



Roj: **STSJ CLM 2493/2019 - ECLI: ES:TSJCLM:2019:2493**

Id Cendoj: **02003330022019100448**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Contencioso**

Sede: **Albacete**

Sección: **2**

Fecha: **04/10/2019**

Nº de Recurso: **204/2018**

Nº de Resolución: **249/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JAIME LOZANO IBAÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CAST.LA MANCHA CON/AD SEC.2

ALBACETE

SENTENCIA: 10249/2019

Recurso Apelación núm. 204 de 2018

Toledo

SENTENCIA Nº 249

SALA DE LO CONTENCIOSO

ADMINISTRATI VO. SECCIÓN 2ª.

Ilmos. Sres.:

Presidente:

D. Jaime Lozano Ibañez

Magistrados:

D. Miguel Ángel Pérez Yuste

D. Ricardo Estévez Goytre

En Albacete, a cuatro de octubre de dos mil diecinueve.

Vistos por la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, los presentes autos número **204/18** del recurso de Apelación seguido a instancia de la **CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTES DE LA JUNTA DE COMUNIDADES DE CASTILLA-LA MANCHA**, representada y dirigida por el Sr. Letrado de la Junta, contra **D.ª Caridad**, representada por el Procurador Sr. López de Rodas y Campos y dirigida por el Letrado D. Heriberto Muñoz Ortega, sobre **SANCIÓN A ALUMNO**; siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Jaime Lozano Ibañez.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha apela la sentencia de fecha 27 de octubre de 2017, número 244, dictada por el Juzgado de lo Contencioso-administrativo nº 2 de Toledo en el PA 179/2016, sentencia por la cual se estimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto por D.ª Caridad contra la resolución de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes de fecha 26 de febrero de 2016, por la cual se desestimó el recurso de alzada interpuesto contra otra de la Directora Provincial de 25 de noviembre de 2015, por la que se estimó la propuesta de expulsión del centro de la citada alumna presentada por la Dirección del IES Universidad Laboral de Toledo.

SEGUNDO.- El apelado se opuso señalando el acierto y corrección de la sentencia apelada.



TERCERO.- Recibidos los autos en esta Sala, se formó el correspondiente rollo de apelación, y no habiéndose opuesto la inadmisibilidad del recurso ni solicitado prueba, se señaló votación y fallo para el día 24 de septiembre de 2019; llevada a cabo la misma, quedaron los autos vistos para dictar la correspondiente sentencia.

CUARTO.- Por permiso oficial de la Magistrada D.^a Raquel Iranzo Prades, la misma no forma parte de la composición de la Sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia apelada estimó el recurso contencioso-administrativo por entender que la Administración impuso la medida de expulsión sin esperar a que la Jurisdicción Penal dictase, por su lado, la correspondiente resolución firme en el seno de las Diligencias Previas que habían sido incoadas en el Juzgado de Instrucción nº 7 de Toledo por los mismos hechos por los cuales se impuso la sanción de expulsión (esto es, el copiado subrepticio del contenido de un pendrive propiedad de una de las profesoras del centro). En suma, se entiende por el Juez que la Administración no hizo correcta aplicación de las exigencias derivadas de la prejudicialidad penal.

La Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha considera, en primer lugar, que no puede entenderse que haya prejudicialidad penal, dado que porque el procedimiento que culminó con la expulsión no fue sancionador, ni la expulsión una sanción, sino solo una medida correctora.

Frente a esto diremos, primero, que -como vamos a ver en el fundamento siguiente- la prejudicialidad penal no se predica solo respecto de procedimientos de naturaleza sancionadora, sino que puede afectar a toda clase de procedimientos, como se deriva con claridad de los arts. 10 LOPJ, 40 LEC o 4 L.J.C.A., preceptos desde luego de tipo procesal y no administrativo pero que son esenciales, como veremos, para entender el alcance de la prejudicialidad penal. Y, segundo, que, como bien dice el Juez, la medida de expulsión de la alumna sí debe considerarse de carácter sancionador, pues es una medida aflictiva y limitadora de derechos que se adopta como respuesta a una infracción de conducta. Que tenga una finalidad correctora no altera esta conclusión, pues el derecho punitivo incorpora siempre, indudablemente, una finalidad correctora.

SEGUNDO.- En segundo lugar, se niega que hubiera prejudicialidad porque, se dice, aunque existía identidad de "sujetos" y de "hechos" entre el procedimiento administrativo y judicial, no había identidad de "fundamento", reclamada por el art. 137.2 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (aplicable al caso por razones temporales).

Este alegato nos exige iniciar una breve reflexión acerca de los dos tipos de prejudicialidad penal que pueden afectar a un procedimiento administrativo.

1º.- Un primer tipo de prejudicialidad, que pudiéramos denominar "pleno", puede darse en el caso de los procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora (no en otro tipo de procedimientos administrativos), y se da cuando el tipo sancionador administrativo y el tipo penal sancionan un mismo sujeto, hecho y fundamento. Este tipo de prejudicialidad pleno no sólo obliga a suspender el dictado de la resolución administrativa a la espera de la resolución penal, sino que impide, en caso de que haya condena penal, que se llegue a dictar la sanción administrativa. A él se refieren los arts. 133 y 137.2 de la Ley 30/21992, así como 5.1 y 7 del Real Decreto 1398/1993, del Reglamento de la Potestad Sancionadora, que en suma y en conjunto vienen a establecer las siguientes reglas:

- Si se estima que existe identidad de sujeto, hecho y fundamento entre la infracción administrativa y la infracción penal que pudiera corresponder, el órgano competente para la resolución del procedimiento acordará su suspensión hasta que recaiga resolución judicial.

- No podrán sancionarse los hechos que hayan sido sancionados penalmente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento.

- En todo caso, los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien.

2º.- Ahora bien, no puede entenderse que este sea el único tipo de prejudicialidad penal que puede afectar a un procedimiento administrativo. Si así fuera, los procedimientos administrativos no sancionadores no se verían afectados por ninguna prejudicialidad penal, algo que sería sorprendente cuando resulta que los procedimientos judiciales sí vienen afectados por ésta, como se deriva con claridad de los arts. 10 LOPJ, 40 LEC o 4 L.J.C.A. Así, de estos preceptos deriva la regla de que el proceso ha de quedar suspenso cuando no pueda prescindirse de la decisión penal, cuando ésta condicione directamente la decisión a tomar o cuando tenga una influencia decisiva sobre esta última. Esta necesidad de suspensión en tales casos enlaza directamente con la regla ya mencionada, y tomada en cuenta por el Juez de la instancia, de que los hechos declarados



probados en la causa penal vinculan a la decisión administrativa, pues desde luego sería extraño que los hechos declarados en vía penal vinculasen en la vía administrativa (y no al contrario) y sin embargo la vía administrativa pudiera adelantarse a la penal. Este segundo tipo de prejudicialidad penal no impide, en un procedimiento administrativo sancionador, que una vez terminado el proceso penal se imponga efectivamente la sanción administrativa, a no ser que -según vimos antes- haya identidad de sujetos, hecho y fundamento, si bien siempre con la mencionada vinculación a los hechos. Es por ello que se trata de una prejudicialidad no plena o absoluta, pero que debe ser respetada en cualquier caso.

A partir de lo anterior es posible encarar la cuestión planteada en esta causa.

Entendemos, en primer lugar, que la Administración tiene razón cuando señala que, en este caso, el proceso administrativo y el penal tenían identidad de hechos y sujetos, pero no de fundamento, dado que la sanción administrativa tutelaba un bien jurídico diferente de la penal. En la penal se protegía la intimidad personal de la profesora, mientras que la infracción administrativa ("*La suplantación de identidad, la falsificación o sustracción de documentos que estén en el marco de la responsabilidad del profesorado*") trata de proteger el marco en que se desarrolla la educación y la relación de confianza maestro-alumno; siendo así que, además, la relación Administración-alumno sí puede ser calificada de relación de carácter especial, marco en el que la tolerancia del Tribunal Constitucional hacia la doble incriminación es mucho mayor, como bien señalan las partes.

Ahora bien, aunque esto es así, y por tanto consideramos que serían compatibles la sanción penal y la administrativa, ello no quiere decir que la Administración no estuviera obligada, en virtud del segundo tipo de prejudicialidad que hemos mencionado, a esperar a la resolución penal, pues los hechos eran los mismos y en la resolución penal es posible que se hicieran declaraciones fácticas sobre los hechos y sobre la intervención en los mismos de la imputada que condicionasen directamente la decisión administrativa.

De modo que la decisión del Juez fue correcta al anular la resolución sobre la base de que la Administración debió haber esperado, máxime cuando la interesada puso expresamente en conocimiento de aquélla la existencia de las diligencias penales y solicitó la suspensión.

TERCERO.- A continuación la Administración apelante señala que la sentencia incurre en error, dado que cuando se dicta ya se había dictado auto de sobreseimiento provisional por el Juzgado.

Si la Administración, cuando habla de error, se refiere a la decisión de anular, no hay error alguno, dado que lo que la sentencia declara es que *en su momento* no debió dictarse la resolución administrativa; pues en ese momento aún no se había pronunciado la Jurisdicción Penal.

Si a lo que se refiere la Administración no es a lo anterior, sino a la decisión de retrotraer las actuaciones, estamos de acuerdo en censurar esta decisión, pues a nuestro juicio quien demuestra la nulidad de una resolución de tipo sancionador y pide su anulación, debe ser respondido, en caso de concurrir la nulidad, con la efectiva anulación de la misma, sin más aditamentos, debiendo ser la Administración la que, a la vista de la situación creada, y teniendo en cuenta una serie de aspectos relevantes (posible prescripción, posibilidad de reiterar la actuación desde el punto de vista del abuso de derecho, etc), la que, si considera que puede reiniciar el procedimiento, conservando o no actuaciones de lo anterior, así deberá decidirlo, con posibilidad de ulterior revisión judicial; pero carece de justificación institucional, a no ser que sea un pedimento expreso del recurrente en ese sentido, que el Juez ordene la retroacción para que la Administración vuelva a sancionar. Distinto es el caso de un procedimiento de solicitud de reconocimiento de un derecho por el particular, que no pueda resolverse por el Juez si la Administración no se pronuncia sobre algún aspecto concreto, caso en el que podría llegar a ser admisible la retroacción cuando el Juez no tiene elementos para resolver el fondo. Pero si se trata de una sanción (u otra medida de intervención), demostrada la nulidad lo único que compete al Juez es declararla, sin más aditamentos.

Ahora bien, aunque esto es así, debe observarse que la decisión de retroacción solo beneficia a la Administración, de modo que parece improbable que la Administración se refiera a ella cuando habla de error de la sentencia. La parte actora, de hecho, intentó enmendar esta mención por vía de rectificación de sentencia, pero, desestimada la petición, no ha apelado. Y dado que, como decimos, es media que solo beneficia a la Administración -frente a una anulación pura y simple, que es lo que debería haberse declarado-, y el demandante no ha apelado, no podemos modificar dicha declaración de la sentencia.

CUARTO.- La Administración imputa a la sentencia incongruencia interna, porque reprocha a la Administración que no suspendió, pero el Juez tampoco suspendió a, su vez, la causa contencioso-administrativa.

No hay sin embargo ninguna incongruencia. La habría si la sentencia hubiera entrado en el fondo de la infracción. Pero para declarar que la Administración debió suspender dada la existencia coetánea de causa penal no es preciso esperar a resolución alguna en la vía penal.



QUINTO.- Se dice que la sentencia es de imposible ejecución, porque cuando se dictó ya existía archivo provisional.

En cuanto a la parte del fallo en que se anula la resolución administrativa, no hay imposibilidad alguna: la medida aplicada sobre la alumna queda expulsada del mundo jurídico; que ello tenga a estas alturas mayores o menores consecuencias jurídicas o materiales es cosa difícil de determinar, pero no cabe negar que pueda llegar a tenerlas (por ejemplo, readmisión de la alumna, caso de aún ser posible por razones de edad, imposibilidad de tener en cuenta el antecedente sancionador a ningún efecto, etc).

Por lo que se refiere a la parte en la que ordena la retroacción, ya hemos visto que es ciertamente problemática, pero en cualquier caso no cabe hablar de imposibilidad: cuando la sentencia dice que la Administración ha de suspender el procedimiento "hasta que recaiga resolución firme en vía penal" ciertamente desconocía que en vía penal ya se había dictado la resolución de archivo provisional. No obstante, si la Administración comprueba que ello es así, es claro que puede de inmediato proseguir el procedimiento retrotraído, sin más espera.

Por lo demás, consideramos que una resolución penal de archivo provisional, siendo firme, es suficiente para que la Administración quede liberada de la obligación de espera prejudicial. Es cierto que es un archivo provisional, pero siendo firme, puede entenderse que es la decisión actual de la Jurisdicción Penal, sin que entendamos que la Administración deba estar obligada a esperar *sine die* una improbable reactivación de la causa penal. En el juego de la preferencia entre Administración y Jurisdicción, parece suficiente con que la Administración dé a la Jurisdicción la oportunidad de pronunciarse, y tal pronunciamiento ya tuvo lugar mediante el archivo provisional.

SEXTO.- Por último, es claro que no es procedente la petición de la Administración de que se impongan al demandante las costas de la primera instancia, a la vista de que se ha confirmado la sentencia dictada.

SÉPTIMO.- En cuanto a las costas de esta instancia, y por aplicación del artículo 139.2 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, procede su imposición a la parte apelante, pero con el límite de 1.000 € en cuanto a los honorarios de Letrado.

Vistos los artículos citados y demás de general y común aplicación,

FALLAMOS

1- Desestimamos el recurso de apelación.

2- Imponemos las costas a la Administración apelante, pero con el límite de 1.000 € en cuanto a los honorarios de Letrado.

Notifíquese, con indicación de que contra la presente sentencia cabe interponer recurso de casación ante la Sala Tercera del Tribunal Supremo, debiéndose preparar ante esta Sala en el plazo de 30 días con cumplimiento de los requisitos del art. 89.2 LJCA.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada ha sido la anterior Sentencia por el Ilmo. Sr. Magistrado D. Jaime Loza **no** Ibáñez, estando celebrando audiencia en el día de su fecha la Sala de lo Contencioso Administrativo que la firma, y de lo que como Secretario, certifico en Albacete, a cuatro de octubre de dos mil diecinueve.