

# Entrada en domicilio en el procedimiento contencioso-administrativo

Comentario a la STS de 23 de noviembre de 2017<sup>1</sup>

Javier Fernández-Corredor Sánchez-Diezma

Magistrado

---

## EXTRACTO

En esta interesante sentencia el Tribunal Supremo proclama que no resulta acorde con la debida protección jurídica de los derechos e intereses de los menores de edad el que un juzgado de lo contencioso-administrativo autorice la entrada en un domicilio en el que residen dichos menores a fin de desalojar a todos los ocupantes que la habitan de manera ilegal, sin que se efectúe el preceptivo juicio de proporcionalidad sobre esos derechos e intereses. En este sentido se trae a colación la doctrina que al respecto tiene el TEDH en la que se declara que cualquier persona en riesgo de sufrir la pérdida del hogar familiar debe tener la garantía de que la medida sea proporcionada y razonable. Y precisamente el Tribunal Supremo observa una ausencia de proporcionalidad y razonabilidad que, en el caso, debió haber sido valorada atendiendo a todos los factores involucrados de carácter social y personal, en la medida que resulta exigible que el juez de lo contencioso-administrativo pondere la situación personal, social y familiar particular de los menores de edad que pueden verse afectados por la ejecución de la orden de desalojo.

**Palabras clave:** procedimiento contencioso-administrativo; inviolabilidad del domicilio; entrada en domicilio; recuperación posesoria de inmueble; vivienda pública; protección de menores.

---

*Fecha de entrada: 06-02-2018 / Fecha de aceptación: 21-02-2018*

---

<sup>1</sup> Véase el texto de esta sentencia en [www.civil-mercantil.com](http://www.civil-mercantil.com) (selección de jurisprudencia de Derecho Administrativo del 1 al 15 de febrero de 2018).

Vamos a dedicar nuestro comentario mensual a un aspecto quizás poco conocido por los operadores jurídicos y que entendemos ha sido objeto de una interesante y polémica interpretación por parte de la Sala Tercera del Tribunal Supremo. Nos estamos refiriendo a la potestad conferida por el artículo 8.6 de la LRJCA a los juzgados de lo contencioso-administrativo para conocer de las autorizaciones para la entrada en domicilios y restantes lugares cuyo acceso requiera el consentimiento de su titular, siempre que ello proceda para la ejecución forzosa de actos de la Administración pública, salvo que se trate de la ejecución de medidas de protección de menores acordadas por la entidad pública competente en la materia.

No es infrecuente en la vida diaria de estos juzgados el que las distintas Administraciones públicas se dirijan a los mismos a fin de solicitar la autorización judicial de entrada que les permita acceder a lugares cuyo acceso haya de ser autorizado por su titular, poniendo como ejemplos las solicitudes de la Agencia Tributaria a fin de poder efectuar labores inspectoras, solicitudes de la Seguridad Social a fin de embargar bienes de los deudores para con la Seguridad Social, solicitudes de ayuntamientos a fin de proceder a la limpieza de fincas o inmuebles que presentan un lamentable estado de salubridad y, por último, supuesto que es el que acontece en el presente caso, solicitudes de Administraciones públicas –primordialmente comunidades autónomas y ayuntamientos– a fin de recuperar la posesión de pisos e inmuebles ocupados ilegalmente por particulares.

Pues bien, nos situamos en el mes de septiembre de 2015 cuando por parte de la letrada de la Comunidad de Madrid, actuando en representación del Instituto de la Vivienda de Madrid (IVIMA), solicita de un juzgado de lo contencioso-administrativo de Madrid autorización para entrar en una vivienda propiedad del IVIMA ocupada ilegalmente por una familia en la que hay presentes menores de edad. Precisar que esta solicitud de autorización judicial de entrada vino precedida de la tramitación de un procedimiento de recuperación de inmuebles previsto tanto en la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (art. 55), como en la Ley 3/2001, de 21 de junio, de Patrimonio de la Comunidad de Madrid (art. 11).

Es por ello que el director-gerente del IVIMA dictó, en abril de 2015, acuerdo por el se ordenaba la recuperación de la posesión de la vivienda, siendo así que la familia ocupante se negó al desalojo voluntario de la misma, razón por la que no le queda otro remedio al IVIMA que solicitar autorización judicial de entrada en el domicilio para que con apoyo de fuerzas policiales se proceda al desalojo de la misma. Apuntar que en este caso el procedimiento administrativo fue conocido por la familia al habersele notificado la orden de desalojo voluntario,

significando que ninguno de los tramites de alegaciones conferido fue cumplimentado por los ocupantes de la vivienda.

Ya es en el seno del procedimiento judicial de autorización de entrada cuando una de las ocupantes de la vivienda se opuso a la concesión de la misma o bien su retraso hasta que mejore su situación económica o hasta la finalización del curso escolar. Es decir, los ocupantes tienen plena constancia y conocimiento de que están ocupando de manera ilegal y sin título alguno una vivienda propiedad de una Administración pública.

Una vez tramitada la autorización judicial, un juzgado de lo contencioso-administrativo de Madrid concede por auto la misma, razonando que nos encontramos ante la ejecución de un acto que presenta una apariencia de legalidad, resultando la autorización imprescindible para ejecutar la recuperación del inmueble ilegalmente ocupado, precisando que dicha medida también es proporcionada para los fines pretendidos por la Administración actuante. Apunta el auto que la Administración podrá verse auxiliada por los medios necesarios, evitando, eso sí, la causación de daños innecesarios en personas o bienes, indicándole a la Administración que una vez se produzca la entrada en la vivienda, se le informe de las circunstancias acaecidas en el mismo.

Este auto es apelado por los ocupantes de la vivienda ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid, solicitando se deje sin efecto la autorización de entrada conferida, alegando como motivos impugnatorios la indefensión, su derecho a una vivienda digna, su derecho de igualdad, su derecho a la inviolabilidad del domicilio, la vulneración de los derechos del niño y desviación de poder y la existencia de indefensión por no haberse comunicado debidamente a la actora la autorización de entrada pretendida.

El TSJ de Madrid desestima el recurso de apelación. Y es que con unos detallados y extensos razonamientos pone de manifiesto la imposibilidad de acudir a otras medidas a fin de hacer efectivo el desalojo ordenando de una vivienda que se ocupa de manera ilegal. Precisa que la actuación del juzgado ha de limitarse a examinar la regularidad formal del procedimiento del que dimana la resolución para cuya ejecución forzosa se insta la autorización, sin hacer valoraciones de fondo y la competencia del órgano que la dicta, no procediendo el control de legalidad del acto a ejecutar.

A continuación expone la doctrina que sobre la materia tiene el Tribunal Constitucional, contenida en la STC 188/2013, de 4 de noviembre, poniendo el énfasis en que la actuación del juez en estas entradas domiciliarias ha de venir precedida de una ponderación previa de todos los derechos e intereses en conflicto. Se cuida muy mucho el Tribunal Constitucional de poner de manifiesto que el auto que autoriza la entrada ha de estar debidamente motivado, a fin de garantizar la inviolabilidad del domicilio, debiendo adoptarse las cautelas precisas para que la limitación del derecho fundamental que la misma implica se efectúe del modo menos restrictivo posible.

Finaliza sus razonamientos el TSJ de Madrid exponiendo una serie de cuestiones, que como veremos a continuación van a ser objeto de revisión por parte del Tribunal Supremo, aludiendo que este procedimiento judicial no es el cauce procedente para cuestionar la titularidad del in-

mueble cuyo desalojo se pide, pues el acto administrativo que se pretende ejecutar es previo y firme, indicando, al mismo tiempo, que los derechos de los menores y el derecho a una vivienda digna son ajenos a la entrada autorizada, pues la ocupación de la vivienda ha de ser ostentada y accionada por las vías legalmente previstas y no al margen de las mismas.

Disconforme con la desestimación del recurso de apelación, la familia afectada por el desalojo de la vivienda ocupada ilegalmente decide preparar recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, que fue admitido a trámite, declarando el auto de admisión que la cuestión planteada en el recurso, y que revela un interés casacional objetivo, se proyecta sobre la interpretación que haya que darse a lo dispuesto en los artículos 11 y 12 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, y en los apartados 1 y 3 del artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, en relación con la autorización judicial a la que se refiere el artículo 18.2 de la Constitución; y, en particular, si resulta exigible que el juez de lo contencioso-administrativo que conoce de la solicitud de la autorización de entrada en un domicilio para su posterior desalojo contemple en su juicio de ponderación la situación particular de los menores afectados y motive en consecuencia.

En este sentido recordar que el artículo 11 de la LOPJM establece que las Administraciones públicas facilitarán a los menores la asistencia adecuada para el ejercicio de sus derechos, establece también que las Administraciones públicas deberán tener en cuenta las necesidades de los menores al ejercer sus competencias enumerando varias materias, siendo una de ellas la de vivienda, y, en su apartado 2, dispone que serán principios rectores de la actuación de los poderes públicos en relación con los menores la supremacía de su interés superior, el mantenimiento en su familia de origen y su integración social y familiar. En similares términos se expresa el artículo 12 de la misma ley, en el que se obliga a los poderes públicos a proteger a los menores ante situaciones de riesgo primando las medidas familiares a las asistenciales.

Por último, y por lo que hace a las normas que a juicio de los recurrentes se consideran conculcadas, el artículo 27, en sus apartados 1 y 3, de la Convención sobre los Derechos del Niño, establece que los Estados parte reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social y ordenan que se adoptarán medidas para ayudar a los padres prestando asistencia material, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

En definitiva, se critica tanto al auto del juzgado como a la sentencia del TSJ de Madrid que no tuvieron en cuenta los derechos de los menores que integraban la familia, ignorando los mandatos de los preceptos citados; asumiendo el Tribunal Supremo que lo verdaderamente relevante en el supuesto que nos ocupa es si se debe exigir de manera expresa al juez de lo contencioso-administrativo, cuando conoce de una solicitud de autorización de entrada en domicilio para el ulterior desalojo de una familiar que cuente con menores, un pronunciamiento motivado acerca del juicio de ponderación que le merece la presencia de menores en la vivienda.

El Tribunal Supremo muestra ya desde el principio su inclinación a la estimación del recurso de casación trayendo a colación la doctrina que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

(invoca dos sentencias de fechas 24 de abril de 2012 y 17 de octubre de 2013), que proclama que cualquier persona en riesgo de sufrir la pérdida del hogar familiar debe tener la garantía de que la medida sea proporcionada y razonable, y que esa proporcionalidad y razonabilidad será valorada por un tribunal atendiendo a todos los factores involucrados de carácter social y personal.

Desde esta perspectiva no le resulta difícil colegir al Tribunal Supremo que el auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo de Madrid ha lesionado los principios constitucionales de los artículos 18.2 y 24.1 de la Constitución, en relación con lo dispuesto en los artículos 11 y 12 de la Ley Orgánica 1/996, y el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, al sostener, sin efectuar un previo juicio de las circunstancias concurrentes, que inciden en los derechos e intereses de los menores afectados por la ejecución de la decisión judicial, que la presencia de menores de edad en la vivienda, cuyo desalojo se pretende en ejecución de una resolución del IVIMA, es «una cuestión de tipo social», ajena al procedimiento judicial de autorización, «que debe resolverse por los órganos administrativos municipales o autonómicos».

Y es que el auto controvertido por el que se autorizó la entrada en la vivienda ocupada por la familia de manera ilegal, a fin de proceder al desalojo de la misma, obvió una cuestión esencial, que no era otra que la presencia de tres hijos menores de edad que se encontraban en condiciones de extrema vulnerabilidad, debido a su situación económica, debiendo haber velado por la protección de los mismos y no despachar sin más la autorización judicial de entrada en el domicilio, sin contener una fundamentación adecuada, al resultar la misma insuficiente en aras de satisfacer un juicio sobre la proporcionalidad de la medida adoptada, atendida su gravedad, pues en la práctica suponía dejar a tres menores de edad «en la calle».

Por ello, apreciamos que esta resolución judicial contiene una fundamentación inadecuada, por insuficiente, pues no ha efectuado un juicio sobre la proporcionalidad de la medida adoptada, que incide en la esfera de protección de los derechos e intereses legítimos de los menores, que están abocados a desalojar la vivienda. Quizás el Tribunal Supremo se exceda en sus críticas al juez cuando afirma que incurrió en la desconsideración del deber que se le impone de tener que valorar y ponderar los distintos derechos e intereses que pueden verse afectados.

A la vista de lo expuesto, el Tribunal Supremo fija la doctrina jurisprudencial que interpreta la normativa relevante en la materia que nos ocupa, proclamando, en primer término, que resulta incompatible con la debida protección jurídica de los derechos e intereses de los menores de edad, tal como se reconoce en los artículos 11 y 12 de la LOPJM y 27 de la Convención sobre los Derechos Humanos, una resolución de un juzgado de lo contencioso-administrativo de autorización de entrada en el domicilio que no esté suficientemente motivada, en la medida que resulta exigible que el juez de lo contencioso-administrativo pondere la situación personal, social y familiar particular de los menores de edad que puedan verse afectados por la ejecución de la orden de desalojo.

En segundo término, también resulta incompatible con la protección de los derechos e intereses de los menores de edad, a la luz de los preceptos citados, una resolución de un juzgado de lo contencioso-administrativo de autorización de entrada en domicilio que no contenga un juicio

acerca de la aplicación del principio de proporcionalidad, que se efectúe teniendo en cuenta los datos y elementos disponibles sobre la afectación de los derechos e intereses de los menores de edad que la decisión judicial comporta.

La consecuencia de tal doctrina no es otra que por parte del Tribunal Supremo se ordena al juzgado de lo contencioso-administrativo que retrotraiga actuaciones para que se resuelva la solicitud de autorización judicial de entrada instada por el IVIMA, a fin de dictar un auto que de forma motivada y recogiendo un juicio de proporcionalidad se pronuncie sobre la situación de vulnerabilidad de los hijos menores de edad de la ocupante ilegal de la vivienda.