina realiza el Juez a quo no se considera conforme a derecho.

La sentencia de referencia (desestimatoria), argumentaba lo siguiente:

"QUINTO. -

Procede también recordar aquí -por tratarse en definitiva de la efectividad de actos administrativos- que se parte del principio general de autotutela coactiva con fines de ejecución forzosa en el art. 102 LPA, "salvo cuando por Ley se exija la intervención de los Tribunales", situación excepcional esta última que conviene al supuesto que ha determinado la promoción del actual recurso de amparo. Igualmente es de notar que en tales casos la resolución del órgano de la Jurisdicción ordinaria no es otra cosa que un eslabón más en la cadena o sucesión de actuaciones integrantes del expediente en el que es exigible esa actuación jurisdiccional, puesto que acepta la doctrina que toda ejecución supone la realización de un derecho previamente declarado en un acto, el cual a su vez ha de tener constancia formal inequívoca, certeza de su contenido y de destinatario, que dispense de la necesidad de una previa interpretación de su alcance y de su extensión y que permita su realización inmediata, integrando lo que en suma se conoce como un "título ejecutivo".

Se exige que el obligado haya conocido el acto mediante su formal notificación, y dispuesto del tiempo suficiente para el cumplimiento voluntario, que no ha realizado, siéndole concedida incluso una nueva oportunidad antes de la adopción de medidas de compulsión dentro de la vía de apremio.

Dentro de estas coordenadas se desenvuelve la regulación de la vía de apremio en la que se "insertó" la autorización judicial para entrada en el domicilio de la Sociedad hoy recurrente, regulación que requiere la práctica de una liquidación, de la que resulte un deudor tributario concreto, con la consiguiente notificación al mismo, y subsiguiente impago; relación certificada de deudores o certificaciones de descubierto, dictándose providencia de apremio por la que se despache la ejecución contra el patrimonio del deudor, providencia que ha de notificarse también al deudor, pasándose luego en su caso al embargo de bienes de éste, incluso con entrada en el domicilio del mismo, autorización a emitir por la autoridad Judicial.

Resulta pues de la sucinta exposición anterior, de un lado, que todo el "iter" del procedimiento de apremio viene siendo conocido por el titular del domicilio, y, por supuesto, sabedor también de la legal y reglamentaria posibilidad de que el agente ejecutivo penetre en el mismo, para práctica del embargo, provisto -eso sí- del indispensable mandamiento judicial; y, de otro lado, que esa resolución judicial de algún modo cabría reputar que se inserta en el procedimiento administrativo de ejecución forzosa, sin que se hallen ausentes determinadas posibilidades de formación de juicio por parte del titular del órgano jurisdiccional, juicio conducente al otorgamiento o denegación de lo instado, por plurales causas o motivos, que aquí no vamos a enumerar exhaustivamente, pero que tanto pueden ser discordancias en orden a la debida individualización del sujeto pasivo tributario, como a irregularidades trascendentes observadas en las actuaciones que se reflejan en los documentos que la Administración tributaria ha de presentar ante el Juzgado, con su solicitud de mandamiento de entrada en un domicilio".

Pero en el supuesto de autos, y en orden a determinar el conocimiento por los ocupantes de la resolución administrativa y su voluntad contraria a su cumplimiento, nopuede olvidarse que la resolución 1467/2017 que se pretende ejecutar, que acuerda la recuperación posesoria del inmueble, es la secuencia a un requerimiento previo de desalojo, desobedecido por los ocupantes, que se mantenían en la vivienda, como se deduce de ladocumentación acompañada.

Esto es, la resolución 1467/2017 se dicta precisamente para subvenir a la oposición a la ejecución voluntaria del requerimiento de desalojo que se realizó por el Inspector de Vivienda el 23 de febrero de 2017, concediendo a los ocupantes un plazo de ejecución voluntaria, así como un primer trámite de audiencia (folio 20 del rollo de apelación y 8 de la solicitud de entrada).



No puede considerarse de forma abstracta la resolución 1462/2017, puesto que ésta ya iba dirigida a la ejecución forzosa del requerimiento anterior de desalojo, no cumplido, tal como se expresa en su segundo antecedente, y consta en la documentación presentada.

La exigencia de constatación independiente de que esta resolución se había intentado ejecutar, resulta excesiva.

SÉPTIMO.- Pero es que, además, la constancia que se solicita con el requerimiento resulta con mayor razón superflua, porque la presencia en la vivienda de los ocupantes fue confirmada en el proceso, ya que el traslado de la solicitud de autorización de entrada se realizó a los ocupantes, en la vivienda ocupada (folio 36 del proceso), entregada personalmente; habiéndose personado los mismos, solicitando Letrado de oficio, suspendiendo entre tanto la tramitación, y formulado oposición, en escrito presentado el día 4 de febrero de 2019.

Lo que supone evidencia suficiente de la negativa de los ocupantes al cumplimiento voluntario de la resolución, que habían conocido previamente.

OCTAVO.- Valorada la documentación aportada, se aprecia la corrección formal de la resolución cuya ejecución se pretende ejecutar, dictada en un expediente ad hoc, en el que se dio audiencia a los interesados, y con motivación suficiente de su parte dispositiva; ejecutividad de la resolución, que les fue notificada; igualmente, la necesidad de la entrada para su cumplimiento, dado que no existe otro medio alternativo de llevarla a efecto que obvie la entrada en el domicilio, lo que implica considerarla proporcionada; y conocimiento por los interesados de su contenido, y oportunidad suficiente para su cumplimiento voluntario, al que se han opuesto.

Por tanto, que se cumplen todos los requisitos exigibles para autorizar la entrada en el domicilio que se solicita y procede su otorgamiento."

Después, en su Fundamento Noveno, la Sala de instancia se refería a las alegaciones de los ocupantes relativas a la presencia de menores en la vivienda, citando al efecto una sentencia de la propia Sección de 26 de junio de 2014 y otra STS (Sección Sexta) de 6 de febrero de 1997, y reproducía parcialmente la STC n.º 32/2019, de 28 de febrero, referida a la Ley 5/2018, de 11 de junio, de modificación de la LEC en relación con la ocupación ilegal de viviendas.

Y, en el Fundamento Décimo, establecía:

"Así, pues, el Juzgador, puede y debe adoptar las cautelas y prevenciones necesarias para evitar que los menores ocupantes de la vivienda se vean en situación de desamparo grave. Cautelas y prevenciones que deben de afectar, no a la determinación de autorizar o no la entrada de la Administración, sino a los la forma en que pueda ejecutarse esa autorización, y las precauciones que deben adoptarse al realizarse la misma.

Entiende la Sala que es posible cohonestar la actuación administrativa con un respeto a determinadas condiciones en la ejecución, entre las que deben destacar las que versarían, precisamente, sobre los menores.

Entendemos, pues, al contrario de la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2017 (de la que respetuosamente venimos disintiendo desde la sentencia de 25 de enero de 2018), que el juicio de ponderación que se ha de adoptar en los supuestos de presencia de menores, no afecta a la decisión de la entrada, sino a la manera en la que la Administración debe ejecutar la misma.

Esto es, consideramos que la protección de los menores afecta no al "qué" de la autorización, sino más bien al "cómo" de la misma tal y como expresamos en nuestra sentencia de fecha 28 de septiembre de 2018 .

Consideramos respetuosamente que la doctrina sentada en la Sentencia de la Sala 3ª de fecha 23 de noviembre de 2017 , que acabamos de citar, convertiría al juez que autoriza la entrada, no en un juez garante de la inviolabilidad domiciliar y de la ejecutividad del acto, sino en un juez revisor del acto mismo, alterando el sistema de ejecutividad de los actos administrativos.

La ponderación de intereses que es exigible al Juez que autoriza la entrada, no permitiría, a nuestro juicio, más que adoptar medidas en orden a la ejecución de la entrada, medidas que tenderían a la protección efectiva de los menores.

Por tanto, reconsiderando cuanto hemos dicho, entiende la Sección que teniendo en cuenta 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, y ponderando los intereses de los menores que se pudieran ver afectados por la actuación administrativa que lleva implícita la necesidad de irrupción domiciliar que se autoriza judicialmente, deben de adoptar, en ese ejercicio de ponderación y de valoración de intereses, las cautelas procedentes en garantía del interés del menor, lo que no es otra cosa que cumplimiento fiel del mandato del art. 158.4 CC , que obliga al juez, incluso de oficio a dictar "las disposiciones que considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios", prevenciones y cautelas estas, que entendemos no afectan al núcleo de la decisión - donde entendemos sigue vigente la doctrina



del Tribunal Constitucional- sino a aspectos que pudiéramos denominar "periféricos" que versarían sobre las condiciones concretas en que debe desarrollarse la actuación administrativa en el supuesto en que se vean comprometidos derechos de menores de edad.

Todo lo anterior implica que debemos estimar el recurso de apelación interpuesto por la AVS de la CAM, concediendo la autorización solicitada, estableciendo las cautelas que se dirán en la parte dispositiva, a fin de minimizar la repercusión en los menores de las consecuencias del acto administrativo que va a ejecutarse."

Y concluía la sentencia de la Sala de instancia con la siguiente parte dispositiva:

"Que debemos ESTIMAR y ESTIMAMOS recurso de apelación número 602/2019 interpuesto por el Letrado de la Comunidad de Madrid, en nombre y representación de la Agencia de Vivienda Social de Madrid, contra el auto de 1 de marzo de 2019, dictado en el procedimiento de entrada en domicilio n° 515/2018, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n° 14, que acordaba su inadmisión a trámite; revocando el mismo, y:

AUTORIZAR a la Agencia de Vivienda Social de la Comunidad de Madrid la ENTRADA EN LA VIVIENDA sita en DIRECCION007 34 - 3° C de DIRECCION000 , ocupada por D. Carlos María y Dña. Concepción y familia. A REALIZAR EN HORAS DIURNAS que resulten necesarias, a los solos efectos de desalojar del inmueble a los ocupantes y enseres y recuperar la posesión del inmueble, por un funcionario con categoría de técnico de administración general o especial, y los empleados públicos o de la empresa contratista de la Administración que sean necesarios para realizar las labores de desalojo de personas y enseres, en número no superior a cinco; debiendo levantarse acta en que se identifique a todas las personas participantes y sus cargos, y se detalle el curso y resultado de la diligencia, que deberá ser remitida a al referido Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n° 14 de forma inmediata, debiendo quedar, en el caso de que se interrumpa la diligencia sin terminar por caer la noche, el domicilio cerrado y la cerradura sin rotura, en iguales condiciones que estaba, salvo imposibilidad que se comunicará a dicho Juzgado para que resuelva con carácter previo, ADOPTANDO las medidas precisas y necesarias al objeto de causar el menor perjuicio posible a los posibles interesados, pudiendo, en su caso, recabarse al efecto el auxilio de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad del Estado y/o Policía Municipal competentes.

Debiendo informar la administración a la COMISIÓN DE TUTELA DEL MENOR de la CONSEJERÍA DE SERVICIOS SOCIALES DE LA COMUNIDAD DE MADRID, de la fecha de la entrada, a fin de que se adopten, en el supuesto de que sea preciso, las medidas de protección necesarias y adecuadas para la guarda de los menores al producirse el desalojo de la vivienda, en el supuesto de situación de desamparo de estos, debiendo comunicarse la decisiones que en su caso se adopten al Juzgado de instancia.

Una vez practicada la entrada en la vivienda referenciada y ejecutada la Resolución autonómica, comuníquese el resultado a este órgano judicial en el plazo de los quince días siguientes a su ejecución. Y a la COMISIÓN DE TUTELA DEL MENOR DEL INSTITUTO MADRILEÑO DE LA FAMILIA Y EL MENOR de la CONSEJERÍA DE SERVICIOS SOCIALES DE LA COMUNIDAD DE MADRID, así como al MINISTERIO FISCAL.

No se hace pronunciamiento en orden a las costas de esta apelación."

CUARTO.- Con fecha 7 de febrero de 2020, la Sala de instancia dictó auto, en el que, tras señalar que " En fecha de 6 de febrero de 2020 se da cuenta a la Sala del informe remitido por los Servicios sociales del Ayuntamiento de DIRECCION000 , en el que se solicita un aplazamiento de 90 días en el desalojo de la vivienda en cuestión fijado para el día 11 de febrero a las 10:30 horas por la Agencia de la Vivienda Social de DIRECCION000 , pues de producirse el mismo, la familia (compuesta por los padres, dos menores de 1 año de edad y la madre de uno de los padres) quedaría en grave situación de vulnerabilidad" (sic), establecía en su razonamiento jurídico Único lo siguiente:

" Vistas las especiales circunstancias que concurren en el presente supuesto, y aunque la ejecución de lo resulto en nuestro fallo de Apelación y las incidencias correspondientes a dicha ejecución, corresponderían en principio al Juzgado Unipersonal del que procede la resolución impugnada, que es el competente para la ejecución de lo resuelto en esta segunda instancia, habida cuenta, de que las actuaciones se encuentran en este momento en la Sala, que el plazo para el Recurso de Casación no ha concluido y que se ha nombrado nuevo Letrado defensor del apelado antes de concluir dicho plazo, esta Sala resolverá sobre el informe remitido por la Agencia de la Vivienda Social del que se da cuenta.

Visto dicho informe y que a tenor del mismo no se cumplen las condiciones que expresamente se recogen en la parte dispositiva de nuestra sentencia, resolviendo el recurso de Apelación si el desalojo se leva a efecto en la fecha prevista, 11 de febrero próximo, es procedente acordar la prórroga de 90 días que se solicita. Por lo que se acordará en la parte dispositiva de la presente resolución, debiendo comunicarse la misma con carácter inmediato a las partes, Agencia de Vivienda Social y Servicios Sociales de DIRECCION000 ".



Concluía el auto acordando prorrogar la ejecución del desalojo de la vivienda durante un plazo de 90 días, a fin de que la ejecución del fallo pudiera llevarse a cabo en sus propios términos.

QUINTO.- Contra la referida sentencia preparó recurso de casación la representación procesal de D. Carlos María y de D.^a Concepción y, una vez personada ante este Tribunal en tiempo y forma, solicitó la medida cautelar de suspensión de la orden de desalojo de la vivienda arriba indicada, declarándose esta Sala incompetente para resolver dicha petición mediante auto de fecha 30 de julio de 2020.

En virtud de auto de 11 de septiembre de 2020 dictado por la Sección de Admisión de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo, se declaró que la cuestión de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consistía en "reforzar, precisar o matizar la jurisprudencia existente en materia de aplicación del principio de proporcionalidad en los supuestos de autorización de entrada en un domicilio familiar, para proceder a su desalojo, en el que residan menores de edad, en relación con la afectación de los derechos e intereses de los menores de edad que la decisión judicial comporta; y, en particular, si tal ponderación ha de afectar al núcleo de la decisión del desalojo o sólo a los aspectos periféricos relativos a las condiciones concretas en que debe desarrollarse la actuación administrativa".

SEXTO.- La recurrente formalizó la interposición del recurso de casación en escrito de fecha 29 de octubre de 2020, alegando, en síntesis:

"[...] Vulneración de las siguientes normas: artículo 24.1 CE, al estimar la sentencia que la subsanación de la solicitud de la Administración fue válida pese a haberse subsanado una vez precluido el plazo conferido por el Juzgado; artículo 47 CE, que establece que todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada, entendido como el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda en el marco de las políticas sociales basadas en el art. 153 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que también ha sido infringido al no constar que se haya ofrecido ninguna clase de ayuda social; artículo 34.3 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, que garantiza la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social; artículos 39.1, 2 y 3 CE, 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, y 2, 11 y 12 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor. Todo ello, alega, al no haberse ponderado en la sentencia la presencia de dos menores y de una persona de la tercera edad y STC 32/2019, de 28 de febrero. STS de 23/11/2017 (recurso 270/2016), de cuya doctrina se aparta deliberadamente la sentencia recurrida.

Invoca en su preparación las circunstancias que permiten apreciar interés casacional objetivo en el recurso contenidas en el apartado a) del artículo 88.2 de la LJCA, y, en segundo lugar, la contenida en el apartado b) del artículo 88.3 del mismo texto legal -aunque, sin duda por error, cita el supuesto b) del apartado 2 del citado artículo-, por entender que concurre un apartamiento deliberado de la jurisprudencia de esta Sala Tercera."

Terminó su escrito suplicando que: "[...] Que teniendo por presentado este escrito, con sus copias, se sirva admitirlo, tenga por formulado **ESCRITO DE INTERPOSICIÓN DE ESTE RECURSO DE CASACIÓN** y, en su día, dicte Sentencia estimatoria del mismo que acuerde: 1º) Estimar este recurso de casación y anular la sentencia impugnada. 2º) Desestimar la pretensión de la demandante en la instancia y acordar la denegación de la entrada en el domicilio con los demás pronunciamientos legales. Con los demás pronunciamientos legales expuestos en este escrito y con expresa imposición de costas."

SÉPTIMO.- Por providencia de fecha 4 de octubre de 2020 se dio traslado del escrito de interposición a la parte recurrida, para que pudiera oponerse al recurso, lo que hizo el Letrado de la Comunidad de Madrid en escrito presentado el 23 de diciembre de 2020, con las alegaciones que estimó convenientes a su derecho y solicitó: "[...] que tenga por presentado este escrito y por opuesta a esta parte en el Recurso de Casación interpuesto contra la Sentencia nº 592, de fecha 24 de octubre de 2019, dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Octava, y que, tras los trámites oportunos, dicte Sentencia desestimatoria del Recurso de Casación confirmando la resolución recurrida."

OCTAVO.- De conformidad con el artículo 92.6 de la Ley de la Jurisdicción, y considerando innecesaria la celebración de vista pública atendiendo a la índole del asunto, mediante providencia de fecha 13 de enero de 2020, quedó el recurso concluso y pendiente de señalamiento para votación y fallo.

NOVENO.- Por providencia de fecha 19 de enero de 2020 se designó nuevo Magistrado ponente al Excmo. Sr. D. Fernando Román García y se señaló para votación y fallo de este recurso el día 26 de enero de 2021, en que tuvo lugar el acto.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso de casación.



Se impugna en este recurso de casación interpuesto por D. Carlos María y D.ª Concepción la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 24 de octubre de 2019.

Esta sentencia estimó el recurso interpuesto por la Comunidad Autónoma de Madrid contra el auto dictado el 1 de marzo de 2019 por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo n.º 14 de Madrid que, a su vez, había inadmitido la solicitud de entrada en domicilio presentada por la Comunidad de Madrid, propietaria de la vivienda social ocupada ilegalmente por los recurrentes, sus dos hijos menores y la madre de uno de aquéllos, para proceder a su desalojo forzoso.

La sentencia impugnada revocó dicho auto y autorizó la entrada en domicilio solicitada, aunque imponiendo para ello las cautelas que constan en su parte dispositiva (que hemos reproducido en el Antecedente de Hecho Tercero).

SEGUNDO.- Alegaciones y pretensiones de la parte recurrente en casación.

Al formalizar su recurso de casación la parte recurrente alega, en síntesis, que la sentencia impugnada ha incurrido en vulneración de la doctrina jurisprudencial relativa a la protección de los menores en supuestos de autorizaciones de desalojo, invocando al efecto la sentencia dictada por esta Sala y Sección el 23 de noviembre de 2017 (recurso 270/2016) y afirmando que, ante la presencia de menores de edad en el domicilio en el que se pretende entrar es "necesario comprobar, antes de autorizar la entrada, que ya se hayan adoptado todas las garantías que resultan precisas "para asegurar y garantizar una protección integral y efectiva de los derechos e intereses de los menores", añadiendo que " *la necesidad de que se verifique la adopción de esas medidas antes de autorizar la entrada y no en el momento de su posterior ejecución resulta necesaria para cumplir con el deber de controlar la actuación de la Administración e impedir que, con la autorización de entrada concedida, pueda actuar posteriormente ignorando su deber de proteger a los menores afectados (u otras situaciones de vulnerabilidad)*".

Y concluye su argumentación señalando: " *En conclusión de lo expuesto, procede que se case la Sentencia recurrida y que este Alto Tribunal precise y matice la Jurisprudencia en los términos expuestos en este escrito, es decir, que el control por el juzgador de instancia, la aplicación del principio de proporcionalidad a la vista de las circunstancias concurrentes y la anteposición del interés superior del niño frente a los intereses legítimos de la Administración se lleve a cabo en el momento de autorizar la entrada y no en el momento de ejecutarla, fijando doctrina que restablezca la seguridad jurídica sobre la cuestión planteada*" (sic).

Por último, precisaba el sentido de sus pretensiones en los siguientes términos:

" *Conforme a lo dispuesto en los artículos 87 bis 2) y 93.1 de la LJCA se solicita de esa Sala:*

1º) *Que estime este recurso de casación y anule la sentencia impugnada.*

2º) *Que desestime la pretensión de la Administración demandante en la instancia y acuerde la denegación de la entrada en el domicilio con los demás pronunciamientos legales.*

3º) *Todo ello conforme a la interpretación que ha sido defendida en este escrito de interposición de la mencionada Jurisprudencia a la que se refiere el Auto admitiendo esta casación*".

TERCERO.- Oposición de la Comunidad Autónoma de Madrid.

La Comunidad Autónoma de Madrid se opone a las alegaciones y pretensiones de la parte recurrente y sostiene, en síntesis, que la sentencia impugnada es ajustada a Derecho.

Manifiesta también que nuestras SSTs de 23 de noviembre de 2019 (RCA 4507/2019) y de 10 de diciembre de 2020 (RCA 7176/2019) " *si bien profundizan en la cuestión, no delimitan suficientemente la interpretación del repetido principio de proporcionalidad y el alcance de la ponderación que corresponde al órgano judicial es ciertamente difuso*".

Y, tras invocar las SSTC de 4 de noviembre de 2013 (recurso n.º 3769/2012) y de 28 de febrero de 2019 (recurso n.º 473/2018), señala respecto de la doctrina sentada por esta Sala:

" *No se puede dejar de notar que existe una cierta contradicción, dicho de nuevo con respeto, pues si bien es tajante al señalar que el órgano judicial no puede paralizar un desalojo consolidando una situación que, ante todo, es de ilegalidad, viene, en la práctica, a exigir una carga para la Administración cuyo contenido y alcance es indefinido, y que no cuenta con más límite que la inexistencia de una obligación de proporcionar una vivienda alternativa.*

Parece que se estaría considerando insuficiente la notificación de la situación a la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid ex post, si bien lo que resultaría de la Sentencia recurrida es que la notificación se



efectúe antes del desalojo y a fin de que se adopten las cautelas oportunas de forma que el lanzamiento resulte lo menos gravoso posible y para que los menores no queden, en modo alguno, en situación de desamparo.

Esto supone, de nuevo, que la respuesta a la cuestión suscitada en el presente Recurso de Casación es que en supuestos de autorización de entrada en un domicilio en que residan menores de edad, para proceder a su desalojo, la ponderación en relación con la afectación de los derechos e intereses de los menores de edad que la decisión judicial comporta sólo debe afectar a los aspectos periféricos relativos a las condiciones concretas en que debe desarrollarse la actuación administrativa. (...)

Y es que, como se ha rogado en recursos precedentes, es deseable que se concreten las premisas bajo las cuales, si existiesen menores, se puede otorgar la autorización judicial solicitada, extremo al que no se encuentra respuesta; o al menos, no una respuesta sustancialmente distinta de las ya obtenidas con anterioridad, dejando la cuestión en un ámbito de indeterminación que genera nuevos interrogantes.

De cualquier manera, ante supuestos en los que existe una ocupación ilegal de viviendas públicas y que, en la medida en que existiese un título de ocupación que el demandado pudiese aportar, la acción quedaría enervada. En este sentido es en el que realmente deberían entenderse la Convención de los Derechos del Niño, dado que el supuesto para su aplicación son las injerencias arbitrarias o ilegales o los ataques a la honra y reputación de los menores. Y lo cierto es que el acto administrativo que se pretende ejecutar con la entrada en domicilio, oportunamente notificado, excluye la posibilidad de una injerencia arbitraria o ilegal, puesto que lo que pretende es poner fin a la ocupación de una vivienda pública sin título alguno para ello".

Con base en lo expuesto, concluye la parte recurrida solicitando la desestimación del recurso de casación y la confirmación de la resolución recurrida.

CUARTO.- Doctrina sobre la cuestión de interés casacional.

I. El auto de admisión dictado el 11 de septiembre de 2020 por la Sección de Admisión de esta Sala Tercera estableció que "la cuestión que presenta interés casacional objetivo consiste en reforzar, precisar o matizar la jurisprudencia existente en materia de aplicación del principio de proporcionalidad en los supuestos de autorización de entrada en un domicilio familiar, para proceder a su desalojo, en el que residan menores de edad, en relación con la afectación de los derechos e intereses de los menores de edad que la decisión judicial comporta; y, en particular, si tal ponderación ha de afectar al núcleo de la decisión del desalojo o sólo a los aspectos periféricos relativos a las condiciones concretas en que debe desarrollarse la actuación administrativa".

II. Sobre la referida cuestión se ha pronunciado ya esta Sala y Sección, en la STS n.º 1.581/2020, de 23 de noviembre (RCA 4507/2019) y en la STS n.º 1.701/2020, de 10 de diciembre (RCA 7176/2019).

Y, dado que no apreciamos la concurrencia de ningún motivo que justifique un apartamiento o rectificación de dicha doctrina, en aplicación del principio de unidad de doctrina, trasunto de los de seguridad jurídica e igualdad en la aplicación de la ley, debemos ahora reiterarla.

III. Al efecto, debemos comenzar señalando que la doctrina que sentamos en nuestra STS n.º 1.797/2017, de 23 de noviembre, debe ser confirmada en esta sentencia. No es preciso que reproduzcamos ahora la normativa nacional e internacional y las razones que avalan la conclusión alcanzada entonces sobre la necesidad de que el juez al que se solicita la autorización de entrada en domicilio para proceder al desalojo forzoso de una vivienda ocupada ilegalmente en la que habitan menores de edad, pondere las circunstancias del caso -teniendo presente el interés superior del menor- antes de autorizar dicha entrada en domicilio. Basta con que nos remitamos a la fundamentación de dicha sentencia, que consideramos de plena vigencia.

A mayor abundamiento, esa necesidad de ponderación de todos los derechos e intereses concurrentes en el caso aparece corroborada en la doctrina del Tribunal Constitucional. Baste mencionar a tal efecto la STC 188/2013, de 4 de noviembre, también referida a una orden de desalojo de una vivienda en la que habitaban menores de edad, en la que -con cita de otras anteriores en el mismo sentido, singularmente de la STC 139/2004, de 13 de septiembre- se establecía: " *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*".

IV. Empero, como hicimos en las SSTS n.º 1.581/2020 y 1.701/2020, antes citadas, parece conveniente y necesario que demos ahora un paso más, puesto que en nuestro caso la cuestión controvertida no es, en



esencia, si debe o no efectuarse esa ponderación por el órgano judicial, cuestión que debe ser respondida, sin ninguna duda, en sentido afirmativo. La cuestión polémica ahora planteada es la del alcance de dicha ponderación, esto es, si tal ponderación ha de afectar al núcleo de la decisión del desalojo o sólo a los aspectos periféricos relativos a las condiciones concretas en que debe desarrollarse la actuación administrativa, singularmente en aquellos casos en que la vivienda es ocupada ilegalmente por personas especialmente vulnerables.

La respuesta a esta cuestión es que la ponderación exigida al juez no puede afectar al núcleo de la decisión del desalojo. Si tal cosa se hiciera, la competencia atribuida al juez para autorizar la entrada en domicilio como garantía preventiva del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio se transmutaría, subrepticamente, en la atribución -de facto- a aquél de una competencia para revisar un acto administrativo firme, y eso no es lo querido por el legislador.

Por tanto, el juez no puede, so pretexto de cumplir con la exigencia de ponderación de los intereses concurrentes, paralizar indefinidamente un desalojo forzoso que trae causa de un acto administrativo firme, aparentemente legal, porque estaría permitiendo -y hasta posibilitando, de hecho- la permanencia y consolidación de una situación de ilegalidad, consecuencia que no se acomoda a los postulados constitucionales, que es expresamente rechazada por el legislador (tal como antes apuntamos al referirnos a la Ley 5/2018 y a la STC 32/2019) y que perjudicaría tanto al interés general como a los particulares intereses de propietarios y, en su caso, de los legítimos poseedores de las viviendas ocupadas y, muy especialmente, a los intereses de aquellas otras personas que, encontrándose también en situación de vulnerabilidad y en riesgo de exclusión social, económica y residencial, optan por mantenerse dentro de la legalidad y solicitar la adjudicación de esas viviendas por las vías establecidas.

Pero, con la misma rotundidad debemos afirmar que, al ponderar las circunstancias concurrentes en cada caso concreto, el juez no sólo está facultado, sino que está obligado a modular las circunstancias -materiales y temporales- en que debe desplegar eficacia la autorización de entrada en domicilio. El juez no debe ser ajeno a las consecuencias que pueden derivarse de su decisión de autorizar la entrada en domicilio para proceder al desalojo forzoso y, por ello, antes de emitir esa autorización debe velar por que se reduzcan al mínimo posible las consecuencias negativas que, ineludiblemente, se derivarán de la irrupción domiciliaria.

En ese sentido, el juez debe tomar en consideración todas las circunstancias concurrentes en el momento de adoptar su decisión y, singularmente, la presencia en la vivienda que deba ser desalojada de personas en situación de especial vulnerabilidad, entre las que cabe incluir a los menores, pero también a otras personas que se encuentren necesitadas de protección por razones diversas, como pueden ser las víctimas de violencia de género, o aquellas personas que estén en riesgo de exclusión social por razones económicas o de otro tipo.

Conviene, por tanto, remarcar que el hecho de que en la vivienda que hubiere de ser desalojada forzosamente habitaren personas especialmente vulnerables como las referidas no constituye un impedimento absoluto para que pueda ser autorizada la entrada en el domicilio. Pero también que, en tal caso y de acuerdo con lo dicho, el juez habrá de comprobar, antes de autorizar la entrada en domicilio para el desalojo forzoso, que la Administración ha previsto la adopción de las medidas precautorias adecuadas y suficientes para que el desalojo cause el menor impacto posible a aquellos ocupantes que se encontraren en situación de especial vulnerabilidad.

Naturalmente, la casuística es variada y, por ello, en la aplicación de estos criterios generales de ponderación habrá de atender el juez, en cada supuesto, a las circunstancias concurrentes en el momento en que deba de pronunciarse sobre la solicitud, teniendo presente que deben ser las Administraciones competentes las que, en función de la normativa aplicable y de los medios y recursos disponibles, procedan a articular las medidas de protección adecuadas, sin que el juez pueda imponer la adopción de una concreta medida como condición para autorizar el lanzamiento, ni -mucho menos aun- imponer a la Administración la asignación a los ocupantes ilegales de una vivienda de determinadas características o que se encuentre en determinado entorno.

Pero, eso sí, el juez debe comprobar que la Administración adopta realmente las medidas de protección suficientes para no dejar desamparadas a las personas especialmente vulnerables que vayan a ser desalojadas forzosamente de la vivienda que ilegalmente ocupaban. Esta comprobación adquiere singular importancia cuando entre los ocupantes ilegales de la vivienda haya menores de edad, dado que la normativa nacional e internacional obliga a tomar en consideración el interés superior del menor.

La ponderación de todas esas circunstancias es la que debe quedar reflejada en la motivación que el auto judicial debe incluir para que pueda afirmarse que la decisión judicial de autorizar la entrada en domicilio para materializar el desalojo forzoso de una vivienda ocupada ilegalmente ha sido proporcionada.



V. Esta doctrina que acabamos de exponer sobre el alcance de la ponderación que debe realizar el juez está en línea con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional al enjuiciar desde la perspectiva que le es propia situaciones similares.

Al efecto, conviene recordar que en el supuesto contemplado en la STC 188/2013, relativo al desalojo forzoso de una vivienda construida ilegalmente que debía ser demolida y en la que habitaban menores de edad, el Tribunal Constitucional aludía a la necesidad de ponderación de los distintos derechos e intereses que puedan verse afectados en cada caso, señalando que el principio de proporcionalidad debe ser respetado en la autorización judicial de entrada en domicilio, y que la ponderación de la proporcionalidad de la medida ha de efectuarse teniendo en cuenta los elementos y datos disponibles en el momento en que se adopta la medida restrictiva del derecho fundamental. Y añadía:

" Y en este caso la ponderación de la necesidad de incidir en el derecho fundamental previsto en el art. 18.2 CE , para la ejecución de la resolución administrativa no sólo es proporcionada sino la única posibilidad de su ejecución pues contiene el mandato de su desalojo y demolición y no como pretende el recurrente que la ponderación de proporcionalidad lo sea sobre otra posible solución administrativa eventual y futura que no constituye derecho alguno frente a la ilegalidad de la construcción, cuya cuestión fue firme y consentida en la vía administrativa. (...) A mayor abundamiento, las resoluciones judiciales recurridas en amparo garantizan la proporcionalidad de la entrada en domicilio para la demolición respecto a los derechos educativos de los menores, demorando su ejecución hasta la finalización del curso escolar de éstos".

También esta necesidad de ponderar todos los derechos e intereses afectados está presente en la STC 32/2019, de 28 de febrero, que confirmó la constitucionalidad de la Ley 5/2018, de 11 de junio, relativa a la ocupación ilegal de viviendas.

En el Preámbulo de esa ley, el legislador constata -entre otros extremos- que la ocupación ilegal de un alto porcentaje de viviendas públicas en nuestro país está produciendo un grave perjuicio social, al impedir que puedan ser adjudicadas a aquellas personas o familias a las que correspondería según la normativa reguladora en materia de política social, haciéndolas indisponibles, por tanto, para el fin social al que están destinadas. Y, en coherencia con ello, el legislador se pronuncia con rotundidad en contra de la ocupación ilegal de viviendas, introduciendo en nuestra legislación civil -a través del articulado de la ley- unos mecanismos que permiten agilizar el desalojo forzoso de esas viviendas, pero sin olvidar la debida protección que también en esos casos deben procurar las instituciones a las personas especialmente vulnerables que las ocuparen ilegalmente.

El Tribunal Constitucional ha confirmado la constitucionalidad de esta ley en su sentencia 32/2019, de 28 de febrero, siendo conveniente destacar -a los efectos que ahora interesan- las siguientes consideraciones que, con toda nitidez, se desprenden de su fundamentación:

(i) Por un lado, que el derecho a la elección de residencia no es un derecho absoluto que habilite a ocupar cualquier vivienda o espacio, sino que tiene límites y debe ejercerse dentro del respeto a la ley, estableciendo el Tribunal Constitucional, en coherencia con lo anterior, que *" la decisión judicial de proceder al desalojo de los ocupantes que puede adoptarse en el proceso sumario para la recuperación de la posesión de la vivienda instituido por la Ley 5/2018 no constituye una violación del derecho a la inviolabilidad del domicilio garantizado"* y que *" El juez es la autoridad competente para ordenar y reconducir situaciones contrarias a la norma sustantiva y su adecuación a ella, sin que puedan oponérsele circunstancias de hecho encaminadas a hacer posible la permanencia y consolidación de una situación ilícita, como es la ocupación ilegal de una vivienda"*.

(ii) Y, por otro, que la orden judicial de desalojo no excluye en modo alguno la obligación de los poderes públicos competentes de atender, conforme a las disposiciones aplicables y los medios disponibles, a las situaciones de exclusión residencial que pudieran producirse, en particular cuando afectaren a personas especialmente vulnerables.

Por tanto, de lo expuesto cabe colegir que la doctrina que hemos establecido sobre el alcance de la ponderación que el juez, ineludiblemente, debe realizar en el momento de resolver sobre la solicitud de autorización de entrada en domicilio al objeto de materializar el desalojo forzoso de viviendas ocupadas ilegalmente, está en línea con la doctrina sentada al respecto por el Tribunal Constitucional.

QUINTO.- Aplicación de la doctrina expuesta al supuesto enjuiciado.

Establecida en el Fundamento anterior la doctrina que nos demandaba el auto de admisión de este recurso, estamos en condiciones de resolver el caso concreto que se nos ha planteado.

En el supuesto ahora examinado, la sentencia que es objeto de impugnación en casación, dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, revocó el auto dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 14 de Madrid y autorizó la entrada en la



vivienda ocupada ilegalmente por los recurrentes, por sus dos hijos menores de edad y por la madre de uno de aquéllos, adoptando al efecto determinadas cautelas y prevenciones en su parte dispositiva.

I. Analizando el auto del Juzgado, observamos que éste incurrió en un claro error al inadmitir la solicitud de autorización de entrada formulada por la Comunidad de Madrid con base en la falta de audiencia a los hoy recurrentes, toda vez que constaba claramente que en el expediente administrativo se había dado a éstos la posibilidad de cumplir voluntariamente el requerimiento de desalojo que les había sido debidamente notificado y que, en todo caso, habían tenido pleno conocimiento de las actuaciones administrativas que les afectaban en relación con las acciones de recuperación posesoria ejercitadas por parte de la Comunidad de Madrid respecto de la vivienda social que ilegalmente ocupaban.

II. Así lo interpretó correctamente la Sala de instancia, la cual advirtió además con todo acierto que, en su caso, la respuesta del Juzgado debería haber sido de desestimación de la solicitud y no de inadmisión de la misma.

Por tanto, nada hay que objetar a la decisión de la Sala de instancia de anular el auto del Juzgado que fue objeto del recurso de apelación.

III. Ahora bien, la Sala de instancia, igual que en ocasiones precedentes, manifiesta en su sentencia su discrepancia con la doctrina sentada en nuestra STS nº 1.797/2017, de 23 de noviembre, por considerar que la ponderación a realizar por el juez al examinar la solicitud de desalojo debe quedar referida a los aspectos periféricos y no al núcleo de la decisión de desalojo; esto es, que la ponderación no debe afectar a la autorización en sí misma, sino que debe proyectarse sobre la forma en que se debe ejecutar el desalojo para evitar en la medida de lo posible a los interesados los perjuicios derivados de la irrupción domiciliaria.

Por eso, en la parte dispositiva de la sentencia, tras estimar el recurso de apelación, acuerda imponer una serie de prevenciones y cautelas dirigidas a la Administración " *a fin de causar el menor perjuicio posible a los posibles interesados*" (sic) y, especialmente, a los menores, en el momento de desalojo de la vivienda.

Pues bien, al respecto debemos precisar, una vez más, que de todo lo expuesto hasta ahora se infiere que la discrepancia que la Sala de instancia dice mantener respecto de la doctrina establecida en nuestra STS n.º 1.797/2017, de 23 de noviembre, parece estar basada en una premisa inexacta, pues del tenor de esa sentencia no cabe deducir, en modo alguno, que esta Sala avale que, con ocasión del examen de la solicitud de autorización de entrada en domicilio, el juez pueda revisar la legalidad del acto administrativo firme que acordó el desalojo forzoso.

Antes, al contrario; en aquella sentencia nos limitamos a constatar y a declarar que la resolución judicial que autorizaba la entrada en domicilio carecía de la suficiente motivación, en la medida en que no se había realizado en ella la ponderación que le era exigible en relación con la situación personal, social y familiar de los menores de edad afectados por el desalojo, y que era incompatible con la debida protección de éstos una resolución judicial de desalojo que no contuviera un juicio acerca de la proporcionalidad de la medida.

Dicho lo anterior, es claro que la sentencia impugnada se ajusta adecuadamente a la doctrina jurisprudencial al entender que la ponderación a realizar no debe afectar al núcleo de la decisión del desalojo, sino a los aspectos periféricos de la misma. En este sentido, debemos recordar, una vez más, que el hecho de que en la vivienda que hubiere de ser desalojada forzosamente habitaren personas especialmente vulnerables -como pueden ser los menores- no constituye un impedimento absoluto para que pueda ser autorizada la entrada en el domicilio.

Ahora bien, ese es solo un aspecto de la doctrina jurisprudencial que hemos establecido al respecto. Es importante no olvidar que también hemos dicho que el juez habrá de comprobar, antes de autorizar la entrada en domicilio para el desalojo forzoso, que la Administración ha previsto la adopción de las medidas precautorias adecuadas y suficientes para que el desalojo cause el menor impacto posible a aquellos ocupantes que se encontraren en situación de especial vulnerabilidad.

No basta, por tanto, con que el juez dirija una admonición genérica a la Administración para que el día previsto para el desalojo procure la debida protección de los menores y, en general, de las personas especialmente vulnerables que pudieran resultar afectadas por dicho desalojo; es preciso que, antes de emitir la autorización de entrada, el juez compruebe que la Administración ha adoptado unas concretas medidas al respecto y que, realmente, éstas son suficientes para que, cuando llegue el día y el momento de proceder al desalojo, las personas especialmente vulnerables afectadas sean efectivamente protegidas y no queden desamparadas.

Esta precisión se hace necesaria en el caso que ahora enjuiciamos porque apreciamos que, si bien las cautelas adoptadas por la Sala de instancia en la parte dispositiva de la sentencia impugnada se orientan -indudablemente, en la línea acertada- hacia la debida protección de los menores, no son, sin embargo, suficientes para garantizar la adecuada protección de éstos en el momento del desalojo, momento que,



conforme a lo dicho hasta ahora, debe ser fijado por decisión judicial solo cuando se den las condiciones antes señaladas.

Esta insuficiencia explica que la Sala de instancia tuviera que dictar el auto de 7 de febrero de 2020 a fin de acordar una prórroga de 90 días para materializar el desalojo, cuando la sentencia no había establecido una fecha concreta, ni un plazo o periodo de tiempo para ejecutar el desalojo. Incluso, de la documentación obrante en el rollo de apelación cabe inferir que la fecha del 11 de febrero de 2020, prevista para el desalojo, fue fijada unilateralmente por la Agencia de Vivienda Social de Madrid, sin que conste que tal decisión hubiera sido supervisada (antes) o confirmada (después) por ningún órgano jurisdiccional. Y, aún más, ni siquiera consta que la Administración hubiera comunicado a la Sala de instancia o al Juzgado las concretas medidas de protección de los menores que pensaba adoptar para el momento de ejecutar el desalojo.

IV. En consecuencia, por las razones expresadas debemos anular la sentencia impugnada y ordenar la retroacción de actuaciones a fin de que el Juzgado se pronuncie sobre la solicitud de autorización de entrada formulada por la Comunidad de Madrid con arreglo a los términos fijados en esta sentencia.

SEXTO.- Estimación del recurso. Costas.

En virtud de lo expuesto en los precedentes Fundamentos, debemos estimar el recurso de casación interpuesto por la representación de D. Carlos María y D.^a Concepción contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 24 de octubre de 2019, la cual anulamos.

Y, por las razones antes expresadas, ordenamos la retroacción de actuaciones al momento anterior a la resolución de la solicitud de autorización de entrada formulada por la Comunidad de Madrid, a fin de que el Juzgado se pronuncie sobre ella con arreglo a los términos fijados en esta sentencia.

Conforme a lo previsto en los artículos 93.4 y 139.1 LJCA, disponemos que, en cuanto a las costas del presente recurso de casación, cada parte abone las causadas a su instancia y las comunes por mitad, al no apreciar la Sala que ninguna de las partes haya actuado con mala fe o temeridad; y, respecto de las costas de instancia, no procede efectuar especial imposición de costas a la Administración demandada pese a la desestimación de su recurso, en atención a las serias dudas de Derecho concurrentes en el caso.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido fijar la doctrina jurisprudencial expresada en el Fundamento de Derecho Cuarto de esta sentencia y, en consecuencia:

- 1.-** Declarar haber lugar y estimar el recurso de casación n.º 2118/2020, interpuesto por la representación procesal de D. Carlos María y D.^a Concepción contra la sentencia dictada en apelación por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 24 de octubre de 2019, que casamos y anulamos.
- 2.-** Ordenar la retroacción de las actuaciones al momento anterior a la resolución de la solicitud de autorización de entrada formulada por la Comunidad de Madrid, a fin de que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 14 de Madrid se pronuncie sobre ella con arreglo a los términos fijados en esta sentencia.
- 3.-** Imponer las costas procesales de conformidad con lo establecido en el último Fundamento de Derecho.

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

Así se acuerda y firma.