

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

Las vías de hecho y la suspensión cautelar. Comentario al auto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sevilla) de 12 de Abril de 2003

Juan Antonio Ureña Salcedo

Área de Derecho Administrativo de la Universitat de València

SUMARO: I.- INTRODUCCIÓN. II.- LA REASUNCIÓN COMPETENCIAL DEL ESTADO SOBRE LAS CAJAS CATÓLICAS. 1).- De la LORCA a la Ley 44/2002. La situación de conflicto en Andalucía con Cajasur. 2).- La incompetencia sobrevenida de la Junta de Andalucía y las vías de hecho. III.- LA SUSPENSIÓN DE LA ACTIVIDAD INSPECTORA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA. 1).- La vía privilegiada del artículo 136.1 LRJCA. 2).- La preeminencia de la autotutela administrativa en el Ordenamiento español. IV).- BREVE RECAPITULACIÓN

I. INTRODUCCIÓN

En este trabajo, con el telón de fondo del conflicto existente entre el Estado y la Comunidad Autónoma de Andalucía por el «control» de Cajasur, pretende destacarse el régimen privilegiado y excepcional de adopción de medidas cautelares en los supuestos de vía de hecho y, por supuesto, la preeminencia que el legislador estatal sigue concediendo a la autotutela administrativa¹.

¹ El carácter general de la autotutela administrativa en nuestro Ordenamiento jurídico, como sostiene S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo I*, Thomson-Civitas, Madrid, 2004, p. 607, «nos separa ya abiertamente de cualquier concepción comparada del privilegio de la ejecución de oficio». Este mismo Profesor defiende que «la generalización de las potestades de ejecución forzosa (...) constituye una particularidad de nuestro ordenamiento no parangonable con los sistemas jurídicos de nuestro entorno que, en nuestro criterio es, además, incompatible (si no la potestad misma, si su utilización ordinaria, como una solución general) con la Constitución» (p. 609).

La resolución judicial que sirve de excusa es un Auto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 12 de abril de 2003, que suspendió, por falta de competencia y en aplicación del artículo 136 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, la actividad inspectora que la Junta de Andalucía estaba desarrollando en la Caja de Ahorros de Córdoba, Cajasur.

La comprensión de la citada resolución judicial exige recordar que la realidad normativa de las Cajas de Ahorros españolas, que ha sufrido numerosas reformas en los últimos meses (fundamentalmente con la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero², la Ley 26/2003, de 17 de julio³, y la Ley 62/2003, de 30 de diciembre⁴), no sólo dista de haber encontrado mecanismos suficientemente eficaces para poner fin al control político que padecen estas entidades de crédito sino que, como se comprobará seguidamente, en el caso de las Cajas de Ahorros de fundación católica ha supuesto una más que conflictiva reordenación competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

II. LA REASUNCIÓN COMPETENCIAL DEL ESTADO SOBRE LAS CAJAS CATÓLICAS

Un rasgo característico de la evolución normativa de las Cajas de Ahorros es, como sostiene SORIANO GARCÍA, el intento constante de apropiación

² Entre las modificaciones introducidas por esta norma se encuentra, por ejemplo, la limitación de la representación pública en los órganos de gobierno de las Cajas a un 50% como máximo de los derechos de voto en cada uno de tales órganos; la posibilidad de aumentar la duración de los cargos hasta 6 años; la potenciación de la colaboración entre Cajas de Ahorros o, finalmente, una nueva regulación de las cuotas participativas (cuyo desarrollo reglamentario ha sido aprobado por el Real Decreto 302/2004, de 20 de febrero).

³ Las novedades más importantes de esta Ley en materia de Cajas de Ahorros son dos: la exigencia de un informe anual de gobierno corporativo para las Cajas que emitan valores admitidos a negociación en mercados oficiales de valores, y la obligación de constituir en el seno del Consejo de Administración de estas entidades tanto una Comisión de retribuciones como una Comisión de inversiones.

⁴ Esta Ley modifica la LORCA, entre otras cosas, para exigir que la representación de Municipios e impositores de las distintas Comunidades Autónomas en que las Cajas tengan abiertas oficinas sea proporcional a la cifra de depósitos entre las diferentes Comunidades Autónomas. Esta reforma legislativa puede estar relacionada con la modificación de la Ley 3/1991, de Cajas de Ahorro de la Comunidad Autónoma del País Vasco, introducida por la Ley 3/2003, de 7 de ma-

por parte del Estado⁵. La intervención pública en las Cajas de Ahorros españolas, aunque siempre ha sido muy intensa, se incrementó notablemente, al menos en lo que a la composición de sus órganos de gobierno se refiere, con los primeros pasos del Estado democrático⁶. Las Cajas de Ahorros de fundación católica, sin embargo, consiguieron mantener un régimen diferenciado en algunos aspectos esenciales. Este régimen, que también ha sido modificado en los últimos tiempos, es el que late en el fondo del asunto del que está dándose cuenta.

yo, sobre la presencia de impositores y Corporaciones municipales de otras Comunidades. El Tribunal Constitucional ha admitido a trámite los dos recursos de inconstitucionalidad promovidos, respectivamente, por más de cincuenta diputados del Grupo parlamentario popular y del Grupo parlamentario socialista (BOE nº 235, de 1 de octubre, recursos 5119-2003 y 5120-2003) contra la nueva normativa vasca. Entienden los recurrentes que pretende limitarse la presencia tanto de impositores como de Corporaciones locales que «no sean vascos» para que el Ejecutivo autonómico pueda mantener el «control» sobre las Cajas domiciliadas en el País Vasco.

La Ley 62/2003, en fin, también ha modificado la LORCA para ampliar la autonomía estatutaria de las Cajas en relación con la Comisión de retribuciones y con la Comisión de inversiones de las Cajas de Ahorros, pues remite a sus estatutos y reglamentos internos para concretar su régimen de funcionamiento. La duda que se plantea, en la que no puede entrarse en este trabajo, es la constitucionalidad de dicha reforma. El Estado es el competente para aprobar las bases de la ordenación del crédito y las Comunidades Autónomas para el desarrollo legislativo y ejecución de las mismas (pues aunque algunas Comunidades se reconozcan competencia exclusiva en la materia deben respetar dichas bases). Con la nueva regulación, nótese bien, el desarrollo no puede ser autonómico, pues el Estado «se salta» el escalón comunitario para remitir al desarrollo de las propias entidades de crédito. Parece evidente que estos preceptos estatales no permiten que las Comunidades Autónomas establezcan las particularidades que les convengan y, precisamente por ello, es discutible que respeten el «espíritu» que las bases tienen en nuestro sistema constitucional.

⁵ J. E. SORIANO GARCÍA, "Cajas de Ahorros", en *Estudios de Derecho Público Bancario*, dir. S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, CEURA, Madrid, 1987, p. 409.

⁶ El Decreto 2290/1977, de 27 de agosto, establecía los órganos de administración, gestión y representación de las Cajas de Ahorros, y determinaba su composición. Este Decreto, según F. GARRIDO FALLA, en el prólogo a la obra de Núñez Lagos, *Aspectos jurídicos del control administrativo de entidades de crédito y ahorro privado*, EDERSA, Jaén, 1977, p. XX, «entra a saco en la organización de las Cajas de Ahorro». En términos similares se expresan A. NIETO GARCÍA, *Dictámenes sobre las Cajas de Ahorros españolas*, Caja de Ahorros y Monte de Piedad del Círculo Católico de Obreros de Burgos, Burgos, 1991, p. 3, y T. PRIETO ÁLVAREZ, "Las Cajas de Ahorro francesas cambian su estatuto jurídico. (Elementos de reflexión para el caso español)", *Revista de Administración Pública* nº 155, mayo-agosto 2001, p. 417.

⁷ A. NIETO GARCÍA, *Dictámenes sobre...*, *cit.*, p. 73.

1).- De la LORCA a la Ley 44/2002. La situación de conflicto en Andalucía con Cajasur.

La Ley 31/1985, de 2 de agosto, sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorros, que según el Profesor NIETO GARCÍA es de un «intervencionismo exacerbado»⁷, amparándose en la necesidad de democratizar los órganos de gobierno de las Cajas, de conseguir una mayor profesionalización, y de establecer una normativa acorde con la organización territorial del Estado y la distribución constitucional de competencias, estableció cuáles debían ser los órganos de gobierno y administración de las Cajas, y concedió a las Corporaciones Municipales un 40% de los Consejeros Generales en la Asamblea General, porcentaje al que había que sumar, en su caso, el 11% correspondiente a las entidades fundadoras (si alguna Corporación Municipal tenía este carácter), exigiendo que en el Consejo de Administración participasen los mismos grupos y con igual proporción que en la Asamblea.

La LORCA supuso, de acuerdo con el voto particular que el magistrado D. Luis Díez Picazo formuló a la Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1988, de 22 de marzo, «una vasta operación de traslación de los poderes de gestión de esas entidades a manos públicas, dejando intacto el régimen jurídico de su propiedad»⁸. La presencia mayoritaria de representantes públicos, que fue incre-

⁸ Se mantiene esta misma posición, entre muchos otros, en los trabajos de S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, "Sistema bancario y crediticio", en *Derecho Administrativo Económico II*, La Ley, Madrid, 1991, pp. 211 y 248, que sostuvo que la LORCA supuso la conversión de la mayoría de Cajas en «dependencias municipales»; y M. CLAVERO ARÉVALO, "Algunas precisiones sobre Cajas de Ahorros", en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, p. 896. Otros autores, como J. M. GONZÁLEZ MORENO, "La personalidad jurídica de las Cajas de Ahorros", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil* n° 43, julio-septiembre 1991, p. 602, aunque negaron la municipalización, reconocieron que, en la práctica, constituía un «grave obstáculo para la autonomía de gestión y la eficacia empresarial de las Cajas».

El autor de este voto particular, D. LUIS DÍEZ-PICAZO, "Sobre la naturaleza jurídica de las Cajas de Ahorro", *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid* n° 8, p. 199, ha publicado unas reflexiones que, según el propio Profesor, «bien podrían calificarse como *apostillas* tardías a tal voto particular, muchas veces citado por los autores y nunca seguramente bien entendido, aunque ello haya de imputarse a que se mantuvo dentro de una cierta ambigüedad». En este trabajo sostiene que «el referido voto particular no aceptaba con carácter general la idea de que todas las cajas de ahorro, habidas y por haber, fueran fundaciones bien que de naturaleza *sui generis*. Lo serían las que lo hubieran sido siempre y no lo serían las que originariamente no hubieran tenido ese carácter» (p. 203). El Profesor, pese a lo anterior, sigue manteniendo que «por la vía de la traslación de los poderes de gestión se estaban municipalizando» las Cajas de creación privada (p. 203), y, finalmente, pretende abrir un debate sobre «si la figura técnica de la fundación agota todas las personas jurídicas del tipo *universitas rerum* o si, al lado de ella existen otras, que *grosso modo*, pueden llamarse *establecimientos*, que es la tesis central de este trabajo» (p. 213).

mentada por las normas autonómicas⁹, permitía sostener la dependencia de las Cajas, fuesen de creación pública o privada, a las decisiones de las Administraciones públicas¹⁰. Únicamente escaparon de esta «ocupación» las Cajas de Ahorros católicas.

En efecto, de acuerdo con la disposición adicional segunda de la Ley 31/1985, «*en el caso de Cajas de Ahorros cuyos Estatutos a la entrada en vigor de la presente Ley recojan como Entidad fundadora a la Iglesia Católica, el nombramiento y duración del mandato de los representantes de esta Entidad en los órganos de gobierno, se regirá por lo que estuviera establecido en dichos Estatutos en fecha 17 de enero de 1985, debiendo existir, en todo caso, al menos un representante de cada uno de los otros grupos que componen dichos Órganos*».

Esta norma, pese a que suponía que las Cajas católicas disponían de mayor libertad frente a los poderes públicos que el resto de Cajas, fue impugnada ante el Tribunal Constitucional por vulnerar el artículo V del Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, de 3 de enero de 1979¹¹. La Sentencia del Alto Tribunal 49/1988, de 22 de marzo, se limitó a declarar que dicha disposición adicional no era inconstitucional. Dijo, concretamente, que «*la ley impugnada no deroga, modifica o suspende cláusula alguna del Convenio con la Santa Sede*» y que, en todo caso, lo que se discutía era la «*adecuación de una norma legal a lo preceptuado por el tratado, que tiene también fuerza de ley en el ordenamiento interior. Ahora bien, el examen de esta supuesta contradicción no corresponde a este Tribunal y no procede, por tanto, entrar en el fondo de este motivo alegado por los recurrentes ya que no puede considerarse vulnerado el art. 96.1 de la Constitución*».

⁹ M. FUERTES LÓPEZ, "De la CECA a la Meca", Revista Valenciana d'Estudis Autònoms n° 23, segundo trimestre 1998, p. 173. J. A. MAROTO ACÍN y M. MELLE HERNÁNDEZ, "El dilema de las Cajas de Ahorros españolas: ¿seguir siendo Cajas o "morir de éxito"?", en *Estrategias y operaciones empresariales en los nuevos mercados, 20 casos a estudio*, Civitas, Madrid, 2002, p. 163. V. ROZA FRESNO, *Revisión del marco jurídico regulador de la composición y las normas de funcionamiento de los órganos de gobierno de las Cajas de Ahorros: definición de un modelo*, trabajo de investigación presentado en la Universidad de Oviedo, p. 19.

¹⁰ J. A. ANTÓN, "Régimen jurídico de las Cajas de Ahorros. Las normas autonómicas", *Papeles de Economía Española* n° 74-75, 1998, p. 146.

¹¹ Dicho artículo establece que «*la Iglesia puede llevar a cabo por sí misma actividades de carácter benéfico o asistencial*.

Las instituciones o Entidades de carácter benéfico o asistencial de la Iglesia o dependientes de ella se regirán por sus normas estatutarias y gozarán de los mismos derechos y beneficios que los entes clasificados como de beneficencia privada.

2).- *La Iglesia y el Estado podrán, de común acuerdo, establecer las bases para una adecuada cooperación entre las actividades de beneficencia o de asistencia, realizadas por sus respectivas instituciones*».

La Comunidad Autónoma de Andalucía (dado que la Sentencia del Tribunal Constitucional 49/1988 no resolvió la discusión sobre el carácter básico de la norma referida a las Cajas católicas¹²), en la disposición adicional primera de la Ley 15/1999, de 16 de diciembre, de Cajas de Ahorros de esta Comunidad, estableció que excepto en lo referente al nombramiento y duración del mandato de los representantes de la Iglesia en los órganos de gobierno de las Cajas católicas (en Andalucía exclusivamente la Caja de Ahorros de Córdoba, Cajasur), «*la composición, competencias, funcionamiento, representación y demás circunstancias que afecten a los órganos de gobierno se regirán por lo previsto en el título V de la presente Ley*», y añadió que «*en todo caso, la aplicación del apartado 1 de la presente disposición deberá respetar la proporcionalidad de la representación de cada grupo prevista en los artículos 57.2, 72.2, 82.1 y 45 de la presente Ley*». Dicho lisa y llanamente, también en Cajasur, única Caja andaluza fundada por la Iglesia Católica, se limitaba el porcentaje de representación de la entidad fundadora a un 9%, se reconocía la aplicabilidad de los preceptos reguladores del número de Vocales y miembros de la Comisión de Control y, con carácter general, el sometimiento a las previsiones del Título V, (*De los órganos de gobierno y del personal de dirección de las Cajas de Ahorros domiciliadas en Andalucía*).

La reacción del Estado a esta regulación autonómica, que según el Consejo de Estado no puede «*considerarse como un desarrollo sobre la base del modelo establecido en la legislación estatal para la organización de las Cajas de Ahorros fundadas por la Iglesia Católica sino que, de aplicarse, darían lugar a una conformación muy distinta de sus órganos de gobierno*»¹³, no se hizo esperar. El Presidente del Gobierno interpuso recurso de inconstitucionalidad, entre otros preceptos, contra los apartados 2º y 3º de la disposición adicional primera de la Ley 15/1999. El Tribunal Constitucional, mediante providencia de 15 de febrero de 2000, admitió a trámite el recurso y, dada la invocación del artículo 161.2 CE, se produjo la suspensión de la vigencia y aplicación de los preceptos impugnados¹⁴.

¹² A. CASARES MARCOS, *Cajas de Ahorro: naturaleza jurídica e intervención pública*, tirant lo blanch, Valencia, 2003, p. 209.

¹³ Dictamen nº 1276/2000, de 25 de mayo, que examina la adecuación al orden de competencias derivado de la Constitución y el Estatuto de Autonomía de la Comunidad Autónoma de Andalucía de la Ley 15/1999, de 16 de diciembre.

¹⁴ BOE de 25 de febrero de 2000.

El Alto Tribunal, posteriormente, acordó mantener la suspensión (Auto de 13 de julio de 2000¹⁵). El conflicto entre el Estado y la Comunidad Autónoma Andaluza todavía estaba en sus comienzos.

La Junta de Andalucía inició un procedimiento de inspección general, en relación con todos los aspectos de la organización, funcionamiento y actividad, en Cajasur. El Estado, por su parte, aprobó la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas de Reforma del Sistema Financiero, que modificó la disposición adicional segunda de la Ley 31/1985, de 2 de agosto. Se ampliaron las competencias estatales en relación con las Cajas de fundación católica. De acuerdo con el tenor literal de dicha disposición *«en el caso de Cajas de Ahorros cuyos Estatutos recojan como Entidad fundadora a la Iglesia Católica, el nombramiento, idoneidad y duración del mandato de los representantes de los distintos grupos en los órganos de gobierno se regirá por los Estatutos vigentes a 1 de noviembre de 2002, debiendo respetar el principio de representatividad de todos los grupos»*.

En todo caso, considerando el ámbito del Acuerdo internacional de 3 de enero de 1979 sobre asuntos jurídicos y los principios que recoge el artículo quinto del mismo, y sin perjuicio de las relaciones que correspondan con las Comunidades Autónomas respecto a las actividades desarrolladas en sus territorios, la aprobación de Estatutos, de los Reglamentos que regulen la designación de miembros de los órganos de Gobierno y del presupuesto anual de la Obra social de las Cajas de Ahorros cuya entidad fundadora

¹⁵ BOE de 26 de julio de 2000. En dicho Auto del Tribunal Constitucional se hizo constar expresamente que *«debe acogerse el argumento de que la aplicación de la disposición adicional controvertida supone para la Iglesia Católica una pérdida de la posición relevante de que goza actualmente en los órganos de gobierno y, por tanto, en la toma de decisiones de tanta trascendencia como las de aprobar la fusión, disolución y liquidación de la Caja (...) Se trata de decisiones que podrían perjudicar de forma muy notable e irreversible los intereses patrimoniales y, sobre todo, corporativos de esta institución»*. El Abogado del Estado, tal y como se recoge en este mismo Auto, había alegado que *«de acuerdo con los Estatutos actualmente vigentes, la representación institucional, según número de miembros, en la Asamblea General, el Consejo de Administración y la Comisión de Control es la siguiente: Iglesia Católica 56, 6 y 3; Corporaciones Municipales, 44, 4 y 2; Diputación Provincial de Córdoba, 8, 2 y 1; Impositores, 44, 4 y 1; y, por último, Empleados, 8, 1 y 1. Sin embargo, si se aplicara la Ley recurrida, la representación sería: Corporaciones Municipales 56, 6 y 3; Junta de Andalucía, 34, 3 y 2; Iglesia Católica 9, 1 y 1; Diputación de Córdoba, 5, 1 y 1; Impositores, 45, 5 y 1; y Empleados, 11, 1 y 1»*.

Ello originaría un cambio sustantivo en la composición de los órganos de gobierno de la Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Córdoba, con una modificación importante de las distintas representaciones, lo cual tiene una considerable trascendencia, puesto que con la legislación actualmente aplicable la Asamblea General no puede adoptar acuerdos trascendentales para la vida de la Caja (...) sin contar con el acuerdo de la Iglesia Católica, lo cual dejaría de ser así si se aplicara la Ley 15/1999».

*directa*¹⁶ según los citados estatutos sea la Iglesia Católica o las Entidades de Derecho Público de la misma, serán competencia del Ministerio de Economía, cuando así lo acredite la Caja interesada ante el referido Ministerio».

La nueva redacción, nótese bien porque es fundamental para comprender el Auto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, como dice CASARES MARCOS, introduce «un régimen del todo punto nuevo y absolutamente peculiar por cuanto permite extraer de la esfera autonómica el control de estas entidades, cuando sean de fundación eclesial, con el fin de residenciarlo en el ámbito del Ministerio de Economía»¹⁷. A partir de esta nueva regulación se amplían las competencias del Estado en relación con las Cajas de creación católica y, lógicamente, se reducen las competencias autonómicas en lo que a estas entidades de crédito se refiere.

La Comunidad Autónoma andaluza, como era de suponer, interpuso recurso de inconstitucionalidad, entre otros preceptos, contra esta disposición adicional¹⁸. En la Ley del Parlamento de Andalucía 10/2002, de 21 de di-

¹⁶ La expresión «entidad fundadora directa» probablemente se utilizó teniendo en cuenta el caso de la Caja de Ahorros de Córdoba. Debe advertirse que en la Ley andaluza 15/1999, de 16 de diciembre, se incluye una disposición adicional segunda que recoge las entidades que se consideran fundadoras de las distintas Cajas andaluzas, y en relación con aquella señala que son fundadoras tanto el Excelentísimo Cabildo Catedral de Córdoba como la Excelentísima Diputación Provincial. En el Dictamen del Consejo de Estado nº 1276/2000, de 25 de mayo, consta que en el informe de la Abogacía del Estado se había destacado que Cajasur no se fusionó en 1994 con la Caja Provincial de Ahorros de Córdoba creando una nueva y diferente entidad, sino que se optó por la modalidad de fusión por absorción, «de esta forma CajaSur mantuvo su personalidad jurídica y su derecho especial». O lo que es lo mismo, desapareció la Caja Provincial de Ahorros de Córdoba, que fue absorbida por la Caja de Ahorros de Córdoba cuyo único «fundador directo», tras la fusión, sigue siendo el Excelentísimo Cabildo Catedral de Córdoba.

¹⁷ A. CASARES MARCOS, «La unidad de régimen jurídico de las Cajas de Ahorros: las Cajas de fundación eclesiástica», Revista de Administración Pública nº 161, mayo-agosto 2003, p. 432.

¹⁸ En realidad se plantearon distintos recursos de inconstitucionalidad: por parte del Presidente del Parlamento de Andalucía (número 488-2003), por parte del Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía (número 893-2003) y también por más de cincuenta Diputados del Grupo Parlamentario Socialista (número 845-2003), según apareció debidamente publicado en el BOE de 7 de abril de 2003. El Tribunal Constitucional, recientemente, ha admitido a trámite la cuestión de inconstitucionalidad número 5094-2003, planteada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Córdoba, entre otros preceptos, contra el artículo 8, apartado 15, de la Ley 44/2002, que modifica la disposición adicional 2ª de la Ley 31/1985, por presunta vulneración de los artículos 149.1.11ª y 149.3 de la Constitución (BOE de 9 de marzo de 2004).

ciembre, por la que se aprueban normas en materia de tributos cedidos y otras medidas tributarias, administrativas y financieras, además, se incorporó una disposición adicional quinta que establece que las Cajas andaluzas en las que junto con la Iglesia Católica figuren otras entidades fundadoras sólo pueden acreditarse ante el Ministerio de Economía con la conformidad de la totalidad de dichas entidades fundadoras, el acuerdo de la Asamblea General y un informe de la Consejería de Economía y Hacienda¹⁹. El Presidente del Gobierno interpuso recurso de inconstitucionalidad contra esta regulación. En la publicación del BOE (de 7 de abril de 2003), donde se informaba de la admisión a trámite de dicho recurso se hizo constar que, habiéndose invocado el artículo 161.2 de la Constitución, se suspendía la vigencia y aplicación de dicha disposición desde la fecha de interposición del recurso (12 de febrero de 2003) para las partes del proceso, y desde la publicación en el BOE para los terceros²⁰.

¹⁹ El tenor literal de la citada disposición adicional es el siguiente: «1.- *En los supuestos de Cajas de Ahorros domiciliadas en Andalucía en las que, junto con la Iglesia Católica o Entidades de Derecho Público de la misma, figuren como fundadoras en la disposición adicional segunda de la Ley 15/1999, de 16 de diciembre, de Cajas de Ahorros de Andalucía, otras entidades, será necesario, con carácter previo al acto de acreditación a que se refiere el párrafo segundo de la disposición adicional segunda de la Ley 31/1985, de 2 de agosto, de Regulación de las Normas Básicas sobre Órganos Rectores de las Cajas de Ahorros, que muestren su conformidad a tal acto, y a los efectos que legalmente comporta, la totalidad de entidades fundadoras.*

2.- Producida la conformidad de la totalidad de las entidades fundadoras a que se refiere el apartado anterior, deberá a continuación mostrar también su acuerdo la Asamblea General de la Caja de Ahorros, requiriéndose para la válida constitución de la misma la asistencia de la mayoría de los miembros, siendo además necesario, para la adopción de los acuerdos obtener, como mínimo, el voto favorable de cuatro quintos de los asistentes.

Con carácter previo a la convocatoria de la Asamblea General de la Caja de Ahorros, deberá la correspondiente propuesta ser informada por parte de la Consejería de Economía y Hacienda, versando dicho informe sobre su adecuación, tanto material como formalmente, a la legalidad vigente.

3. Lo previsto en la presente disposición será de aplicación a cuantos procedimientos y actuaciones se hubieran iniciado antes de la entrada en vigor de la presente Ley al amparo de lo previsto en el párrafo segundo de la disposición adicional segunda de la Ley 31/1985, de 2 de agosto».

La Comunidad Autónoma de Andalucía, con anterioridad a esta Ley, ya había aprobado el Decreto 295/2002, de 3 de diciembre, de desarrollo del régimen jurídico aplicable a las Cajas de Ahorros domiciliadas en Andalucía con pluralidad de entidades fundadoras, que contenía una regulación prácticamente idéntica.

²⁰ El Alto Tribunal, mediante Auto de 15 de julio de 2003, ha mantenido la suspensión del apartado 3 de la citada disposición adicional quinta de la Ley de Andalucía 10/2002. Uno de los argumentos principales para mantener la suspensión es, precisamente, que ya se han realizado actuaciones administrativas. Concretamente que la Caja de Ahorros de Córdoba se ha acogido a la legislación estatal (acreditando ante el Ministerio de Economía que la entidad fundadora directa era la Iglesia Católica), y ha obtenido, mediante Orden del Ministerio de Economía de 13 de marzo de 2003, la autorización de la modificación de sus Estatutos. «*De modo que si se levantara la suspensión de este apartado 3, podrían producirse, también aquí, situaciones «que podrían perjudicar de forma muy notable e irreversible los intereses patrimoniales y, sobre todo, corporativos de esta institución».* El Auto

La breve exposición que precede estas líneas evidencia la gravedad del conflicto existente entre la Comunidad Autónoma de Andalucía y el Estado sobre las Cajas de fundación católica. No se entra aquí en la constitucionalidad de la regulación estatal, en la desafortunada redacción de la disposición adicional segunda de la LORCA, que parece sostener una nueva «distribución competencial a la carta»²¹, ni en la difícil justificación que tiene el diferente trato que reciben las Cajas fundadas por la Iglesia Católica respecto del resto de Cajas de creación privada²². Basta con recordar dos cosas. Primera, la suspensión por el Tribunal Constitucional de la vigencia de la mayoría de normas que ha adoptado la Comunidad Autónoma andaluza en relación con las Cajas católicas. Segunda, es en este marco de conflicto y «politización» de estas entidades de crédito donde hay que situar, guste o no, la actividad inspectora que la Junta de Andalucía había iniciado en la Caja de Ahorros de Córdoba.

2.- La incompetencia sobrevenida de la Junta de Andalucía y las vías de hecho

La Junta de Andalucía, ya se ha visto, había iniciado una actividad inspectora de carácter general en la Caja de Ahorros de Córdoba. Esta entidad

de 15 de julio de 2003 añade que, sin embargo, «este criterio no cabe extenderlo a los apartados 1 y 2 de la misma disposición adicional, pues suspendido el apartado 3, lo dispuesto en ellos no afecta a ninguna actuación administrativa ya realizada (...) Por lo cual cabe acceder al levantamiento de la suspensión de los apartados 1 y 2 de dicha disposición adicional».

El Tribunal Constitucional, en fin, también ha admitido a trámite la cuestión de inconstitucionalidad número 5094-2003, planteada por el Juzgado de 1ª Instancia nº 1 de Córdoba, en relación con esta disposición adicional 5ª de la Ley de Andalucía 10/2002, de 21 de diciembre (BOE de 9 de marzo de 2004).

²¹ En cuanto que la aprobación de los Estatutos, de los Reglamentos que regulen la designación de miembros de los órganos de gobierno y del presupuesto anual de la obra social, según la disposición adicional segunda, serán competencia del Ministerio de Economía cuando se trate de Cajas de Ahorros cuya entidad fundadora directa sea la Iglesia Católica o las Entidades de Derecho Público de la misma y «así lo acredite la Caja interesada ante el referido Ministerio». Parece que si una Caja de Ahorros cuya entidad fundadora directa sea la Iglesia no quiere someterse a la competencia del Estado, interpretando la disposición *sensu contrario*, tiene suficiente con no acreditar su origen ante el Ministerio de Economía. Si la Caja no quiere acreditar su origen católico seguirá sometida a la competencia autonómica, si prefiere someterse a la competencia del Ministerio de Economía bastará con que demuestre que sus Estatutos recogen como entidad fundadora directa a la Iglesia Católica.

²² A. CASARES MARCOS, «La unidad de régimen jurídico de las Cajas...», *cit.*, p. 398, es rotunda cuando afirma que «independientemente de la oportunidad o conveniencia de la medida, adoptada a raíz del enfrentamiento de la entidad cordobesa Caja Sur con el Gobierno de Andalucía, lo cierto es que no parece haber razones de suficiente peso para romper la unidad tradicional de la naturaleza y del régimen aplicable a estas entidades».

de crédito aprovechó la nueva redacción de la disposición adicional segunda de la LORCA para acreditar ante el Ministerio de Economía que su entidad fundadora directa era la Iglesia Católica, aprobar la modificación de sus Estatutos (que serían posteriormente autorizados por el citado Departamento ministerial mediante Orden de 13 de marzo de 2003²³), y requerir de la Junta de Andalucía la cesación de la inspección que estaba llevando a cabo en la misma.

El argumento era de peso: la aprobación de la nueva regulación estatal y el sometimiento al control ministerial tanto de la organización como de la obra benéfico-social de la entidad de crédito cordobesa vaciaba de competencias a la Junta de Andalucía para seguir adelante con la inspección general que estaba llevando a cabo. La inspección general es una competencia instrumental de la que carece la Comunidad Autónoma andaluza en relación con esta Caja de fundación católica, que está sometida al control del citado Ministerio²⁴.

La atribución de competencias, tal y como tiene declarado el Tribunal Constitucional, «*debe entenderse como posibilidad de ejercicio inmediato de todas aquellas que para su ejercicio no requieran especiales medios personales o materiales*»²⁵. Así que la actividad inspectora era competencia del Ministerio de Economía. La inspección por la Junta de Andalucía constituía una vía de hecho (pues estaba realizándose «por órgano manifiestamente incompetente»²⁶), cuya fiscali-

²³ El Consejo de Gobierno de la Junta de Andalucía ha promovido un conflicto positivo de competencia en relación con dicha Orden (conflicto número 3933-2003, BOE de 29 de julio de 2003).

²⁴ De acuerdo, entre otras, con la Sentencia del Tribunal Constitucional 168/1993, de 27 de mayo, «*la función de inspección, vigilancia y control (...) tampoco puede separarse de la competencia estatal sustantiva (...) ni de la inherente potestad sancionadora*». Es una potestad instrumental.

²⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional 25/1983, de 7 de abril. En el mismo sentido pueden verse, entre otras, las Sentencias del Alto Tribunal 143/1985, de 24 de octubre, y 243/1993, de 15 de julio, siempre, claro está, en relación con las competencias reconocidas a las Comunidades Autónomas.

²⁶ La vía de hecho ha sido tradicionalmente definida, siguiendo al Profesor J. M^a. BAÑO LEÓN, "La actividad administrativa impugnada en la Ley Jurisdiccional de 1998", en *Nuevas perspectivas del Régimen Local. Estudios en homenaje al Profesor José M^a Boquera Oliver*, tirant lo blanch, Valencia, 2002, p. 1440, como «la actuación de la Administración que se produce en ausencia de todo procedimiento o por órgano manifiestamente incompetente».

zación la Ley 29/1998, tras algunas reclamaciones doctrinales²⁷, residencia en los órganos de este orden jurisdiccional²⁸.

²⁷ Entre las más destacables se encuentran, sin duda alguna, la de F. LÓPEZ MENUDO, *Vía de hecho administrativa y justicia civil*, Civitas, Madrid, 1988, y S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *La vía de hecho administrativa*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 16, que afirmó que «mediante la revisión por los tribunales contencioso-administrativos de los asuntos generados en una vía de hecho se conseguiría adecuar la naturaleza de estos asuntos, eminentemente pública, con la jurisdicción llamada a entender de los mismos, que es la contencioso-administrativa». El Profesor J. M^a. BAÑO LEÓN, ya tras la aprobación de la Ley 29/1998, “La actividad administrativa impugnada en la Ley jurisdiccional de 1998”, en *Puntos críticos en la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa. Especial referencia al procedimiento abreviado*, Cuadernos de Derecho Judicial II, 2000, p. 301, sostuvo que era «plenamente lógico que el juez administrativo controle también las ilegalidades más groseras de la Administración y no tiene ningún sentido que se atribuya a los jueces civiles».

En contra de la atribución de la competencia a los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo se manifestó F. SAINZ MORENO, “Defensa frente a la vía de hecho: recurso contencioso-administrativo, acción interdictal y amparo”, *Revista de Administración Pública* n^o 123, septiembre-diciembre 1990, pp. 340-341, que sostuvo que seguía «siendo preferible, para la plenitud de la tutela judicial efectiva, mantener y reforzar en la jurisdicción civil (GONZÁLEZ PÉREZ) la garantía de la propiedad y de las libertades públicas cuando resultan perturbadas por hechos que se realizan al margen del derecho administrativo».

²⁸ La doctrina no acaba de ponerse de acuerdo sobre la subsistencia de la vía interdictal civil contra las vías de hecho administrativas. Algunos autores, como J. M^a. BAÑO LEÓN, “La actividad administrativa impugnada...”, *cit.*, p. 303, sostienen que si se «atiende a la LOPJ forzosamente habrá que llegar a la conclusión de declarar la incompetencia de jurisdicción siempre que se trate de actuaciones materiales de la Administración que constituyan vía de hecho, pues la ley orgánica no ha previsto excepción a este supuesto»; R. PARADA, *Derecho Administrativo I. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 731, también afirma que esta modalidad del recurso contencioso-administrativo «viene a sustituir a los inseguros interdictos ante el juez civil», aunque una página después se pregunta si la regulación de la vía de hecho «¿sustituye a los interdictos ante los jueces civiles o es compatible y simultaneable con ellos?». S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 242, defiende que «el control civil no quedaría tanto prohibido o derogado como latente o inoperante». Otro sector doctrinal mantiene, por el contrario, que sigue abierta la vía civil para impugnar las vías de hecho administrativas cuando supongan una lesión de derechos reales. Así, por ejemplo, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T-R FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo II*, Civitas, Madrid, sexta edición, 1999, pp. 269-270; también de estos autores *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, undécima edición, 2002, pp. 811-812, o del Profesor E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Problemas del Derecho público a comienzo de siglo*, Civitas, Madrid, 2001, p. 83; F. LÓPEZ MENUDO, “Las vías de hecho”, en www.iustel.com, Materiales para el estudio del Derecho; M. SÁNCHEZ MORÓN, en su comentario del recurso contra la vía de hecho, *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, directores J. Leguina Villa, M. Sánchez Morón, Lex Nova, Valladolid, 1999, pp. 204-205; F. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*, Aranzadi, Pamplona, 1999, p. 327; J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de Derecho Procesal Administrativo*, Civitas, Madrid, 2001, p. 251.

Nótese que, al margen de estas discrepancias doctrinales, existen numerosas sentencias que tras la Ley 29/1998 reconocen la incompetencia de la jurisdicción civil para conocer de las de-

La entidad de crédito cordobesa requirió el cese de la actividad pero dicho requerimiento fue desestimado por la Consejería de Economía y Hacienda. Contra esta desestimación se interpuso, conforme al artículo 30 de la Ley 29/1998, recurso contencioso-administrativo. En dicho recurso, además, se solicitó la adopción de una medida cautelar consistente en la suspensión de la actividad inspectora en Cajasur.

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, mediante Auto de 12 de abril de 2003, acordó la adopción de la medida cautelar solicitada por la Caja de Ahorros de Córdoba: «*la suspensión de la actividad inspectora en CAJASUR ordenada por la Consejería de Economía y Hacienda*».

III. LA SUSPENSIÓN DE LA ACTIVIDAD INSPECTORA DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA

La importancia del Auto del TSJ de Andalucía es indiscutible. Constituye una aplicación de la novedosa regulación que se contiene en la Ley Jurisdiccional de 1998 sobre las medidas cautelares en los casos de vías de hecho y, además, en un tema especialmente sensible y conflictivo que nada tiene que ver, al menos en sentido jurídico estricto, con la protección de derechos reales²⁹.

mandas interdictales contra la Administración. Por ejemplo, Sentencia de la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, de 8 de mayo de 1999; Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 26 de octubre de 1999; Sentencia de la Audiencia Provincial de Zamora, de 11 de mayo de 2000; Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 18 de octubre de 2000; Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya, de 22 de enero de 2001; Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 9 de febrero de 2001; Auto de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 17 de octubre de 2002; Auto de la Audiencia Provincial de Castellón, de 4 de noviembre de 2002; Auto de la Audiencia Provincial de Zaragoza, de 23 de mayo de 2003; Sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas, de 19 de junio de 2002; Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila, de 3 de septiembre de 2001; Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 4 de mayo de 2002; Sentencia de la Audiencia Provincial de Cantabria, de 23 de julio de 2002; incluso el Tribunal Supremo, en Sentencia de 14 de febrero de 2001, aunque reconoce la competencia de la jurisdicción civil para conocer de las vías de hecho de la Administración, recuerda que «*la presente controversia se planteó y agotó antes de la entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 13 de julio de 1998, y por lo tanto de lo dispuesto en su artículo 30*».

Frente a esta posición generalizada de las Audiencias Provinciales, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Granada, en Sentencia de 29 de enero de 2001, sostuvo que subsistía la vía interdictal civil, pues «*desde la promulgación de la nueva Ley Jurisdiccional de 1998 se institucionaliza el proceso contencioso-administrativo frente a las vías de hecho –artículos 30 y 46.3– sin que se haya suprimido la posibilidad de acudir a la vía interdictal*».

²⁹ F. LÓPEZ MENUDO, “Comentario al artículo 30 de la Ley 29/1998”, Revista Española de Derecho Administrativo nº 100, octubre-diciembre 1998, p. 318, ya destacó que una de las diferencias del nuevo recurso del artículo 30 con los interdictos civiles es que «su ámbito material no se circunscribe estrictamente a la protección de derechos reales».

1).- La vía privilegiada del artículo 136.1 LRJCA

La resolución judicial del TSJ de Andalucía reconoce, como no podía ser de otra forma, que el artículo 136 de la Ley 29/1998 es «una vía privilegiada de suspensión» en que «el legislador ha optado por otorgar la suspensión como principio de partida»³⁰. En efecto, la adopción de medidas cautelares en los supuestos de vía de hecho constituye la norma general, ya que el citado precepto exige que se adopten dichas medidas salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones del artículo 30 o aquellas medidas ocasionen una perturbación grave de los intereses generales o de tercero.

La adopción de las medidas cautelares únicamente puede denegarse por alguno de los dos motivos citados. El primer supuesto, sin embargo, no puede darse nunca. Mejor dicho, de apreciarse en un caso determinado no es ya que impida la adopción de la medida cautelar es que, sencillamente, debe llevar aparejada la inadmisibilidad del recurso. Interpretación que confirma el Auto del TSJ de Andalucía, donde se mantiene que este motivo «no fue apreciado por este Tribunal, tras examinar las alegaciones de las partes sobre la admisibilidad del recurso contra la vía de hecho que determinara la prosecución del recurso al no ser evidente que la actuación administrativa se produjera dentro de la competencia, por existir una nueva regulación legal (Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de Medidas del Sistema Financiero que ha modificado la Disposición Adicional 2ª de la LORCA)».

Es decir, cuando se impugna una actuación de la Administración, como en este caso, por falta de competencia constitutiva de vía de hecho, a menos que se declare la inadmisibilidad del recurso, a la hora de adoptar las medidas cautelares únicamente acabará valorándose si éstas causan grave perturbación. El cese provisional de la actuación recurrida, como mantuvo SÁNCHEZ MORÓN, «prácticamente se impone siempre que el recurso se admita y salvo que de ella pudiera derivarse perturbación grave de los intereses generales o de tercero»³¹. Y es que, de acuerdo con el tenor literal de los artículos 51.3 y 136 LRJ-

³⁰ J. M^a. ÁLVAREZ-CIENFUEGOS SUÁREZ, J.J. GONZÁLEZ RIVAS, G. SANCHO MAYO, *Análisis teórico y jurisprudencial de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, Ley 29/1998, de 13 de julio*, Aranzadi, Pamplona, 2002, p. 506, en relación con la regulación del artículo 136 sobre la adopción de medidas cautelares afirman que «la razón que ha podido mover al legislador a otorgar este singular trato de favor al recurrente se deriva, a nuestro juicio, de la gravedad que para el Estado de derecho puede significar la vía de hecho. Esto es, la presencia de actuaciones administrativas desprovistas de las más mínimas garantías».

³¹ En su comentario del recurso contra la vía de hecho en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, directores J. Leguina Villa, M. Sánchez Morón, Lex Nova, Valladolid, 1999, p. 209.

CA, lo que debe ser evidente tanto para la inadmisibilidad como, lógicamente, para rechazar la medida cautelar, es que la actuación se haya realizado por órgano manifiestamente competente. Parece que si hay alguna duda sobre esta competencia, como ocurre en el caso de Cajasur, debe admitirse el recurso y, por supuesto, adoptarse la medida cautelar solicitada³².

El Auto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 12 de abril de 2003, en fin, tampoco aprecia en el caso concreto «una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, porque la adopción de la medida no supone que la actividad de la entidad no sea controlada o inspeccionada, sino que lo será por el Ministerio de Hacienda a quien pueden remitirse las actuaciones llevadas a cabo por la Consejería de Economía y Hacienda para su continuación», de modo que, como ya se sabe, acuerda la medida cautelar solicitada.

2).- La preeminencia de la autotutela administrativa en el Ordenamiento español

Interesa destacar, sentado lo anterior, la diferencia, clara y muy significativa, entre la vía privilegiada del artículo 136.1 LRJCA y el régimen general de las medidas cautelares jurisdiccionales. Frente a la «suspensión como principio de partida», en el régimen general, consagrado en el artículo 130 LRJCA, las medidas cautelares únicamente pueden acordarse «cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso» y no se produzca «perturbación grave de los intereses generales o de tercero».

La regla general, fuera de los casos de inactividad o vía de hecho, es la no adopción de medidas cautelares. El legislador estatal, pese a las reclamaciones doctrinales y la relevancia constitucional directa del régimen de las medidas cautelares³³, sigue primando la autotutela administrativa, la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos de la Administración.

³² E. GARCÍA DE ENTERRÍA, T-R FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo II*, Civitas, Madrid, sexta edición, 1999, p. 629, también recuerdan que en los supuestos del artículo 136 la medida cautelar sólo debe denegarse «cuando resulte "evidente" la inadmisión final del recurso».

La otra interpretación posible del artículo 136.1, aunque tampoco se deduce del Auto del TSJ de Andalucía, es que la «evidencia» hay que enmarcarla en el ámbito de la pieza separada de suspensión. Se trataría, más que de una «evidencia», de una apariencia de actuación conforme a Derecho por parte de la Administración, pues no debe olvidarse que incluso es posible solicitar las medidas cautelares antes de la interposición del recurso (de acuerdo con el propio artículo 136.2), por lo que exigir «la evidencia» es tanto como negar la virtualidad de este supuesto para desestimar la medida cautelar solicitada.

³³ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, undécima edición, 2002, pp. 533-534.

La exposición de motivos de la LRJCA se refiere a que la adopción de medidas provisionales «no debe contemplarse como una excepción», pero la mera lectura del artículo 130 de la Ley 29/1998 confirma que la realidad normativa es muy distinta. Se trata de una regulación «muy limitativa en cuanto al fundamento o causa en que el juez puede apoyar la medida cautelar»³⁴, que ni siquiera contempla la doctrina del *fumus boni iuris* en el citado artículo 130³⁵. No debe extrañar que, como apunta buena parte de la mejor doctrina, los órganos del orden jurisdiccional contencioso-administrativo sigan aferrados a la regla de no suspender los actos impugnados³⁶, pues, insistimos, esa constituye la regla general en la Ley jurisdiccional y, en general, en nuestro Ordenamiento jurídico³⁷.

En fin, que de poco sirve que el Tribunal Constitucional, entre otras en las Sentencias 78/1996, de 20 de mayo, y 1999/1998, de 13 de octubre, haya reconocido la necesidad de intervención judicial previa a la ejecución forzosa

³⁴ R. PARADA, *Derecho Administrativo I, parte general*, Marcial Pons, Madrid, duodécima edición, 2000, p. 749.

³⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, Civitas, Madrid, undécima edición, 2002, p. 589, sostienen que la suspensión debe otorgarse «cuando exista en quien la pide una apariencia de buen derecho y debe denegarse en caso contrario». F. GARRIDO FALLA, con la colaboración de A. PALOMAR OLMEDA, y H. LOSADA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Administrativo, vol. III, La Justicia...*, cit., p. 400, también critica la omisión de las referencias a la doctrina del *fumus boni iuris* en la Ley jurisdiccional, aunque defiende que los jueces y tribunales pueden tener en cuenta este criterio como uno más. Al igual que J.A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo, vol. II*, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A., Madrid, 2000, p. 683, y L. COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, undécima edición, 2000, p. 527. S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo...*, cit., p. 621, recuerda que la doctrina del *fumus* no fue recogida en la LRJCA pero que sí lo hizo la LEC en su artículo 728, pero admite que la «jurisprudencia del Tribunal Supremo limitó enseguida los términos en que dicha doctrina puede ser utilizada».

³⁶ F. GARRIDO FALLA, con la colaboración de A. PALOMAR OLMEDA, y H. LOSADA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho Administrativo, vol. III...*, cit., p. 397. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Principios de Derecho Administrativo, vol. II*, Centro de Estudios Ramón Areces, S. A., Madrid, segunda edición, 2000, p. 681.

³⁷ Recuérdese que también en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, prima la ejecutividad y ejecutoriedad sobre la adopción de medidas cautelares, ya que, según su artículo 111, «la interposición de cualquier recurso, excepto en los casos en que una disposición establezca lo contrario, no suspenderá la ejecución del acto impugnado», a menos, claro está, que «la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho previstas en el artículo 62.1 de esta Ley», que constituye una excepción a la regla de la eficacia inmediata.

de los actos administrativos cuando los ciudadanos no están conformes si, como está comprobándose, las causas que pueden justificar la adopción de una medida cautelar concreta, excepto en los supuestos de inactividad o vías de hecho, están muy limitadas por la legislación.

IV BREVE RECAPITULACIÓN

Esta resolución jurisdiccional invita a reflexionar, más allá del problema concreto de las Cajas de Ahorros de fundación católica, que también, sobre la conveniencia, como sostienen los Profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, de ampliar las causas de suspensión de los actos impugnados³⁸. Urge, desde luego, recoger expresamente la doctrina del *fumus boni iuris*, pero también destacar la contradicción entre la proclamación de la exposición de motivos de la Ley 29/1998 y la realidad normativa, que está llevando a una interpretación restrictiva en la adopción de medidas cautelares por los Juzgados y Tribunales contencioso-administrativos³⁹. Incluso, dando el paso que propone el Profesor MUÑOZ MACHADO, podría abrirse un debate sobre la necesidad de seguir manteniendo la ejecución forzosa por la Administración como una prerrogativa general y característica de nuestro sistema administrativo⁴⁰.

Sólo después cabría preguntarse, como sostuvo CHINCHILLA MARÍN, «si no hubiese sido más oportuno establecer un régimen jurídico único y común para todas las medidas cautelares, y dejar en manos de los órganos judiciales la tarea de establecer las diferencias que las circunstancias singulares del recurso reclamen en cada caso»⁴¹.

³⁸ *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid, undécima edición, 2002, p. 529.

³⁹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo. II*, Civitas, Madrid, octava edición, 2002, pp. 642-643.

⁴⁰ S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo...*, cit., p. 611.

⁴¹ C. CHINCHILLA MARÍN, "La tutela cautelar", en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, directores J. Leguina Villa, M. Sánchez Morón, Lex Nova, Valladolid, 1999, p. 590. De esta misma opinión es A. B. GÓMEZ DÍAZ, "Recurso contra vías de hecho: una regulación peligrosa y problemática", *Revista de Administración Pública* nº 151, enero-abril 2000, p. 238.