

Dictamen nº: **340/17**  
Consulta: **Consejero de Educación, Juventud y Deporte**  
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**  
Aprobación: **07.09.17**

**DICTAMEN** del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid aprobado por unanimidad en su sesión de 7 de septiembre de 2017, emitido ante la consulta formulada por el consejero de Educación, Juventud y Deporte, al amparo del artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, en el asunto promovido por Dña. .... sobre reclamación de responsabilidad patrimonial de la Comunidad de Madrid por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de su exclusión de la bolsa de interinos, actuación que fue anulada por sentencia judicial.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El 15 de julio de 2016, tuvo entrada en el registro de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte un escrito presentado por la persona citada en el encabezamiento calificado como “*recurso de alzada*” contra la Resolución de fecha 3 de junio de 2016, en materia de derecho a nombramiento con titulación para ocupar un puesto en el Cuerpo de Maestros por la especialidad de Educación Infantil, por no encontrarla ajustada a Derecho.

En el escrito presentado la interesada señala que la Resolución que impugna ha sido dictada por la Administración Educativa en ejecución

de la sentencia nº 175/2015 dictada por el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 32 de Madrid y en ella se declara su *"derecho a ser nombrada con su titulación de especialista universitaria de educación infantil expedido por la UNED, para ocupar un puesto en el Cuerpo de Maestros por la especialidad de Educación Infantil"*. Sin embargo, la interesada considera que la mencionada resolución no resuelve la totalidad del objeto y las consecuencias del error en la valoración de su titulación y la exclusión de las listas de interinos al no entrar a conocer de los efectos económicos y administrativos que se solicitaron por la interesada. Subraya que reconocer en ese momento su habilitación para poder prestar servicios en la Administración Educativa (tal y como venía haciendo desde 1988), dada su situación de jubilación desde noviembre de 2015, no supone sino un reconocimiento moral y no práctico que obvia el perjuicio ocasionado.

La interesada, después de señalar que la premisa de la que parte es la del reconocimiento en ejecución de sentencia por parte de la Administración del error cometido al negarse a efectuar su nombramiento en fecha de 23 de mayo de 2014, por no tener supuestamente la titulación de especialista en educación infantil, invoca los principios de la responsabilidad patrimonial y los preceptos correspondientes a la misma de la legislación vigente y acaba solicitando el reconocimiento con efectos retroactivos desde el 23 de mayo de 2014 hasta la fecha de su jubilación en noviembre de 2015 de todos los derechos administrativos (antigüedad docente y cotizaciones correspondientes) y todos los efectos económicos entre los que se encuentran los salarios dejados de percibir y gastos de formación (innecesaria) que dice tuvo que realizar para obtener la titulación exigida.

**SEGUNDO.-** A causa de la referida reclamación se instruyó un procedimiento de responsabilidad patrimonial del que constituyen aspectos a destacar en su tramitación, los siguientes:

El 29 de julio de 2016 se notificó a la interesada que se había procedido a calificar el recurso formulado el 15 de julio de 2016 como una reclamación de responsabilidad patrimonial teniendo en cuenta el “*solicito*” del escrito presentado el que se citaba la normativa reguladora de la citada responsabilidad patrimonial de la Administración. De igual modo se requirió a la interesada para que concretara el importe indemnizatorio pretendido y aportara los informes de vida laboral y de percepción de subsidios por desempleo o bien autorizara a la Administración para obtenerlos. La reclamante cumplimentó la referida autorización el mismo día 29 de julio de 2016 y solicitó una ampliación del plazo para subsanar su reclamación.

Consta en el expediente que el día 12 de agosto de 2016 se requirió de nuevo a la reclamante para que acreditara los gastos de formación que reclamaba, aportara copia del DNI, pues se decía que resultaba imprescindible para recabar el informe de vida laboral de la interesada, y para que aportara la fecha de su jubilación. El día 15 de septiembre de 2016 la reclamante cumplimentó el requerimiento aportando dos certificados expedidos por la UNED en los que consta que la interesada estuvo matriculada en el curso “*Especialista Universitario en Educación Infantil*” dentro de la convocatoria 2000/2001, obteniendo la calificación de apta y que el precio de la matrícula fue de 73.000 pesetas. También adjuntó una copia del DNI y un informe del Instituto Nacional de la Seguridad Social sobre las bases de cotización para el cálculo de la base reguladora de su pensión, siendo la fecha de jubilación el 4 de noviembre de 2015.

Por Orden del Consejero de Educación, Juventud y Deporte de 22 de septiembre de 2016 se admitió la reclamación de responsabilidad patrimonial presentada por la interesada.

El 24 de noviembre de 2016 emite un informe la directora general de Recursos Humanos, que no es específico para esta reclamación de

responsabilidad patrimonial sino genérico para diversas reclamaciones planteadas en relación con la misma cuestión pero por distintos interesados.

Por lo que se refiere al contenido del informe en el mismo se indica que no hay ninguna sentencia que anule “*disposición alguna con carácter general*”. Afirma que en diversos procesos solo se ha ordenado la retroacción de actuaciones en cuanto a las solicitudes que inadmitieron las peticiones de aceptación de sus titulaciones y que las inadmisiones se basaron en que no podía solicitarse la aceptación de las titulaciones sin recurrir la citada Resolución.

Basándose en ello, considera que han de rechazarse *in limine litis* las reclamaciones ya que, solo en los casos en que se haya dictado sentencias que hayan obligado a la Administración a reconocer la titulación que poseían los concretos reclamantes y éstos hubieran sido excluidos de las listas por no haber aportado una titulación válida, procedería, a juicio de esa Dirección General, entrar en el fondo de las reclamaciones.

En los casos en los que no se haya recurrido ante los tribunales una decisión administrativa sobre sus titulaciones no procedería admitir las reclamaciones sin que tengan ningún efecto en estos reclamantes, la mera existencia de dos sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Tampoco considera admisibles las reclamaciones si no hay sentencia firme.

Entiende que las citadas sentencias no han:

*“implicado la anulación formal -ni su expulsión del ordenamiento jurídico- de la Resolución de 17 de mayo de 2013, que estableció las nuevas titulaciones y la no aceptación de las anteriores poseídas por los reclamantes, y que ha surtido la plenitud de sus efectos durante ese curso escolar.*

*Por tanto se puede afirmar con rotundidad que no existe en estos casos daño alguno indemnizable, dado que falta el elemento de antijuridicidad, esto es, todas las decisiones adoptadas por la Administración en relación con la exigencia de titulaciones a estos funcionarios son perfectamente válidas y legítimas, dado que no han sido formalmente anuladas por los tribunales”.*

Tras reiterar que las citadas sentencias no anulan la Resolución de 17 de mayo de 2013 pone de relieve que existen varias sentencias de Juzgados de lo Contencioso Administrativo que han confirmado las decisiones de inadmisión así como una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de octubre de 2015 (recurso 736/2014) que (consideran) contradice las anteriores, cuyos pronunciamientos califica, además, como *obiter dicta*.

Por todo ello, considera que no hay una postura unívoca de los tribunales y que “*la decisión de no admisión de sus titulaciones es plenamente legítima*”.

Afirma que hay sentencias firmes de algunos Juzgados que anulan las decisiones de inadmisión y que se remiten a las sentencias del Tribunal Superior de Justicia. En esos casos la Administración ha de reconocer que su titulación les habilitaba el curso 2013-2014 (y a partir de ese momento, para los posteriores) para poder ser nombrados funcionarios interinos, y dado que fueron excluidos en su día cuando, al ser llamados, no pudieron aportar una titulación válida según la citada Resolución, estima que procede entrar al fondo de sus reclamaciones si bien han de ser desestimadas al no existir un daño antijurídico.

El informe se acompaña de un cuadro en el que se refiere a las retribuciones que debió percibir la reclamante, especificándose la cantidad de 2.588,67 euros para el periodo de 26 de mayo de 2014 al

23 de junio de 2014, y 3.805,48 euros para el periodo de 8 de mayo de 2015 al 19 de junio de 2015.

También se adjunta un segundo cuadro del que resulta que la reclamante fue excluida de las listas extraordinarias por no reunir el requisito de titulación y que la interesada ha obtenido sentencia estimatoria y que la misma es firme.

En este sentido consta en los folios 40 a 44 del expediente la Sentencia de 24 de abril de 2015 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 32, de Madrid, por la que se estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la interesada, ordenando la retroacción de actuaciones al momento de presentación del escrito de 23 de mayo de 2014, en el que reclamaba la validez de su titulación, para “*resolver lo que en Derecho proceda*”. También consta en el expediente (folios 45 a 51) la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 82/16, de 11 de febrero por la que se desestima el recurso de apelación interpuesto por la Comunidad de Madrid contra la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 32.

Obra en el expediente el certificado expedido el 28 de noviembre de 2016 por el Servicio Público de Empleo Estatal en el que consta que la interesada percibió la cantidad de 16.295,12 euros en el periodo comprendido entre el 23 de mayo de 2014 y el 3 de noviembre de 2015.

Con fecha 30 de noviembre de 2016 y 3 enero de 2017 se solicitó a la Dirección General de Recursos Humanos que remitiera un informe sobre las retribuciones que habrían correspondido a la reclamante en el periodo comprendido entre el 23 de mayo de 2014 y el 4 de noviembre de 2015.

El 26 de enero de 2017 se remite el citado informe en el que se concluye que la interesada podría haber percibido en el periodo indicado la cantidad de 44.332,54 euros, con carácter bruto.

Una vez instruido el procedimiento se confirió trámite de audiencia a la interesada que formuló alegaciones el 3 de mayo de 2017. En el citado escrito reitera las alegaciones de su escrito inicial y reclama la indemnización de 44.322,54 euros más los intereses legales correspondientes, así como 6.000 euros más en concepto de daño moral.

El 7 de junio de 2017 se formula propuesta de resolución proponiendo la desestimación de la reclamación al no tener el daño la condición de antijurídico.

**TERCERO.-** El consejero de Educación, Juventud y Deporte formula preceptiva consulta por trámite ordinario que ha tenido entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora el 3 de julio de 2017, correspondiendo su estudio, por reparto de asuntos, a la letrada vocal Dña. Ana Sofía Sánchez San Millán, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 7 de septiembre de 2017.

El escrito solicitando el informe preceptivo fue acompañado de la documentación que se consideró suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

### **CONSIDERACIONES DE DERECHO**

**PRIMERA.-** Con carácter previo cabe precisar que la Administración consultante ha calificado como reclamación de responsabilidad patrimonial el escrito presentado por la interesada como “*recurso de alzada*” teniendo en cuenta el “*solicito*” del

mencionado escrito en el que se cita la normativa en materia de responsabilidad patrimonial y se procede a reclamar una indemnización de los perjuicios que se entienden sufridos.

La Administración consultante ha adoptado una posición garantista de la interesada, pues no cabe desconocer que el escrito presentado como recurso de alzada podría ser extemporáneo, ya que se formula el 8 de julio de 2016 contra una Resolución de 3 de junio de 2016, y por tanto fuera del plazo del mes que establece el artículo 115.1 de la LRJ-PAC para la interposición del recurso de alzada. Cabe decir que aunque la posibilidad de recalificación aparece contemplada en el artículo 110.2 de la LRJ-PAC para los recursos administrativos (*“el error en la calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación, siempre que se deduzca su verdadero carácter”*), no obstante se puede entender que la facultad que la LRJ-PAC otorga a la Administración para tramitar los escritos que se le dirijan de acuerdo con su verdadera naturaleza, es aplicable también a escritos de otra naturaleza. Así lo ha entendido el Consejo de Estado en sus dictámenes entre los que cabe citar el Dictamen 876/2002, de 18 de abril, el Dictamen 668/2011, de 22 de junio y el Dictamen 856/2011, de 21 de julio.

No cabe desconocer en este caso que de los términos del escrito presentado por la interesada, si bien que calificado como recurso de alzada, resulta claro que se está solicitando una indemnización de daños y perjuicios, citándose expresamente la normativa reguladora de la responsabilidad patrimonial de la Administración. Además una vez recalificado el escrito por la Administración y comunicado este extremo a la interesada, ésta no ha manifestado ninguna oposición, lo que abunda en la correcta calificación del escrito por parte de la instructora del expediente.

**SEGUNDA.-** Conforme a lo expuesto en la consideración anterior es preceptiva la solicitud y emisión de dictamen por la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, por tratarse de una reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a quince mil euros, a solicitud del consejero de Educación, Juventud y Deporte, órgano legitimado para ello, según lo dispuesto en el artículo 18.3 a) del ROFCJA.

**TERCERA.-** La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, iniciado a instancia de parte interesada, según consta en los antecedentes, ha de ajustarse a lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC y al RPRP, al haberse iniciado con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, en virtud de lo dispuesto en la disposición transitoria tercera de esta ley.

La reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), en cuanto es la persona supuestamente perjudicada por la actividad de la Comunidad de Madrid.

Asimismo, se encuentra legitimada pasivamente la Comunidad de Madrid en cuanto titular del servicio público educativo a cuyo funcionamiento se achaca la producción del daño.

En lo relativo al requisito temporal, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año, que se contará, en el caso de la anulación de actos conforme establece

el artículo 142.4 de la LRJ-PAC, desde haberse dictado la sentencia definitiva.

En el ámbito de la anulación de las resoluciones administrativas por sentencia, son varios los hitos que pueden tenerse en cuenta para la fijación del *dies a quo* del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad (fecha en que se dicta la sentencia, fecha de la publicación, de notificación, de adquisición de firmeza o incluso de notificación de dicha firmeza), si bien la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a partir de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 25 de enero de 2000 (TEDH 2000/11, asunto Miragall Escolano y otros) ha asumido en una línea jurisprudencial consolidada, de la que son exponentes las Sentencias de 21 de marzo y 18 de abril de 2000, la interpretación conforme a la cual la fecha que debe tomarse para el inicio del cómputo del plazo es la de notificación de la sentencia, tesis sostenida por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en sus dictámenes, entre otros, el Dictamen 520/09, de 12 de diciembre y el Dictamen 27/10, de 10 de febrero de 2010 y por esta Comisión Jurídica Asesora, así en el Dictamen 103/16, de 19 de mayo o en el Dictamen 159/17, de 20 de abril, entre otros.

En este caso, desconocemos la fecha en la que fue notificada la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 11 de febrero de 2016 por la que se desestima el recurso interpuesto contra la Sentencia de 24 de abril de 2015 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 32, pero no cabe duda que dada la fecha de aquella sentencia la reclamación interpuesta el 8 de julio de 2016 lo habría sido dentro del plazo legal.

El órgano peticionario del dictamen ha seguido los trámites previstos en las leyes y reglamentos aplicables, en particular en el Título X de la LRJ-PAC desarrollado por el Reglamento de los procedimientos

en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RPRP).

A tal fin se ha recabado informe del servicio al que se imputa la producción del daño, tal como exige el artículo 10.1 del RPRP, se ha otorgado el trámite de audiencia contemplado en los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP y se ha redactado la propuesta de resolución.

**CUARTA.-** Como es sabido, la responsabilidad patrimonial de la Administración se rige por el artículo 106.2 de la Constitución a cuyo tenor: *“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. El desarrollo legal de este precepto se encuentra contenido actualmente en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, completado con lo dispuesto en materia de procedimiento en la ya citada Ley 39/2015, si bien, como ya apuntamos anteriormente, en este caso habrá de estarse a lo dispuesto en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC y en el RPRP, dada la fecha de iniciación del procedimiento.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 25 de mayo de 2016 (recurso 2396/2014) recoge lo siguiente a propósito de las características del sistema de responsabilidad patrimonial:

*“(...) el art. 139 de la LRJAP y PAC, establece, en sintonía con el art. 106.2 de la CE , un sistema de responsabilidad patrimonial : a) unitario: rige para todas las Administraciones; b) general: abarca toda la actividad -por acción u omisión- derivada del funcionamiento de los servicios públicos, tanto si éstos incumben a los poderes públicos, como si son los particulares los que llevan a cabo actividades públicas que el ordenamiento jurídico considera de*

*interés general; c) de responsabilidad directa: la Administración responde directamente, sin perjuicio de una eventual y posterior acción de regreso contra quienes hubieran incurrido en dolo, culpa, o negligencia grave; d) objetiva, prescinde de la idea de culpa, por lo que, además de erigirse la causalidad en pilar esencial del sistema, es preciso que el daño sea la materialización de un riesgo jurídicamente relevante creado por el servicio público; y, e) tiende a la reparación integral”.*

Para apreciar la existencia de responsabilidad patrimonial de la Administración son precisos los siguientes requisitos: a) La efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizado en relación a una persona o grupo de personas. b) Que el daño o lesión patrimonial sufrida por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal -es indiferente la calificación- de los servicios públicos en una relación directa e inmediata y exclusiva de causa a efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterándolo, en el nexo causal. c) Ausencia de fuerza mayor. d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

**QUINTA.-** Antes de entrar en el análisis de los presupuestos de la responsabilidad patrimonial en relación con la reclamación planteada, hemos de señalar, como ya hicimos en nuestro Dictamen 329/17, de 3 de agosto en un caso análogo al que nos ocupa, que este procedimiento no tiene por objeto el determinar si los títulos académicos de la reclamante permiten o no ser nombrada maestra interina. Esa es una cuestión que deberá determinarse ante la jurisdicción contencioso administrativa en la cual, como veremos, el Tribunal Supremo ha admitido un recurso de casación al apreciar interés casacional en la cuestión.

Así pues, la cuestión a determinar es si la actuación de la Comunidad de Madrid al excluir a la reclamante de la lista de interinos de maestros le ha originado un daño antijurídico.

Que existe un daño es evidente puesto que, al excluir a la reclamante de la bolsa de interinos se le privó de prestar servicios y de percibir las correspondientes retribuciones, habiendo cuantificado económicamente la propia Consejería tales daños. No obstante la cuantía indemnizatoria no se elevaría a la cantidad reclamada relativa a las retribuciones que habría percibido si hubiera ocupado la plaza de interina, ya que habría que descontar las cantidades percibidas por la reclamante en concepto de desempleo, puesto que la indemnización ha de ir destinada a la reparación integral del daño pero no puede constituir un enriquecimiento injusto. En este caso, según lo informado por la Dirección General de Recursos Humanos el 24 de noviembre de 2016, los tiempos en los que habría podido trabajar la interesada dentro del periodo reclamado comprenderían del 26 de mayo de 2014 al 23 de junio de 2014 y del 8 de mayo de 2015 al 19 de junio de 2015, con una cantidad a percibir de 6.394,15 euros, cantidad muy por debajo de la reclamada por la interesada que abarca todo el periodo de 23 de mayo de 2014 a la fecha de la jubilación 4 de noviembre de 2015.

No constituye un daño sin embargo la cantidad que la interesada reclama en concepto de gastos de formación, en cuanto que la documentación aportada por la interesada acredita el gasto para la obtención del título cuya validez reclama (el de “*Especialista Universitario en Educación Infantil*” expedido por la UNED) y no un gasto adicional en una formación distinta que pudiera suplir el título cuyo validez fue rechazada por la Administración.

Tampoco resulta acreditado el daño moral que invoca la interesada. Como recoge la Sentencia de 31 de mayo de 2016 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid con cita de la jurisprudencia

del Tribunal Supremo( así Sentencia de 6 de abril de 2006) *“los daños morales, por oposición a los meramente patrimoniales, son los derivados de las lesiones de derechos inmateriales”* y *“la situación básica para que pueda darse un daño moral indemnizable consiste en un sufrimiento o padecimiento psíquico o espiritual, impotencia, zozobra, ansiedad, angustia”*, constituyendo *“estados de ánimo permanentes de una cierta intensidad (...)”*. En la Sentencia de 14 de marzo de 2007, se mantiene que *“a efectos de determinar la responsabilidad patrimonial de la Administración se incluye el daño moral. Sin embargo, por tal no podemos entender una mera situación de malestar o incertidumbre, salvo cuando la misma ha tenido una repercusión psicofísica grave”*.

Ahora bien al igual que el daño patrimonial, el daño moral debe ser probado. En este caso la reclamante no aporta prueba alguna del daño que aduce, más allá de su mera invocación.

Por otro lado, puesto que la exclusión de la lista de interinos se acordó por la Consejería resulta igualmente acreditada la relación de causalidad entre el daño y el funcionamiento de los servicios públicos.

Por tanto, la cuestión a determinar es si ese daño es antijurídico, es decir, si la reclamante tenía o no obligación de soportarlo.

En estos casos la actuación de la Administración consideró que, conforme la Resolución de 17 de mayo de 2013, de la Dirección General de Recursos Humanos, por la que se regula la participación, composición y ordenación de las listas de aspirantes a desempeñar puestos docentes en régimen de interinidad en el Cuerpo de Maestros para el curso escolar 2013-2014, los títulos de especialista universitario en educación infantil no eran suficientes para el desempeño de la especialidad de educación infantil al no estar contemplados en el Anexo I de la citada Resolución.

Recurrida la actuación por diversas personas ante la jurisdicción contencioso administrativa, tras diversas sentencias de Juzgados de lo Contencioso, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sección séptima) dictó varias sentencias en las que consideró válida esa titulación.

Así, las sentencias de 3 de noviembre de 2015 (recurso 346/2015), 6 de noviembre de 2015 (recurso 309/2015), 11 de febrero de 2016 (recurso 528/2015), 25 de febrero de 2016 (recurso 623/2015), 4 de mayo de 2016 (recurso 169/2015), 28 de septiembre de 2016 (recurso 204/2016), 28 de octubre de 2016 (recurso 240/2016), 25 de noviembre de 2016 (recurso 597/2016), 3 de febrero de 2017 (recurso 990/2016) y 5 de mayo de 2017 (recurso 1157/2016).

Ahora bien, como ya dijimos en el citado Dictamen 329/17, de 3 de agosto, el que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid haya dictado esas sentencias no supone, sin más, que el daño sea antijurídico.

Cuando se trata de la responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la anulación de sus actos, el artículo 142.4 de la LRJ-PAC establece que la mera anulación no presupone derecho a la indemnización.

La jurisprudencia ha utilizado para determinar la posible responsabilidad de la Administración en estos casos el criterio de los márgenes de lo razonable. Es la llamada “*doctrina del margen de tolerancia*” habiendo señalado el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 5 de febrero de 2008 (recurso 315/2006) que: «(...) *la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pues no cabe interpretar el artículo 139 de la Ley 30/1992 con tesis maximalistas de uno y otro sentido, como si se dijera que de la anulación de una resolución administrativa no cabe nunca*

*derivar responsabilidad patrimonial de la Administración, ni tampoco se puede afirmar que siempre se producirá tal responsabilidad, dado el carácter objetivo de la misma. Determinante de que la lesión sea indemnizable es que sea calificable de antijurídica, lo que supone que la Administración haya actuado fuera de los márgenes admisibles de adecuación al Ordenamiento Jurídico. En palabras del Tribunal Supremo (sentencias de 27 mayo 2004 (6/556/2000), 24 enero 2006 (6/536/2002), 14 febrero 2006 (6/256/2002) y 31 enero 2008 (4065/2003), “siempre que el actuar de la Administración se mantuviese en unos márgenes de apreciación no solo razonados sino razonables debería entenderse que no podría hablarse de existencia de lesión antijurídica, dado que el particular vendría obligado por la norma que otorga tales potestades discrecionales a soportar las consecuencias derivadas de su ejercicio”».*

Esta doctrina se recoge igualmente en el derecho comunitario al exigir para declarar la responsabilidad de las instituciones europeas que hayan cometido una infracción suficientemente caracterizada del derecho comunitario como consecuencia de la inobservancia, manifiesta y grave, por parte de una institución comunitaria de los límites impuestos a su facultad de apreciación (vid. Sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de abril de 2007 (Holcim, C-282/05)).

La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2017 (recurso 2040/2014) cita la de esa Sala de 28 de marzo de 2014, según la cual: *“Tratándose de la responsabilidad patrimonial como consecuencia de la anulación de un acto o resolución administrativa, ha de estarse a la jurisprudencia elaborada al efecto sobre la consideración de la antijuridicidad del daño, que se plasma, entre otras, en sentencias de 5-2-96 , 4-11-97 , 10-3-98 , 29-10-98 , 16-9-99 y 13-1-00, que en definitiva condiciona la exclusión de la antijuridicidad del daño, por existencia de un deber jurídico de soportarlo, a que la actuación de la Administración se mantenga en unos márgenes de apreciación no sólo*

*razonables sino razonados en el ejercicio de facultades discrecionales o integración de conceptos jurídicos indeterminados".*

En el presente caso, debemos tener en cuenta dos premisas. La primera es que en materia de educación las competencias son compartidas entre el Estado al que le corresponde la legislación básica y la Comunidad de Madrid a la que le corresponde su desarrollo legislativo y ejecución.

De esta forma la competencia autonómica de desarrollo legislativo se caracteriza por su carácter discrecional, ya que, respetando los mínimos establecidos por la legislación básica, la Comunidad puede introducir sus propias opciones normativas. Es por ello que resulta plenamente de aplicación la doctrina del margen de tolerancia, puesto que la Administración de la Comunidad de Madrid procedió, en uso de su potestad reglamentaria, a dictar el Decreto 42/2013, de 9 de mayo, del Consejo de Gobierno, por el que se regula el procedimiento de selección de funcionarios interinos docentes de ámbito no universitario en la Comunidad de Madrid, del cual trae causa la Resolución de 17 de mayo de 2013.

Ha de recordarse que es constante la jurisprudencia que reconoce el carácter discrecional de la potestad reglamentaria, así la sentencia del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2012 (recurso 617/2011).

Cuando la disposición adicional primera, apartado 3 del Real Decreto 1594/2011, de 4 de noviembre, por el que se establecen las especialidades docentes del Cuerpo de Maestros que desempeñen sus funciones en las etapas de Educación Infantil y de Educación Primaria reguladas en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, establece que: *“El personal funcionario del Cuerpo de Maestros tendrá reconocidas las especialidades establecidas en el presente Real Decreto para las que estuviera habilitado a la entrada en vigor de este real*

*decreto*”, plantea la duda de si se trata de una norma aplicable a los maestros funcionarios de carrera con la finalidad de respetar su situación adquirida o se extiende a todas las personas que disponían de las habilitaciones conforme la normativa anterior aun cuando no sean funcionarios de carrera.

En cualquier caso, como ya hemos dicho no cabe que esta Comisión se pronuncie sobre este problema pero sí permite establecer que la actuación de la Comunidad de Madrid se ha movido dentro de unos márgenes de tolerancia razonables sin que su actuación haya supuesto una clara vulneración de la normativa.

Abunda en este criterio el que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sección Tercera) haya dictado una sentencia contradictoria con las anteriores como es la de 8 de octubre de 2015 (recurso 736/2014), según la cual:

*“La posesión por la recurrente del título de la UNED de Especialista Universitario de Educación Infantil, no se discute por esta Sala que esté homologado, ni tampoco que habilite a quienes lo posean para ejercer como Profesores Especialistas de Educación Infantil en todo el territorio nacional, pero sucede que ello no es suficiente en el marco de una convocatoria realizada de conformidad con una Orden Ministerial plenamente vigente que impone inexorablemente una titulación oficial que la recurrente no tiene, de manera que es posible que con su título de la UNED pueda aquella impartir Educación Infantil, pero siempre y cuando no se trate de plazas de funcionarios respecto de las cuales su normativa específica y las propias bases de la convocatoria de que se trate, exijan una titulación oficial concreta y específica, como aquí sucede, por lo que se desestima el Recurso contencioso-administrativo”.*

La contradicción es patente y es reconocida por la Sección Octava que en su sentencia de 28 de octubre de 2016, si bien inicialmente no

entra a analizar si la sentencia de la Sección Tercera contempla un caso análogo, reconoce implícitamente que se trata del mismo problema al indicar que “(...) *la misma, para la que expresamos nuestro mayor respeto, no nos vincula*”.

Esta contradicción ha sido también reconocida por el Tribunal Supremo que en su Auto de 3 de abril de 2017 (recurso 136/2017) reconoce expresamente la contradicción entre la sentencias de la Sección Séptima y la de la Sección Tercera, reconociendo la existencia de interés casacional a los efectos de lo dispuesto en el artículo 88.2.a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en su redacción dada por Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio.

En suma, nos hallamos ante una situación en la que no existe un pronunciamiento definitivo de los tribunales de justicia sobre la suficiencia de los títulos de la reclamante para impartir las enseñanzas de educación infantil y por tanto no es posible determinar si la Comunidad de Madrid, al excluirla de la bolsa de interinos, ocasionó a la reclamante un daño antijurídico.

En mérito a cuanto antecede la Comisión Jurídica Asesora formula la siguiente

### **CONCLUSIÓN**

Procede desestimar la presente reclamación de responsabilidad al no acreditarse que el daño tenga la condición de antijurídico.

A la vista de todo lo expuesto, el órgano consultante resolverá según su recto saber y entender, dando cuenta de lo actuado, en el plazo de quince días, a esta Comisión Jurídica Asesora de conformidad con lo establecido en el artículo 22.5 del ROFCJA.

Madrid, a 7 de septiembre de 2017

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 340/17

Excmo. Sr. Consejero de Educación, Juventud y Deporte

C/ Alcalá, 30-32 – 28014 Madrid