

Roj: STS 5433/2013 - ECLI:ES:TS:2013:5433
Id Cendoj: 28079130072013100402

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Contencioso

Sede: Madrid

Sección: 7

Nº de Recurso: 49/2010

Nº de Resolución:

Procedimiento: CONTENCIOSO

Ponente: NICOLAS ANTONIO MAURANDI GUILLEN

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a trece de Noviembre de dos mil trece.

Visto por la Sección Octava de la Sala Tercera del Tribunal Supremo, constituida por los señores arriba anotados, el recurso contencioso-administrativo que con el número **49/2010** ante la misma pende de resolución, interpuesto por SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN, S.L (antes SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN S.A.), representada por el Procurador don Argimiro Vázquez Guillén, frente al Acuerdo de 12 de noviembre de 2009 de la Junta Electoral Central.

Habiendo sido parte recurrida la JUNTA ELECTORAL CENTRAL, representada por el Letrado de las Cortes Generales.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación procesal de SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN, S.L., se interpuso recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo de 12 de noviembre de 2009 de la Junta Electoral Central a que antes se ha hecho referencia, el cual fue admitido por la Sala, motivando la reclamación del expediente administrativo que, una vez recibido, se puso de manifiesto a la parte recurrente para que formalizase la demanda dentro del correspondiente plazo, lo que verificó mediante un escrito en el que, después de exponer los hechos y alegar los fundamentos de derecho que estimó oportunos, terminó suplicando:

"(...) dicte sentencia por la que revoque la resolución de la Junta Electoral Central anulando la sanción impuesta (...), con expresa imposición de costas a la parte recurrida, o subsidiariamente acuerde mediante Auto, antes de dictar sentencia, la suspensión del procedimiento al estimar la cuestión prejudicial penal planteada".

SEGUNDO.- El Letrado de las Cortes Generales, en representación de la JUNTA ELECTORAL CENTRAL, se opuso a la demanda pidiendo

" la desestimación del recurso contencioso-administrativo (...) o, subsidiariamente, acuerde con carácter previo la suspensión del procedimiento una vez que esté pendiente sólo de sentencia, si estima concurre la cuestión prejudicial planteada por la demandante".

TERCERO.- Se recibió a prueba del proceso y, una vez las partes litigantes formularon sus conclusiones, hubo un inicial señalamiento para votación y fallo en la audiencia del día 27 de abril de 2011, pero se dejó sin efecto por providencia de la misma fecha, que acordó solicitar al Juzgado de Instrucción núm. 29 de Madrid que informara sobre si por los hechos litigiosos se seguían Diligencias Previas por posible delito electoral y, de ser así, quiénes eran las personas contra las que se dirigía el proceso y cuál el estado procesal del mismo.

CUARTO.- El juzgado informó que las Diligencias Previas que habían sido incoadas se encontraban sobreeseadas provisionalmente por auto de 11 de abril de 2011, con visto del Ministerio Fiscal, y que en ellas había declarado como imputado don Elías como Director General de la SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN.

QUINTO.- Del informe anterior se dio traslado a las partes litigantes y, una vez cumplido de este trámite, se hizo un nuevo señalamiento para votación y fallo en la audiencia de 30 de octubre de 2013.

Siendo Ponente el Excmo. Sr. D. Nicolas Maurandi Guillen, Magistrado de la Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Son datos relevantes para decidir las cuestiones suscitadas en el actual proceso jurisdiccional contencioso- administrativo los siguientes:

1.- Un escrito del PARTIDO POPULAR, presentado ante la Junta Electoral Central (JEC) el día 7 de junio de junio de 2009, denunció estos dos hechos: (I) que ese día 7 de junio de 2009, jornada de votación de las elecciones al Parlamento Europeo, la cadena radiofónica "*Los cuarenta principales*" estaba emitiendo música de actualidad y, entre canción y canción, incluía spots publicitarios del PSOE en los que se pedía el voto para la candidatura de este partido; y (II) que en la página WEB cuya dirección es *www.los40.com*, en el apartado "escucha la radio", estaban reproduciendo ese mismo spot pidiendo el voto para esa misma formación política.

2.- Con carácter previo al inicio de expediente sancionador, la JEC (acuerdo de 7 de junio de 2009) otorgó un tramite de alegaciones a la cadena radiofónica "*Los cuarenta principales*", trámite que fue cumplido por SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN SA en un escrito de 10 de junio de 2006.

Este escrito, que pedía en su parte final el archivo de las actuaciones, contenía dos alegaciones.

Una primera que negaba la emisión radiofónica del spot publicitario en la cadena "40 principales".

Y otra segunda, referida a la página WEB cuya dirección es *www.los40.com*, que explicaba, en esencia, lo siguiente: que el acceso a la misma no implicaba escuchar la radio, porque para ello era necesario pulsar el acceso concreto a "*Los cuarenta principales*"; que el PSOE contrató cuñas publicitarias que significaban que cuando un internauta pulsaba la página aparecía esa cuña unos segundos antes de escuchar la radio; que se había programado que el día 5 de junio finalizara la audición de las cuñas publicitarias; y que así ocurrió con todas ellas excepto con la del PSOE, debido a un error que no fue detectado por el titular de la plataforma tecnológica en cargado de la página web (PRISACOM) ni por las personas que nutren los contenidos de esa página.

Se insistía en que el hecho de acceder a la página web no implicaba escuchar la radio, y se decía también que, una vez la Junta Electoral se puso en contacto con SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN S.A, (a las 15 horas del 7 de junio), se contactó con PRISACOM para que eliminaran la cuña y antes de las 17 horas de ese mismo día la incidencia quedó resuelta.

3.- El 26 de junio de 2009 la JEC dictó acuerdo de incoación de expediente sancionador contra el Director General de SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN SA, y el 14 de julio de 2009 se presentó un nuevo escrito de alegaciones por parte de SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN SL (que indicaba que esta mercantil con anterioridad había sido SA).

En él se contenían dos únicas alegaciones: una primera limitada a reiterar las del escrito de 10 de junio de 2009; y una segunda que aducía que, abundando en lo ya dicho en aquellas primeras alegaciones, se anexaba una nota de la Dirección de Canales Digitales de Unión Radio (sociedad matriz de SER) en la que se señalaba como se procedía a insertar publicidad en el servidor de publicidad de la página web *www.los40.com*.

4.- El 1 de octubre de 2009 el instructor del expediente sancionador formuló pliego de cargos y propuesta de resolución.

En él se declaraba acreditado el hecho referido a la página web, pero no así el referido a la propaganda emitida en la cadena radiofónica; se apreciaba la infracción tipificada en el artículo 153.1 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General (LOREG), en relación con los artículos 51 y 53 de esa misma Ley; se señalaba como persona jurídica presuntamente responsable de esa infracción a SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN SA; y se proponía la imposición de la sanción de multa de 300 #.

5.- El 20 de julio de 2009 SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN SL presentó un nuevo escrito de alegaciones con las cuatro siguientes.

La primera manifestaba la conformidad con la afirmación del pliego de cargos relativa a la no acreditación de la propaganda electoral en las emisiones radiofónicas.

La segunda combatía la afirmación del pliego de cargos sobre que SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN SL fuese la titular de la página web, y hacía constar al respecto que ya el escrito de 10 de junio de 2009 había manifestado que el titular de la plataforma tecnológica era la sociedad PRISACOM SL.

La tercera, en la que se decía que se planteaba a los solos efectos dialécticos, que desarrollaba estos dos argumentos o planteamientos: que el acceso a la página web *www.los40.com* no llevaba a la escucha automática la cuña publicitaria porque, entre la multitud de contenidos de la página web, resultaba necesario buscar el acceso al player, seleccionarlo, y era antes de escuchar la emisión radiofónica cuando automáticamente saltaba la cuña; y que el deber de exigencia exigible, según constante jurisprudencia, es el simple o básico, y no es que lleve al extremo de que sólo hay ausencia de culpabilidad cuando se roza la perfección en el actuar de las personas.

6.- El expediente sancionador finalizó con el Acuerdo de 12 de noviembre de 2009 de la JEC, que, de conformidad con la propuesta del instructor, impuso a la SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN S.A. la sanción de multa de 300 euros, tras declarar que había incurrido en la infracción tipificada en el artículo 153.1 de la Ley Orgánica de Régimen Electoral General (LOREG), en relación con los artículos 51 y 53 de esa misma Ley , y apreciando para ello este hecho

"(...) haber emitido propaganda electoral en la página web www.los 40.com de una formación política concurrente a las elecciones tanto el día de reflexión como en la propia jornada electoral (...)".

También declaró expresamente que no había sido acreditado que la propaganda fuera emitida en cadena radiofónica los Cuarenta Principales.

7.- La motivación que en sus "Fundamentos Jurídicos" desarrolla dicho acuerdo sancionador, para justificar su decisión, consiste principalmente en rechazar las alegaciones que en la fase administrativa efectuó la aquí recurrente sobre su falta de participación en los hechos sancionados y sobre que la causa de éstos fue la concurrencia de un error técnico en los programas informáticos que estaban destinados a suprimir las cuñas publicitarias.

Para apoyar la responsabilidad de SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN S.L. se esgrime, primero, que en los iniciales escritos de 10 de junio y 14 de julio de 2009, pese a señalarse que PRISACOM era la titular de la plataforma tecnológica encargada de la página web, no se descartó la responsabilidad de la Cadena SER y es por esta razón por la que se ofrecieron explicaciones del error técnico padecido.

Se dice a continuación que esa responsabilidad de la Cadena SER también se desprende de los hechos que motivaron el expediente, pues fueron sus representantes los que comunicaron a la JEC que habían dado instrucciones a PRISACOM para que eliminara la cuña publicitaria; y ello permite deducir que PRISACOM es una entidad instrumental que gestiona la plataforma tecnológica de la página web *los40.com* , pero esa actividad es realizada siguiendo las directrices de la Cadena Ser.

Se declara, finalmente, que las anteriores consideraciones se ven reforzadas por las indicaciones que el Registro Mercantil hace respecto de la entidad PRISACOM SA: que SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN, S.L. es la titular del dominio *www.los40.com* ; que ha cedido el uso del mismo a PRISACOM SA; y que ésta es la razón por la que, en relación con las actuaciones del expediente seguido por la JEC, PRISACOM siguió las instrucciones de la SER y los responsables de esta última dieron cuenta de lo realizado por la otra.

Por lo que se refiere al error técnico alegado, lo que la JEC viene a razonar es que esto no descarta la culpabilidad de SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN, S.L. Para ello invoca la responsabilidad a título de simple observancia que reconoce el artículo 130 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común , como también señala que dicha mercantil incumplió el deber de cuidado que razonablemente le incumbía (comprobar la eliminación de las cuñas publicitarias) e incurrió por ello en culpa "in vigilando".

SEGUNDO.- El presente recurso contencioso-administrativo, interpuesto por SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN, S.L. impugna ese acuerdo sancionador de 12 de noviembre de 2009 de la JUNTA ELECTORAL CENTRAL que antes se ha mencionado; y lo postulado en su demanda es, con carácter principal, la anulación de ese acuerdo y, subsidiariamente, la suspensión del actual procedimiento jurisdiccional mientras se esté tramitando el proceso penal que por los mismos hechos ha seguido el Juzgado de Instrucción número 29 de Madrid.

La demanda comienza con un extenso apartado de "HECHOS" que, en esencia, reproduce esos antecedentes administrativos que han sido reseñados en el fundamento de derecho anterior y, junto a ello, imputa o censura a la controvertida decisión de la Junta Electoral Central que la responsabilidad apreciada en la recurrente se apoya en conjeturas y no en pruebas o comprobaciones.

Como tales conjeturas, expresamente reprobadas por la demanda, se señalan estas: que la actora dio instrucciones a PRISACOM para que retirara la cuña publicitaria; que PRISACOM es una sociedad instrumental que gestiona la plataforma tecnológica de la página web; que esa actividad la realiza siguiendo las instrucciones de la Cadena SER; que la titularidad del dominio de la demandante, pese a tenerlo cedido a PRISACOM, determina su responsabilidad; y que la responsabilidad de la recurrente se deduce también de que fue la que dio cuenta de todas las actuaciones que realizó PRISACOM.

Luego, en sus fundamentos jurídico materiales, esa misma demanda realiza el doble planteamiento siguiente

Combate, en primer lugar, la autoría de la infracción que ha sido imputada a SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN, S.L, con el argumento principal de que la JEC se ha apoyado en meras conjeturas o juicios de valor, que no en presunciones, y ello no es bastante para que pueda considerarse válidamente destruida la presunción de inocencia.

Y a este respecto se invoca lo establecido en el artículo 137 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre [de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común] sobre la presunción de inocencia y la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre que este postulado constitucional queda vulnerado cuando se sanciona sin pruebas.

En segundo lugar, señala que mientras no conste la no imputación de la recurrente en el proceso seguido en el Juzgado de Instrucción núm. 29 de Madrid, o su finalización, el actual proceso jurisdiccional debe quedar suspendido.

TERCERO.- Lo primero que debe declararse es que, constando ya, según se ha señalado en los antecedentes, que el Juzgado de Instrucción número 29 de Madrid acordó el sobreseimiento provisional del procedimiento penal que en él se seguía por los hechos aquí litigiosos, no hay ya razones para mantener la suspensión del actual proceso jurisdiccional contencioso- administrativo y resulta procedente enjuiciar la controversia de fondo que en él ha sido suscitada.

Esta controversia queda circunscrita, como resulta de lo antes expuesto, a decidir si, como la parte recurrente denuncia, la sanción que le ha sido impuesta en el acuerdo de la Junta Electoral Central aquí directamente impugnado ha vulnerado su presunción de inocencia porque la culpabilidad apreciada en dicha recurrente se haya apoyado en meras conjeturas y no en presunciones que puedan merecer la consideración de pruebas.

Pues bien, la respuesta a dicha cuestión tiene que ser contraria a la demanda por estas razones que seguidamente se exponen.

La primera es que el aquí polémico acuerdo de la JEC, como resulta de ese relato de las actuaciones administrativas que se ha hecho en el primer fundamento, el principal argumento que utiliza, para apreciar en la SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN, S.L el elemento de culpabilidad que resulta necesario en toda manifestación o modalidad del Derecho sancionador, es que dicha mercantil incumplió un deber de cuidado que razonablemente le era exigible (comprobar la eliminación de las cuñas publicitarias) y, por ello, le es reprochable una responsabilidad a título de "culpa in vigilando".

La segunda es que el esencial dato fáctico que toma en consideración para dar un apoyo objetivo a la anterior argumentación es que conservaba la titularidad de la página web (porque tan sólo tenía cedido el uso de esa página a PRISACOM) y, junto a este dato principal, pondera, así mismo, la conducta que siguió en sus primeros escritos de alegaciones (en los que no esgrimió su ajenidad a los hechos denunciados referidos a la publicidad en la página web, y lo que hizo fue imputarlos a un error técnico y negarles por esta razón entidad para poder constituir la infracción sancionada).

La tercera es que esa forma de razonar, en contra de lo que en la demanda pretende sostenerse, no responde a meras conjeturas, pues, como acaba de ponerse de manifiesto, se apoya en unos elementos de hecho, y es a partir de los mismos como racionalmente se infiere el deber de cuidado a que es referido el incumplimiento sobre el que se sustenta la culpabilidad apreciada.

Y debe decirse que, en lo que respecta a la conservación por SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN, S.L de la titularidad de la página web, la JEC se apoya en lo que se dice en la nota informativa del Registro Mercantil obrante en el expediente administrativo.

La cuarta, finalmente, es que esa inferencia que se realiza, a partir de los hechos que se han mencionado y para identificar el deber de cuidado determinante de la culpabilidad, no puede considerarse ilógica o infundada desde un parámetro de racionalidad. Y no lo puede ser por lo siguiente: a) la suma trascendencia que tiene la jornada de reflexión en todo proceso electoral, al ir dirigida a crear un marco de serenidad en las horas inmediatamente anteriores a la votación para que en esta aflore sin condicionamientos la verdadera voluntad política del elector; y b) el exigente deber de cuidado que incumbe a todos los que son titulares de cualquier medio de difusión con posibilidad de una importante incidencia en la población, para evitar cualquier hecho que pueda quebrantar ese marco de neutralidad que debe caracterizar a la jornada de reflexión.

CUARTO.- Procede, de conformidad con lo que ha sido razonado, desestimar el recurso contencioso-administrativo, y no son de apreciar circunstancias que justifiquen un especial pronunciamiento sobre costas.

FALLAMOS

1.- Desestimar el recurso contencioso-administrativo interpuesto por interpuesto por SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN, S.L (antes SOCIEDAD ESPAÑOLA DE RADIODIFUSIÓN S.A.), frente al Acuerdo de 12 de noviembre de 2009 de la Junta Electoral Central, por ser dicha actuación impugnada conforme a Derecho en lo que ha sido discutido en este proceso.

2.- No hacer especial pronunciamiento sobre costas.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos **PUBLICACIÓN.-** Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado Ponente de la misma, estando celebrando audiencia pública la Sala Tercera del Tribunal, el mismo día de su fecha, lo que certifico.