

El Tribunal Supremo deniega la solicitud de la Comunidad Madrid para entrar en un piso ocupado ilegalmente por una mujer víctima de violencia de género y dos hijos de corta edad

La Sala de lo Contencioso-Administrativo, del Tribunal Supremo ha confirmado la denegación a la Comunidad de Madrid de la solicitud de entrada en un domicilio, para proceder a su desalojo forzoso, que era propiedad de la Agencia de Vivienda Social de la Comunidad y que estaba ocupado ilegalmente por una mujer y sus dos hijos de corta edad por “la absoluta falta de previsión” por parte de la Administración respecto de las medidas de protección para las personas en situación de especial vulnerabilidad que vivían ilegalmente en la casa: no solo los dos niños, sino también la madre, en situación de precariedad económica y presunta víctima de violencia doméstica.

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso

Sede: Madrid

Sección: 3

Fecha: 10/12/2020

Nº de Recurso: 7176/2019

Nº de Resolución: 1701/2020

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

Ponente: MARIA ISABEL PERELLO DOMENECH

Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPREMO SALA DE LO CONTENCIOSO SENTENCIA

En Madrid, a 10 de diciembre de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación 7176/2019, interpuesto por la Procuradora D.ª Nuria Feliu Suárez, en nombre y representación de D.ª Milagros, bajo la dirección letrada de D. Félix Ordoño Martínez, contra la sentencia de fecha 22 de julio de 2018, 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 581/2018, interpuesto contra el Auto de fecha 21 de junio de 2018 dictado en el procedimiento de entrada en domicilio n.º 206/2018, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 19 de Madrid, Ha sido parte recurrida la Comunidad de Madrid, representada y defendida por el Letrado de sus Servicios Jurídicos. Notificándose al Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª María Isabel Perelló Doménech.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La recurrente D.^a Milagros convive con sus cuatro hijos menores, nacidos en 2007, 2010, 2011 y 2017 respectivamente y familia, en la vivienda social sita en la CALLE000 n.º NUM000 de Madrid, propiedad de la Agencia de Vivienda Social de la Comunidad de Madrid. La Sra Milagros y su familia ocupan dicha vivienda ilegalmente -al menos- desde 2016, y admite que no ostenta título que la habilite para dicha ocupación. Entre la documentación acompañada por la solicitante en el recurso de Apelación, consta la resolución que acuerda la no renovación del contrato de arrendamiento suscrito con otra persona, la constatación de la ocupación ilegal de la vivienda por parte de la recurrente y su familia.

El 26 de mayo de 2016 la Sra. Milagros fue requerida para que desalojara voluntariamente la vivienda. Ante su negativa, en virtud de resolución 1010/2017, de fecha 22 de marzo de 2017, la Dirección General de la Agencia de Vivienda Social de Madrid, acordó ejercer las acciones necesarias para la recuperación posesoria del inmueble, que le fué notificada a la interesada el 28 de abril de 2017. Dicha autoridad acodó el ejercicio de acciones judiciales para obtener autorización de entrada en domicilio, con el fin de llevar a cabo la ejecución forzosa de la resolución de recuperación posesoria mencionada.

SEGUNDO.- Turnada la solicitud de autorización de entrada en domicilio al Juzgado de lo ContenciosoAdministrativo n.º 19 de Madrid, haciendo constar en su Auto de 21 de junio de 2018 (FJ 2), "b) constan claramente los actos administrativos que habilitan tal medida, la resolución 1010/2017 de 22 de marzo de 2017 de la Directora Gerente de la Agencia de Vivienda Social de Madrid, Organismo Autónomo de la Comunidad de Madrid que acordó la recuperación posesoria del inmueble de referencia, y disponía el desalojo de cuantas personas, muebles y enseres se encuentren en él;

c) La apariencia de legalidad atendida la competencia del órgano que dictó la resolución con motivación suficiente, la resolución 1010/2017 de 22 de marzo de 2017 de la Directora Gerente de la Agencia de Vivienda Social de Madrid, Organismo Autónomo de la Comunidad de Madrid que acordó la recuperación posesoria del inmueble de referencia, y disponía el desalojo de cuantas personas, muebles y enseres se encuentren en él;

d) la necesidad de la solicitud de entrada habiendo incumplido Don/Doña Milagros, el requerimiento para el desalojo voluntario; y, la proporcionalidad de los dictados de la autorización adecuados y ello por cuanto, existen razones constatadas en el expediente aportado, todas ellas referenciadas en párrafos precedentes de la presente resolución, que justifican la solicitud pretendida, por cuanto, se encuentra más que acreditado la ocupación ilegal del inmueble situado en la CALLE000 n.º NUM000 de Madrid, del Grupo "MADRID SUR", REFERENCIA NUM001, del que es propietaria la Agencia de Vivienda Social de Madrid, Organismo Autónomo de la Comunidad de Madrid, y por quienes no son adjudicatarias, Don/Doña Milagros, familia y demás ocupantes." Y tras hacer referencia a la STS n.º 1797/2017 de 23 de noviembre, en relación con la resolución que acuerda la recuperación posesoria del inmueble, afirma que:

"no solo no consta recurrida en vía administrativa, sino que ni siquiera consta en vía contenciosoadministrativa. No consta en el presente procedimiento actuación alguna de Don/Doña Milagros, más allá de la ignorancia del requerimiento para el desalojo voluntario que se le notificó el 26 de mayo de 2016, y por ello ahora no puede enervar sin mayor acreditación y fundamento la eficacia y validez de la resolución de recuperación de la vivienda sita en la CALLE000 n.º NUM000 de Madrid, del Grupo "MADRID SUR", referencia....., y no es suficiente la existencia de menores a tal fin. Sin perjuicio de que no costa actuación alguna de Don/Doña Milagros para evitar el desalojo que ahora se va a ejecutar no puede obviarse que se ha ignorado el requerimiento de desalojo voluntario desde que se le notificó el 26 de mayo de 2016, y ahora no puede convertir la tenencia de menores en un escudo protector para enervar el desahucio, hecho que conllevaría la vulneración de otro derecho fundamental como es el determinado en el artículo 14 de la Constitución, y con relación a otros

menores cuyos padres dentro de la legalidad están en la lista de espera para ocupar un inmueble como el ocupado por Don/Doña Milagros, insisto, de forma ilegal" Tras transcribir el artículo 14 CE, continúa:

"y a su razón esta juez puede entender que se produciría la vulneración de tal derecho fundamental de igualdad si se priman o se reputan de mejor derecho "las ocupaciones ilegales de los progenitores por la tenencia de los hijos/as", frente a los progenitores que en cumplimiento de la ley están esperando con sus hijos/as, la adjudicación de una vivienda pública, en otros términos, no se puede reputar de mejor derecho a los hijos de "progenitores/ocupantes ilegales" de viviendas públicas, frente a los hijos de "progenitores en lista de espera de una vivienda pública".

En definitiva sin perjuicio de lo que diré a continuación en aras a la protección de los menores NO puede premiar una ocupación ilegal por la tenencia de menores sobre los padres y madres que con respeto a la legalidad vigente se encuentran esperando escrupulosamente a que les sea adjudicado un inmueble de forma legal." Con base en los razonamientos expuestos, el Juzgado dictó auto "autorizando la entrada en domicilio para la ejecución forzosa del acto administrativo de recuperación posesoria del inmueble en cuestión "debiendo adoptarse las medidas necesarias al objeto de causar el menor perjuicio posible, pudiendo, en su caso, recabar al efecto el auxilio de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad competentes. Esa entrada deberá ser efectuada en DÍA LABORABLE (DE LUNES A VIERNES) ENTRE LAS 10:00 Y LAS 20:00 HORAS, Y NUNCA EN HORAS NOCTURNAS. Se concede a la Administración EL PLAZO DE SESENTA DÍAS NATURALES DESDE LA NOTIFICACIÓN DEL PRESENTE AUTO, PARA QUE PROCEDA A PRACTICAR LA ENTRADA AUTORIZADA." TERCERO.- D.^ª Milagros interpuso recurso de apelación contra el referido Auto ante la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid.

Dicha Sala dictó sentencia en fecha 22 de julio de 2018, y tras reproducir parcialmente la STC n.º 188/2013, de 4 de noviembre, hace referencia en su Fundamento Jurídico Cuarto al juicio de proporcionalidad siguiendo el criterio sentado en sentencia anteriores como la 66/1995, 128/1995, o 55/1996, al señalar que" dicho juicio pasa por los criterios de adecuación de la medida, indispensabilidad de la misma y proporcionalidad en sentido estricto, siendo en este último elemento de juicio en el que vista la relación entre fines perseguidos, medida adoptada y derecho afectado, será posible integrar el peculiar modo en que se configura el derecho a la inviolabilidad del domicilio", y recuerda la STC 171/1997 sobre la intensidad del control a realizar por el Juez de la licitud de la entrada en domicilio.

Señala en su Fundamento Jurídico Quinto de la ponderación de intereses en conflicto en este caso, que debe resultar que ceda el interés particular frente a la que defiende la actuación administrativa (STC 66/1985), ya que la entrada en el domicilio del administrado es la única medida adecuada para lograr la plena efectividad del acto administrativo, habiendo tenido la apelante conocimiento de dicho acto mediante notificación, y dispuesto del tiempo suficiente para el cumplimiento voluntario. Recuerda su sentencia de 26 de junio de 2014, y respecto al realojo, destaca la STC n.º 32/2019 de 28 de febrero último, que transcribe parcialmente.

Por último, en el Fundamento Jurídico Sexto, analiza las cautelas y prevenciones necesarias para evitar que los menores hijos de la recurrente se vean en situación de desamparo grave, cautelas que deben versar, sobre lo que denomina circunstancias periféricas de la actuación administrativa, "sobre cómo debe de realizarse la misma". Entiende al contrario que la STS de 23 de noviembre de 2017, 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." Considera que la doctrina sentada en la Sentencia de 23 de noviembre de 2017, convertiría al

juez que autoriza la entrada, en un juez revisor del acto mismo, alterando el sistema de ejecutividad de los actos administrativos, y entiende que el Juzgado autorizante de la entrada debe adoptar las cautelas procedentes en garantía del menor, es decir, el cumplimiento fiel del mandato del art. 158.4 CC.

De todo lo anterior concluye que debe "estimar en parte el recurso de apelación interpuesto por Dña. Milagros , manteniendo la autorización concedida, pero ampliando las cautelas a que se refiere el auto, incluir las 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 en parte el recurso de apelación número 581/2018 interpuesto por la Procuradora de los Tribunales doña Nuria Feliu Suárez, en nombre y representación de doña Milagros, contra el auto de 21 de junio de 2018, dictado en el procedimiento de entrada en domicilio n.º 206/2018, seguido ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 19, manteniendo la autorización concedida a la Agencia de Vivienda Social de la Comunidad de Madrid la entrada en el domicilio sito en la CALLE000 n.º NUM000 de Madrid, ocupado por la recurrente y familia.

Entrada que se realizará en horas diurnas que resulten necesarias de no más de dos días, pudiendo realizar la entrada 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 al referido Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 19 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, observándose, además las siguientes prevenciones:

INFORMAR a la COMISIÓN DE TUTELA DEL MENOR de la CONSEJERÍA DE SERVICIOS SOCIALES DE LA COMUNIDAD DE MADRID, que habrá de adoptar, 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 y en el supuesto de situación de desamparo de estos debiendo comunicarse las decisiones que en su caso se adopten al Juzgado de instancia.

ADOPTAR 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. 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.

NOTIFICAR este Auto a las partes, así como proceder a comunicar el contenido del mismo 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 E MADRID, así como al MINISTERIO FISCAL.

ESTABLECER un plazo de vigencia de este Auto de CUATRO MESES, contados a partir de la fecha en que se reciba en el Agencia de Vivienda Social de la Comunidad de Madrid el testimonio del presente Auto, aconsejándose que se pueda ejecutar una vez terminado el curso escolar de los posibles menores de edad afectados con la finalidad de evitarles en la medida de lo posible situaciones traumáticas".

CUARTO.- Contra dicha sentencia la Sra. Milagros preparo recurso de casación, que fue admitido en virtud del Auto de 21 de febrero de 2020 dictado por la Sección de Admisión de esta Sala Tercera del Tribunal Supremo.

En dicho Auto 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." E identifica como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación "los artículos 11 y 12 de la Ley orgánica 1/996, 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 la autorización judicial a la que se refiere el artículo 18.2 de la Constitución." QUINTO.- Admitido el presente recurso de casación, la parte recurrente formalizó la interposición del recurso de casación en escrito de fecha 13 de abril de 2020, alegando en síntesis: "Infracción de los artículos 11 y 12 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de marzo, de Protección Jurídica del Menor; Infracción del artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989." Termina su escrito suplicando que: "dictando sentencia por la que se 1.º.- Estimar el recurso de casación interpuesto por Doña Milagros contra la Sentencia de fecha 22/07/2019 de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sección Octava, en el Recurso de Apelación 581/2018, casando y anulando la Sentencia recurrida.

2.º.- Fijar como doctrina jurisprudencial que 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 que la decisión judicial comporta; y, en particular, que tal ponderación ha de afectar al núcleo de la decisión del desalojo y no sólo a los aspectos periféricos relativos a las condiciones concretas en que debe desarrollarse la actuación administrativa.

3.º.- Se ordene al retroacción de las actuaciones para que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 19 de Madrid dicte Auto por el que se resuelva la solicitud formulada por la Agencia de Vivienda Social de Madrid de entrada en la vivienda sita en la CALLE000 n.º NUM000 de Madrid del Grupo "MADRID SUR", referencia NUM001, de forma motivada, efectuando un juicio de proporcionalidad respecto de la situación de vulnerabilidad de los hijos menores de edad de la recurrente.

4.º.- Imponer las costas de la instancia, recurso de apelación y del presente de casación a la administración demandada conforme a lo establecido en el artículo 139.1 de la LJCA." SEXTO.- Dado traslado del escrito de interposición a la parte recurrida, el letrado de la COMUNIDAD DE MADRID presentó su escrito de oposición de 20 de julio de 2020, y tras las alegaciones que consideró convenientes a su derecho, solicitó: "dicte Sentencia desestimatoria del Recurso de Casación confirmando la resolución recurrida".

Oído el Ministerio Fiscal, mediante escrito de fecha 15 de julio de 2020, solicita se dicte sentencia "por la que se lleve a cabo la estimación parcial del de casación interpuesto, casando la sentencia de instancia y fijando la jurisprudencia que resulte de los términos de su escrito, ordenando la retroacción de las actuaciones con el objeto de que, por parte del Juzgado Contencioso-Administrativo n.º 19 de Madrid, se dicte Auto por el que resuelva la solicitud de entrada domiciliaria que formula la Agencia de Vivienda social de la comunidad de Madrid, haciéndolo en forma motivada que pondere los intereses en presencia y en particular la situación personal, social y familiar de los menores, con ulterior juicio de proporcionalidad en el que se tome en consideración la posible

situación de vulnerabilidad de dichos menores; sin que, por lo demás, proceda hacer imposición expresa de costas procesales causadas en el presente recurso de casación ni las originadas en la instancia." SÉPTIMO.- Se señaló para votación y fallo el día 24 de noviembre de 2020, en que ha tenido lugar, si bien, por razón del estado de alarma declarado por Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, se deliberó por vía telemática el citado día conforme a lo previsto en el artículo 19.3 del Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Objeto del recurso de casación.

Se impugna en este recurso de casación interpuesto por D.^ª Milagros la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en fecha 22 de julio de 2018, dictada en el recurso de apelación 581/2018 Esta sentencia estima en parte el recurso de apelación interpuesto por D.^ª Milagros contra el Auto dictado el 21 de junio de 2018 por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 19 de Madrid (autorización de entrada en domicilio 206/2018) que mantuvo la autorización de entrada en el domicilio presentada por la Comunidad de Madrid, propietaria de la vivienda social ocupada ilegalmente por la recurrente, sus cuatro hijos menores y familia, si bien añade una serie de pautas sobre la forma en la que había de realizarse el desalojo forzoso.

La sentencia impugnada mantiene la autorización de entrada en domicilio acordada por el Juzgado, 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 normativa aplicable (singularmente, de la Convención sobre los Derechos del Niño, del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de la Carta Europea de los Derechos del Niño, de la Constitución Española y de la Ley Orgánica de Protección del Menor).

Señala, además, que en este caso la Administración y el Tribunal Superior de Justicia de Madrid se han desentendido de los menores, que quedarían en situación de total desprotección y desamparo, y que si llegase a efectuarse el lanzamiento se verían en la calle, al no poder proporcionarles una vivienda su madre, cuya decisión de seguir ocupando la vivienda tiene por objeto prioritario la defensa de los intereses de sus hijos.

Insiste, por otra parte, en que, con el desalojo autorizado por la sentencia recurrida, sin solucionar la necesidad habitacional de la familia, no se está proporcionando una protección integral a la familia y a los hijos menores por los poderes públicos, causando perplejidad que dicha sentencia considere que los intereses de los menores quedan protegidos con las medidas adoptadas para la ejecución del desalojo (incluidas en el fallo de la sentencia).

Expone también que la Agencia de la Vivienda Social de la Comunidad de Madrid debió haber primado el interés superior de los menores a poder permanecer en esa vivienda en compañía de su madre, en situación de extrema necesidad, sobre el interés legítimo de la Comunidad en querer recuperar la posesión del inmueble mientras que no le fuera proporcionada a dicha familia una solución habitacional de análogas características.

Y, tras reproducir parcialmente la STS n.º 1.797/2017, de 23 de noviembre (solicitando que se confirme la doctrina que establece el RCA 270/2016) y el auto de admisión del presente recurso de casación, solicita que se case y anule la sentencia impugnada y tras fijar la doctrina en materia de

aplicación del principio de proporcionalidad en las autorizaciones de entrada en un domicilio familiar para proceder a su desalojo, en el que residan menores de edad, se ordene la retroacción de las actuaciones para que el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 19 de Madrid, dicte Auto que resuelva la solicitud de entrada en domicilio, de forma motivada, efectuando un juicio de proporcionalidad respecto de la situación de vulnerabilidad de los hijos menores de edad de la recurrente.

TERCERO.- Oposición de la Comunidad Autónoma de Madrid.

La Comunidad Autónoma de Madrid se opone a las alegaciones y pretensiones de la parte recurrente.

(i) Solicita, en primer término, la inadmisión del recurso por carencia sobrevenida de objeto.

Alega al respecto que lo que se solicita en el suplico del escrito de formalización del recurso de casación es la anulación de la sentencia, pero que ésta ha quedado sin efecto por haber transcurrido el plazo de cuatro meses establecido en ella para el desalojo sin que éste se haya realizado.

Invoca al efecto el ATS de 8 de mayo de 2017 (Rec. 257/2017) y sostiene que para la formación de jurisprudencia " tiene que existir una especial relación con el caso concreto, poniendo en relación el supuesto planteado con la circunstancia invocada".

(ii) A continuación reproduce parcialmente la STS de 23 de noviembre de 2017 para señalar que, en su opinión, la sentencia de la Sala de Madrid se ajusta a la doctrina establecida en aquélla, pues realizó la ponderación de intereses sobre la situación de los menores que aquélla exigía.

Indica al respecto que el problema estriba en la interpretación que se haga del principio de proporcionalidad y si la 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. A su entender, es inadecuada la afirmación de discrepancia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, pues no existe tal discrepancia entre la sentencia ahora impugnada y la STS de 23 de noviembre de 2017.

Invoca la STC 32/2019, referida a la Ley 5/2018, de modificación de la LEC, en relación con la ocupación ilegal de viviendas y destaca que en esta sentencia el Tribunal Constitucional deja claro que la presencia de personas especialmente vulnerables -como los menores- en supuestos de desalojo no impiden éste, sino que obliga a los órganos judiciales a comunicar dicha situación a los servicios públicos con competencia en materia de servicios sociales.

De aquí que, en su opinión, en casos de desalojos con menores la ponderación sólo deba afectar a los aspectos periféricos relativos a las condiciones concretas en que debe desarrollarse la actuación administrativa.

Y señala que debe incidirse en que, si la proporcionalidad se considera una cuestión de fondo, irremediablemente se producirá una denegación automática de todas las autorizaciones de entrada en que existan menores. Además, ello supondría efectuar en el procedimiento judicial de autorización de entrada en domicilio un juicio de fondo sobre la legalidad de la resolución administrativa que se quiere ejecutar, resolución que devendría ilegal al ordenar una recuperación posesoria de una vivienda con un menor.

Añade que no hay que perder de vista que estamos ante una ocupación ilegal de vivienda, por lo que la presencia de menores no puede ser considerada de tal manera que suponga la permanencia y consolidación de una situación ilícita. Ésta, al afectar a viviendas públicas, perjudica también a aquellos terceros que, también con menores, pueden ostentar un mejor derecho a la adjudicación legal de dicha vivienda y la soliciten por los cauces oportunos.

Y, tras solicitar que, en caso de que el Tribunal Supremo decidiese matizar o precisar el criterio de la STS de 23 de noviembre de 2017, concrete expresamente las premisas bajo las cuales se puede otorgar la autorización existiendo menores, concluye suplicando se dicte sentencia desestimando el recurso.

CUARTO.- Subsistencia del objeto de este recurso.

Antes de adentrarnos en el examen del fondo de la cuestión controvertida debemos rechazar expresamente la alegación que formula la Comunidad de Madrid en relación con la pérdida sobrevenida de objeto de este recurso, al no haberse ejecutado el desalojo en el plazo de cuatro meses que establecía la sentencia del Tribunal Superior de Madrid.

Para ello basta señalar que, al haberse recurrido en casación la sentencia dictada por la Sala de Madrid y no ser, por tanto, firme, la posibilidad de ejecutarla quedaba supeditada - ex artículo 91 LJCA- a que la Comunidad de Madrid solicitara de aquella Sala la ejecución provisional de la sentencia y que ésta accediera a ello.

Por tanto, al no constar que se haya solicitado y autorizado en este caso la ejecución provisional de la sentencia impugnada, no puede entenderse que haya desaparecido el objeto del presente recurso por haber transcurrido el plazo previsto en aquélla para materializar el desalojo forzoso de la vivienda en cuestión.

QUINTO.- Doctrina sobre la cuestión de interés casacional.

I. El Auto de admisión dictado el 21 de febrero 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. Para dar respuesta a tal cuestión conviene comenzar recordando la doctrina que establecimos en nuestra reciente Sentencia n.º 1581/2020 de 23 de noviembre (Recurso de Casación 4507/2019) en la que examinamos un supuesto semejante de autorización de entrada para el desalojo forzoso en una vivienda social ocupada ilegalmente en la que se encontraban menores de edad vulnerables.

En nuestra Sentencia hicimos una serie de consideraciones partiendo de la doctrina sentada en nuestra STS n.º 1.797/2017, de 23 de noviembre (RCA 270/2016), que debemos ahora reiterar. 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 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 de derecho fundamental que la misma implica se efectúe del modo menos restrictivo posible".

III. Dijimos en nuestra Sentencia que era conveniente y necesario dar un paso más, puesto que la cuestión controvertida no era, en esencia, si debe o no efectuarse esa ponderación por el órgano judicial, cuestión que debe ser respondida, sin ninguna duda, en sentido afirmativo, pues lo que se planteaba era 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 fue 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, señalamos "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.

IV. 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, antes citada, 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 (norma que, aun cuando guarda directa relación con la materia que examinamos, no resulta aplicable al supuesto ahora enjuiciado al haber entrado en vigor con posterioridad a la fecha en que la Administración solicitó la autorización judicial de entrada en domicilio).

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.

Portanto, 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." SEXTO.- 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, nos corresponde resolver el supuesto concreto que da lugar al presente recurso de casación.

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, mantuvo el auto dictado por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 19 de Madrid y confirma la autorización de la entrada en la vivienda ocupada ilegalmente por la recurrente, sus cuatro hijos menores de edad y familia, adoptando al efecto determinadas cautelas y prevenciones en su parte dispositiva.

I. Analizando el auto del Juzgado, observamos que en éste no se realiza la debida ponderación de las circunstancias concurrentes, pues se limita a constatar que la Administración solicitante había tramitado regularmente la vía de ejecución forzosa, y expresa a lo largo de su fundamento que la recurrente no atendió voluntariamente al requerimiento de desalojo voluntario, añadiendo en diversos pasajes que la presencia de menores no debía ser "un escudo protector para enervar el desahucio" con invocación de aquellos que están en lista de espera para el acceso a una vivienda social y el principio de igualdad del artículo 14 CE. La única referencia a la situación de especial vulnerabilidad en las personas que ilegalmente ocupaban la vivienda en cuestión, los cuatro menores de edad, se resuelve acordando la notificación de la resolución de autorización de entrada para el desalojo a la Comisión de Tutela del Menor de la Consejería de Políticas Sociales y de Familia de la Comunidad de Madrid y al Ministerio Fiscal.

Es claro que en este caso el Juzgado obvió cualquier comprobación de la realidad y suficiencia de las medidas de protección y amparo a los menores por parte del órgano de la Comunidad de Madrid encargada de dicha tutela. Esa absoluta falta de previsión por parte de la Administración respecto de las medidas de protección de esos menores que obviamente se encontraban en situación de especial vulnerabilidad (y que iban a ser desalojados de su vivienda sin contar con otra alternativa a la de permanecer en la calle), determina que la solicitud de entrada en el domicilio adoptada por el Juzgado no pueda considerarse ajustada a la doctrina jurisprudencial sentada en nuestra STS de 23 de noviembre de 2017.

En este caso, no puede admitirse que la mera comunicación de la resolución que autoriza el desalojo a la Comunidad de Madrid y al Ministerio Fiscal sea suficiente para entender realizada la debida ponderación de las circunstancias, que incluye, sin duda, la comprobación de que como consecuencia de la orden de desalojo los menores no se sitúen en una situación de desamparo indeseable que se produciría si estos no contaran con algún lugar donde poder residir con dignidad. El desconocimiento de los intereses de los menores en estos supuestos en los que se ejecuta forzosamente a los progenitores por ocupación ilegal de la vivienda no puede conllevar per se a un desvalimiento de los menores, pues ello supondría que se vulneren sus derechos reconocidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de marzo, de Protección Jurídica del Menor. El reconocimiento de estos derechos de los menores no es meramente declarativa, antes bien, obliga a los órganos jurisdiccionales a procurar su efectividad, y a tal fin las Administraciones cuentan con órganos específicos dedicados a la atención y tutela de los menores, siendo así que lo que ha de procurar el órgano judicial es que como consecuencia del desalojo no se genere una situación de desamparo a los menores, para lo cual es preciso la constatación ex ante de una alternativa o solución conforme con los intereses de los menores. Y ello no resulta contrario al principio de igualdad reconocido en el artículo 14 CE, pues, siendo cierta la existencia de una lista de espera para el acceso a las viviendas sociales y la ocupación ilegal de la vivienda de autos, también es cierto que el desalojo forzoso es una medida que implica un potencial riesgo de desamparo de los menores, riesgo real y cierto de quienes se encuentran en esa singular y extraordinaria situación de vulnerabilidad que no puede ser ignorada por quien en definitiva autoriza la realización del desalojo.

II. Al no estimar correcta la autorización de entrada por parte del Juzgado, es claro que no podemos confirmar la sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, pues ésta mantuvo el mencionado auto que autorizó la entrada solicitada, adoptando al efecto una serie de cautelas referidas, en esencia, a la duración, las horas del día y la forma en que se debía llevar a cabo el desalojo, así como a la forma de documentar su práctica, a las personas que debían realizarlo y al tiempo y forma de la dación de cuenta al Juzgado y de comunicar a la Consejería para que adopte ex post, esto es una vez ya realizado el desalojo, las medidas de protección necesarias, sin la comprobación previa de su adopción y adecuación a los intereses de los menores.

Adicionalmente, conviene precisar que, como ya hicimos en nuestra precedente sentencia, 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.

SÉPTIMO.- 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.^ª Milagros contra la sentencia dictada en apelación el 22 de julio de 2018 por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, la cual anulamos.

Y, en consecuencia, por las razones antes expresadas, ordenamos la retroacción de las actuaciones al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 19 de Madrid, a fin de que realice la necesaria ponderación de los intereses concurrentes, con especial atención a la comprobación ex ante de la adopción de medidas necesarias para la tutela efectiva de los intereses de los menores, con las precisiones que sobre la fundamentación hemos realizado en esta sentencia.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 93.4 y 139 de la Ley reguladora de esta Jurisdicción, entendemos que no procede imponer las costas derivadas del recurso de casación, ni las del proceso de instancia, a ninguna de las partes.

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 Sexto de esta sentencia y, en consecuencia:

- 1.- Estimar el recurso de casación 7176/2019, interpuesto por la representación procesal de D.^ª Milagros, contra la sentencia de fecha 22 de julio de 2018, dictada en Apelación 581/2018, por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que casamos.
- 2.- Retrotraer las actuaciones al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 19 de Madrid, a fin de que dicte nueva resolución con las precisiones incluidas en el Fundamento Sexto de esta sentencia.
- 3.- No imponer las costas procesales derivadas del presente recurso de casación, ni las del proceso de instancia, a ninguna de las partes.

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

Así se acuerda y firma.

-D. Eduardo Espín Templado. -D. José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.-D. Eduardo Calvo Rojas. -D.^ª María Isabel Perelló Doménech. -D. Fernando Román García.-Firmado.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Magistrada Ponente Excm.a Sra. D.^ª M.^ª ISABEL PERELLÓ DOMÉNECH, estando constituida la Sala en audiencia pública de lo que, como Letrado de la Administración de Justicia, certifico. Firmado