

Dictamen nº: **339/17**  
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 11 de marzo 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 en el que señala que ha venido prestando servicios como funcionaria interina en puestos del Cuerpo de Maestros especializados en educación infantil durante varios cursos escolares. La reclamante indica que el título habilitante para el ejercicio de la docencia era el de diplomada en profesorado de Educación General Básica, emitido por la Escuela Universitaria “Santa María” de Madrid el 14 de mayo de 1987, así como el título de especialista universitario en educación infantil emitido por la

Universidad Nacional de Educación a Distancia, expedido el 31 de enero de 2001, según afirma, conforme la Orden Ministerial de 11 de enero de 1996.

Según afirma la reclamante, la Dirección General de Política Universitaria del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte reconoció que los cursos convocados en virtud de 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. Considera que su titulación está amparada por el Convenio suscrito entre el citado Ministerio y la Universidad Nacional de Educación a Distancia el 14 de febrero de 1991 y que produjo efectos hasta el curso 2001-2002.

La interesada expone 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 una puntuación total de 3,2314 puntos.

La reclamante considera que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en diversas sentencias (así Sentencia 642/2015, de 3 de noviembre y Sentencia 686/2015, de 6 de noviembre) ha establecido que esa titulación es válida para ejercer como profesora docente no universitaria interina.

Continuando con el relato fáctico de su reclamación, la interesada expone que el 9 de diciembre de 2013 solicitó a la Consejería de Educación, Juventud y Deporte una certificación de validez del título del que disponía la reclamante, solicitud que fue inadmitida por extemporánea y contra la que se interpuso recurso de alzada. Contra la desestimación presunta del recurso de alzada se interpuso recurso

contencioso-administrativo lo que dio lugar al Procedimiento Abreviado 468/2014 que en el momento de la reclamación se tramita en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 16 de Madrid.

La interesada expone que el 3 de marzo de 2014 fue llamada para cubrir una interinidad si bien le fue denegada la toma de posesión por ausencia de titulación suficiente para impartir la docencia.

Según el escrito de reclamación la interesada no pudo trabajar como funcionaria interina docente no universitaria desde la indicada fecha de 3 de marzo hasta el 30 de junio de 2014 y, al ser retirada de la lista definitiva ordenada por puntuación, tampoco fue llamada para el curso escolar 2014-2015, siéndolo en su lugar una persona de la lista de espera que tenía menor puntuación que la interesada.

La interesada considera que el error de la Comunidad de Madrid al no aceptar como válida su titulación le ha originado un daño antijurídico consistente en la privación de las retribuciones que le habrían correspondido desde el 3 de marzo al 30 de junio de 2014 y desde el 24 de febrero al 30 de junio de 2015, por lo que reclama el importe de dichas retribuciones en la cuantía que determine a tal efecto la Comunidad de Madrid.

La interesada aporta junto a su escrito de reclamación determinada documentación entre la que se incluyen las copias de sus titulaciones.

**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 22 de junio de 2016 se notificó a la interesada el requerimiento de la subdirectora general de régimen jurídico 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 23 de junio de 2016.

Por Orden del Consejero de Educación, Juventud y Deporte de 28 de julio 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.

Acompaña un 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 170 a 178 del expediente la diligencia de ordenación del Juzgado de lo Contencioso- Administrativo nº 16, de Madrid, por la que se declara firme la Sentencia de 6 de junio de 2016 del mencionado juzgado. En la citada sentencia se estima parcialmente el recurso contencioso-administrativo interpuesto por la interesada ordenando la retroacción de actuaciones al momento de presentación del recurso de alzada a fin de que la Administración valore los títulos de la reclamante.

También obra en el expediente (folio 195) el certificado expedido el 6 de julio de 2016 por el Servicio Público de Empleo Estatal en el que consta que la interesada percibió la cantidad de 3.872,84 euros en el periodo comprendido entre el 30 de marzo al 30 de junio de 2014 y la cantidad de 4.570,13 euros en el periodo de 24 de febrero al 30 de junio de 2015.

Con fecha 30 de noviembre de 2016 se solicitó a la Dirección General de Recursos Humanos que remitiera un informe sobre las retribuciones que habrían correspondido a la reclamante.

El 26 de enero de 2017 se remite el citado informe en el que se concluye que la interesada podría haber percibido las siguientes cantidades con carácter bruto:

- 10.082,11 euros por el periodo del 3 de marzo de 2014 al 30 de junio de 2014.

- 10.840,34 euros por el periodo del 24 de febrero de 2015 al 30 de junio de 2015.

Una vez instruido el procedimiento se confirió trámite de audiencia a la interesada que formuló alegaciones el 8 de marzo de 2017. En el citado escrito, además de dirigir su reproche a la Administración por el considerable retraso en la tramitación del procedimiento de responsabilidad patrimonial, se ratifica en su reclamación inicial. Además adjunta la sentencia de 6 de junio de 2016 del Juzgado de lo Contencioso nº 16 de Madrid en la que se ordena a la Comunidad de Madrid la retroacción de las actuaciones a fin de que la Administración valore los títulos de la reclamante 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).

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.-** 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.

**SEGUNDA.-** 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, en la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 16 de Madrid aportada por la reclamante consta su notificación el 14 de junio de 2016 por lo que la reclamación, interpuesta con anterioridad a esa fecha, está dentro del plazo legal.

El órgano petionario 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.

**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 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.

**CUARTA.-** 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.

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 28 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 339/17

Excmo. Sr. Consejero de Educación, Juventud y Deporte

C/ Alcalá, 30-32 – 28014 Madrid