

BASE DE DATOS DE Norma DEF.-

Referencia: NCJ065051

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 1216/2020, de 28 de septiembre de 2020

Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 5.ª)

Rec. n.º 413/2019

SUMARIO:**Urbanismo. Demolición vivienda. Actuaciones en situaciones de desprotección social del menor. Derechos fundamentales del menor.**

Resolución de la Dirección General de Control de la Edificación, del Ayuntamiento de Madrid, por la que se le ordenaba al recurrente en la instancia el desalojo de su familia y la demolición de la infravivienda.

Juicio de ponderación sobre los derechos de los menores que la habitan y quedan en situación de desamparo. La cuestión que suscitaba interés casacional objetivo era determinar si el juicio de proporcionalidad respecto de una orden de desalojo domiciliario, y especialmente el juicio de ponderación respecto de la situación de los menores que pudieran verse afectados por la misma, es exigible tanto en la fase ejecutiva de dicha orden como en la previa fase declarativa de la que aquella trae causa.

La protección que a las Administraciones públicas se imponen respecto de los menores, comporta una cuestión de tan amplia formulación que es difícil adoptar una solución única para todos los supuestos. Debemos centrar el objeto del presente recurso en determinar si ante la existencia de una potestad administrativa concreta, cuyo legítimo ejercicio comporta el desalojo de una vivienda que la habita una familia con hijos menores de edad, que de acordarse el desalojo quedarían estos en una situación de desamparo, debe la Administración suspender el ejercicio de esa potestad o si, por el contrario, la misma debe ser ejercida conforme a la legalidad aplicable y solo cuando el desalojo deba llevarse a efectos real y efectivamente, deberá ponderar los intereses de los menores afectados.

No se duda que la resolución municipal que ordenó el desalojo, por motivos de salubridad (la vivienda es insalubre). El debate que se suscita frente a la actividad administrativa que es objeto de revisión en este proceso, no es ya directamente que los menores abandonen la vivienda, sino simplemente la declaración de que la misma no es idónea para ese fin e, implícitamente y con mayor motivo, para ser morada de menores y esa declaración no está exenta de una cierta faceta protectora para los menores que habitan en tales condiciones.

Se determina que cuando las decisiones administrativas que deban dictarse en relación con las condiciones de legalidad de un inmueble en que habitan menores de edad, el juicio de proporcionalidad entre los intereses que subyacen en esa declaración y los de protección de los menores que pudieran quedar en situación de desamparo, deben realizarse, no al dictar la resolución que Derecho procediera, sino al momento de proceder a la ejecución forzosa de dicha resolución, haciendo efectiva la puesta en riesgo de los intereses de los menores.

PRECEPTOS:

Ley Orgánica 1/1996 (Protección Jurídica del Menor), arts. 2, 3, 11 y 12.

Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, arts. 3.1, 4, 7, 1, 9.1, 16.1 y 27.

Constitución Española, arts. 24, 25, 39 y 47.

Ley 7/1985 (LRBRL), art. 51.

Ley 39/2015 (LPAC), arts. 98 y 99.

RD 2568/1986 (Rgto. de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales), art. 208.

PONENTE:*Don Wenceslao Francisco Olea Godoy.*

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

Sentencia núm. 1.216/2020

Fecha de sentencia: 28/09/2020

Tipo de procedimiento: R. CASACION

Número del procedimiento: 413/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/09/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

Procedencia: T.S.J.MADRID CON/AD SEC.2

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

Transcrito por:

Nota:

R. CASACION núm.: 413/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Pera Bajo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección Quinta

SENTENCIA

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Rafael Fernández Valverde
D. Octavio Juan Herrero Pina
D. Wenceslao Francisco Olea Godoy
D^a. Inés Huerta Garicano
D. Francisco Javier Borrego Borrego

En Madrid, a 28 de septiembre de 2020.

Esta Sala ha visto el recurso de casación número 413/2019 interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE MADRID, representado por el Letrado del Ayuntamiento D. Urbano contra la sentencia nº 731/18, de 31 de octubre, de la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por la que, estimando el recurso de apelación nº 1053/17 deducido frente a la sentencia nº 209/17, de 27 de septiembre, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Madrid, se estima parcialmente el Procedimiento Ordinario nº 121/16 interpuesto frente a la resolución de la Directora General de Control de la Edificación del Ayuntamiento de Madrid de 21 de octubre de 2015, confirmada en reposición -27 de enero de 2016-, por la que se ordenaba a D. Luis Angel el desalojo y demolición de la construcción de infravivienda realizada en la Cañada DIRECCION010, sector NUM001 en DIRECCION001 -Exp. NUM002-. Ha comparecido como parte recurrida D. Luis Angel, representado por el Procurador D. Francisco Inocencio Fernández Martínez y defendido por la Letrada D.ª María Isabel Herrero Sanz.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Wenceslao Francisco Olea Godoy.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. Objeto del proceso en la instancia.-

La Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia nº 731/18, de 31 de octubre, por la que, estimando el recurso de apelación nº 1053/17 deducido frente a la sentencia nº 209/17, de 27 de septiembre, del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 01 de Madrid, se estima parcialmente el Procedimiento Ordinario nº 121/16 interpuesto frente a la resolución de la Directora General de Control de la Edificación del Ayuntamiento de Madrid -21 de octubre de 2015-, confirmada en reposición -27 de enero de 2016-, por la que se ordenaba al recurrente D. Luis Angel el desalojo y demolición de la construcción de infravivienda realizada en la Cañada DIRECCION010, sector NUM001 en DIRECCION001 -Exp. NUM002-.

Segundo. El recurso de casación promovido por la parte.-

Por las representaciones de la recurrente y del Ayuntamiento de Madrid se presentaron el 27 de diciembre de 2018 y 3 de enero de 2019, respectivamente, sendos escritos preparando recurso de casación contra la mencionada sentencia en los cuales, tras razonar sobre la presentación del recurso en plazo, su legitimación y la recurribilidad de la resolución impugnada, denunciaron las siguientes infracciones legales y/o jurisprudenciales:

a) D. Luis Angel

* Art. 139.1 de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA)

b) Ayuntamiento de Madrid:

* Arts. 24 de la Constitución Española (CE); 25.2.a) y 51 de la Ley 7/1985 de 2 de abril, de Bases de Régimen Local (LBRL); arts. 38 y 98 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) y art. 208 del Real Decreto 2568/1986 de 28 de noviembre, Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF).

* SSTS. Sala III, Sección Sexta, de 6 de febrero de 1.997 y SSTSJ de Madrid, Sección Octava, de 13 de noviembre de 2013 (RA 1443/2013); 12 de febrero de 2014 (RA 268/2014); 3 de julio de 2014 (RA 729/2014); 28 de septiembre de 2016 (RA 475/2016) y 27 de febrero de 2018 (RA 676/2017).

Como supuestos de interés casacional se invocaron los siguientes ex art. 88 LJCA:

a) D. Luis Angel: apartados 2.a), 2.c) y 3.a).

b) Ayuntamiento de Madrid: apartados 2.a), 2.b), 2.c), 3.a) y 3.b).

Tercero. Admisión del recurso.

Mediante auto de 10 de enero de 2019, la Sala de instancia tuvo por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia ante esta Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo en el plazo de treinta días, con remisión de los autos originales y del expediente administrativo.

Recibidas las actuaciones y personadas las partes ante este Tribunal, por la Sección de Admisión de la Sala de lo Contencioso-Administrativo se dictó Auto el 10 de junio de 2019, acordando:

<< a) Respecto del recurso preparado por la representación procesal de D. Luis Angel:

1. Su INADMISIÓN A TRÁMITE -en aplicación del artículo 90.4.b) en relación al 89.2.f) de la Ley 29/1998 de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (LJCA)- por incumplimiento de las exigencias que el artículo 89.2 LJCA impone al escrito de preparación del recurso al carecer de fundamentación suficiente, y singularizada al caso, de la concurrencia de los supuestos de interés casacional invocados del art. 88.2.a), c) y 88.3.a) LCJA que permiten apreciar interés casacional objetivo y la conveniencia de un pronunciamiento de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Supremo, sin que, en particular y respecto de la invocación que se efectúa del supuesto previsto en el art. 88.3.a) LJCA haya justificado la concurrencia del presupuesto para que opere la presunción establecida en el mismo toda vez, de una lado, la existencia de numerosa jurisprudencia respecto de los criterios de imposición de las costas procesales ex art. 139.1 LJCA que, por notoria, exime de cita y visto, por otro lado, que lo pretendido es un pronunciamiento ad casum respecto del pronunciamiento en costas de la sentencia impugnada sin plantear cuestión de interés nomofilático alguno y, por último, no ser el precepto del que se predica carencia jurisprudencial el sustento de la razón de decidir de la resolución recurrida, visto que la estimación de la apelación lo fue parcial y consecuentemente se aplicó el artículo 139.1 LJCA en su párrafo segundo y no en su párrafo primero, al que se atiene la recurrente a la hora de identificar las normas infringidas.

2. Conforme al artículo 90.8 LJCA, imponer las costas procesales a la parte recurrente, cuyo límite cuantitativo máximo, por todos los conceptos, se fija en 2.000 € a favor de la parte recurrida y personada que se opuso a la admisión (Ayuntamiento de Madrid).

b)Respecto del recurso preparado por la Ayuntamiento de Madrid:

1.ADMITIR A TRÁMITE el recurso de casación preparado frente a la sentencia nº 731/18 -31 de octubre- de la Sala de lo Contencioso Administrativo (Sección Segunda) del Tribunal Superior de Justicia de Madrid por la que, estimando el recurso de apelación nº 1053/17 deducido frente a la sentencia nº 209/17 -27 de septiembre- del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 01 de Madrid, se estima parcialmente el Procedimiento Ordinario nº 121/16 interpuesto frente a la resolución de la Directora General de Control de la Edificación del Ayuntamiento de Madrid -21 de octubre de 2015-, confirmada en reposición -27 de enero de 2016-, por la que se ordenaba al recurrente D. Luis Angel el desalojo y demolición de la construcción de infravivienda realizada en la Cañada DIRECCION010, sector NUM001 en DIRECCION001 -Exp. NUM002-.

2. Precisar que la cuestión en la que entendemos que existe interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia consiste en determinar:

Si el juicio de proporcionalidad respecto de una orden de desalojo domiciliario, y especialmente el juicio de ponderación respecto de la situación de los menores que pudieran verse afectados por la misma, es exigible tanto en la fase ejecutiva de dicha orden como en la previa fase declarativa de la que aquella trae causa.

3. Identificar como normas jurídicas que, en principio, serán objeto de interpretación las siguientes sin perjuicio de que la sentencia haya de extenderse a otras si así lo exigiera el debate finalmente trabado en el recurso:

· Arts. 24 de la Constitución Española (CE); 25.2.a) y 51 de la Ley 7/1985 de 2 de abril, de Bases de Régimen Local (LBRL); arts. 38 y 98 de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP); art. 208 del Real Decreto 2568/1986 de 28 de noviembre, Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales (ROF); Arts. 11 y 12 de la Ley Orgánica 1/1996 de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y apdos. 1 y 3 del artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1.989.

4. Publicar este auto en la página web del Tribunal Supremo.

5. Comunicar inmediatamente a la sala de instancia la decisión adoptada en este auto.

6. Para su tramitación y decisión, remitir las actuaciones a la Sección Quinta de esta Sala, competente de conformidad con las normas de reparto.>>

Cuarto. Interposición del recurso.-

Abierto el trámite de interposición del recurso, se presentó escrito por la representación procesal del Ayuntamiento de Madrid con exposición razonada de las infracciones normativas y/o jurisprudenciales identificadas en el escrito de preparación, precisando el sentido de las pretensiones que deduce y los pronunciamientos que solicita, terminando con el suplico <<...dicte sentencia por la que estime el recurso, revocando la sentencia recurrida de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid y, en su lugar confirme la Resolución de la Directora General de Control de la Edificación del Ayuntamiento de Madrid.>>

Quinto. Oposición al recurso.-

Dado traslado para oposición a la representación procesal de D. Luis Angel, se presentó escrito argumentando en contra del planteamiento del recurso de casación interpuesto por el Ayuntamiento de Madrid.

Ninguna de las partes solicitó la celebración de vista y la Sala no la consideró necesaria, señalándose para votación y fallo la audiencia del día 22 de septiembre de 2020, en cuyo acto tuvo lugar su celebración, habiéndose observado las formalidades legales referentes al procedimiento.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero. Objeto del recurso y fundamentos.

Se interpone el presente recurso de casación 413/2019 por el Ayuntamiento de Madrid, contra la sentencia 731/2018, de 31 de octubre, dictada en el rollo del recurso de apelación 1053/2017, que había sido interpuesto por Don Luis Angel, contra la sentencia 209/2017, de 27 de septiembre, que se había dictado en el recurso contencioso-administrativo 121/2016, promovido por el mencionado recurrente en impugnación de la resolución de la Dirección General de Control de la Edificación, del Ayuntamiento de Madrid, dictada en el expediente NUM002, por la que se le ordenaba al recurrente en la instancia el desalojo de su familia y la demolición de la infravivienda realizada en la Cañada DIRECCION010, Sector NUM001 de DIRECCION001.

La sentencia de primera instancia desestimó el recurso contencioso-administrativo y confirmó la resolución originariamente impugnada.

La fundamentación de la decisión del Juzgado se contiene, en lo que trasciende al recurso, en su fundamento octavo, en el que se declara:

" Conforme al art. 12 de la Ley Orgánica 1/1996 de 15.1 de Protección Jurídica del Menor, resulta obligado para las Administraciones públicas, proveer a la protección social de los menores, mediante la prevención y reparación de Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre situaciones de riesgo. Considerándose que esta situación de orden de desalojo de la vivienda, a falta de más datos sociales, conlleva potencialmente una situación de riesgo para los hijos menores del demandante. Así mismo, la existencia de dichos hijos, aparece probada por el informe del funcionario de policía municipal, al inicio del procedimiento.

"Sin embargo, debe tenerse en cuenta que el acto impugnado, es solo orden de desalojar y demoler la vivienda, por lo cual, en sí misma solo constituye una obligación jurídica de desalojarla, pero, no supone de presente que vaya a ser desalojada forzosamente. Caso de que una vez firme esta orden, el demandante y su familia no la desalojen, entonces podrá dictarse una orden de ejecución forzosa, siendo en ese momento, cuando podría llegar el caso de una situación de desamparo de dichos menores. Pero tal circunstancia es un hecho futuro e incierto y aún no sucedido en la fecha de dictarse el acto administrativo impugnado. Solamente, no debería ejecutarse, sin haber realizado un estudio de la situación de los hijos, y asegurado que no quedarán en una situación de desamparo.

"Por todo lo cual se considera procedente desestimar este motivo de nulidad y con él, el presente recurso contencioso-administrativo.

"Si bien, a los efectos de la situación de estos menores, se estima procedente remitir oficio a los servicios sociales municipales, a fin de que estudien si los hijos del demandante quedarán en situación de desamparo."

La sentencia del Juzgado fue recurrida en apelación ante la Sala del Tribunal de la Comunidad de Madrid que, en la sentencia ya reseñada, estima el recurso de apelación, anula la sentencia de instancia y, en sustitución, estima en parte el recurso contencioso-administrativo, anula la resolución recurrida y ordena la retroacción del procedimiento para que se protejan los derechos de los menores.

Los fundamentos que llevan a la referida decisión se contienen en el fundamento cuarto de la sentencia recurrida en casación, en el que se razona:

"El último motivo de impugnación alegado por la apelante viene referido a la, a su juicio, irrazonabilidad de la argumentación del juzgador de la instancia en cuanto relega a la fase de ejecución de las resoluciones administrativas impugnadas, que ordenan la demolición y el desalojo, la circunstancia de que la edificación a demoler constituye el domicilio de una unidad familiar, con una hija de tres años de edad. Sostiene la apelante que una vez ordenado el desalojo y demolición de la <<chabola>>, ya no podrá hacer valer en ningún momento de la fase de ejecución los instrumentos normativos nacionales e internacionales de protección de los derechos del niño y de los menores.

"Con carácter previo a dar la oportuna respuesta a dicho motivo de impugnación estimamos conveniente poner de relieve que, a la vista del contenido de las resoluciones impugnadas, que ordenan al aquí apelante <<demolición ... en el plazo máximo de UN MES>>, no queda claro la causa que ha movido a la Administración para el dictado de dicha orden. En efecto, a la vista del contenido y fundamentación jurídica contenida en las resoluciones aquí impugnadas, no queda claro si la razón o causa tenida en cuenta por la Administración demandada para ordenar la demolición o desalojo de la chabola radica en que la misma se construyó sin licencia urbanística que la ampare, o que la causa radica en que la edificación no reúne las necesarias condiciones de seguridad y salubridad, o si son ambas causas las que fundamentan la orden de demolición o desalojo. Ello denota, de por sí, un evidente déficit de motivación.

"En todo caso, centrándonos en el concreto motivo de impugnación que nos ocupa, debe resaltarse la circunstancia de que la aquí recurrente-apelante puso de manifiesto en el propio expediente administrativo (folios 8 a 10 y escrito de interposición de recurso de reposición), entre otras cuestiones, que la vivienda que se pretendía demoler era la única con la que contaba y que en la misma residían, además, su esposa y tres hijos menores de edad de 4, 3 y 2 años. Entendía que <<De acuerdo a la Constitución española y a los Tratados Internacionales de Protección de Derechos Humanos, no cabe la demolición de viviendas de personas vulnerables sin el estudio de alternativas participativas>>.

"Ya en sede judicial, la recurrente alegó que las resoluciones impugnadas vulneraban las normas internas e internacionales sobre protección de la familiar y de los menores. En concreto, se aduce la vulneración de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 3.1 , 4 , 7 , 1 , 9.1 , 16.1 y 27), de la Carta Europea de los Derechos del Niño (Apartado D. 7.15), de la Constitución (artículos 39 y 47) y de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor (artículos 2, 3, y 11).

"Pues bien, en relación con la invocación por la recurrente-apelante de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor resulta necesario traer a colación la Sentencia de esta Sala y Sección de fecha 11 de abril de 2018, rec. 543/1917 , cuya doctrina ratificábamos en la Sentencia de 27 de junio de 2018, rec. 938/2017 , recaídas ambas en supuestos muy similares al que ahora nos ocupa.

"En la precitada Sentencia de 11 de abril de 2018 señalábamos en su FJ 40 lo siguiente:

<<(…) en relación con la invocación por la recurrente-apelante de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor resulta necesario traer a colación la doctrina contenida en la reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2017, recaída en el rec. 270/2016 . En dicha Sentencia, en su FJ 2 0, se dice:

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

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

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

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

"<Asimismo, refiere el Tribunal Constitucional en las citadas sentencias que "el órgano jurisdiccional debe velar por la proporcionalidad de la medida interesada, de modo tal que la entrada en el domicilio sea absolutamente indispensable para la ejecución del acto administrativo. Pues será justamente en este juicio de proporcionalidad -al que expresamente remiten nuestras Sentencias 50/1995 y 69/1999, como canon de enjuiciamiento de la licitud de la autorización judicial de entrada en el domicilio-, en el de haberse respetado, no se producirá la vulneración del derecho fundamental".

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

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

"<Cabe subrayar que, en el supuesto que enjuicamos en este recurso de casación, era insoslayable la ponderación, por parte del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo número 12 de Madrid y por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de los derechos e intereses de los menores afectados, porque previamente se había planteado por la recurrente doña Emma ante los órganos judiciales que dicha vivienda era el hogar familiar, donde convivía con su pareja y sus tres hijos Flora, Adoración y Hermenegildo en condiciones de extrema vulnerabilidad, debido a su situación económica, invocando la protección que debía otorgarse a sus hijos menores de edad, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 11 y 12 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de marzo, de Protección Jurídica del Menor, y el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 (EDL 1990/15270).

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

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

"<De esta disposición procesal, interpretada a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional y de la del Tribunal Europeo de Derecho Humanos, se desprende que el juez de lo contencioso-administrativo, al autorizar la entrada en un domicilio particular para proceder a su desalojo en el que residan menores de edad, debe tomar en

consideración la aplicación del principio de proporcionalidad, y, en consecuencia, adoptar las cautelas adecuadas y precisas para asegurar y garantizar una protección integral y efectiva de los derechos e intereses de los menores.

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

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

"<1) Resulta incompatible con la debida protección jurídica de los derechos e intereses de los menores de edad, tal como se reconoce en los artículo II y 12 de la Ley orgánica 1/1996, de 15 de marzo, de Protección Jurídica del Menor, y en el artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, en relación con las garantías establecidas en los artículos 18.2 y 24 de la Constitución , una resolución del juzgado de lo contencioso-administrativo de autorización de entrada en el domicilio (de conformidad con la potestad que le confiere el artículo 8.6 de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa) que no esté suficientemente motivada, en la medida que resulta exigible que el juez de lo contencioso-administrativo pondere la situación personal, social y familiar particular de los menores de edad que pueden verse afectados por la ejecución de la orden de desalojo.

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

"<En consecuencia con lo razonado, procede declarar haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Diana contra la sentencia dictada por la Sección Octava de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de septiembre de 2016, que desestimó el recurso de apelación 475/2016 , interpuesto contra el Auto del Juzgado número 12 de lo ContenciosoAdministrativo de Madrid de 29 de febrero de 2016 , dictado en el Procedimiento de Autorización de entrada en domicilio número NUM012, que casamos.

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

<<Si bien la expresada doctrina aparece expuesta en relación con la autorización judicial de entrada domiciliaria con ocasión de llevar a cabo la ejecución de un acto administrativo, nada obsta su aplicación a un supuesto como el presente en el que el acto administrativo impugnado (orden de demolición y desalojo) es dictado por una Administración municipal y es susceptible de incidir en la esfera jurídica de un menor.

<<En efecto, no debe perderse de vista que tanto los principios rectores de la acción administrativa contemplados en el artículo II como las acciones de protección contempladas en el artículo 12, ambos de la ya citada Ley orgánica 1/1996, de 15 de marzo, de Protección Jurídica del Menor , tienen como destinatario principal a las Administraciones Públicas. Estas, en el ejercicio de sus competencias, vienen obligadas a proteger a los menores de edad ante cualquier situación de riesgo y de garantizar su desarrollo personal en condiciones adecuadas para procurar su integración social y familiar, de tal forma que deberán tener en cuenta las necesidades de los menores al ejercer sus competencias.

<<Por tanto, en el caso que nos ocupa, siguiendo la doctrina contenida en la precitada Sentencia del Tribunal Supremo, una vez que la Sra. Isidora había puesto en conocimiento de la Administración municipal que la vivienda (<<chabola>>) a desalojar y demoler era el hogar familiar, donde convivía con su pareja y su hija menor de edad, constanding a los servicios municipales que la citada vivienda no reunía ni las más mínimas condiciones de seguridad y salubridad, revelándose con ello una situación de extrema vulnerabilidad, venía obligada la Administración autora del acto administrativo aquí impugnado, con anterioridad a su dictado, a tomar en

consideración la aplicación del principio de proporcionalidad, y, en su consecuencia, a adoptar las cautelas adecuadas y precisas para asegurar y garantizar una protección integral y efectiva de los derechos e intereses de la menor.

<<No debe perderse de vista que siendo cierto que las Administraciones Locales tienen competencia de planeamiento, gestión, ejecución y disciplina urbanística (artículo 25.2.a) de la LRBRL), también lo es que el ordenamiento jurídico les atribuye competencia en materia de <<Evaluación e información de situaciones de necesidad social y la atención inmediata a personas en situación o riesgo de exclusión social>> (artículo 25.2.e) LRBRL), cuyo desarrollo normativo, en el ámbito de la Comunidad de Madrid, aparece concretado, en lo que ahora nos interesa, en Ley 11/2003, de 27 de marzo, de Servicios Sociales de la Comunidad de Madrid, y en la Ley &/1995, de 28 de marzo, de Garantías de Derechos de la Infancia y la Adolescencia en la Comunidad de Madrid.>>

<<En consecuencia, cuando la Administración local tiene conocimiento, como ocurre en el caso que nos ocupa, que una determinada construcción o edificación vulnera el ordenamiento urbanístico y que además existe una situación de extrema vulnerabilidad, en la que se compromete gravemente la seguridad, integridad y desarrollo de un menor de edad, viene compelida por el ordenamiento jurídico a ejercitar cuantas potestades sean precisas para atajar no solo el problema de disciplina urbanística sino también el social y el de protección de los menores.

<< No le es dable a la Administración ejercitar una potestad (de disciplina urbanística) en detrimento de otra (de protección del menor). Cuando ante la Administración se presentan hechos y circunstancias como las que aquí nos ocupa, en las que no solo se viene a vulnerar la legalidad urbanística y las condiciones de seguridad y salubridad sino que, además, se advierten situaciones de extrema vulnerabilidad, en las que aparece comprometida la integridad de un menor de edad, necesariamente debe activarse no solo el ejercicio de la potestad disciplinaria sino también, al menos con la misma intensidad (si no superior), la potestad asistencial y de protección del menor.

<<Desde luego no cabe postergar o diferir el ejercicio del deber asistencial a un momento posterior, como al parecer contempla el Juzgador de la instancia, de ejecución del acto administrativo y ello, por la sencilla y elemental razón de que la orden de desalojo y demolición no lo permite. Adviértase que la resolución impugnada <<ordena>> a la Sra. Isidora a que proceda al desalojo y demolición, dándole a tal efecto el plazo de un mes, con la expresa advertencia de que si no lo hiciere <<se procederá en ejecución sustitutoria>>. De esta forma, si la interesada cumpliera voluntariamente la orden de desalojo, es evidente que se agravaría la situación de desamparo del menor. Y si, por el contrario, no accediere a ello, se pondría en marcha el procedimiento de ejecución forzosa que, ante la falta de previsión de adopción de toda medida asistencial, acarrearía igualmente un agravamiento de la situación de desamparo.

<<Y en el caso concreto que nos ocupa, a pesar de que la Administración municipal tuvo pleno conocimiento de la situación de extrema vulnerabilidad y desprotección del menor de edad, no adoptó medida asistencial y de protección de ningún tipo aliviase o paliase dicha situación ni solicitó informe social alguno, optando por el ejercicio de la potestad urbanística en detrimento de la potestad social también requerida, y todo ello sin realizar ponderación alguna de los intereses en juego.

<<Es por ello que, en aplicación de la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta, resulte procedente declarar la disconformidad a Derecho de las resoluciones impugnadas, ordenando la retroacción de las actuaciones al momento inmediatamente anterior a su dictado, con el objeto de que por el la Administración municipal lleve a cabo el preceptivo juicio de proporcionalidad respecto de la situación de vulnerabilidad del menor de edad y, en su caso, adopte las correspondientes medidas de protección de la integridad del menor de edad>>.

"Doctrina anterior que resulta igualmente aplicable al supuesto que ahora nos ocupa teniendo en cuenta que ya constaba en el expediente administrativo la existencia de tres menores de edad (de 4, 3 y 2 años) en la vivienda objeto de demolición, dato que es asimismo puesto de manifiesto en el escrito de demanda, sin que la Administración lo haya tomado en consideración en sentido alguno.

"Llegados a este punto conviene recordar, además, que es jurisprudencia del TEDH la que sostiene que cuento en juego el derecho a la vida privada y familiar por constituir el inmueble el domicilio habitual, el margen de apreciación de los Estados miembros para acordar la demolición es muy inferior a aquél del que disponen cuando sólo se encuentra en juego el derecho de propiedad y el derecho al respecto de los propios bienes (STEDH Ivanova y Cherkezhov, de 21 de abril de 2016).

"Por consiguiente, de las anteriores consideraciones se deduce la procedencia de estimar el recurso de apelación que nos ocupa, con la consiguiente revocación de la sentencia apelada y estimación parcial del recurso contencioso-administrativo origen de las presentes actuaciones."

Contra la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad de Madrid fueron preparados sendos recursos de casación, tanto por el Ayuntamiento de Madrid como por el Sr. Luis Angel, si bien por auto de la Sección de Admisión de esta Sala Tercera, ya antes mencionado, se declaró inadmisibile el recurso de originario recurrente

--limitado a la condena en costas de la apelación-- y se tuvo por preparado el recurso del Ayuntamiento de Madrid, estimando que la cuestión que suscitaba interés casacional objetivo era determinar " Si el juicio de proporcionalidad respecto de una orden de desalojo domiciliario, y especialmente el juicio de ponderación respecto de la situación de los menores que pudieran verse afectados por la misma, es exigible tanto en la fase ejecutiva de dicha orden como en la previa fase declarativa de la que aquella trae causa." En esa labor se considera en la mencionada resolución que los preceptos que debían ser objeto de interpretación son los artículos 24 de la Constitución ; artículos 25.2º.a) y 51 de la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local ; artículos 38 y 98 de la de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ; artículo 208 del Reglamento de Organización , Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 2568/1986, de 28 de noviembre; artículos 11 y 12 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y el artículo 27, apartados 1º y 3º de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989.

Las razones que se aducen en apoyo del recurso por la defensa municipal, a tenor de lo que se razona en el escrito de interposición, es que no puede estimarse que deba apreciarse al momento de examinar la legalidad de la resolución impugnada originariamente los efectos del desalojo de la vivienda, sino que esas consideraciones que se hacen por la Sala territorial deben relegarse al momento de hacer efectivo dicho desalojo. De ahí que se considera acertado el criterio del Juzgado y se cita una abundante jurisprudencia de la Sección Octava de la misma Sala del Tribunal de Madrid que, en supuestos idénticos al presente, considera correcta dicha interpretación. Por ello se termina suplicando que se fije como criterio interpretativo de la cuestión que suscita interés casacional objetivo la mencionada interpretación, suplicando que se estime el recurso de casación, se anule la sentencia de instancia y se desestime íntegramente el recurso de apelación declarando la firmeza de la sentencia de primera instancia.

Ha comparecido en el recurso de casación municipal la defensa del originario recurrente para oponerse al mismo si bien toda la argumentación se hace por referencia a su propio recuso de casación que, como se dijo, fue inadmitido, resultando irrelevante lo allí razonado a los efectos de este recurso.

Segundo. Examen de la cuestión que suscita interés casacional objetivo.

Ya se ha expuesto anteriormente la cuestión que constituye el objeto de este recurso de casación, es decir, determinar si cuando se declare una orden de desalojo de una vivienda entre cuyos moradores existan menores de edad, el juicio de ponderación que impone la normativa en materia de protección del menores debe ser tomada en consideración al momento de examinar la legalidad de los actos que pudieran comportar dicho desalojo o, por el contrario, debe relegarse ese juicio de ponderación al momento de hacer efectivo el desalojo, cuando se proceda a la ejecución del acto en que se acuerde.

Suscitado el debate en la forma expuesta no podemos perder de vista el cometido que en el recurso de casación nos impone el artículo 93.1º de nuestra Ley procesal, conforme al cual esta Sala deberá, en primer lugar, fijar la interpretación de aquellas normas a que se refiere la cuestión que suscita interés casacional, para, a continuación, " resolver las cuestiones y pretensiones deducidas", conforme a dicha interpretación.

Si bien aparentemente ese orden de los pronunciamientos comporta una abstracta fijación de la interpretación de los preceptos y una ulterior aplicación de dicha interpretación al examinar la pretensión -orden de pronunciamientos que se alteran respecto de la casación en el ámbito civil (artículo 487 de la Ley de Enjuiciamiento Civil) en que se examina primero el caso enjuiciado y, tras esa decisión, fijar la oportuna doctrina--, es lo cierto que, tratándose la casación de un auténtico recurso, siquiera sea extraordinario, es lo cierto que la pretensión constituye un elemento relevante y, en función de ella, deberá determinarse la interpretación de los preceptos, porque, en otro caso, se corre el riesgo de que aquella primera interpretación terminaría siendo un examen abstracto y objetivo de difícil utilidad, que es la base de toda actividad procesal, incluso se aproximaría a una actividad más propia del ámbito doctrinal o incluso del Legislativo.

Las anteriores consideraciones son relevantes en el caso de autos porque determinar en qué momento de la actividad administrativa deben tomarse en consideración la protección que a las Administraciones públicas se imponen respecto de los menores, comporta una cuestión de tan amplia formulación que es difícil adoptar una solución única para todos los supuestos y, desde luego, poco podría aclarar o añadir a los preceptos que se nos pide interpretar. Ello nos obliga a centra la cuestión casacional poniendo el punto de mira, de una parte, en la actividad administrativa que se impugna en este proceso, de otra, la motivación de la sentencia recurrida en orden a la doctrina que toma en consideración para la aplicación de dichos preceptos.

Con esas premisas debemos centrar el objeto del presente recurso en determinar si ante la existencia de una potestad administrativa concreta, cuyo legítimo ejercicio comporta el desalojo de una vivienda que la habita una familia con hijos menores de edad, que de acordarse el desalojo quedarían estos en una situación de desamparo,

debe la Administración suspender el ejercicio de esa potestad o si, por el contrario, la misma debe ser ejercida conforme a la legalidad aplicable y solo cuando el desalojo deba llevarse a efectos real y efectivamente, deberá ponderar los intereses de los menores afectados.

Porque ese es el debate que se suscita en este proceso en el que, como cabe concluir de la misma fundamentación de la sentencia de instancia, no se duda que la resolución municipal que ordenó, y por motivos de salubridad --" la vivienda es insalubre", se declara en la sentencia de primera instancia, es importante señalarlo--, la demolición de la vivienda ("infravivienda"), no ofrece tacha alguna de ilegalidad, de donde ha de concluirse que la resolución impugnada estaba plenamente ajustada al ordenamiento jurídico.

El dilema se suscita en el hecho de que ese desalojo que se ordena en la resolución, consecuencia de la necesaria demolición de la vivienda, afecta a toda la familia que mora en ella, es decir, al matrimonio del recurrente y sus tres hijos menores de edad que, tampoco cabe dudar, con el desalojo quedarían en una situación de desamparo. Y nadie cuestiona tampoco que debe evitarse esa inadmisibles situación de poner a los menores en esa situación de desamparo. No lo pretende el Ayuntamiento con su recurso ni, desde luego, lo sostiene el Juzgador de primera instancia.

Porque donde se sitúa el debate es en el aspecto procedimental y temporal, es decir, si esa protección de los menores debe llevar a no ejercer la Administración sus potestades urbanísticas para ordenar la demolición de una edificación de tan deficientes características como se describe la de autos, que es lo que se sostiene en la sentencia recurrida; o si, por el contrario, la Administración municipal debe ejercer sus potestades, ordenar la demolición, como en Derecho corresponde y, solo cuando debiera hacerse efectivo el desalojo con la ejecución forzosa de dicha resolución, tomar en consideración los intereses de los menores y, en evitación de ponerlos en situación de desamparo, suspender esa ejecución forzosa con el desalojo de la vivienda en que moran, habida cuenta de que la misma Administración local tiene atribuidas, no se duda tampoco, las competencias para corregir esa lamentable situación de los menores.

Ante ese planteamiento no está de más que, aun trayendo al examen de la cuestión casacional objetiva que nos ocupa los fundamentos concretos de la sentencia que ahora se revisa, nos detengamos en la causa por la cual se somete a este Tribunal Supremo ahora determinar el momento temporal en que la Administración debe efectuar un juicio de ponderación o de proporcionalidad entre potestades administrativas y protección de menores, estableciéndose un modo de incompatibilidad entre aquellas potestades de cualquier naturaleza material y estas potestades de tutela de personas vulnerables y en situación de riesgo.

Pues bien, como cabe concluir de la fundamentación de la sentencia de instancia, esa cuestión, ese pretendido y necesario juicio de ponderación o de proporcionalidad, lo concluye la Sala territorial de la sentencia de este Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2017, dictada en el recurso de casación 270/2016 (ECLI:ES:TS:2017:4211). Constituyendo dicha sentencia el fundamento esencial de la decisión que se adopta en la sentencia que se revisa en este recurso de casación, es obligado que nos detengamos en sus circunstancias porque, en cierta medida, de ello depende el debate de autos.

En aquel recurso de casación se impugnaba una sentencia dictada por la misma Sala territorial de Madrid, de su Sección Octava, en la que se revisaba un auto dictado por uno de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo de Madrid, en el que se había autorizado a la Administración de dicha Comunidad Autónoma la autorización de entrada en un domicilio donde residía una familia con hijos menores de edad, precisamente para la ejecución forzosa de "una resolución del Instituto de la vivienda de Madrid, relativo a la recuperación de la posesión del inmueble ocupado ilegalmente" mediante el desalojo de la familia de la persona que en aquel proceso había actuado como recurrente. Tanto el Juzgado como la Sala del Tribunal Superior, ésta confirmando el auto originario, autorizaron la entrada en el domicilio para proceder al desalojo y se había cuestionado la situación de desamparo en que quedaban los menores moradores de la vivienda al ejecutarse forzosamente el desalojo, a cuya finalidad se había solicitado la autorización de entrada.

Pues bien, en aquel recurso de casación en que se dicta la Sentencia de esta Sala Tercera, lo que se había planteado como cuestión que suscitaba interés casacional objetivo era "determinar la interpretación que haya que darse a lo dispuesto en los artículos 11 y 12 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y de los apartados 1 y 3 del artículo 27 de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, en relación con la autorización judicial a la que se refiere el artículo 18.2 de la Constitución ; y, en particular, si resulta exigible que el juez de lo contencioso-administrativo que conoce de la solicitud de la autorización de entrada en un domicilio para su posterior desalojo contemple en su juicio de ponderación la situación particular de los menores afectados y motive en consecuencia." Ante ese planteamiento del objeto del recurso y conforme a los razonamientos que ya se han expuesto al transcribir la sentencia objeto de nuestra casación, que la sigue literalmente, se termina concluyendo que los preceptos a que se refería la cuestión casacional -- sustancialmente

los mismos que en este recurso de casación-- debían interpretarse en el sentido de que, en primer lugar, dichos preceptos obligaban al Juzgado autorizar la entrada en domicilio donde moraban terceros cuando se pretendiera ejecutar un acto que comportara el desalojo de la vivienda en que habitaban menores de edad que podrían quedar en situación de desamparo, porque "no esté suficientemente motivada, en la medida que resulta exigible que el juez de lo contencioso-administrativo pondere la situación personal, social y familiar particular de los menores de edad que pueden verse afectados por la ejecución de la orden de desalojo" y, en segundo lugar, que "resulta incompatible con la debida protección jurídica de los derechos e intereses de los menores de edad... una resolución del juzgado de lo contencioso-administrativo de autorización de entrada en domicilio que no contenga un juicio acerca de la aplicación del principio de proporcionalidad, que se efectúe teniendo en cuenta los datos y elementos disponibles sobre la afectación de los derechos e intereses de los menores de edad que la decisión judicial comporta." Con dicha interpretación de los preceptos, lo que se ordena por la sentencia que comentamos, estimando el recurso de casación y anulando la sentencia de segunda instancia, es ordenar la retroacción de las actuaciones para que el Juzgado resuelva la solicitud de entrada de forma motivada, "efectuando un juicio de proporcionalidad respecto de la situación de vulnerabilidad de los hijos menores de edad de la recurrente."

Pues bien, son esos razonamientos y esa interpretación la que aprovecha la Sala de instancia para dictar la sentencia que ahora nos ocupa, porque aunque admite que no se trata de situaciones iguales, dado que la sentencia del Tribunal Supremo se refiere a un auto de autorización de entrada en domicilio donde moraban menores de edad y en el caso que se enjuiciaba en la sentencia ahora recurrida se trataba de una resolución administrativa dictada en un procedimiento de disciplina urbanística que ordenaba la demolición de la vivienda, se considera por la Sala de Madrid que " nada obsta su aplicación a un supuesto como el presente en el que el acto administrativo impugnado (orden de demolición y desalojo) es dictado por una Administración municipal y es susceptible de incidir en la esfera jurídica de un menor."

Es decir, tratando ya de definir el objeto de la cuestión que suscita interés casacional objetivo, esta quedaría ya delimitada, como se corresponde con lo declarado en el auto de admisión, si la doctrina sobre la ponderación entre actividad administrativa que comporte el desalojo de una familia integrada por menores de edad de una vivienda que les sirve de morada, debe realizarse al momento de dictarse la resolución procedente o deberá demorarse ese juicio de ponderación al momento en que, en su caso, deba procederse a la ejecución forzosa de la decisión administrativa, llevando a cabo el desalojo de la vivienda.

Pero debe señalarse que la propia argumentación de la sentencia de apelación parte de una premisa no del todo acertada cual es la de señalar que la incompatibilidad de interés públicos afectados comporta una clara prevalencia de la potestad que se confiere a las Administraciones Públicas Municipales en protección de los menores sobre la, al parecer, más débil socialmente de las potestades sobre la legalidad urbanística lo cual, si se profundiza sobre esa premisa no deja de ofrecer serias dudas. En efecto, no es el momento de polemizar al respecto en esa ámbito teórico, pero no puede dejar de señalarse que esa pretendida clara primacía que comportan las potestades urbanísticas para determinar las condiciones de seguridad, higiene y salubridad que debe reunir una vivienda para constituir la morada de una familia no es tan ajeno al interés público, como en la sentencia que se revisa se declara, que el Ayuntamiento haya procedido a declarar el estado calamitoso de la vivienda y, a la postre, la inidoneidad para que habiten en ella no solo toda la familia sino de manera especial los menores de edad; que ciertamente quedarían en una situación más precaria de no poder disfrutar de tan calamitosa morada, pero que puestos a tomar en consideración el interés de los menores, que es de lo que se trata, quizá no sea más inminente la declaración de que la "infravivienda" o "chabola", como se designa a la viviendas en las sentencias de las instancias, no sea la menos idónea para la estancia de los menores.

No debemos resistirnos a recordar cómo se describe la vivienda en la sentencia que se revisa, lo cual da pie para concluir en la procedencia de la resolución que se revisa cuando se dice en relación a dicha actividad administrativa "... constando a los servicios municipales que la citada vivienda no reunía ni las más mínimas condiciones de seguridad y salubridad, revelándose con ello una situación de extrema vulnerabilidad..."

Se quiere poner con lo expuesto de manifiesto que establecer una primacía de potestades administrativas de manera teórica ofrece una problemática que no siempre parece oportuno realizar. Y téngase en cuenta que, como se hace constar en la sentencia de primera instancia, el debate que se suscita frente a la actividad administrativa que es objeto de revisión en este proceso, no es ya directamente que los menores abandonen la vivienda, sino simplemente la declaración de que la misma no es idónea para ese fin e, implícitamente y con mayor motivo, para ser morada de menores.

Ese es el debate, porque no se trata de que los menores abandonen la vivienda al notificarse a su progenitor que actúa como "interesado" en el procedimiento la resolución que se revisa en la instancia, sino sólo que la vivienda no está ajustada a la legalidad por razones de salubridad y por incumplir las exigencias urbanísticas, nada más.

Ha de reconocerse el acierto de la Sala de instancia cuando tras la descripción antes reseñada y transcrita declara que "... venía obligada la Administración autora del acto administrativo aquí impugnado, con anterioridad a su dictado, a tomar en consideración la aplicación del principio de proporcionalidad, y, en su consecuencia, a adoptar las cautelas adecuadas y precisas para asegurar y garantizar una protección integral y efectiva de los derechos e intereses de la menor..." que sería el camino que debería adoptar la Administración, pero que, como veremos, ofrece dudas que solo dejando de dictar ese acto de ilegalidad de la vivienda, dejando sine día su solución, pudiera solucionarse esa lamentable situación de los menores.

Al juicio del Tribunal el debate se suscita y resuelve por la Sala del Tribunal de Madrid de forma excesivamente taxativa cuando prima de manera absoluta la potestad de protección de los menores sobre la de la legalidad urbanística y debe buscarse, en la medida de lo posible, la compatibilidad de esas potestades. Y esa compatibilidad ha de buscarse por la vía del significado de la propia actividad administrativa que se revisa.

Es cierto que la resolución originariamente impugnada, en palabras de la sentencia que se revisa, "<<ordena>> a la Sra. Isidora a que proceda al desalojo y demolición, dándole a tal efecto el plazo de un mes, con la expresa advertencia de que si no lo hiciera <<se procederá en ejecución sustitutoria>> " de donde se concluye que deviene ya necesaria " la orden de desalojo y demolición"... por lo que no cabe " postergar o diferir el ejercicio del deber asistencial a un momento posterior". Tales términos absolutos, afortunada o desgraciadamente, no son como se exponen ni se corresponden con lo establecido en nuestro Derecho y no existe esa cooperación incondicionada de los ciudadanos en la ejecución de los actos administrativos, incluso cabría decir que tampoco hay una obligación a ello, como mucho, habría un deber jurídico que no genera la obligación de actuación alguna, sino la posibilidad de que las Administraciones puedan accionar sus potestades ejecutivas para hacer efectivos sus propios actos.

La resolución administrativa que originariamente se impugna en este proceso, que no se cuestiona no ofrece tacha alguna de ilegalidad, no es sino un típico acto administrativo declarativo, aquellos en que la Administración hace una manifestación de voluntad, en este caso declarar la ilegalidad de la vivienda por su, entre otras razones, la más absoluta falta de las condiciones de salubridad para servir de vivienda. Y esa declaración no está exenta de una cierta faceta protectora para los menores que habitan en tales condiciones.

No es cierto, como subyace en la argumentación de la sentencia de instancia, que ante tales actos surja una obligación ineludible de los interesados para ejecutar por sí mismos tales actos, muy al contrario, lo que genera la firmeza de los actos y su ejecutividad, no es esa autoejecución por el interesado, sino la potestad de las Administración, tan siquiera a la ejecución inmediata, sino que como impone el artículo 99 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, a realizar un previo " apercibimiento" a los interesados de que se va a proceder a su ejecución forzosa. Ese es el sentido de la ejecutividad de los actos, que la Administración no requiere título alguno para ejecutar sus propios actos, pero en modo alguno que el interesado esté irremediablemente obligado a ejecutarlos por sí mismos. Es decir, el originario recurrente y destinatario de la resolución impugnada no estaba necesariamente obligado a ejecutar de mutuo propio la orden de desalojo de la vivienda y proceder inmediatamente a la demolición de la misma, poniendo a sus hijos menores en situación de desamparo, habida cuenta de que es el primer interesado en evitar esa situación porque es el que primeramente debe velar por el bienestar de sus hijos menores de edad; primacía, debe recordarse, que es prevalente a la propia Administración que asume las funciones tuitivas.

Hay una importante consecuencia de lo expuesto para el propio recurrente y para el razonamiento de la sentencia que se revisa, cual es que el hecho de que esa declaración en modo alguno ponía a los menores en situación de desamparo ni, por tanto, ese riesgo de desamparo hace nulo el acto o anulable, por la sencilla razón de que la vivienda no deja de ser ilegal. Lo que si generaría esa situación es la ejecución de esa orden que, insistimos, no es algo que debiera de mutuo propio ejecutar el interesado, menos aún que éste la ejecutara poniendo en riesgo a los menores, motivo que estaría, ahora sí, más que justificado, que se opusiera a la intención de la Administración de ejecutar dicha orden de desalojo.

Luego, por tanto, no puede aceptarse, como sostiene la Sala de instancia, que la mera declaración de ilegalidad hace ya " irremisiblemente" obligado el desalojo o, si se quiere, a poner a los menores en una situación de desamparo. Esa situación se produciría, insistimos, con la ejecución a la que no estaba obligado el interesado.

Y es el Legislador el que despeja la cuestión que estamos examinando. En efecto, si partimos de la base, y nadie lo duda, que el desalojo de la vivienda comporta, por la situación de desamparo en que quedarían los menores, la vulneración de los preceptos antes mencionados como sujetos a interpretación para examinar la cuestión casacional, deberá convenirse que esa concreta ejecución --no la mera declaración de ilegalidad de la edificación-- es la que vulneraría tales preceptos. En este sentido el artículo 98 de la Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, al ocuparse de la ejecución de los actos administrativos y regular la

potestad administrativa de su ejecución forzosa, en este caso por la modalidad de la ejecución subsidiaria del desalojo, contempla como un supuesto de excepción de esa " inmediata ejecutividad" aquellos en los " una disposición establezca lo contrario". Es decir, en el caso de autos, los preceptos que se dicen infringidos por la mera declaración en la sentencia de instancia, son los que legitimarían, ahora sí, un óbice para que la Administración pudiera ejecutar coactivamente lo declarado, el desalojo. Y es indudable que con ello quedarían salvaguardados los derechos de los menores que se invocan.

Bien es verdad que cabría pensar de qué serviría hacer una declaración --demolición tras desalojo-- que no puede ejecutarse. No es tan fácil recurrir a esa afirmación. En primer lugar, porque la edificación es ilegal y de la manera más ostentosa que pudiera concurrir, como las mismas sentencias de instancia ponen de manifiesto, por lo que su declaración no puede demorarse sine día en espera de que los menores queden protegidos por la protección de las Administraciones o que estos alcancen la mayoría de edad, solución que chocaría con la mínima lógica jurídica, una vez que es conciliable la protección de los menores y de la legalidad urbanística, que no es solo, recordémoslo, algo genérico y abstracto sino que también pretende la protección de las personas, también de los menores. Pero incluso se daría la paradoja de que la resolución dictada confiere más fuerza al propio originario recurrente, porque la misma Administración ha declarado la insalubridad de la vivienda donde viven los menores, a los efectos de reforzar su petición y derecho a obtener de la Administración local su amparo, porque es esa misma Administración la que declara la inidoneidad de la vivienda y, por tanto, la urgencia de proporcionarlo otra plenamente ajustada a sus necesidades. Optar por la solución pretendida por la Sala de instancia es mantener una situación de hecho inaceptable que, desgraciadamente, la realidad demuestra que se perpetua indefinidamente.

Y esta Sala no considera procedente que se traiga a la justificación de la decisión adoptada en la instancia la sentencia de esta Sala Tercera de 2017 a que antes nos hemos referido y reseñado en sus detalles más significativos, como se razona por el Tribunal territorial. En efecto, si algo viene a poner de manifiesto las declaraciones que se hacen en esa sentencia es la plena salvaguarda de los derechos de los menores que habitan en la vivienda con la solución que se propone. Y ello porque, si hemos de partir, como dijimos, que no existe una obligación inminente del interesado en ejecutar la orden de desalojo y demolición de la vivienda, sino una potestad de la Administración para ejecutarla y si, por otra parte, quien en primer lugar debe proteger a los menores, y si lo hace como demuestra este recurso, es su propio padre, es indudable que este no está obligado a poner a sus hijos en esa situación de desamparo abandonando la precaria vivienda que habitan. Puede optar, tiene un derecho, a que, ante esa situación de sus hijos, demorar la orden de la Administración hasta que esta, ejercitando sus potestades, decida ejecutar subsidiariamente dicha orden de desalojo.

Lo que viene poner de manifiesto la situación de hecho de la sentencia citada es que en ese momento es cuando, de una parte, el padre podrá oponer a dicha ejecución y con fundamento en el artículo 98 antes mencionado, que le asiste el derecho a que no ejecute ese acto, por lícito que fuera, porque hay intereses más dignos de protección en los preceptos en juego, y es el momento en que la Administración deberá ponderar dichos intereses o, lo que sería deseable, excluya esa confrontación de intereses por facilitar una vivienda digna a la familia. Y lo que razona la sentencia mencionada es que, no solo la Administración debe hacer ese juicio de ponderación, sino que, como sería obligado, la ejecución forzosa del desalojo impone la entrada en domicilio y la necesidad de solicitar la autorización judicial, que solo sería necesaria de haber rechazado la Administración esa ponderación de intereses, y será entonces cuando los mismos están obligados a hacer ese juicio y, en ese momento sí, salvaguardar los derechos de los menores, que ello merme la preceptiva declaración de que la edificación es ilegal aunque precisamente por no atender la Administración sus obligaciones para con los menores no pueda hacer efectiva esa declaración lo cual, como se dijo, no deja, cuando menos, de poner en evidencia el anormal funcionamiento de la Administración, situación bien diferente de la que resultaría con lo declarado en la instancia en que todo sigue igual y, por tanto, nada puede ni debe cambiar, lo cual es difícil concluir que sea lo más beneficioso para los menores. Y eso es lo que cabe concluir de la mencionada sentencia que se sigue en la de instancia.

Tercero. *Propuesta sobre la interpretación de los preceptos a que se refiere la cuestión casacional.*

La conclusión de lo expuesto comporta que cuando las decisiones administrativas que deban dictarse en relación con las condiciones de legalidad de un inmueble en que habitan menores de edad, el juicio de proporcionalidad entre los intereses que subyacen en esa declaración y los de protección de los menores que pudieran quedar en situación de desamparo, deben realizarse, no al dictar la resolución que Derecho procediera, sino al momento de proceder a la ejecución forzosa de dicha resolución, haciendo efectiva la puesta en riesgo de los intereses de los menores.

Cuarto. Examen de las pretensiones.

Entrado ya a resolver las pretensiones accionadas en este recurso, conforme nos corresponde ahora, de acuerdo con el orden de los pronunciamientos que no impone el artículo 93 de nuestra Ley procesal, lo antes concluido obliga a la estimación del recurso de la Administración municipal recurrente y casar la sentencia de instancia, debiendo dictarse otra en sustitución en la que se desestime el recurso de apelación a que la misma se refiere, confirmando íntegramente la sentencia de primera instancia.

Quinto. Costas procesales.

No ha lugar a la imposición de las costas de este recurso de casación, al no apreciarse temeridad o mala fe en las partes, por lo que, como determina el art. 93.4 de la Ley jurisdiccional, cada parte abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitad. Y en cuanto a las causadas en el recurso de apelación, de conformidad con lo establecido en el artículo 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, tampoco procede hacer declaración por considerar que los razonamientos de esta sentencia comportan la existencia de circunstancias que justifican la no imposición de costas.

FALLO

Por todo lo expuesto,

EN NOMBRE DEL REY

y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido

Primero.

La interpretación de los preceptos a que se refieren la cuestión casacional objetiva que se suscita en el presente recurso de casación 413/2019 es la que se propone en el fundamento tercero.

Segundo.

Ha lugar al recurso de casación interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE MADRID contra la sentencia 731/2018, de 31 de octubre, mencionada en el primer fundamento.

Tercero.

Casar la mencionada sentencia que se considera sin valor ni efecto alguno.

Cuarto.

En su lugar, desestimar el recurso de apelación 1053/2017, que había sido interpuesto por Don Luis Angel, contra la sentencia 209/2017, de 27 de septiembre, que se había dictado en el recurso contencioso-administrativo 121/2016, en impugnación de la resolución de la Dirección General de Control de la Edificación, del Ayuntamiento de Madrid, dictada en el expediente NUM002, por la que se le ordenaba al recurrente en la instancia el desalojo de su familia y la demolición de la infravivienda realizada en la Cañada DIRECCION010, Sector NUM001 de DIRECCION001; declarando la firmeza de dicha sentencia.

Quinto.

No procede hacer concreta condena en costas de esta casación ni de las ocasionadas en el recurso de apelación.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Rafael Fernández Valverde Octavio Juan Herrero Pina
Wenceslao Francisco Olea Godoy Inés Huerta Garicano
Francisco Javier Borrego Borrego

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente D. Wenceslao Francisco Olea Godoy, estando la Sala celebrando audiencia pública, de lo que, como Letrado/a de la Administración de Justicia, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.