



www.civil-mercantil.com

TRIBUNAL SUPREMO

Auto de 2 de octubre de 2015

Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 3.ª)

Rec. n.º 1003/2015

SUMARIO:

Prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo. Procedimiento sancionador. Entidades de crédito. Publicidad de sanciones en el BOE. Medidas cautelares de suspensión de sanción. El banco quería que se adoptase como medida cautelar la suspensión de la publicación de la sanción en el BOE, hasta que se resolviese por el Supremo el fondo de su recurso contra la sanción, al entender que su prestigio e imagen comercial sufrían ante los mercados y sus clientes y que no existía un interés público que exigiese la inmediata publicación. El Supremo señala que concurre un evidente interés público en publicitar las sanciones impuestas por infracciones de la Ley 10/2010, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, tal como prescribe el artículo 61 de ese texto legal, con el objeto de preservar y salvaguardar de forma efectiva el principio de transparencia de la actividad bancaria, que comporta que deban ponerse en conocimiento de los mercados financieros y del público en general aquellos hechos o datos que puedan calificarse de relevantes por afectar al cumplimiento de las obligaciones legalmente exigibles sobre prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

PRECEPTOS:

Ley 10/2010 (prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo), art. 61.

Ley 29/1998 (LJCA), art. 129.

Constitución Española, arts. 24.1 y 106.1.

Ley 1/2000 (LEC), art. 728.

Ley 26/1988 (Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito), art. 27.5.

PONENTE:

Don José Manuel Bandrés Sánchez-Cruzat.

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Contencioso-Administrativo

Sección: TERCERA

AUTO

Fecha Auto: 02/10/2015



www.civil-mercantil.com

PIEZA DE MEDIDAS CAUTELARES Num.: 1

Fallo: Auto no ha lugar Medida Cautelar

Ponente: Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat Procedencia: T.SUPREMO SALA 3A. SECCION 3A. Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca Escrito por: ELC

Nota:

MEDIDAS CAUTELARES. PETICIÓN DE SUSPENSIÓN DE LA PUBLICACIÓN DE LAS SANCIONES DE UN MILLÓN DE EUROS Y DE AMONESTACIÓN PÚBLICA IMPUESTAS POR ACUERDO DEL CONSEJO DE MINISTROS DE 12 DE JUNIO DE 2015, POR EL QUE SE RESUELVE EL EXPEDIENTE SANCIONADOR AM/4001/2014 INCOADO AL BANCO SANTANDER, S.A. POR INFRACCIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITAL Y DE LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO. ARTÍCULO 61 DE LA LEY 10/2010, DE 28 DE ABRIL, DE PREVENCIÓN DEL BLANQUEO DE CAPITAL Y DE LA FINANCIACIÓN DEL TERRORISMO . ARTÍCULO 129 DE LA LEY 29/1998, DE 13 DE JULIO, REGULADORA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA .

REC.ORDINARIO(c/a) Num.: 1003

Ponente Excmo. Sr. D.: José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat

Secretaría de Sala: Ilma. Sra. Dña. Aurelia Lorente Lamarca

TRIBUNAL SUPREMO

SALA DE LO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SECCIÓN: TERCERA

AUTO

Excmos. Sres.: Presidente:

D. Pedro José Yagüe Gil

Magistrados:

D. Eduardo Espín Templado

D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat

D. Eduardo Calvo Rojas

D^a. María Isabel Perelló Doménech

En la Villa de Madrid, a dos de octubre de dos mil quince.

HECHOS



www.civil-mercantil.com

Primero.

La representación procesal de la sociedad BANCO SANTANDER, S.A., interpuso con fecha 31 de julio de 2015, el presente recurso contencioso-administrativo registrado bajo el número 2/1003/2015 contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de junio de 2015, por el que se resuelve el expediente sancionador AM/4001/2014 incoado a dicha entidad, imponiéndole una multa de un millón de euros (1.000.000 de €) y amonestación pública, como responsable de una infracción muy grave, prevista y sancionada en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación de terrorismo.

Segundo.

En el Primer Otrosí del escrito de interposición del recurso, la representación procesal de la sociedad bancaria recurrente, efectuó las alegaciones que consideró oportunas, y lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que, en mérito a cuanto antecede, acuerde, con carácter cautelar, la adopción de la medida consistente en la suspensión de la publicación de la imposición de la sanción de 1.000.000 de euros y de la amonestación pública; o, de forma subsidiaria, la medida cautelar consistente en la inclusión en la publicación de las sanciones de la mención de que han sido recurridas en vía judicial por BANCO SANTANDER.. » .

Tercero.

Por diligencia de ordenación de 1 de septiembre de 2015, se acordó, formada la pieza separada de medidas cautelares, oír al Abogado del Estado por plazo de diez días sobre la suspensión interesada, evacuándose dicho trámite por escrito presentado el 14 de septiembre de 2015, en el que tras efectuar las alegaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que teniendo por presentado este escrito con su copia se sirva admitirlo, teniendo por formuladas las alegaciones que anteceden. Denegando la medida cautelar pretendida, con condena en costas a la actora del incidente. » .

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. José Manuel Bandrés Sánchez Cruzat, Magistrado de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

Primero.

La representación procesal de la entidad BANCO SANTANDER, S.A., solicita, al amparo del artículo 129 y siguientes de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, se acuerde la suspensión de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de las sanciones de multa de un millón de euros y de amonestación pública impuestas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de junio de 2015, con base en el argumento de que perdería su finalidad legítima el recurso contencioso-administrativo en caso de no accederse a la medida cautelar, en cuanto que la publicación ocasionaría a la sociedad sancionada una serie de perjuicios de carácter irreparable, en la medida que sufre el prestigio y la imagen



comercial de la entidad sancionada frente a los mercados financieros y sus clientes, debiendo tener en cuenta al respecto, que no existe ningún interés público que exija la inmediata publicación. De forma subsidiaria, se solicita que se adopte la medida cautelar consistente en la inclusión en la publicación de las sanciones de la mención de que han sido recurridas en vía judicial, con el objeto de minimizar el desprestigio sufrido por la entidad sancionada.

Segundo.

Procede significar, en primer término, que, conforme a una consolidada jurisprudencia de esta Sala de lo Contencioso- Administrativo del Tribunal Supremo, advertida en la sentencia de 22 de julio de 2002 (RC 3507/1998), que se transcribe en el Auto de 16 de julio de 2004 (R 46/2004), la razón de ser de la justicia cautelar en el proceso en general, se encuentra en la necesidad de evitar que el lapso de tiempo que transcurre hasta que recae un pronunciamiento judicial firme suponga la pérdida de la finalidad del proceso. Con las medidas cautelares se trata de asegurar la eficacia de la resolución que ponga fin al proceso, evitando la producción de un perjuicio de imposible o difícil reparación, como señalaba el artículo 122 LJ -o, como dice expresivamente el artículo 129 de la actual Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio), asegurando la efectividad de la sentencia-. Por ello el periculum in mora forma parte de la esencia de la medida cautelar, pues, en definitiva, con ella se intenta asegurar que la futura sentencia pueda llevarse a la práctica de modo útil.

Como señala la STC 218/1994 , la potestad jurisdiccional de suspensión, como todas las medidas cautelares, responde a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial; esto es, trata de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia. Pero, además, en el proceso administrativo la suspensión cautelar tiene determinadas finalidades específicas, incluso con trascendencia constitucional, y que pueden cifrarse genéricamente en constituir un límite o contrapeso a las prerrogativas exorbitantes de las Administraciones públicas, con el fin de garantizar una situación de igualdad con respecto a los particulares ante los Tribunales, sin la cual sería pura ficción la facultad de control o fiscalización de la actuación administrativa que garantiza el art. 106.1 CE ("Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican").

Entre otros muchos aspectos de la jurisdicción y del proceso contencioso-administrativo que experimentaron el influjo directo de la Constitución se encuentra el de las medidas cautelares, a través de las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva que se reconoce en el artículo 24.1 de dicha Norma Fundamental, de tal manera que la suspensión cautelar de la ejecutividad de la disposición o del acto administrativo deja de tener carácter excepcional y se convierte en instrumento de la tutela judicial ordinaria. De esta forma, sin producirse una modificación formal del artículo 122 Ley de la Jurisdicción de 1956 , cristaliza una evolución jurisprudencial que acoge la doctrina del llamado *fumus bonis iuris* o apariencia del buen derecho respecto de la que resulta obligada la cita del ATS de 20 de diciembre de 1990 . Esta resolución proclama lo que llama "derecho a la tutela cautelar", inserto en el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, "lo que, visto por su envés, significa el deber que tienen tanto la Administración como los Tribunales de acordar la medida cautelar que sea necesaria para asegurar la plena efectividad del acto terminal (resolución administrativa o, en su caso, judicial)". Y esta fuerza expansiva del artículo 24.1 CE viene también impuesta por el principio de Derecho Comunitario europeo recogido en la Sentencia Factortame del Tribunal de Justicia de Luxemburgo, de 19 de junio de 1990, principio que hace suyo nuestro Tribunal Supremo y que se resume en que "la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón".



www.civil-mercantil.com

La decisión sobre la procedencia de las medidas cautelares debe adoptarse ponderando las circunstancias del caso, según la justificación ofrecida en el momento de solicitar la medida cautelar, en relación con los distintos criterios que deben ser tomados en consideración según la LJ y teniendo en cuenta la finalidad de la medida cautelar y su fundamento constitucional.

La decisión sobre la procedencia de la medida cautelar comporta un alto grado de ponderación conjunta de criterios por parte del Tribunal, que, según nuestra jurisprudencia, puede resumirse en los siguiente puntos:

a) Necesidad de justificación o prueba, aun incompleta o por indicios de aquellas circunstancias que puedan permitir al Tribunal efectuar la valoración de la procedencia de la medida cautelar. Como señala un ATS de 3 de junio de 1997 : "la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado, que la ejecución del acto impugnado [o la vigencia de la disposición impugnada] le pueda ocasionar perjuicios, ni menos que éstos sean de difícil o imposible reparación ". El interesado en obtener la suspensión tiene la carga de probar adecuadamente qué daños y perjuicios de reparación imposible o difícil concurren en el caso para acordar la suspensión, sin que baste una mera invocación genérica.

b) Imposibilidad de prejuzgar el fondo del asunto. Las medidas cautelares tienen como finalidad que no resulten irreparables las consecuencias derivadas de la duración del proceso. De modo que la adopción de tales medidas no puede confundirse con un enjuiciamiento sobre el fondo del proceso. Como señala la STC 148/1993 "el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal" (Cfr. ATS de 20 de mayo de 1993).

c) El *periculum in mora* , constituye el primer criterio a considerar para la adopción de la medida cautelar. Si bien, ha de tenerse en cuenta que el aseguramiento del proceso, no se agota, en la fórmula clásica de la irreparabilidad del perjuicio, sino que su justificación puede presentarse, con abstracción de eventuales perjuicios, siempre que se advierta que, de modo inmediato, puede producirse una situación que haga ineficaz el proceso. Si bien se debe tener en cuenta que la finalidad asegurable a través de las medidas cautelares es la finalidad legítima que se deriva de la pretensión formulada ante los Tribunales.

d) El criterio de ponderación de los intereses concurrentes es complementario del de la pérdida de la finalidad legítima del recurso y ha sido destacado frecuentemente por la jurisprudencia: "al juzgar sobre la procedencia [de la suspensión] se debe ponderar, ante todo, la medida en que el interés público exija la ejecución, para otorgar la suspensión, con mayor o menor amplitud, según el grado en que el interés público esté en juego". Por consiguiente, en la pieza de medidas cautelares deben ponderarse las circunstancias que concurren en cada caso y los intereses en juego, tanto los públicos como los particulares en forma circunstanciada. Como reitera hasta la saciedad la jurisprudencia "cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto" (ATS 3 de junio de 1997 , entre otros muchos).

e) La apariencia de buen derecho (*fumus bonis iuris*) supuso una gran innovación respecto a los criterios tradicionales utilizados para la adopción de las medidas cautelares. Dicha doctrina permite valorar con carácter provisional, dentro del limitado ámbito que incumbe a los incidentes de esta naturaleza y sin prejuzgar lo que en su día declare la sentencia definitiva, los fundamentos jurídicos de la pretensión deducida a los meros fines de la tutela cautelar.



www.civil-mercantil.com

La LJ no hace expresa referencia al criterio del *fumus bonis iuris* (tampoco la LJCA), cuya aplicación queda confiada a la jurisprudencia y al efecto reflejo de la LEC/2000 que sí alude a este criterio en el art. 728 .

No obstante, debe tenerse en cuenta que la más reciente jurisprudencia hace una aplicación mucho más matizada de la doctrina de la apariencia del buen derecho, utilizándola en determinados supuestos (de nulidad de pleno derecho, siempre que sea manifiesta, ATS 14 de abril de 1997 , de actos dictados en cumplimiento o ejecución de una disposición general declarada nula, de existencia de una sentencia que anula el acto en una instancia anterior aunque no sea firme; y de existencia de un criterio reiterado de la jurisprudencia frente al que la Administración opone una resistencia contumaz), pero advirtiendo, al mismo tiempo, de los riesgos de la doctrina al señalar que "la doctrina de la apariencia de buen derecho, tan difundida, cuan necesitada de prudente aplicación, debe ser tenida en cuenta al solicitarse la nulidad de un acto dictado en cumplimiento o ejecución de una norma o disposición general, declarada previamente nula de pleno derecho o bien cuando se impugna un acto idéntico a otro ya anulado jurisdiccionalmente, pero no [...] al predicarse la nulidad de un acto, en virtud de causas que han de ser, por primera vez, objeto de valoración y decisión, pues, de lo contrario se prejuzgaría la cuestión de fondo, de manera que por amparar el derecho a la efectiva tutela judicial, se vulneraría otro derecho, también fundamental y recogido en el propio artículo 24 de la Constitución , cual es el derecho al proceso con las garantías debidas de contradicción y prueba, porque el incidente de suspensión no es trámite idóneo para decidir la cuestión objeto del pleito (AATS 22 de noviembre de 1993 y 7 de noviembre de 1995 y STS de 14 de enero de 1997 , entre otros).

Tercero.

En aplicación de la doctrina jurisprudencial expuesta, debe rechazarse la solicitud de suspensión en lo que respecta a la publicación del Acuerdo sancionador en el Boletín Oficial del Estado, en cuanto que, siguiendo los razonamientos jurídicos expuestos en los Autos de esta Sala jurisdiccional de 17 de febrero de 2010 , 15 de febrero de 2012 y 17 de diciembre de 2013 , apreciamos la concurrencia de un evidente interés público en publicitar las sanciones impuestas por infracciones de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, tal como prescribe el artículo 61 del referido texto legal , con el objeto de preservar y salvaguardar de forma efectiva el principio de transparencia de la actividad bancaria, que comporta que deban ponerse en conocimiento de los mercados financieros y del público en general aquellos hechos o datos que puedan calificarse de relevantes por afectar al cumplimiento de las obligaciones legalmente exigibles.

Al respecto, cabe recordar que en el precedente Auto de esta Sala jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 31 de marzo de 2015 , sostuvimos que « la Administración Pública actúa en un régimen de publicidad de sus actos con carácter general y, de modo específico, tanto más cuanto así lo establezcan las normas reguladoras de cada sector del ordenamiento. En concreto, el Legislador ha querido mediante la Ley 19/1993, sobre medidas de prevención del blanqueo de capitales (artículo 12.2), que la publicidad de las sanciones impuestas a las entidades financieras en esta materia se atenga a lo dispuesto en la Ley 26/1988, de 29 de julio, de Disciplina e Intervención de las Entidades de Crédito. Ley cuyo artículo 27.5 dispone que las sanciones por infracciones muy graves serán publicadas en el Boletín Oficial del Estado una vez que sean firmes. La firmeza a la que se refiere el precepto legal es aquella que se produce cuando se ha agotado la vía administrativa, como en este caso ocurre. », lo que resulta plenamente aplicable al supuesto enjuiciado en este incidente cautelar.



www.civil-mercantil.com

También afirmamos que la decisión legislativa contenida en el artículo 61 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, que en su apartado quinto establece que la sanción de amonestación pública, una vez sea firme en vía administrativa, será publicada en el Boletín Oficial del Estado, corrobora que existe un indudable interés público en la citada publicación, que por lo demás no viene a descubrir ningún dato que deba mantenerse oculto, pues las sanciones impuestas a las entidades de crédito o a quienes ejerzan cargos de administración o dirección en ellas han de ser, además, objeto de comunicación a la inmediata Junta o Asamblea General que se celebre, lo que implica asimismo la publicidad general de aquéllas.

La publicación de la resolución sancionadora atiende, pues, al interés público y resulta preceptiva por mandato legal. Hemos descartado en sentencias anteriores sobre esta misma cuestión que la mera publicación de los acuerdos sancionadores tenga, de suyo, el carácter irreversible que propiciaría la adopción de la medida cautelar para no privar de sentido al proceso mismo: la publicación de un eventual fallo estimatorio en el fondo, o la mención de que la sanción impuesta es susceptible aún de recurso jurisdiccional, bastan para impedir esos pretendidos efectos irreversibles.

Es cierto que, no obstante el citado interés público, en algunos casos podrá accederse a suspender la publicación oficialmente decretada si una razonable ponderación entre aquél y los perjuicios derivados de la ejecución inmediata determina que el balance sea favorable a la medida cautelar, ante la gravedad de estos últimos perjuicios y su irreversibilidad. Ponderación que, a su vez, debe ir precedida de un examen singular de las características de cada supuesto que incluirá, entre otras, la relativa a la naturaleza del hecho sancionado, la gravedad de la imputación, las repercusiones sobre la imagen externa de la empresa, la situación financiera de ésta y otras de signo análogo.

En el presente caso, estimamos que la alegación relativa a la producción de efectos irreversibles derivados de la pérdida de prestigio de la entidad sancionada frente a los mercados financieros y a sus clientes, como consecuencia de la publicación de las sanciones en el Boletín Oficial del Estado, no resulta suficiente para acordar la medida cautelar solicitada, porque supondría un cambio de criterio de nuestra jurisprudencia, que consideramos no justificado, ya que cabe partir de la premisa de que la transparencia en los mercados financieros y aún los intereses de los clientes actuales y potenciales no se compadecen con el ocultamiento de un hecho relevante cual es el que las autoridades supervisoras han sancionado, tras un procedimiento contradictorio, una determinada conducta en la actividad bancaria como la que se realiza. Concorre un evidente interés público en que tales hechos se pongan en conocimiento del mercado, una vez que responden a decisiones administrativas firmes en la vía administrativa precedida de un análisis de la conducta por parte de los organismos supervisores, con intervención de la entidad sancionada. De acoger la tesis de la recurrente, supondría que toda publicidad de la sanción impuesta a una entidad financiera por infracciones relacionadas con la prevención del blanqueo de capitales puede eventualmente surtir aquellos efectos. La índole de la infracción imputada y la naturaleza de la amonestación no tienen por qué afectar de forma irreversible a los intereses de la entidad amonestada.

En último término, consideramos que la medida cautelar solicitada con carácter subsidiario, consistente en que se incluya en la publicación de la resolución sancionadora en el Boletín Oficial del Estado la mención de que «las sanciones han sido recurridas en vía judicial por Banco Santander», debe rechazarse, de acuerdo con los criterios jurisprudenciales expuestos en el auto de esta Sala Jurisdiccional de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 2012 (RCA 753/2011), en que afirmamos que la plena publicidad de las decisiones de esta Sala jurisdiccional adoptadas en materia de medidas cautelares, ofrece la oportunidad a la sociedad sancionada de poner en conocimiento de los mercados



www.civil-mercantil.com

financieros y del público en general la noticia relativa a la interposición del recurso contencioso-administrativo contra la resolución sancionadora, a fin de que se pueda contrastarse por los destinatarios el alcance y entidad de la conducta sancionada y la gravedad de la infracción.

Procede, consecuentemente, desestimar las medidas cautelares solicitadas, en relación con la suspensión de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de las sanciones impuestas en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de junio de 2015.

Cuarto.

Conforme prescribe el artículo 139.1 de la Ley Jurisdiccional , y a tenor del apartado tercero de este artículo, la imposición de las costas podrá ser "a la totalidad, a una parte de éstas o hasta una cifra máxima". La Sala considera procedente en este supuesto limitar hasta una cifra máxima de mil euros la cantidad que, por todos los conceptos enumerados en el artículo 241.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , la condenada al pago de las costas ha de satisfacer a la parte contraria.

LA SALA ACUERDA

Primero.

No ha lugar a acordar las medidas cautelares solicitadas en relación con la suspensión de la publicación en el Boletín Oficial del Estado de las sanciones impuestas en el Acuerdo del Consejo de Ministros de 12 de junio de 2015.

Segundo.

Efectuar expresa imposición de las costas procesales causada en este incidente cautelar, en los términos fundamentados.

Lo mandó la Sala y firman los Magistrados Excmos. Sres. al inicio

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.