



Roj: ATS 11663/2013
Id Cendoj: 28079130032013200078
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso
Sede: Madrid
Sección: 3
Nº de Recurso: 472/2013
Nº de Resolución:
Procedimiento: CONTENCIOSO
Ponente: JOSE MANUEL BANDRES SANCHEZ-CRUZAT
Tipo de Resolución: Auto

AUTO

En la Villa de Madrid, a diecisiete de diciembre de dos mil trece.

HECHOS

PRIMERO.- La representación procesal de la entidad BANCO ESPIRITO SANTO, S.A., SUCURSAL EN ESPAÑA, interpuso con fecha 25 de noviembre de 2013, el presente recurso contencioso-administrativo registrado bajo el número **2/472/2013** contra el Acuerdo del Consejo de Ministros de 13 de septiembre de 2013, por el que se desestima el recurso de reposición interpuesto contra el precedente Acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de mayo de 2013, por el que se resuelve el procedimiento sancionador incoado a dicha entidad, imponiéndole sendas multas de 150.000 euros y 960.000 euros, y dos amonestaciones públicas, como responsable de dos infracciones muy graves por incumplimiento del deber de comunicación de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo.

SEGUNDO.- En el Primer Otrosí del escrito de interposición del recurso, la representación procesal de la entidad recurrente, tras efectuar las alegaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que se tenga solicitada la adopción de la medida cautelar de suspensión de la ejecutividad del acto recurrido y, tras los trámites oportunos, acuerde la misma. » .

TERCERO.- Por diligencia de ordenación de 27 de noviembre de 2013, 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 4 de diciembre de 2013, en el que tras efectuar las alegaciones que consideró oportunas, lo concluyó con el siguiente SUPPLICO:

« que, habiendo por presentado este escrito y sus copias, se sirva admitirlo, tenga por impugnada la petición de suspensión realizada por la parte recurrente frente a la que se formula oposición, para resolver esta pieza cautelar mediante auto que: 1) Desestime dicha petición; 2) Subsidiariamente, para el caso de que se acordase la suspensión, se sujete la misma, a la previa prestación de aval suficiente señalando plazo a dicho efecto. » .

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Jose Manuel Bandres Sanchez-Cruzat, Magistrado de la Sala.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO.- La representación procesal de la entidad BANCO ESPIRITO SANTO, S.A., SUCURSAL EN ESPAÑA solicita se acuerde la suspensión de la ejecutividad de las sanciones de multa pecuniaria impuestas por Acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de mayo de 2013, así como de la publicación del Acuerdo sancionador en el Boletín Oficial del Estado mientras dure la tramitación del presente recurso contencioso-administrativo, conforme a lo dispuesto en el artículo 129 y siguientes de la Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, con base en las alegaciones de que procede la extensión de la suspensión ya acordada en vía administrativa sin necesidad de exigir garantía, que determina que la Sala está vinculada por la conducta de la Administración, atendiendo a la inexistencia de perjuicios a los intereses generales y a terceros, y a la causación de perjuicios a la entidad financiera recurrente de carácter patrimonial con menoscabo, asimismo, de su reputación profesional.

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".

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.

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 tomada 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, procede acoger la pretensión de suspensión del Acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de mayo de 2013, en lo que concierne a las sanciones de multa por importe de ciento cincuenta mil euros (150.000 #) y novecientos sesenta mil euros (960.000 #), condicionada a la previa presentación de caución o garantía suficiente para responder del pago, siguiendo los criterios expuestos en el Auto de esta Sala jurisdiccional de 5 de junio de 2013 (RCA 652/2012).

No obstante, 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 y de 15 de febrero de 2012, apreciamos la concurrencia de un evidente interés público en publicitar las sanciones impuestas por infracciones de la Ley 10/1020, 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 el principio de transparencia de la actividad bancaria.

Procede, consecuentemente, estimar parcialmente la pretensión cautelar de suspensión de la ejecutividad del Acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de mayo de 2013, que se adopta en lo que respecta únicamente a las sanciones de multas impuestas, debiendo prestar caución por la cuantía de 1.110.000 euros.



CUARTO.- No procede efectuar expresa imposición de las costas causadas.

LA SALA ACUERDA:

Primero.- Ha lugar a acordar la suspensión de la ejecutividad del Acuerdo del Consejo de Ministros de 3 de mayo de 2013, en lo que respecta a las sanciones de multa impuestas, previa la prestación de caución en los términos fundamentados.

Segundo.- No procede efectuar expresa imposición de costas.

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

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ