



Roj: **AJCA 21/2013 - ECLI:ES:JCA:2013:21A**

Id Cendoj: **46250450032013200002**

Órgano: **Juzgado de lo Contencioso Administrativo**

Sede: **Valencia**

Sección: **3**

Fecha: **19/12/2013**

Nº de Recurso: **239/2010**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **CONTENCIOSO**

Ponente: **LAURA ALABAU MARTI**

Tipo de Resolución: **Auto**

JUZGADO DE LO
CONTENCIOSO
ADMINISTRATIVO Nº 3 DE
VALENCIA

Procedimiento Ordinario 239/10

Pieza Medidas Cautelares

MAGISTRADO-JUEZ: Ilma. Sra. D. Laura Alabau Martí

AUTO

En Valencia, a 19 de diciembre de 2013

ANTECEDENTES DERECHO

ÚNICO.- Por la parte recurrente D. Cristina Borrás Baldoval, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de D. Ezequiel y D. Martín, bajo la dirección letrada de D. José Antonio Pérez Vercher se interesó la adopción de determinada medida cautelar en el presente procedimiento, consistente en suspensión de la efectividad del acto impugnado, sin necesidad de prestación de avales o garantías, a la que se opuso la Administración demandada, INSTITUTO VALENCIANO DE FINANZAS representado y defendido por el Director General de la Abogacía General de la Generalitat Valenciana, D. J. Emilio Torrejón Puchol, oponiéndose asimismo la parte codemandada D. María, Procurador de los Tribunales en nombre y representación de BANKIA S.A., bajo la dirección letrada de D. Mariano Ayuso Ruiz-Toledo.

RAZONAMIENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El artículo 129.1 de la vigente Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1998 establece con carácter general que; "Los interesados podrán solicitar en cualquier estado del proceso la adopción de cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia". Por su parte, el artículo 130.1 de la misma Ley prevé: "Previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto, la medida cautelar podrá acordarse únicamente cuando la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pudieran hacer perder su finalidad legítima al recurso", y añade en el párrafo 2 que "La medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal ponderará en forma circunstanciada".

Resulta así de la nueva regulación legal que la garantía de la efectividad, de la sentencia y la evitación de la pérdida de la finalidad legítima del recurso constituyen los conceptos claves por medio de los cuales se define la finalidad de las medidas y, al propio tiempo, el criterio para su adopción; tratándose ambos de conceptos que responden a la exigencia del derecho fundamental de tutela judicial efectiva, según viene anunciado en la



Exposición de Motivos de la propia Ley, al señalar: "Se parte de la base de que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela efectiva, tal como tiene declarado la jurisprudencia más reciente, por lo que la adopción de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario".

Por otra parte, reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido indicando que las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo son de carácter muy restrictivo en cuanto a la cognición del asunto, que en modo alguno debe ser enjuiciado sumariamente en cuanto al fondo en el inadecuado marco de una pieza de medidas cautelares, salvo casos muy excepcionales de ilegalidad patente y grosera (AATS de 4 de Octubre de 2000 y 19 de Febrero de 2001), siendo por el contrario el principio rector alrededor del que gravita la tutela cautelar en el proceso contencioso-administrativo el de la efectividad de la sentencia confrontada con la perturbación grave a intereses de terceros o al interés público.

SEGUNDO.- 1. Por los recurrentes se han interesado la adopción de una medida cautelar de suspensión de "ejecución del recurrido", pretensión que argumentan en la concurrencia de los requisitos generales para su adopción, en concreto:

En primer lugar peligro de mora procesal por remisión al fundamento de derecho cuarto del auto de fecha 9 de julio de 2013 recaído en este procedimiento por el que se acordaba ejecución provisional de la sentencia de primera instancia;

Apariencia de buen derecho fundada en haber recaído sentencia en primera instancia declarando la concurrencia de vía de hecho en la actuación del INSTITUTO VALENCIANO DE FINANZAS (IVF) consistente en otorgamiento y mantenimiento de un aval a favor de la Fundación del Valencia CF; sin que los argumentos sostenidos por la demandada IVF y la codemandada BANKIA S.A. SE se dirijan a desvirtuar esta consideración, sino en el caso de la primera la inexistencia de vía de hecho sobre la que ya se resolvió en sentencia, mientras que la segunda aborda cuestiones procesales tales como la inadmisibilidad del recurso o aspectos ya tratados por la sentencia, tales como el carácter de ayuda pública del aval, la vulneración de las normas sobre defensa de la competencia, la intervención por su medio de la Fundación del Valencia CF como operador económico en una sociedad mercantil convirtiéndose en accionista mayoritario en detrimento de otros accionistas que no han accedido a esta ayuda; que la IVF que se califica como normal está siendo objeto de investigación por los órganos de la Unión Europea; la improcedencia de plantear una cuestión, prejudicial al TJUE, así, como el incumplimiento del Reglamento regulador de operaciones de crédito del IVF de fecha 30-6-10 afectante a la ampliación del préstamo y su aval, cuestión frente a la que no se han formulado alegaciones por la demandada ni la codemandada.

Se refiere a continuación a la ponderación de forma circunstanciada de los intereses en conflicto, generales o de tercero manifestando que todos los perjuicios a que hasta ahora se ha referido BANKIA S.A. se refieren a su ámbito jurídico privado, tales como la complejidad de ejecución del aval, de la prenda de acciones y por último de la posible reclamación por responsabilidad patrimonial al IVF, sin que se generen situaciones irreversibles o perjuicios de imposible reparación, refiriéndose a los documentos que aporta, limitando la responsabilidad por el préstamo obtenido a la Fundación del Valencia CF únicamente a la ejecución de las garantías prendarias sobre las acciones del Valencia CF SAD, considerando que tal limitación comporta también la del avalista; en el caso de otros posibles perjuicios de tercero, se refiere a la falta de personación de Fundación del Valencia CF como hecho acreditativo de su no concurrencia, argumentando finalmente la innecesariedad de prestar garantía, remitiéndose a los términos del auto por el que se acordaba ejecución provisional.

2. Por la Administración demandada, INSTITUTO VALENCIANO DE FINANZAS, se opuso a lo solicitado por considerar que los argumentos sostenidos por la parte actora constituyen el fondo de la cuestión tales como la hipotética limitación de las obligaciones asumidas por el IVF, que son ajenas a la pieza cautelar; se refiere a continuación al principio de ejecutividad de los actos administrativos como manifestación del principio de autotutela prerrogativa consecuencia de la presunción de legalidad que ampara su actuación; la cautela con que debe ser analizada en esta sede la apariencia de buen derecho procediendo en cambio de forma prioritaria la valoración circunstanciada de los intereses en conflicto. Y en este punto sostiene que los demandantes no acreditan un daño real y efectivo de imposible o difícil reparación que afecte a su esfera de derechos e intereses en caso de confirmarse la ejecutividad del acto, sino que intenta justificar la no afectación de BANKIA en torno a la hipotética adopción de la medida cautelar, refiriéndose al daño al interés público debiendo advertir que la Administración en tanto defensora de la legalidad de su actuación, ha considerado la idoneidad del aval en relación al interés general cuya defensa le compete y no a los recurrentes sin que concurran los requisitos legales de adopción de la medida.



3. Por la codemandada BANKIA S.A. se opuso a la medida solicitada, alegando en primer lugar su inadmisibilidad al incurrir en desviación procesal; por pretender la suspensión del acto impugnado cuando no existe acto alguno impugnado, sino la solicitud de cesación de una vía de hecho.

Alega a continuación la falta de concurrencia de requisitos generales de adopción de suspensión cautelar: no existe periculum in mora, habida cuenta que el recurrente invoca una normativa de protección de la que no es destinatario por lo que no existe ninguna protección legal de la que pueda verse desprovisto definitivamente; la ponderación de intereses públicos y privados en presencia aconsejan la desestimación de la medida, no, existe, apariencia de buen derecho dada la inexistencia de vía de hecho concurriendo extemporaneidad del recurso.

Respecto al primero de tales requisitos sostiene la codemandada que no concurre periculum in mora puesto que a tenor del suplico de su demanda, interesa "se ordene el cese inmediato de dicha actuación hasta fa reposición de la situación al momento anterior a la concesión del aval por el IVF; por lo que de estimarse la ejecución de sentencia pasaría por el otorgamiento de un nuevo aval siguiendo un procedimiento sin tacha, puesto que el suplico de la demanda no se refiere a la anulación del aval, por lo que en tales circunstancias la ejecución del aval no hace perder su finalidad legítima al recurso creando una situación irreversible; que para justificar el periculum, el recurrente se autoatribuye la defensa y representación del interés general que no le corresponde pues no existe acción popular en esta materia.

En cuanto a la protección de su posición de accionista, sostiene que ésta no está acreditada, ni como tal le es aplicable la normativa de defensa de la competencia, que la protege entre empresas, sin que tengan tal condición de empresarios los recurrentes, tratándose de meros aficionados que se preocupan por los intereses de su Club de Fútbol, y no por tanto como empresarios con intereses económicos propios que defender en el mercado frente a otros competidores, de modo que no existiendo un interés específico de que sea titular, no concurre el periculum in mora que denuncia.

En relación al segundo sostiene que la ponderación de intereses públicos y privados en presencia aconseja la desestimación de la medida, pues en relación al interés público sostiene que el peor escenario posible para el IVF derivado de la no adopción de medida cautelar alguna es que tuviera que hacer frente a su aval, lo que supondría un pago a BANKIA y la subrogación en su posición frente a la Fundación del Valencia CF con garantía de las acciones del Valencia CF de que la anterior es titular, y si recayese una sentencia estimatoria que impusiese el retorno de las cantidades abonadas, resulta que BANKIA es una entidad financiera absolutamente solvente sin que quepa duda que devolvería las cantidades recibidas, indicando que el obligado al pago es el IVF y no la Generalitat valenciana por lo que el pago de este aval no va a impedir a la Administración atender los servicios públicos cuya provisión le corresponde; que en cambio el mayor perjuicio que pudiera derivarse para el IVF es que los avales concedidos por entidades públicas no pudieran hacerse efectivos en el sentido de credibilidad de la economía española; que en última instancia en auto de ejecución provisional se reconoció que la inejecución del avala abriría la vía de responsabilidad patrimonial de la Administración cuyos intereses económicos pueden quedar peor parados que con el pago del aval.

Invoca los legítimos intereses de BANKIA como entidad financiera que actúa en el mercado, señalando que la suspensión cautelar determinaría que debiera realizar una provisión contable por 24 millones de euros, conforme al Anexo IX de la Circular 4/2004 de 22 de diciembre del Banco de España, ocasionando unos perjuicios contables inmediatos evaluables anualmente en 960.000 euros, cuya recuperación sería dudosa incluso en el caso de obtener sentencia favorable.

Se refiere a continuación a la irrelevancia de la garantía prendaria, en relación al aval, tratándose de una garantía de superior calidad a la de la prenda y en modo alguno afectada por las declaraciones sobre ejecución de éstas que se alegan por la recurrente, a que ya se ha referido el auto de 12 de noviembre de 2013 de la Sala de lo contencioso administrativo del TSJ, apuntando que la opción más-razonable el mantener el status quo actual evitando que surjan situaciones irreversibles, siendo que no se ha probado la concurrencia de intereses públicos dignos de protección.

Se opone a las alegaciones en torno a concurrencia de fumus por considerar que tales circunstancias no deben primar en sede cautelar so pena de prejuzgar el fondo, sino básicamente la concurrencia de peligro de mora derivado de irreparabilidad de los daños derivados de la duración del proceso, con vulneración de la jurisprudencia aplicable en dicha sede; que la parte recurrente pasa por alto la inviabilidad de la acción derivada de su extemporaneidad ya puesta de manifiesto en los autos principales como alegación previa, y que justifica la retroacción de actuaciones al no poder ser tomada en consideración en sede de apelación.

Por último sostiene que en caso de estimarse la solicitud únicamente podría se otorgada con exigencia de garantía conforme al art. 133 LRJCA .



TERCERO. Planteada una cuestión de inadmisibilidad de la medida, procede su análisis en primer lugar, tratándose de la discrepancia existente entre el suplico formulado en la solicitud de medida y el objeto del proceso principal, siendo éste una vía de hecho, discrepancia que BANKIA ha calificado como desviación procesal, consistiendo en haber pretendido la actora la adopción de una medida cautelar de suspensión de "ejecución del acto recurrido" cuando el recurso se interpone contra una vía de hecho, interesando la codemandada se declare su inadmisibilidad.

Comúnmente se califica como desviación procesal la variación en sede contencioso administrativa de las pretensiones, que no de los motivos, sostenidos en sede administrativa, tratándose de una construcción doctrinal por la que se equipara esta situación a la actividad no impugnabile que determina la inadmisibilidad del recurso sobre la base de los arts. 25 y 69 c) LRJCA dada la naturaleza revisoria de la jurisdicción contenciosa, y la imposibilidad de revisar cuestiones sobre las que la Administración no había tenido oportunidad de pronunciarse, al no haberle sido sometidas nunca.

La circunstancia que nos ocupa es distinta tratándose de un error en la calificación del objeto de la pieza cautelar que únicamente pudiera determinar la falta de instrumentalidad de la medida, al calificar la parte como "acto" en la pieza cautelar aquello que había sido tratado como vía de hecho en su recurso principal. Sin embargo los principios antiformalistas que informan el proceso contencioso administrativo, el principio general de subsanabilidad establecido como regla para todos los procedimientos en el art. 231 LEC, así como el principio de interpretación pro actione de las pretensiones, inclina a considerar por "acto", no un acto administrativo en sentido del art. 53 y ss LRJPAC, sino "actuación administrativa", incardinándose en sentido amplio todo el contenido en el art. 25 LRJCA, incluso la vía de hecho, procediendo pues considerar que cuanto la parte pretende la "suspensión de ejecución del acto recurrido, se refiere a la cesación provisional de la vía de hecho, y de sus efectos, siendo los mismos la emisión de un aval, cuya viabilidad se analizará seguidamente en cuanto al fondo.

CUARTO. La actora ha fundamentado su solicitud en la concurrencia de los requisitos generales: peligro de mora procesal, apariencia de buen derecho ponderación de intereses en conflicto, con referencia a la falta de afectación del interés público o de tercero.

Conviene por razones sistemáticas dar un tratamiento unitario a la invocación en concurrir peligro de mora procesal de un lado, y la oposición que a éste formulan tanto la demandada como la codemandada comenzando por considerar que alegada por ambos la ausencia de dicho periculum, pues la actora no invoca un riesgo propio sino ajeno erigiéndose en defensora de un interés público que no le atañe, y asimismo la invocación de una normativa y posición jurídica que no es de aplicación a los recurrentes en su condición de socios cual es la normativa de defensa de la competencia.

Ciertamente que la actora en su alegación tercera se limita a argumentar en torno a la afectación del interés público, de la codemandada e incluso de la Fundación de Valencia C.F., en respuesta a las alegaciones y posiciones adoptadas por las distintas partes en el procedimiento ya seguido, respecto del que se ha acordado nulidad con retroacción de actuaciones; ahora bien, en su expositivo segundo se refiere a este interés propio, en cuanto al mantenimiento artificioso por medio de una actuación constitutiva de vía de hecho -otorgamiento de un aval sin sujeción al procedimiento legalmente establecido- de una posición de dominio en la titularidad accionarial del Valencia CF SAD, permitida mediante una ayuda pública otorgada a la Fundación en detrimento de los restantes socios, que no han tenido acceso a tales ayudas que les hubieran permitido, igualmente, obtener la titularidad de las acciones sin desembolsar cantidad alguna.

En el caso que nos ocupa, la suspensión cautelar de una actuación que pudiera resultar constitutiva de vía de hecho no participa de la naturaleza de la suspensión cautelar de ejecutividad de un acto o disposición administrativa, pues si éstos vienen amparados por presunción de legalidad y ejecutividad conforme a los arts. 56 y concordantes LRJPAC, no así la vía de hecho que por su propia naturaleza, acreditada indiciariamente mediante apariencia de buen derecho su concurrencia, precisamente el principio de legalidad que informa la actuación administrativa impone su inmediata cesación, o finalización de situación antijurídica.

A esta situación se refiere la sentencia TSJ de Andalucía (sede Granada) Sala de lo Contencioso-Administrativo, sec. 1ª, S 6-4-2009, nº 511/2009, rec. 2335/2002 : El primer supuesto, esto es, cuando la actuación administrativa carece de resolución previa que le sirva de fundamento jurídico, se encuentra prohibido con rotundidad en el artículo 93 de la Ley de Régimen Jurídico y Procedimientos Administrativos Comunes. Y a dicha falta de acto previo son asimilables en aquellos casos en los que, existiendo tal acto, este se ve afectado de una irregularidad sustancial, que permite hablar de acto nulo de pleno derecho o, incluso, inexistente viéndose privado de la presunción de validez que predica de todo acto administrativo el artículo 57.1 de la Ley de Régimen Jurídico.



Como también se refiere a la vocación de amparo cautelar del procedimiento que nos ocupa, por tener su origen en el antiguo interdicto civil: ...al tener la acción ejercitada en virtud del artículo 30 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso- Administrativa , una naturaleza declarativa y de condena, de carácter interdictal cuyo efecto no puede dejar de relacionarse con la regulación de las medidas cautelares...

De ahí que acreditada indiciariamente la concurrencia de vía de hecho, proceda su inmediata cesación, sin que resulte admisible el criterio de las demandadas a tenor del cual tal situación debiera prolongarse hasta que su declaración de ilegalidad resultara firme, años después de su inicio, en virtud de la invocada presunción de legalidad.

Dicho lo cual, el interés de los actores no es otro que poner fin a la situación de incertidumbre que pesa sobre la estructura societaria del Valencia CF SAD, con un accionista mayoritario que no ha satisfecho la deuda derivada del crédito otorgado para desembolso del importe de las acciones adquiridas en ampliación de capital, cuatro años después, y una doble prenda constituida sobre esas acciones, estando en duda la propia titularidad de las acciones y por tanto la condición de socio mayoritario en detrimento de los, minoritarios, entre los que se cuentan los recurrentes.

Respecto a los restantes intereses que pudieran resultar afectados de adoptarse la pretensión cautelar, remitirnos al auto por el cual se acordaba ejecución provisional de la sentencia de fecha 9 de julio de 2013 en cuanto pondera el perjuicio que de la prosecución de la vía de hecho que implicara la ejecución del aval pudiera seguirse para el interés público, y no es otro que destinar al pago del crédito otorgado para la compra de acciones de un club de fútbol recursos necesarios para atender servicios públicos esenciales dada la actual coyuntura económica, criterio apenas combatido por quien ostenta la competencia de defensa de dicho interés público, la Administración demandada.

Se ha alegado por BANKIA la condición de demandada del IVF que no ostenta la Generalitat Valenciana indicando que es ésta y no el IVF, la obligada a prestar tales servicios esenciales; sin embargo como puso de manifiesto la sentencia recaída en primera instancia, el art. 26 del Decreto 83/94, de 26 de abril, del Consell , por el que se aprueba el Reglamento del instituto Valenciano de Finanzas, que desarrolla la DA 8ª Ley 7/90 de 28 de diciembre, de Presupuestos de la Generalitat Valenciana para 1991, en su versión aplicable a fecha diciembre 2008, por Decreto 78/2000 de 30 de mayo: 2 , Las obligaciones patrimoniales del Instituto tienen la garantía de la Generalitat Valenciana en los mismos términos que los de su Hacienda, por lo que responde directamente de su cumplimiento.

Ha invocado BANKIA como interés público digno de protección el descrédito que para la economía española pudiera suponer la inejecutividad de una garantía otorgada por entidad pública; sin embargo este riesgo se presenta como remoto e incierto dado que la credibilidad en la solvencia del sector público viene actualmente determinado por índices publicados y conformados por numerosos factores, la tan conocida "prima de riesgo".

En cuanto al interés en abierto conflicto de que es titular BANKIA, dada la indiscutible preeminencia del interés público invocado frente al particular del acreedor afectado, como bien indica la parte codemandada, tanto la demandada avalista como la acreedora gozan de solvencia, por tanto el conflicto no surge de una pretendida irreparabilidad de los efectos del pago en sí, que siempre puede ser reintegrado con sus intereses en un sentido y en otro, es decir, tanto pudiera BANKIA hacer frente al reintegro al avalista de lo abonado, como el avalista hacer frente al aval, de declararse inexistente la vía de hecho y conforme a Derecho su otorgamiento, con desestimación de la demanda.

Sin embargo el mantenimiento de vigencia del aval por desestimación de la pretensión cautelar supone la conservación de los efectos de una vía de hecho denunciada por los demandantes con incertidumbre en cuanto a la posición de los accionistas del Valencia CF SAD y conformación de sus órganos de gobierno, que por su propia naturaleza, de acreditarse indiciariamente su concurrencia, procede suspender de inmediato como se expuso más arriba.

Como bien indica BANKIA, el perjuicio económico que le reporta puede ser compensado dada la solvencia de la demandada, no siendo por tanto irreparable, cualquiera que sea su importe.

Por último en este punto, ha alegado BANKIA la falta de instrumentalidad de la medida al señalar que no concurre periculum in mora puesto que a tenor del suplico de su demanda, interesa "se ordene el cese inmediato de dicha actuación hasta la reposición de la situación al momento anterior a la concesión del aval por el IVF"; por lo que de estimarse la ejecución de sentencia pasaría por el otorgamiento de un nuevo aval siguiendo un procedimiento sin tacha, puesto que el suplico de la demanda no se refiere a la anulación del aval, por lo que en tales circunstancias la ejecución del aval no hace perder su finalidad legítima al recurso creando una situación irreversible.



Ciertamente sería así de tratarse de infracciones procedimentales formales, susceptibles de subsanación; de serlo, no nos encontraríamos ante una vía de hecho sino a lo sumo, ante una causa de anulabilidad del art. 63 LRJPAC, sin embargo dada la entidad de las omisiones denunciadas, las mismas no son susceptibles de subsanación, entre las que se contaría la prosecución del procedimiento de comunicación a la Comisión Europea, acreditación por parte de la Fundación de los requisitos de obtención del aval prevenidos en el art. 18 del Reglamento del IVF : solvencia, cuentas anuales, estar al corriente de sus obligaciones, memoria, etc, por citar dos ejemplos.

QUINTO. Resta analizar el requisito de apariencia de buen derecho tanto de la pretensión cautelar, como de la principal.

En este punto remitirnos al contenido de la sentencia recaída en instancia que aun anulada, no ha sido combatida en sus fundamentos de fondo en cuanto considera que la actuación del IVF pudiera estar incurso en vía de hecho, sin prejuzgar el contenido del fallo que evidentemente se resolverá a la luz de las nuevas alegaciones nunca expuestas, presentadas por la codemandada, junto con las restantes.

Respecto de la pretensión cautelar, son de aplicación los razonamientos ya sostenidos en sede de ejecución provisional.

Los motivos nuevos invocados por BANKIA vienen referidos a la inadmisibilidad del recurso por caducidad, así como falta de legitimación de los recurrentes que nunca han acreditado su condición de accionistas, la irrelevancia de los documentos aportados relativos a la responsabilidad de la Fundación en relación a la garantía de prenda, frente a la derivada del aval y por último en este punto, no serles de aplicación la normativa que invocan infringida, de defensa de la competencia.

Se trata de motivos todos que habrán de ser analizados en la sede correspondiente, sea en el incidente de inadmisibilidad promovido por BANKIA en los autos principales, o en sentencia; sin abundar en tales puntos so pena de prejuzgar el fondo del asunto.

Por ello sin ánimo de resolver lo que en definitiva habrá de examinarse en su sede correspondiente y en relación a la caducidad invocada en orden a la falta de apariencia de buen derecho de la pretensión principal únicamente invocar la doctrina que interpreta en sentido amplio la impugnabilidad temporal de la actuación administrativa constitutiva de vía de hecho, en tanto no cesa en sus efectos; en este sentido cabe citar la STSJ de Castilla-La Mancha Sala de lo Contencioso- Administrativo, sec. 2ª, S 14-12-2009, nº 545/2009, rec. 742/2005 ;

En primer lugar, debemos rechazar la interpretación del cómputo de plazo de 20 días señalado por la parte actora, pues no estamos ante una vía de hecho que se consuma de manera inmediata y puede cesar de la misma manera. El vaciado de una finca supone una inmisión en el derecho de propiedad de manera que si en efecto ha habido vía de hecho, ésta se mantiene mientras la finca se encuentre en el estado denunciado por la parte, sin que pueda predicarse la aplicación del plazo, de veinte días en una vía de hecho que se está produciendo de manera continua, por lo que debemos rechazar esta causa de inadmisibilidad planteada por la Abogada del Estado.

Los restantes motivos en cuanto atañen a la resolución principal y consta indiciadamente tanto la condición de accionistas de los actores que como tales se presentan, y asimismo ha sido ponderado ostentar un interés legítimo como se expuso más arriba, integran el pronunciamiento de fondo y no han de ser examinados en esta sede cautelar.

Por tanto,:

Considerando por un lado la naturaleza de la actuación impugnada, vía de hecho, cuya concurrencia está indiciariamente acreditada para la fase cautelar no gozando de la presunción de legalidad y ejecutividad que informa el acto administrativo reglado;

Ponderando el carácter instrumental de la medida en relación a los efectos de la sentencia cuya eficacia pudiera resultar frustrada por la consolidación de tales situaciones de hecho, en concreto la conformación de los órganos de gobierno del Club de Fútbol indiciariamente alterada por la denunciada vía de hecho en perjuicio de los socios minoritarios demandantes en el caso de demorarse hasta la firmeza de una sentencia- sin que los perjuicios irrogados a la codemandada sean irreparables; Y concurriendo apariencia de buen derecho, procede la adopción de la medida.

SEXTO. Se ha interesado por BANKIA la exigencia de aval a los recurrentes; ciertamente ha variado la situación existente, con la personación de BANKIA, con respecto a lo indicado en el auto por el que se acordó ejecución provisional en los siguientes términos:...el mismo carece de objeto, ya que los perjuicios que pudieran irrogarse a la apelante serían resarcidos con cargo al propio aval objeto de la actuación administrativa anulada, y no son distintos de los intereses y principal garantizado por el propio aval; de modo que de revocarse la sentencia,



podría resarcirse por medio de éste, contra el IVF, y de confirmarse, no tiene acción alguna resarcitoria en el presente procedimiento sino en su caso, en el indicado en el fundamento anterior; es decir, nos encontraríamos ante una reclamación por responsabilidad patrimonial ajena a éste; todo ello considerando la posición del IVF.

Ahora bien, la suspensión cautelar irroga unos perjuicios adicionales a la codemandada, cual es la necesidad de provisionar como crédito dudoso el concedido a la Fundación, y que cuantifica estimando la duración del procedimiento en dos años y medio, en 2.400.000 euros, pretensión que conviene analizar a la luz de lo dispuesto en el art. 133 LRJCA .

El precepto dispone el carácter facultativo de la garantía, con el término "podrá" debiendo considerar en este punto la exención prevenida en el art. 728 LEC , de aplicación supletoria para los casos de ejercicio de acciones en defensa de intereses difusos o colectivos, la incapacidad de los recurrentes, accionistas minoritarios, par afrontar semejante caución, y la dudosa responsabilidad que pudiera derivárseles de tales perjuicios con arreglo al art. 133.3 LRJCA de desestimarse el recurso, siendo en cambio exigibles por vía de responsabilidad patrimonial ya indicada, frente a la Administración.

Por otra parte no cabe sino considerar la doctrina de los actos propios, en torno a la observancia por la entidad financiera de las normas crediticias a la hora de conceder un crédito a quien no contaba con ingresos ni patrimonio con qué resarcirlo. Procede por tanto, acceder a fa pretensión cautelar, sin necesidad de prestación de aval por parte de los actores solicitantes.

VISTOS los preceptos citados y demás de aplicación.

DISPONGO

QUE HA LUGAR a adoptar la medida cautelar interesada por D. Cristina Borrás Baldova, Procurador de los Tribunales, en nombre y representación de D. Ezequiel y D. Martín , bajo la dirección letrada de D. José Antonio Pérez Vercher en el presente procedimiento, consistente en suspensión de la ejecutividad de la actuación administrativa impugnada, o cese de la vía de hecho, con suspensión de sus efectos, inclusive eficacia del aval otorgado en su consecuencia, sin necesidad de prestar caución alguna.

Notifíquese a las partes.

Contra la presente resolución cabe interponer recurso de apelación en un solo efecto en el plazo de QUINCE días en este Juzgado, para su conocimiento por la Sala de Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana.