

Dictamen n°: **356/17**
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. (en adelante, “*la reclamante*” o “*la interesada*”), sobre reclamación de responsabilidad patrimonial de la Comunidad de Madrid por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de la actuación de la Comunidad de Madrid que al no considerar suficiente su titulación la obligó a solicitar un aplazamiento de contrato para el curso 2013-2014 para cursar los estudios conducentes de adaptación al Grado sin que pudiera ser contratada.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El día 3 de julio de 2017 tuvo entrada en el registro de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid solicitud de dictamen preceptivo en relación con el expediente de responsabilidad patrimonial aludido en el encabezamiento.

A dicho expediente se le asignó el número 294/17, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal y como dispone el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (en adelante ROFCJA).

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Roberto Pérez Sánchez, quien formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, la cual fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 7 de septiembre de 2017.

SEGUNDO.- El expediente de responsabilidad patrimonial remitido trae causa del escrito formulado por la reclamante, presentado en un registro de la Comunidad de Madrid el día 17 de marzo de 2016 (folios 1 a 46 del expediente), en el que señala que ha venido prestando servicios como funcionaria interina en puestos del Cuerpo de Maestros especializados en educación infantil y primaria durante varios cursos escolares.

Para ello disponía del título de diplomada en Profesorado de Educación General Básica así como del título de especialista universitario en Educación Infantil emitido por la Universidad Nacional de Educación a Distancia expedido, según afirma, conforme la Orden Ministerial de 11 de enero de 1996.

Según afirma, la Dirección General de Política Universitaria del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte reconoció que los cursos convocados conforme a tal Orden habilitan al profesorado para desempeñar puestos de trabajo en las correspondientes especialidades conforme el Real Decreto 895/1989, de 14 de julio y la Orden de 11 de octubre de 1994.

Refiere que su titulación está amparada por el Convenio suscrito entre el Ministerio y la Universidad Nacional de Educación a Distancia suscrito el 14 de febrero de 1991 y que produjo efectos hasta el curso 2001-2002.

Recoge que forma parte de la lista definitiva aprobada por Resolución de 3 de septiembre de 2013, de la Dirección General de Recursos Humanos, por la que se forman las listas extraordinarias de aspirantes para cubrir puestos docentes en régimen de interinidad en especialidades del Cuerpo de Maestros para el curso escolar 2013-2014 en la especialidad de Educación Infantil del Cuerpo de Maestros con el número de orden 11 y con una puntuación total de 5,3733 puntos.

Considera que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en diversas sentencias ha establecido que esa titulación es válida para ejercer como profesora docente no universitaria interina.

Indica que por el contrario, de la información que proporcionaba la Consejería se deducía que tal titulación no habilitaba para prestar servicios como interina por lo que se matriculó en un curso de adaptación al Grado de Educación Infantil que ofrecía la Universidad Camilo José Cela –que finalizó el 18 de agosto de 2014- y presentó el 11 de octubre de 2013 una solicitud de certificación de validez del título que fue inadmitida por extemporánea lo que le obligó a presentar un recurso contencioso administrativo que se tramitó en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 32 de Madrid (P.A. 446/2014) que finalizó con sentencia favorable a ella, confirmada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en su sentencia 64/2015, de 3 de noviembre, dictada en el Recurso de Apelación 376/2015 tramitado por el recurso de apelación formulado por la Comunidad de Madrid.

Afirma que fue expulsada de las listas de interinos docentes al haber tenido que efectuar el curso indicado, al haberle señalado la Comunidad

de Madrid que su titulación no era válida, por lo que no pudo trabajar durante el curso 2013-2014 y por ello, considera que tuvo que afrontar un gasto de 4.605 euros curso de adaptación al Grado de Educación Infantil, y que dejó de percibir los ingresos correspondientes desde el día 29 de octubre de 2013, que debiera haber sido llamada a tomar posesión como funcionaria interina, hasta el 31 de junio de 2014, en que finalizó el curso escolar 2013-2014.

Considera que el error de la Comunidad de Madrid al no aceptar como válida su titulación le ha originado un daño antijurídico consistente en el precitado gasto de 4.605 euros en la Universidad y la privación de las retribuciones que le habrían correspondido en el periodo de tiempo antes indicado, cuya cuantificación interesa que realice la Comunidad de Madrid.

Aporta determinada documentación y solicita que se le indemnice bien mediante una *“compensación en especie”* siendo contratada como docente de modo permanente o bien que le sea abonada mediante pagos periódicos.

TERCERO.- 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 24 de mayo de 2016 la subdirectora general de régimen jurídico requiere a la reclamante para que acredite los gastos alegados mediante facturas, certificación y otra documentación, y para que aporte informes de vida laboral y de percepción de subsidios por desempleo o bien autorice a la Administración para obtenerlos. La reclamante cumplimenta el citado requerimiento con escrito de fecha 3 de junio (folios 186 a 189 y 192 a 197).

Consta en el expediente que el Servicio Público de Empleo Estatal y la Tesorería General de la Seguridad Social, emitieron un certificado de fecha 5 de julio de 2016 en el que se hace constar que la interesada percibió 8.933,51 euros netos en el período del 29 de octubre de 2013 al 30 de junio de 2014, e informe de vida laboral en el que consta que desde el 26 de julio de 2013 al 19 de octubre de 2014 la reclamante se encontraba en situación de "*Prestación desempleo. Extinción*" (folios 198 a 208 y 211 a 213).

Con fecha 24 de mayo de 2016 se solicita informe a la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte, solicitud que se reitera el 19 de octubre de 2016 (folios 190, 191, 219 y 220).

Consta un informe de 24 de noviembre de 2016 de la directora general de recursos humanos (folios 221 a 230).

El citado informe entiende que no hay ninguna sentencia que anule "*disposición alguna con carácter general*". Afirma que en diversos procesos contenciosos administrativos –como es el caso que es objeto de examen– 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 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.

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”*, añade que *“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 *óbiter dicta*.

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

Acompaña un cuadro del que resulta que la reclamante no fue excluida de las listas extraordinarias.

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 para 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.

Con fecha 3 de enero de 2017 se solicita de la citada Dirección que remita un informe sobre las retribuciones que habrían correspondido a la reclamante (folios 233 y 234).

El 26 de enero de 2017 se remite el citado informe (folios 235 a 241). Tras exponer la posición que ocupaba en la lista y las solicitudes que efectuó, añade que la reclamante *«en fecha 28/10/2013 manifestó "me veo obligada a solicitar aplazamiento de contrato para el curso 2013-2014 (por cursar estudios conducentes) ... al estar matriculada en la Universidad Camilo José Cela de adaptación al Grado y en la Escuela Oficial de Idiomas ... si hubiera continuado como disponible habría sido citada para el acto público de 0597EI de fecha 31/10/2013" y que podría haber trabajado los periodos de tiempo "desde el 31/10/2013 hasta 07/01/2014 y desde 22/01/2014 hasta 25/06/2014»* El informe concluye que la interesada reclama 21.057,48 euros de retribuciones, y que podría haber percibido las siguientes cantidades con carácter bruto:

- 5.908,46 euros por el periodo del 31 de octubre de 2013 al 7 de enero de 2014.

- 13.418,80 euros por el periodo del 22 de enero al 25 de junio de 2015.

El 6 de marzo de 2017 se notifica el trámite de audiencia conferido a la reclamante que presenta escrito de alegaciones el 9 de marzo (folios 242 a 271).

En el citado escrito, además de quejarse por el considerable retraso en la tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, se ratifica en su reclamación inicial.

Adjunta la sentencia nº 78/2015 de 19 de febrero de 2015 del Juzgado de lo Contencioso nº 32 de Madrid en la que se condena a la Comunidad de Madrid y solicita que se adjunten al expediente las siguientes sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid:

-Sentencia de 3 de noviembre de 2015 (Rec. Apelación 376/2015).

-Sentencia de 6 de noviembre de 2015 (Rec. Apelación 309/2015).

-Sentencia de 28 de septiembre de 2016 (Rec. Apelación 204/2016).

-Sentencia de 28 de octubre de 2016 (Rec. Apelación 240/2016).

En concreto, la sentencia que aporta del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 32 de Madrid, relativa al recurso que interpuso la reclamante, recoge en su F.J. Cuarto que *“lo razonado hasta ahora no permite entrar a conocer de la viabilidad de homologación de méritos o titulación aportada, porque lo que procede es ordenar la retroacción de actuaciones al momento en que han de ser evaluadas las titulaciones presentadas por el órgano competente dentro de la esfera de organización educativa, con las consecuencias correspondientes en orden a establecer el orden de prelación en las listas confeccionadas.”*, y en su Fallo que *“ordeno la retroacción de actuaciones en el seno de la Administración educativa al*

momento de resolver lo que en Derecho proceda sobre la solicitud presentada por la recurrente en fecha 18 de octubre de 2013”.

Tras incorporarse al expediente copia de las sentencias interesadas y hacerle entrega de copia de los documentos que interesó, la reclamante presenta dos escritos de alegaciones el 7 de abril de 2017 reiterándose en su queja por el considerable retraso en la tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial y en su solicitud indemnizatoria (folios 310 a 323).

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 (folios 324 a 369).

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- 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, conforme al cual este órgano deberá ser consultado en el caso de *“Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: a. Reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando la cantidad reclamada sea igual o superior a quince mil euros o la cuantía sea indeterminada”*.

En el presente caso, la reclamante cuantifica el importe de la indemnización en más de 15.000 euros, por lo que resulta preceptivo el dictamen de esta Comisión Jurídica Asesora.

SEGUNDA.- La tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial iniciado a instancia de interesada según consta en los antecedentes, se encuentra regulada en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante LPAC), al igual que lo hacían los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, desarrollados en el RPRP.

La disposición transitoria tercera de la LPAC dispone que *“a los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior”*, por ello, al haberse iniciado el procedimiento de responsabilidad patrimonial con anterioridad a la entrada en vigor de la LPAC según su disposición final séptima, la tramitación se regirá por los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, desarrollados en el RPRP.

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 dictámenes anteriores, entre otros el 520/09, de 12 de diciembre y 27/10, de 10 de febrero de 2010.

En este caso, en la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 32 de Madrid aportada por la reclamante consta su notificación el 25 de febrero de 2015, y en la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que resolvió el recurso de apelación, consta su notificación el 13 de noviembre de 2015 por lo que la reclamación, interpuesta el día 17 de marzo de 2016, está 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 y se ha otorgado el trámite de audiencia contemplado en los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP.

El transcurso del plazo de seis meses establecido en el artículo 13.3 del RPRP para resolver y notificar la resolución, no exime a la Administración de su obligación de resolver expresamente y sin vinculación alguna con el sentido del silencio desestimatorio producido (arts. 42.1 y 43.4.b) de la LRJ-PAC), ni, en consecuencia, a esta Comisión Jurídica Asesora de informar la consulta.

TERCERA.- 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 contenía en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, al igual que hoy se encuentra en la LPAC y en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP).

Tiene declarado el Tribunal Supremo, por todas en sentencia de su Sala de lo Contencioso-Administrativo de 6 de abril de 2016 (RC 2611/2014), que la viabilidad de la acción de responsabilidad patrimonial de la Administración requiere, conforme a lo establecido en el artículo 139 de la LRJ-PAC y una reiterada jurisprudencia que lo interpreta:

a) la efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizadamente 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 de los servicios públicos en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa-efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal;

c) ausencia de fuerza mayor, y

d) que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño.

Ha destacado esa misma Sala (por todas, en Sentencia de 16/3/2016, RC 3033/2014), que es el concepto de lesión el que ha permitido configurar la institución de la responsabilidad patrimonial con las notas características de directa y objetiva, dando plena armonía a una institución como garantía de los derechos de los ciudadanos a no verse perjudicados de manera particular en la prestación de los servicios públicos que benefician a la colectividad, y que ese concepto de lesión se ha delimitado con la idea de constituir un daño antijurídico. Pero que “... *lo relevante es que la antijuridicidad del daño es que no se imputa a la legalidad o no de la actividad administrativa -que es indiferente que sea lícita o no en cuanto que la genera también el funcionamiento anormal de los servicios- o a la misma actuación de quien lo produce, que remitiría el debate a la culpabilidad del agente que excluiría la naturaleza objetiva; sino a la ausencia de obligación de soportarlo por los ciudadanos que lo sufren. Con ello se configura la institución desde un punto de vista negativo, porque es el derecho del ciudadano el que marca el ámbito de la pretensión indemnizatoria, en cuanto que sólo si existe una obligación de soportar el daño podrá excluirse el derecho de resarcimiento que la institución de la responsabilidad comporta... Interesa destacar que esa exigencia de la necesidad de soportar el daño puede venir justificada en relaciones de la más variada naturaleza, sobre la base de que exista un título, una relación o exigencia jurídica que le impone a un determinado lesionado el deber de soportar el daño*”.

CUARTA.- Con carácter previo al análisis de la responsabilidad patrimonial planteada por la reclamante ha de hacerse constar 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 que obligó a la reclamante a solicitar un aplazamiento de contrato para el curso 2013-2014, para cursar los estudios conducentes de adaptación al Grado sin poder ser contratada para ese curso, le ha originado un daño antijurídico.

Que existe un daño es evidente puesto que no fue llamada al acto de 28 de octubre de 2013 al no estar disponible por haber solicitado un aplazamiento para hacer un curso de adaptación y se le privó de prestar servicios y consecuentemente, de percibir las correspondientes retribuciones, habiendo cuantificado económicamente la propia Consejería tales daños si bien discrepa con la reclamante en los periodos durante los cuales habría sido llamada y los conceptos.

Antes de entrar a valorar su procedencia y cuantificación, examinamos la concurrencia o no de los demás requisitos.

Puesto que la necesidad de estar en posesión del correspondiente Grado ha sido dispuesta por la Comunidad de Madrid 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, tal y como ya nos hemos pronunciado en los dictámenes 329/17 y 337/17, de 3 y 9 de agosto.

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, 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 Ecuación 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 actuación de la Comunidad de Madrid que obligó a la reclamante a solicitar aplazamiento para efectuar el curso de adaptación al Grado y consecuente no ser contratada interina durante el curso 2013-2014, le ocasionó un daño antijurídico.

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

CONCLUSIÓN

Procede desestimar la reclamación de responsabilidad patrimonial formulada 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 356/17

Excmo. Sr. Consejero de Educación, Juventud y Deporte

C/ Alcalá, 30-32 – 28014 Madrid