

Acuerdo de la Junta Electoral Central y procedimiento sancionador

Julio Galán Cáceres

Miembro del Cuerpo Jurídico de Defensa

Profesor del CEF.- (España)

julioGalancaceres@hotmail.com | <https://orcid.org/0000-0002-3857-4849>

Enunciado

1. Por Real Decreto XXX/0000, de 4 de marzo, se acordó la disolución del Congreso de los Diputados y del Senado y se convocaron elecciones generales para el 28 de abril (arts. 1 y 2); la campaña electoral se desarrollaría del 14 al 26 de abril (art. 4).

2. El 23 de abril, por tratarse del día de san Eustaquio, día de la comunidad, que carecía de legislación electoral propia, el presidente de esta, perteneciente a un partido político favorable a la autodeterminación de la comunidad autónoma, al igual que otros partidos concurrentes a las elecciones, en esta condición, envió una carta, a través de correo electrónico, desde la sede del Gobierno regional a los funcionarios de dicha Administración. En el mismo, tras recordar el significado de tal fecha, añadía lo siguiente:

Aprovecho este mensaje, que tan solo se interrumpió el año pasado con el nefasto artículo 155 CE, para agradecerle el trabajo que haces. Nada de aquello que se impulsa desde el Gobierno tendría sentido ni sería posible de realizar sin tu trabajo, que es fundamental para sacar adelante el país [...]. No hace falta recordar que vivimos tiempos complicados en la política de esta comunidad autónoma. Que este san Eustaquio no tendremos entre nosotros al presidente Gumersindo y a los consejeros de su gobierno que están con él en el exilio o que están en prisión. Los tendremos muy presentes en una jornada de fiesta y sentido de la comunidad. Si deseáis que las cosas cambien, ya sabéis a qué partido político debáis votar.

3. Tanto el partido A de dicha comunidad autónoma como el partido B denunciaron tal hecho a la Junta Electoral Central (JEC) por infracción del artículo 50.2 de la Ley Orgánica del Régimen Electoral General (LOREG). Por acuerdo de 25 de abril de 2019, la JEC acordó incoar expediente sancionador.

4. Tramitado el expediente contradictorio, se dictó la resolución, por unanimidad del órgano, de 22 de julio de 2019, en la que se impuso al presidente la sanción de 2.500 euros de multa por incurrir en una infracción de la LOREG».

En el procedimiento sancionador la representación legal del sancionado había recusado a dos vocales (don Luis Pedro –que renunció al cargo con efectos del 28 de junio de 2019– y don Luis Pablo –pues tenía enemistad manifiesta con todos los pertenecientes al grupo político del sancionado–) ya que, en su opinión, ya habían tomado una postura respecto del tema *decidendi* de forma pública y notoria, apareciendo ambos como contrarios al grupo parlamentario del sancionado, que es el mismo del ex presidente Eustaquio. Expone así los comentarios en la prensa don Luis Pedro y en Twitter don Luis Pablo, a lo que se añade la firma por este de una carta abierta, coincidiendo ambos en exteriorizar sus ideas contra el partido del presidente de la comunidad autónoma sin que estuviesen amparados por la libertad de expresión. Dicha recusación fue rechazada por la unanimidad de la JEC.

El representante procesal del presidente interpuso el 16 de septiembre de 2019, ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, recurso contencioso-administrativo contra el Acuerdo de la Junta Electoral Central de 22 de julio de 2019.

La parte demandante fundamenta su pretensión de declaración de nulidad en los siguientes razonamientos, expuestos en síntesis:

- 1.º La JEC carece de competencia, pues el artículo 19.2 atribuye a las juntas electorales provinciales las funciones que el artículo 19.1 k) atribuye a la JEC. Por tanto, siendo la ciudad la sede de la presidencia de la comunidad autónoma, la competencia le corresponde a la junta electoral provincial de esa ciudad, sin que esto quede desvirtuado por el hecho de que la carta se remitiese por *email* a todos los funcionarios de la misma, sin que la LOREG atribuya a la JEC su competencia por razón de actos que surtan efectos en varias provincias. Concorre por tanto la causa de nulidad de pleno derecho del artículo 47.1 b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del procedimiento administrativo común de las Administraciones públicas (en adelante, Ley 39/2015).
- 2.º La JEC desestimó la recusación de los vocales don Luis Pedro y don Luis Pablo. Recuerda que la JEC es una Administración de garantía (cfr. art. 8.1 de la LOREG en relación con la STC 80/2002 [Norma CEF NCJ049759]), luego debe ser imparcial, y esos dos vocales ya habían tomado una postura respecto del tema *decidendi* de forma pública y notoria, apareciendo ambos como contrarios al grupo parlamentario del expedientado, que es el mismo del ex presidente Eustaquio.

Expone así los comentarios en la prensa de don Luis Pedro y en Twitter de don Luis Pablo, a lo que se añade la firma por este de una carta abierta, coincidiendo ambos en exteriorizar sus ideas sobre el partido del presidente de la comunidad autónoma, sin que estuviesen amparados por la libertad de expresión.

- 3.º En virtud el apartado 3 de ese artículo, con base en la Instrucción de la JEC 2/2011, la carta ciertamente no constituye la «inauguración de un servicio público», pero se emite con motivo de un evento cultural en la comunidad autónoma, como es el día de san Eustaquio, patrón de la comunidad, lo que se admite como excepción, pues no hubo fin electoralista, pues es tradición felicitar en esa fiesta a los funcionarios y agradecerles su trabajo e implicación con la institución. Añade que la finalidad partidista debe ser probada fehacientemente y no presupuesta, sin que los denunciantes concretasen qué coincidencia hubo con lo sostenido por otras fuerzas políticas, y añade que el «silencio» de los denunciantes es también discurso electoral.
- 4.º En cuanto a la referencia al «nefasto 155» y a la «ausencia del presidente Gervasio y de los consejeros de su gobierno que están con él en el exilio o en prisión», se trata de una descripción no partidista de la realidad; no se alude a realizaciones o logros del presidente de la comunidad ni de su partido político, y destaca que se trataba de la primera fiesta de aquella tras el levantamiento del 155, luego era imposible no hacer una somera referencia a la situación; las palabras fueron muy prudentes y mesuradas, aparte de referirse a hechos obvios, para lo que expone el significado de los términos empleados.
- 5.º Insiste en que la ocultación de la realidad también es partidista, no respeta la neutralidad, pues ese silencio es su discurso político y vulnera la libertad de expresión en campaña electoral, para lo que cita la sentencia del Tribunal Constitucional 170/2008 (NormaCEF NSJ027387).
- 6.º En relación con esta la libertad de expresión de los representantes institucionales, señala que solo puede limitarse por causa legal interpretada restrictivamente, para lo que se remite a la STC 23/2010 (NormaCEF NCJ052093), así como a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos respecto del artículo 10.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos, que apenas deja espacio para la restricción de la libertad en el del discurso político a los representantes políticos.
- 7.º Invoca la infracción del artículo 14 de la Constitución, para lo que se remite a otros casos en los que la JEC no ha incoado expediente sancionador, por ejemplo, a la entonces ministra portavoz del Gobierno en funciones, por declaraciones realizadas en la rueda de prensa posterior a un Consejo de Ministros o a la campaña institucional del Gobierno central «España es la casa de todos».
- 8.º Señala que la sanción es desproporcionada y que, además, la ley que sirvió de base para la calificación de la infracción y para la sanción impuesta no establece, como era su obligación debido a los principios de legalidad y tipicidad, derivado de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de régimen jurídico del sector público (en adelante,

LRJSP) la división de las infracciones y sanciones en muy graves, graves o leves, lo que impide una determinación justa de la infracción a imponer y evidencia una laguna legal, respecto a la posible prescripción de la sanción y de la infracción.

Conforme a tales razonamientos es pretensión de la actora que se dicte sentencia por la que se declare la nulidad del acuerdo impugnado de la JEC, con condena en costas a la parte demandada.

Por otra parte, son de destacar las siguientes incidencias ocurridas durante la tramitación del procedimiento sancionador:

- a) Durante la instrucción, dictado el acuerdo de iniciación y notificado al expedientado, el instructor del mismo tiene conocimiento de que el órgano jurisdiccional competente instruye procedimiento por presunto delito electoral por los mismos hechos, en virtud de denuncia presentada por varias asociaciones de vecinos de la localidad, sede de la presidencia de la comunidad autónoma. Pese a ello, continúa con la instrucción y solo antes de dictar la propuesta de resolución el instructor suspende el expediente sancionador y remite testimonio de lo actuado a aquel órgano jurisdiccional. La representación legal del expedientado anunció recurso contencioso-administrativo independiente contra esta forma de proceder de la Administración, además de que fue acordada por órgano incompetente.
- b) Los denunciantes, representantes legales de los partidos políticos A y B, en ningún momento fueron llamados al procedimiento sancionador ni notificados de ninguna resolución adoptada al respecto. ¿Resultó ajustado a derecho esta decisión administrativa?
- c) El instructor del procedimiento tenía pensado prescindir de la propuesta de resolución, pero con posterioridad acabó formulando la misma con una propuesta de sanción de 1.500 euros. ¿Hubiera sido ajustado a derecho que el instructor no hubiere formulado propuesta de resolución?

Cuestiones planteadas:

1. ¿Cuál será la presunta infracción cometida y por la que se ha dictado la resolución sancionadora?
2. ¿Quiénes deberán ser partes demandas en este procedimiento y por qué causa legal?
3. Informe, de forma razonada, sobre si tiene razón o no el recurrente en cada uno de los argumentos utilizados en la demanda a través de su letrado.
4. Comente las incidencias y consecuencias producidas en la tramitación del procedimiento sancionador.

Solución

1. ¿Cuál será la presunta infracción cometida y por la que se ha dictado la resolución sancionadora?

El artículo 153.1 de la LOREG señala que

toda infracción de las normas obligatorias establecidas en la presente Ley que no constituya delito será sancionada por la Junta Electoral competente. La multa será de 300 a 3.000 euros si se trata de autoridades o funcionarios y de 100 a 1.000 si se realiza por particulares.

El artículo 8.1 de la LOREG señala que

la Administración Electoral tiene por finalidad garantizar en los términos de la presente Ley la transparencia y objetividad del proceso electoral y del principio de igualdad.

Por su parte, el capítulo VI de la LOREG, referido al procedimiento electoral, en su Sección 4.^a, referida a la campaña electoral, establece en su artículo 50.1:

Los poderes públicos que en virtud de su competencia legal hayan convocado un proceso electoral pueden realizar durante el período electoral una campaña de carácter institucional destinada a informar a los ciudadanos sobre la fecha de la votación, el procedimiento para votar y los requisitos y trámite del voto por correo, sin influir, en ningún caso, en la orientación del voto de los electores. Esta publicidad institucional se realizará en espacios gratuitos de los medios de comunicación social de titularidad pública del ámbito territorial correspondiente al proceso electoral de que se trate, suficientes para alcanzar los objetivos de esta campaña.

El razonamiento de dicha infracción reside en que, aprovechando el sancionado su condición de presidente de la Generalidad ha remitido a los funcionarios públicos de la Generalidad una carta en la que se quebrantaría el principio de neutralidad que los poderes públicos deben respetar durante el periodo electoral, al incluirse afirmaciones o expresiones como la referencia a «nefasto 155» o a la ausencia del «presidente Eustaquio y los consejeros de su gobierno, que están con él en el exilio o prisión» o «si queréis que las cosas cambien, ya sabéis a qué partido político debéis vota».

La Instrucción 2/2011, de 24 de marzo, de la Junta Electoral Central, sobre interpretación del artículo 50 de la LOREG, en relación con el objeto y los límites de las campañas institucionales y de los actos de inauguración realizados por los poderes públicos en periodo electoral, señala en su apartado «primero», en relación con el respeto a los principios de objetividad, transparencia e igualdad que

durante el periodo electoral, los poderes públicos no podrán realizar ninguna campaña institucional que atente contra los principios de objetividad y transparencia del proceso electoral y de igualdad entre los actores electorales, principios que deben ser efectivamente garantizados por la Administración electoral, como dispone el artículo 8.1 de la LOREG.

Y, en el apartado «cuarto», en referencia a las campañas institucionales permitidas señala que:

Deben entenderse no incluidas en las prohibiciones establecidas en los números anteriores, siempre que no se violen los principios de objetividad y transparencia del proceso electoral y de igualdad entre los actores electorales, y no se dirijan directa o indirectamente, mediata o inmediateamente, a inducir el sentido del voto de los electores, las siguientes campañas:

1. Las realizadas exclusivamente por los poderes públicos que en virtud de su competencia legal hayan convocado un proceso electoral y que están expresamente previstas en la normativa electoral en relación con la información a los ciudadanos sobre la inscripción en las listas del censo electoral o las destinadas a informar a los ciudadanos sobre la fecha de la votación, el procedimiento para votar y los requisitos y trámite del voto por correo, en los términos previstos en el artículo 50.1 de la LOREG [...].
2. Entre el objeto posible de esas campañas institucionales no se encuentra el fomento de la participación de los electores en la votación, por lo que debe entenderse que no está permitida una campaña con esa finalidad.

En el caso que analizamos es claro que se han infringido los preceptos señalados anteriormente.

2. ¿Quiénes deberán ser partes demandas en este procedimiento y por qué causa legal?

Lo serán:

- Las Cortes Generales, en representación de la JEC. La Administración electoral está integrada por las juntas electorales central, provincial, de zona y, en su caso, de comunidad autónoma, así como por las mesas electorales (art. 8.2 LOREG). El primero de estos órganos, la JEC, tiene carácter permanente (art. 9.1 LOREG) y está vinculado orgánicamente a las Cortes Generales (art. 13 LOREG). En cambio, las juntas electorales provinciales y de zona, así como las de comunidad autónoma, son órganos temporales que se constituyen el tercer día siguiente a la convocatoria de elecciones (art. 14.1 LOREG) y su mandato concluye 100 días después de las elecciones (art. 14.1 LOREG), careciendo, por ello, de un aparato administrativo permanente. Al Gobierno, al Consejo de Gobierno de las comunidades autónomas,

a las ayuntamientos y, subsidiariamente, a las audiencias provinciales corresponde la obligación de prestar a esas juntas, durante la época en que estén constituidas, el auxilio que necesiten para el ejercicio de sus funciones (art. 13.2 LOREG). La JEC tiene, pues, una configuración administrativa diferente a la de las demás juntas. Su función permanente exige la estabilidad de los vocales que la forman, quienes, por ello, son designados para toda la legislatura (solo cesan en su mandato cuando toman posesión los nuevos vocales, al inicio de la siguiente legislatura –artículo 9.3 LOREG–), y exige también la estabilidad de los medios a su servicio.

Las sanciones por infracciones electorales impuestas por la junta electoral competente (art. 153 LOREG) son recurribles ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sin embargo, la Sala 3.^a del Tribunal Supremo aclaró que la argumentación del Ministerio Fiscal era correcta cuando se trata de los «recursos contencioso-electorales» previstos en los artículos 109 y siguientes de la LOREG, pero no cuando se trata de los demás recursos contencioso-administrativos entablados contra actos emanados de la JEC que no son susceptibles de ser impugnados mediante el recurso contencioso-electoral (cfr. ATC 1040/1986). En estos casos se trata de «un auténtico proceso entre partes», por lo que «no puede negarse a la Administración autora del acto impugnado legitimación para comparecer y actuar en el proceso en calidad de parte demandada» (ATS, Sala 3.^a, de 4 de octubre de 1995). La prohibición de indefensión (art. 24.1 CE) es aquí plenamente aplicable y comprende «la efectiva aplicación del principio de contradicción mediante el adecuado desarrollo de la dialéctica procesal» (STC 245/1988, de 19 de diciembre). El principio de contradicción que rige en cualquier clase de procedimiento (STC 233/1988, de 2 de diciembre), en todas sus fases (STC 156/1992, de 19 de octubre) y en cualquiera de las instancias (STC 109/1980, de 8 de junio) implica el derecho de defensa de las partes contendientes (STC 231/1992, de 14 de diciembre). Tal principio no se realiza con la defensa de la legalidad que realiza el Ministerio Fiscal desde una posición independiente y objetiva, sino con la «defensa dialéctica» o contradictoria del propio autor del acto impugnado.

- Los partidos políticos denunciadores, a tenor del artículo 20.1 b) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, LJCA, pues son titulares de intereses legítimos.
- El Ministerio Fiscal: la representación pública y la defensa de la legalidad y del interés público corresponde al Ministerio Fiscal (art. 111 LOREG).

3. Informe, de forma razonada, sobre si tiene razón o no el recurrente en cada uno de los argumentos utilizados en la demanda a través de su letrado.

1. La JEC es competente ex artículo 19.1 de la LOREG por tratarse de la sanción de infracciones cometidas en su ámbito territorial, y a tal efecto la carta a través de correo

electrónico iba dirigido a los funcionarios dependientes de la Generalidad destinados en distintas provincias catalanas.

Por otra parte, el artículo 19.1 k) de la LOREG expresamente prevé que es competencia de la JEC «corregir las infracciones que se produzcan en el proceso electoral siempre que no sean constitutivas de delito e imponer multas hasta la cuantía máxima prevista en esta Ley», potestad que ejerce en su ámbito territorial y las juntas electorales provinciales en el suyo, tal y como se deduce del artículo 19.2.

Además, el artículo 47.1 b) de la Ley 39/2015, que exige que la incompetencia sea manifiesta, es decir, «evidente o controvertida». En este caso la JEC tiene competencia material para sancionar y como mínimo sería dudoso por exceder el ámbito territorial provincial de la ciudad sede del Gobierno de la comunidad; además, debido a la relación jerárquica entre la JEC y la junta electoral provincial, la duda estaría en el ámbito funcional, no propiamente en el territorial ni material.

2. En cuanto a la falta de imparcialidad de dos vocales, al sancionado se remite a la «imparcialidad judicial», pero la JEC es órgano administrativo, y el artículo 120 de la LOREG se remite a Ley 40/2015. En cuanto a don Luis Pedro, el motivo de impugnación ha perdido su objeto, al haber renunciado al cargo con efectos a partir del 28 de junio de 2019, y respecto de sus declaraciones anteriores están amparadas en la libertad de expresión y de cátedra. Respecto de don Luis Pablo, no cabe apreciar ni interés personal ni enemistad con el expresidente Gervasio (art. 23.2 a) y c) de la Ley 40/2015). Añade que el acuerdo que desestima la recusación se adoptó por unanimidad, a lo que añade la previsión del artículo 23.4 de la Ley 40/2015. Expresar, a través de un artículo, la opinión sobre una formación política –que es el motivo para recusarle– no constituye causa de recusación, salvo que se exteriorice una animadversión clara que pueda comprometer su imparcialidad.

Señala que la JEC siguió el criterio del ATC 119/2017, aparte de que la infracción sancionada nada tiene que ver con la enemistad manifiesta o el interés personal que pueda concurrir en los vocales recusados: el hecho sancionado es ajeno a los motivos de recusación.

En cuanto al otro vocal, que sí tomó parte en la decisión, no es necesario valorar ahora los comentarios y tomas de posición que le reprocha el recurrente. Basta recordar que es criterio jurisprudencial del Tribunal Supremo que, cuando consta inequívocamente que el resultado de la votación de un órgano colegiado no habría variado sin la participación de un determinado miembro de aquel, el acto no puede reputarse viciado y debe mantenerse.

En ese sentido se han pronunciado, entre otras, nuestras sentencias de 1 de octubre de 2002 y la 34/2020, de 17 de enero (recurso contencioso-administrativo 9176/1997 y de casación 7487/2018, respectivamente). Esto es lo que ocurre en el presente caso, en que el acto impugnado fue aprobado de manera unánime por todos los vocales de la JEC.

Por otra parte, la defensa del sancionado no alega ni prueba ninguna de las causas tasadas de abstención del artículo 23 de la Ley 40/2015, se limita a reproducir juicios de valor exteriorizados en manifestaciones o documentos publicados.

3. El correo electrónico no era indispensable para el funcionamiento de los servicios públicos y el hecho entra en el supuesto del artículo 50.1 de la LOREG, y en los apartados primero y cuarto de la Instrucción 2/2011 de la JEC, antes indicados con quiebra del principio de neutralidad de los poderes públicos en proceso electoral. El mensaje no era neutro y favorecía la versión sobre el proceso promulgado por el partido del presidente de la comunidad propugnada por algunas de las formaciones políticas concurrentes a las elecciones, sin que la festividad de san Eustaquio diese cobertura y sin que sirvan de excusa las funciones de representación que el estatuto de autonomía de la comunidad autónoma atribuye al presidente de la Generalidad.

La carta no encaja en el supuesto del artículo 50.3 de la LOREG, pues nada tiene que ver con la exclusión de inauguraciones oficiales en fiestas populares coincidentes con el periodo electoral, conforme a la Instrucción 2/2011 de la JEC que cita la demandante. Si era tradición enviar esa carta, en todo caso la instrucción supedita la exclusión de la prohibición a que se respete el principio de neutralidad.

4. Con carácter previo deben recordarse algunos aspectos elementales:

- 1.º Se parte del distingo entre Gobierno y Administración, configurándose el primero como órgano político (cfr. art. 97 de la Constitución); por el contrario, la Administración tiene un tratamiento claramente previsto en la Constitución: sirve con objetividad a los intereses generales (art. 103.1 de la misma), de ahí que se hable de la «eficacia indiferente de la Administración» y de su neutralidad política, desde esa vocación servicial.
- 2.º Tal distingo se plasma, en cuanto al régimen jurídico del presidente de la comunidad autónoma en la correspondiente Ley de la Presidencia de la Generalidad o en la Ley del Gobierno; y en la vertiente de la acción administrativa por la correspondiente Ley autonómica de organización, procedimiento y régimen jurídico de la Administración o similar, donde se calificará al presidente como órgano superior de la Administración de la comunidad.
- 3.º Desde tal perspectiva el correo electrónico sancionado se redactó por el sancionado en su condición de tal órgano superior, de ahí que vaya dirigido a todos los funcionarios o empleados públicos de la comunidad.
- 4.º Partiendo de tal premisa, que sea tradición que en el día de san Eustaquio el presidente de la comunidad se dirija a todos los funcionarios dependientes no quita para que, si en tal acto incurre en un ilícito electoral, pueda ser sancionado. En consecuencia, al margen de la relevancia de esa fiesta, no cabe que con ocasión de la misma, y haciendo uso de su cargo, el presidente en esa dimensión administrativa haga manifestaciones incompatibles con su deber de neutralidad en periodo electoral.

Entrando ya en los términos empleados en la carta, no responden a «una mera descripción no partidista de la realidad»; las palabras no son neutras, lo que llama «nefasto» podría ser valorado por otras formaciones políticas como «óptimo» o como «inevitable», y otro tanto con la referencia al «exilio» del señor Gervasio y de algunos exconsejeros. Se trata de valoraciones favorables a una versión de los hechos, sostenidas por una parte de las formaciones que se presentan a las elecciones; es una carta que transmitía un mensaje legitimador de la causa que defiende el presidente y el partido al que pertenece, presenta a los que cita como víctimas de una opresión abusiva e infundada, luego favorecía la imagen de una parte de los candidatos en perjuicio de otras formaciones políticas.

Respecto a las mismas, se puede sostener que sin esfuerzo se deduce que se identifican con un bloque de partidos concurrente a las elecciones, a lo que se añade que debe tenerse en cuenta la amplitud en la difusión del mensaje, agrandándose su entidad al dirigirse a quienes están en situación de dependencia administrativa del expedientado, que se prevale de superioridad.

Además incita o induce, indirectamente, a votar a su partido vulnerando la neutralidad que le es exigible y la normativa electoral.

- 5.º Con la sanción se vela para que el presidente respete el principio de neutralidad en sus mensajes institucionales a los funcionarios. Las valoraciones incluidas en el mensaje quiebran el principio de neutralidad, sin que la libertad de expresión exima al sancionado de su obligación de ser neutral cuando actúa como presidente de la comunidad. A tal efecto recuerda la doctrina constitucional que tiene dicho que los derechos derivados del artículo 20 no son ilimitados.
- 6.º En cuanto a la libertad de expresión de los representantes políticos, se remite a la resolución, que destaca que la JEC sigue la jurisprudencia de esta sala y la doctrina constitucional, y que su cometido es velar para que las Administraciones públicas respeten el artículo 50.1 y 2 de la LOREG, luego la acomodación de los comportamientos a esa norma es el objetivo de la potestad sancionadora que ejerce.

Respecto de límites legales a los derechos fundamentales, se remite a la STS 933/2016, de 28 de abril, de la Sala 3.^a (recurso contencioso-administrativo 827/2015), y destaca que la resolución impugnada no pretende «ocultar una realidad», sino impedir que dicha realidad pueda ser utilizada con fines partidistas, en periodo electoral. En definitiva, que los límites del artículo 50 de la LOREG se aplican por igual a todos los poderes públicos con independencia de las «realidades» que difundan y con independencia de la adscripción política o ideológica de los mismos.

La conducta del sancionado no puede ampararse en la libertad de expresión, es más, el propio presidente reconoce que el Tribunal Constitucional lo deniega a instituciones públicas (cfr. sentencias 254/1993, 14/2003 y 244/2007). El presidente, en el ejercicio de sus funciones, no es un ciudadano amparado por un derecho fundamental, representa al Estado en esa comunidad autónoma, por lo que tergiversa las garantías constitucionales si desde tal condición invoca su li-

bertad de expresión para imponer a los ciudadanos, en pleno proceso electoral, su propio discurso personal. Cercena el derecho fundamental de los electores a ejercer el sufragio sin interferencias ni ayudas interpretativas de sus gobernantes, difundidas en medio del proceso electoral.

- 7.º Respecto a que otros partidos caen en el activismo ocultando realidades sociales molestas, entiende que la demanda está desubicada: no se puede comparar la actitud de los partidos políticos con la del presidente, pues en periodo electoral los partidos ejercen su legítima acción propagandística, pero las instituciones deben ser neutrales, de ahí las prohibiciones del artículo 50 de la LOREG. En definitiva, no puede instrumentalizar su cargo público para defender posiciones políticas partidistas imputándoselas a un órgano que, especialmente en periodo electoral, debe ser neutral, para lo cual cita la sentencia de esta Sala 933/2016, de 28 de abril, ya citada.

5. Finalmente, respecto de la infracción del principio de igualdad, el demandante, lejos de fijarse en los precedentes lo hace en los posteriores, sin que concurra la igualdad en los casos, que toma como términos de comparación. Además, si así fuera no hay igualdad en la ilegalidad, como tiene dicho el Tribunal Constitucional, la igualdad debe invocarse dentro de la legalidad (Sentencia 181/2006).

6. Principio de proporcionalidad.

La sanción respeta el principio de proporcionalidad por razón de la finalidad disuasoria de las sanciones, que en este caso se ajusta al artículo 29.2 de la Ley 40/2015.

El artículo 153.1 de la LOREG prevé, para esta infracción, multa de 300 a 3.000 euros si se trata de autoridades o funcionarios.

El principio de proporcionalidad significa también que la sanción debe ser ajustada a la gravedad del hecho constitutivo de infracción, idónea y necesaria.

El principio de proporcionalidad significa también que la sanción debe ser ajustada a la gravedad del hecho constitutivo de infracción, idónea y necesaria. Para poder determinar la sanción conforme a todos estos requisitos, el artículo 29 de la LRJSP establece los siguientes criterios a tener en cuenta:

- El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad.
- La continuidad o persistencia en la conducta infractora.
- La naturaleza de los perjuicios causados.
- La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza, cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.

La sanción también podrá ser graduada por el órgano competente (en grado inferior), siempre y cuando esté justificada la adecuación entre sanción y gravedad del hecho infractor y circunstancias que lo condicionen.

Analizadas las circunstancias concurrentes en el caso y debido al carácter de quien comete la infracción (máxima autoridad unipersonal de la comunidad autónoma), grave vulneración del principio de neutralidad (induciendo al voto de los electores), la gravedad de las expresiones referidas y los efectos que en los ciudadanos pueden producir, resulta proporcionada la sanción de 2.500 euros.

En relación con que la LOREG no distingue entre infracciones electorales muy graves, graves y leves, es cierto, pero, ciertamente, aunque ayudaría la determinación y clasificación a una mayor certeza y seguridad jurídica, es lo cierto que ninguna ley, en especial la Ley 40/2015, que regula la potestad sancionadora de la Administración, impone, como obligatoria, tal clasificación, en todo caso, dejando –cuando, como en el caso que analizamos, no es así– al buen criterio de la Administración la justa determinación de la sanción atendiendo a los factores de proporcionalidad antes señalados en el artículo 29 de la Ley 40/2015. Por supuesto, si se excede la Administración, podrá ser corregida por la jurisdicción contenciosa-administrativa o, incluso, por el Tribunal Constitucional.

Hay que precisar que en el caso que analizamos la diferencia entre el mínimo y el máximo de la sanción no es excesivo, va de 300 a 3.000 euros, por tratarse de autoridad el que ha cometido la infracción. Pero desde luego, la cuantía exacta hay que motivarla expresamente.

Por otra parte, se trata de una infracción administrativa en blanco que supone que una norma tipifica como infracción el incumplimiento de determinadas disposiciones contenidas en otras normas, de modo que el tipo infractor queda conformado por dos normas: la norma sustantiva sancionadora y la norma que le sirve de complemento colmando su vacío. En este sentido, el artículo 153.1 de la LOREG señala que «toda infracción de las normas obligatorias establecidas en la presente Ley que no constituya delito será sancionada por la Junta Electoral competente».

Respecto a la falta de determinación de la prescripción de la infracción y sanción habrá de estarse a la interpretación más favorable al interesado, computando, por tanto, los plazos para las infracciones leves y las sanciones leves, en concreto, las infracciones leves a los seis meses; las sanciones impuestas por faltas leves al año.

4. Comente las incidencias y consecuencias producidas en la tramitación del procedimiento sancionador.

1. Durante la instrucción, dictado el acuerdo de iniciación y notificado al expedientado, el instructor del mismo tiene conocimiento de que el órgano jurisdiccional competente instruye

procedimiento por presunto delito electoral por los mismos hechos, en virtud de denuncia presentada por varias asociaciones de vecinos de la localidad, sede de la presidencia de la comunidad autónoma. Pese a ello, continua con la instrucción y solo antes de dictar la propuesta de resolución suspende el expediente sancionador y remite testimonio de lo actuado a aquel órgano jurisdiccional. La representación legal del expedientado anunció recurso contencioso-administrativo independiente contra esta forma de proceder de la Administración.

Existe un principio general del derecho, el principio *non bis in idem*, que prohíbe imponer varias sanciones –ya sean penales o administrativas, o varias administrativas– cuando concurren identidad de sujeto infractor, hecho y fundamento de las mismas. Este principio fue constitucionalizado, pues desde la STC 2/1981 de 30 de enero, se encuentra incluido en el precepto constitucional del artículo 25.1 de la CE, inherente al principio de legalidad.

Por un lado, el artículo 30 de la LRJSP, relativo al principio de concurrencia de sanciones establece: «No podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento». Por otro, el artículo 133 de la Ley 39/2015, LPAC, señala que «no podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento». Finalmente, el artículo 77.4 de la Ley 39/2015, de procedimiento administrativo común (LRPAC), que dispone: «En los procedimientos de carácter sancionador, los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien».

Como consecuencia de todo ello, si existen cuestiones de hecho con relevancia penal, el instructor del procedimiento «debe» suspenderlo por el carácter preferente de la jurisdicción penal.

Ahora bien, la ley no determina específicamente el momento procedimental en que se debe proceder a la suspensión del procedimiento y a la remisión de lo actuado al órgano jurisdiccional penal. Lo importante y esencial es que no se produzca la sanción administrativa antes del pronunciamiento penal para evitar la vulneración del principio antes referido de *non bis in idem*. Y, es más, por razones de eficacia y de seguridad jurídica se aconseja que se tramite cuanto antes el procedimiento administrativo, porque la inmediatez de los hechos puede asegurar una instrucción más segura y eficaz, entre otras cuestiones, respecto a las pruebas a realizar en el mismo. Por tanto, lo esencial es que no haya resolución alguna en el procedimiento sancionador, pero, respecto al momento de la suspensión, el instructor valorará su oportunidad y conveniencia. Ningún perjuicio o indefensión se causa al interesado por el momento en que se decreta aquella.

La STS, Sala 3.ª, de 11 de noviembre de 2016 (rec. núm. 317/2015) afirma que quienes sufren estas decisiones de suspensión del procedimiento adoptadas por el instructor administrativo, al tratarse de actuaciones de trámite, como tales no admiten recurso contencioso-administrativo (art. 112 LRPAC). Así, afirma el Supremo en la citada sentencia:

Pero es que, además, su naturaleza como acto de trámite viene avalada porque efectivamente es una resolución dictada en el seno del procedimiento administrativo sancionador que no pone fin a la vía administrativa (artículo 25.1 de la LJCA), que ha quedado de momento suspendida. Tampoco se trata de un acto de trámite cualificado porque no decide el fondo del asunto ni impide su continuación, por más que su posterior continuación, hasta la resolución del fondo, quede aplazada en el tiempo, en función del resultado de las actuaciones penales, del Ministerio Fiscal primero y, en su caso, de la jurisdicción penal después.

Por tanto, lo que cabía eran alegaciones, a tenor del artículo 73 de la LPAC, que se unirían al procedimiento.

Respecto a que sea el instructor el que decida la suspensión y la remisión, tiene razón: el competente para ello era el órgano resolutorio, o sea, la JCE, que debe dictar resolución motivada al respecto y solicitar del órgano judicial comunicación sobre las actuaciones adoptadas. En su caso, el tiempo de suspensión no afecta a la prescripción de la infracción, que se verá interrumpida, ni al plazo de caducidad del procedimiento sancionador. Finalmente, la suspensión debe ser mantenida hasta la firmeza de la resolución judicial.

2. Los partidos A y B, denunciante de los hechos que provocaron el procedimiento sancionador, no fueron llamados al mismo para que, si lo desearan, actuaran como interesados.

El denunciante, según el artículo 62.1 de la LPAC, es «el acto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera justificar la iniciación de oficio de un procedimiento administrativo».

Por su parte, el artículo 62.5 determina que «la presentación de una denuncia no confiere, por sí sola, la condición de interesado en el procedimiento».

El denunciante debe ser persona identificada en su escrito de denuncia y en determinados procedimientos, por ejemplo, para la imposición de sanciones por infracciones del orden social no se admiten las denuncias anónimas.

El denunciante, en principio, es sustancialmente distinto de la parte interesada, de modo que aunque tiene cierta intervención en el procedimiento que su denuncia provoque, no por ello se constituyen parte, careciendo así de facultad alguna de iniciativa procesal y de legitimación para crear la obligación del órgano sancionador de investigar la concreta situación del hecho denunciado. Por tanto, con carácter general, los denunciante, en un procedimiento sancionador no ostentan un interés legítimo que provoque de forma necesaria su intervención en el mismo, ya que la potestad sancionadora se encamina a la defensa de los intereses generales, no a la defensa de intereses particulares, ni a la resolución de posibles controversias entre los mismos. Por ello, como meros denunciante, no tienen derecho al procedimiento, sino que vienen a ser meros testigos cualificados. El mero denunciante posee

el derecho al trámite, esto es, a obtener una respuesta jurídicamente motivada sobre su petición. Por eso, generalmente, el denunciante no puede recurrir un eventual archivo de las actuaciones ni de otro modo tiene que intervenir necesariamente en el procedimiento sancionador, aunque puede ser llamado por las partes interesadas como testigos.

En nuestro caso, es claro que la cuestión que plantean los denunciantes afecta al interés general y, también, a los partidos políticos que representan, puesto que se trata de una infracción de la legislación electoral y tienen interés legítimo, puesto que la infracción cometida puede afectar a la neutralidad que debe presidir el procedimiento electoral, y debemos recordar a este respecto que el presidente de la comunidad autónoma vulneró dicho principio, al solicitar el voto expresamente para su partido, amén de la presión indirecta sobre el electorado que la carta enviada por correo electrónico suponía. Por tanto, los denunciantes ostentaban interés legítimo que excedía de la mera defensa de la legalidad, ya que se verían afectados, favorable o desfavorablemente, por el contenido de la resolución que en su momento se dictara. Por ello, debieron ser llamados al procedimiento como interesados y con todos los derechos que la Ley 39/2015, especialmente el artículo 53, otorga a quienes ostentan dicha condición.

Ahora bien, como, finalmente, la resolución fue acorde con el interés legítimo que ellos pretendían, ya que se acabó sancionando al expedientado por una infracción electoral, es lo cierto que ninguna indefensión se les podía haber causado, por lo que, si no reaccionaron en su momento, solicitando ser parte interesada en el procedimiento ante la negativa o el silencio de la Administración, haber recurrido debidamente, en este momento, ninguna trascendencia tiene que no fueran llamados al procedimiento.

3. El instructor del procedimiento tenía pensado prescindir de la propuesta de resolución, pero con posterioridad acabó formulando la misma con una propuesta de sanción de 1.500 euros. ¿Hubiera sido ajustado a derecho que el instructor no hubiere formulado propuesta de resolución?

El derecho a ser informado de la acusación, conforme al artículo 24.2 de la CE, se satisface en el procedimiento sancionador por medio de la notificación de la propuesta de resolución, pues en ese acto se contiene un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad que se imputa (STS de 16 de julio y 15 de septiembre de 1999).

Concluida la prueba el órgano instructor, conformar artículo 89 de la LPAC, deberá formular la propuesta de resolución con el contenido mínimo que dicho artículo precisa.

Dictada esta debe notificarse al expedientado, pues es una garantía fundamental para su defensa (STC 29/1989).

Ahora bien, se podría prescindir de este trámite cuando, en un momento anterior, sea notificado el pronunciamiento preciso acerca de los hechos imputados, su posible calificación jurídica y la responsabilidad que se imputa, pronunciamiento que se produce con

la notificación del acuerdo de iniciación (art. 66.2.b LPAC), y siempre que tales determinaciones iniciales hubieran permanecido inalterables tras la instrucción. Así, y si no se dieran las determinaciones iniciales, si se ha notificado fehacientemente el acuerdo de iniciación al imputado, la falta de notificación de la propuesta de resolución o la ausencia en sí del trámite no genera indefensión.

En relación con que el instructor propusiera una multa de 1.500 euros y, finalmente, el órgano resolutorio sancionará con 3000 euros, hay que señalar que el artículo 90.2 de la LPAC señala que:

En la resolución no se podrán aceptar hechos distintos de los determinados en el curso del procedimiento, con independencia de su diferente valoración jurídica. No obstante, cuando el órgano competente para resolver considere que la infracción o la sanción revisten mayor gravedad que la determinada en la propuesta de resolución, se notificará al inculcado para que aporte cuantas alegaciones estime convenientes en el plazo de quince días.

Por tanto, la propuesta del instructor vincula al órgano sancionador en cuanto a ratificación de los hechos, pero no en cuanto a la determinación de la sanción (STS de 27 de mayo de 1997). Por ello, no se puede sancionar hechos distintos de los imputados recogidos en la propuesta de resolución, sin embargo, del órgano sancionador puede valorar los hechos de manera distinta a como los califica la propuesta de resolución, pudiendo libremente acordar una sanción distinta de la recogida en la propuesta. Pero las garantías de defensa del expedientado alcanzan a la inalterabilidad o integridad de los hechos imputados. Ahora bien, como el artículo citado 90.2 señala, es preciso que se notifique al inculcado la mayor sanción a imponer por el órgano resolutorio, para que efectúe las alegaciones que estime pertinente. Si no se hace así, se le causa una indefensión, en principio real y efectiva, que provocará la anulabilidad de la resolución sancionadora.

Sentencias, autos y disposiciones consultadas

- Constitución española, arts. 14, 24 y 155.
- Ley Orgánica 5/1985 (LOREG), arts. 8, 9, 13, 14, 19, 50, 109, 111, 120 y 153.
- Ley 39/2015 (LRPAC), arts. 47.1 b), 66.2, 77.4, 89, 90.2, 112 y 133.
- Ley 40/2015 (LRJSP), arts. 23, 29 y 30.