

Dictamen n.º: **346/17**  
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, en su sesión de 7 de septiembre de 2017, aprobado por unanimidad, sobre 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 procedimiento de responsabilidad patrimonial promovido por Dña. ....., por los daños y perjuicios derivados de no haber sido nombrada funcionaria docente interina durante el curso 2013/2014, al no aceptarse su título de Especialista Universitario en Educación Infantil, expedido por la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** Por escrito presentado en el registro de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte el día 3 de marzo de 2016 dirigido a la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte, la interesada antes citada, formula reclamación de responsabilidad patrimonial por daños y perjuicios derivados de no haber sido nombrada funcionaria docente interina durante el curso 2013/2014, al no aceptarse su título de Especialista Universitario en Educación Infantil, expedido por la Universidad Nacional de Educación a Distancia.

La interesada manifiesta que había 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 manifiesta, la Dirección General de Política Universitaria del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte reconoció que los cursos convocados conforme a tal Orden habilitaban 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, por la que se regulan las titulaciones mínimas que deben poseer los profesores de los centros privados de Educación Infantil y Primaria. La reclamante considera que su titulación está amparada por el Convenio suscrito entre el Ministerio y la Universidad Nacional de Educación a Distancia el 14 de febrero de 1991 y que produjo efectos hasta el curso 2001-2002.

Según expone en su escrito de reclamación, la interesada formaba 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 formaron 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, 5582 puntos.

Alega que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en diversas sentencias (sentencia 642/2015, de 3 de noviembre y 686/2015, de 6

de noviembre) ha declarado que esa titulación es válida para ejercer como profesora docente no universitaria interina.

La reclamante expone que la Administración educativa madrileña se cuestionó la validez de ese título, como se puso de manifiesto en julio de 2013 en la Mesa Sectorial, al considerar que el título de Especialista en Educación Infantil de la UNED no era válido para trabajar en la Comunidad de Madrid, al no aparecer en el anexo de corrección de errores de la Resolución de 17 de mayo de 2013, 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 2013-2014. Por ello, solicitaron una certificación de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte *“sobre la validación de los títulos que disponía a los efectos de nombramiento como profesora docente interina al servicio de la misma”*.

La solicitud de certificación de validez del título, presentada el día 30 de diciembre de 2013, fue inadmitida por extemporánea lo que le obligó a presentar un recurso contencioso administrativo que se tramita en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 2 de Madrid (P.A. 453/2014).

La reclamante, para evitar ser excluida de la lista, siguiendo las instrucciones de la Dirección General de Recursos Humanos, solicitó un aplazamiento de contrato y se matriculó en el Curso de Adaptación al Grado de Infantil (Desde Primaria o EGB), en la Universidad Camilo José Cela, a través de la Academia Magister y en el Programa “That’s English”. Ello supuso que no pudo trabajar durante el curso 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 la privación de las retribuciones que le habrían

correspondido desde el 5 de septiembre de 2013 al 30 de junio de 2014 y así como los gastos del curso en el que tuvo que matricularse y que ascendieron a 4.832 € y añade que *«está dispuesta a sustituir la indemnización pertinente por una “compensación en especie”, tal como contratación docente al servicio de la Comunidad de Madrid, de modo permanente, o “ser abonada mediante pagos periódicos” previa oferta escrita al respecto por parte de la Administración educativa madrileña»*.

**SEGUNDO.-** Del estudio del expediente resultan los siguientes hechos, de interés para la emisión del presente Dictamen:

1.- Por Resolución de 17 de mayo de 2013, de la Dirección General de Recursos Humanos, 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 2013-2014.

2.- Por Orden 2749/2013, de 2 de septiembre, de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte, se regulan las bases para la formación de listas extraordinarias de aspirantes para cubrir puestos docentes en régimen de interinidad del Cuerpo de Maestros.

3.- Por Resolución de 3 de septiembre de 2013, de la Dirección General de Recursos Humanos, 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 que aparece admitida la reclamante para el Cuerpo de Maestros, Especialidad de Educación Infantil con el número de orden 3 al haber obtenido una puntuación de 3,5582.

4.- Con fecha 2 de octubre de 2013 presentó escrito-formulario en el que manifestaba que estando en posesión del título de Especialista Universitario de Educación Infantil de la UNED y habiendo venido

trabajando en Educación Infantil en la Comunidad de Madrid en años anteriores, con base en dicho título, solicitaba que fuese considerado válido dicho título para impartir la especialidad (folios 64 a 67).

5.- El anterior escrito fue contestado a efectos de conocimiento por el subdirector general de Gestión del Profesorado de Educación Secundaria Formación Profesional y Régimen Especial el día 8 de octubre de 2013, en el sentido de informarle la normativa por la que se regulaba 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 que se recogía en la Resolución de la Dirección General de Recursos Humanos de 17 de Mayo de 2013, y que conforme a dicha normativa la titulación que aportaba la recurrente no se encontraba entre las admitidas para el desempeño del puesto (folio 68).

6.- Con fecha 6 de noviembre de 2013 presenta nuevo escrito-formulario en el que manifiesta que aunque el título que posee no se encuentra entre los que se refieren en la anterior Resolución, solicita que para el supuesto que sea llamada para hacer sustituciones le sea permitido trabajar como maestra interina en Educación Infantil con fundamento en la experiencia que posee y la titulación aportada (folio 69).

7.- El día 12 de noviembre de 2013 se contesta nuevamente el anterior escrito, también a efectos de conocimiento por el subdirector general de Gestión del Profesorado de Educación Secundaria Formación Profesional y Régimen Especial, en el sentido de reiterar lo manifestado anteriormente de que el título pretendido no se encuentra recogido entre los que habilitan para ejercer como maestro de Educación Infantil.

8.- Con fecha 29 de enero de 2014 presenta escrito, con fundamentación, en el que vuelve a reiterar sus anteriores peticiones y añade otras relativas a la suspensión cautelar de su presencia en las lista de aspirantes y subsidiariamente la no exclusión de las listas de aspirantes por estar cursando estudios para adquisición de una especialidad diferente (folios 72 a 90).

9.- El día 11 de febrero de 2014 se dicta, por la directora general de Recursos Humanos, resolución por la que se inadmite por extemporáneo el escrito (folios 91 a 94), siendo esta la resolución objeto recurso de alzada y contra la desestimación presunta se interpuso recurso contencioso-administrativa. El recurso de alzada fue, finalmente, resuelto por Resolución de 13 de noviembre de 2014 (folios 95 a 104).

10.- Interpuesto recurso contencioso-administrativa contra la desestimación presunta del recurso de alzada y su posterior Resolución, de 13 de noviembre de 2014, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Madrid (Procedimiento Abreviado 453/2014) dictó sentencia de 7 de mayo de 2015 por la que acuerda desestimar el recurso interpuesto al considerar extemporánea la pretensión de la recurrente (folios 160 a 163). Dice la sentencia:

*“(...). Y la respuesta, en el momento en el que se efectúa la petición, no puede ser otra que la negativa pues las bases por las que se regulaba el proceso de selección que se contiene en la Resolución de 17 de Mayo de 2013 establecía las exigencias para poder formar parte de las listas de interinos, aunque la acreditación de dichas exigencias debían de aportarlas en el momento en el que fuesen llamados para ocupar el puesto, en el momento de tomar posesión, so pena de ser excluidos de las listas caso de no ostentar los requisitos. En consecuencia si la hoy recurrente discrepaba de la no inclusión de su título entre los que se consideraban válidos para desempeñar el puesto, debió de impugnar la citada Resolución de 17 de Mayo. Y no*

*es óbice a dicha conclusión la pretendida falta de notificación de dicha resolución, pues no cabe olvidar que la misma fue publicada en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid nº 121 de 23 de mayo de 2013 y en el mismo se recogía que la citada Resolución era susceptible de recurso de alzada”.*

La sentencia no fue recurrida por la reclamante por lo que se declaró firme por Diligencia de Ordenación de 24 de junio de 2015 (folio 159).

**TERCERO.-** Presentada la reclamación y acordada la instrucción del expediente, se tramita conforme a lo previsto en el Reglamento que regula el Procedimiento en materia de Responsabilidad Patrimonial, aprobado por el Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo, (en adelante, RPRP). El 25 de mayo de 2016 la subdirectora general de régimen jurídico requiere a la reclamante para que concrete el importe indemnizatorio pretendido y aporte informes de vida laboral y de percepción de subsidios por desempleo correspondientes al período comprendido entre el 5 de septiembre de 2013 y el 30 de junio de 2014 o bien autorice a la Administración para obtenerlos de la TGSS y del SEPE (folios 164 y 165). La reclamante cumplimenta el citado requerimiento el 1 de junio.

Con fecha 25 de mayo de 2016 se solicita informe a la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte, solicitud que se reitera el 19 de octubre de 2016.

Consta un informe de 24 de noviembre de 2016 de la directora general de Recursos Humanos (folios 195 a 204).

El citado informe entiende 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 2103 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”*.

Acompaña un cuadro del que resulta que la reclamante no fue excluida de las listas extraordinarias, al encontrarse cursando estudios conducentes a la obtención de la titulación necesaria para la adquisición de una especialidad diferente y que su recurso contencioso-administrativo fue estimado.

El informe 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, es por lo que se estima que procede entrar al fondo de sus reclamaciones”*, si bien han de ser desestimadas al no existir un daño antijurídico.

Con fecha 30 de noviembre de 2016 se solicita de la citada Dirección que remita un informe sobre las retribuciones que habrían correspondido a la reclamante.

El 26 de enero de 2017 se remite el citado informe (folio 209 a 214). Tras una exposición sobre los puestos que, de forma interina, podría haber ocupado la reclamante, concluye que podría haber percibido las siguientes cantidades con carácter bruto:

- 5.997,33 € en el periodo del 12 de febrero de 2014 a abril de 2014.

- 3.426,29 euros por el periodo los meses de mayo y junio de 2014.

Con fecha 23 de febrero de 2017 se concede trámite de audiencia a la reclamante (notificado el día 6 de marzo de 2017) que presenta escrito de alegaciones el 15 de marzo.

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.

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).

Con fecha 7 de abril de 2017 la interesada presenta nuevo escrito en el que protesta en la demora en la tramitación del procedimiento y solicita la terminación convencional del mismo.

El 7 de junio de 2017 se formula propuesta de resolución (folios 272 a 317) proponiendo la desestimación de la reclamación al no tener el daño la condición de antijurídico.

**CUARTO.-** Por escrito del consejero de Educación, Juventud y Deporte con registro de entrada en la Comisión Jurídica Asesora el día 3 de julio de 2017 se formuló preceptiva consulta a este órgano.

Ha correspondido la solicitud de consulta del presente expediente, registrada en la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid con el nº 291/17, a la letrada vocal Dña. Rocío Guerrero Ankersmit que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberada y aprobada, por el Pleno de esta Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 7 de septiembre de 2017.

El escrito de solicitud de dictamen preceptivo está acompañado de documentación en soporte CD, adecuadamente numerada y foliada, que se considera suficiente.

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes,

### **CONSIDERACIONES DE DERECHO**

**PRIMERA.-** La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo, de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, al tratarse de una reclamación de responsabilidad

patrimonial de cuantía superior a quince mil euros y por solicitud del consejero de Educación, Juventud y Deporte, órgano legitimado para ello de conformidad con lo dispuesto en el artículo 18.3.a) del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, aprobado por el Decreto 5/2016, de 19 de enero, (en adelante, ROFCJA).

Según los cálculos efectuados por la Administración a instancias de la reclamante y atendiendo a los periodos exigidos por esta, la indemnización que estaría solicitando alcanzaría la cantidad de 25.293,69 €.

Con carácter previo, hemos de señalar que, en virtud de lo dispuesto en la Disposición Transitoria Tercera a) de la Ley 39/2015 de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, a este procedimiento le resulta de aplicación la normativa anterior por haberse iniciado antes de su entrada en vigor.

**SEGUNDA.-** 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 el presente caso, dictada la sentencia del Juzgado nº 2 de lo Contencioso-Administrativo el día 7 de mayo de 2015, la reclamación presentada el día 3 de marzo de 2016 estaría formulada en plazo. Ahora bien, debe tenerse en cuenta el hecho significativo de que esta sentencia que devino firme al no haber sido recurrida, no anuló la Resolución del Consejero de Educación, Juventud y Deporte de 13 de noviembre de 2014, sino que la confirmó al considerarla ajustada a derecho.

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.

**TERCERA.-** Debemos partir de la consideración de que el instituto de la responsabilidad patrimonial de la Administración, que tiene su fundamento en el artículo 106.2 de la Constitución, y su desarrollo en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, y, en la actualidad, en las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, exige la concurrencia de los siguientes requisitos, según una constante y reiterada jurisprudencia, de la que puede destacarse la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de marzo de 2011 (recurso 3261/2009):

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, alterando, el nexo causal.

c) Ausencia de fuerza mayor.

d) Que el reclamante no tenga el deber jurídico de soportar el daño cabalmente causado por su propia conducta.

Igualmente recoge dicha Sentencia que:

“La jurisprudencia de esta Sala (por todas la STS de 1 de julio de 2009, recurso de casación 1515/2005 y las sentencias allí recogidas) insiste en que *"no todo daño causado por la Administración ha de ser reparado, sino que tendrá la consideración de auténtica lesión resarcible, exclusivamente, aquella que reúna la calificación de antijurídica, en el sentido de que el particular no tenga el deber jurídico de soportar los daños derivados de la actuación administrativa"*”.

**CUARTA.-** Como ha señalado esta Comisión Jurídica Asesora en sus anteriores dictámenes 329/17, de 3 de agosto y 337/17, de 9 de agosto, con carácter previo al análisis de la responsabilidad patrimonial planteada por la reclamante, ha de hacerse constar que este procedimiento no tiene por objeto 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 exigiendo una determinada titulación para poder continuar incluida en la lista de interinos de maestros le ha originado un daño antijurídico.

Que existe un daño es evidente puesto que no fue llamada al acto de ofrecimiento de plazas de 14 de marzo de 2014 al no estar disponible por haber solicitado un aplazamiento para hacer un curso en una especialidad diferente según lo dispuesto en la Resolución de 17 de mayo de 2013 lo que le privó de prestar servicios y, consecuentemente, de percibir las correspondientes retribuciones.

La propia Consejería ha cuantificado económicamente tales daños si bien discrepa con la reclamante en cuanto a los periodos durante los cuales habría sido llamada y en cuanto a los conceptos que reclama puesto que incluye los gastos del curso realizado y no detrae lo percibido por la prestación de desempleo. No obstante, antes de entrar a valorar su procedencia y cuantificación, examinaremos la concurrencia o no de los demás requisitos necesarios para declarar la existencia de responsabilidad patrimonial.

Puesto que la necesidad de estar en posesión del correspondiente Grado fue dispuesta por la Comunidad de Madrid, tal y como se reflejaba en la Resolución de 17 de mayo de 2013, resulta igualmente acreditada la relación de causalidad entre el daño y el funcionamiento de los servicios públicos.

Resta, por tanto, determinar si el daño es antijurídico, es decir, si la reclamante tenía o no obligación de soportarlo.

Para que concurriese el requisito de la lesión a efectos de su resarcimiento como consecuencia de la responsabilidad patrimonial de la Administración, sería preciso que no existiesen causas de justificación que legitimasen como tal el perjuicio de que se tratara, como sucede cuando concurre un título jurídico que determina o impone inexcusablemente ese perjuicio. Así resulta que la lesión no sería antijurídica cuando el particular estuviese obligado a soportar las consecuencias perjudiciales de la actuación administrativa.

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 anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a indemnización (...)”*.



Como se ha encargado de recordar la jurisprudencia (vid. sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 5ª, de 31 de marzo de 2008), el derecho al resarcimiento económico no es una derivación directa de la declaración de nulidad o anulación de la resolución impugnada. En efecto, dice la misma sentencia, *“el artículo 142.4 de la Ley 30/1992 no determina per se el derecho a indemnización, pero tampoco lo excluye, de manera que no constituye un obstáculo para que el derecho a ser indemnizado pueda ser reconocido cuando se cumplan los requisitos señalados en el artículo 139 de la misma Ley”*.

En este caso, la sentencia de 7 de mayo de 2015 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Madrid confirmó la resolución administrativa y acordó desestimar el recurso interpuesto por la reclamante al considerar extemporánea la pretensión de la recurrente y esta se aquietó ante dicha resolución desestimatoria a sus pretensiones, por lo que no puede sostenerse que estemos ante un daño antijurídico.

Además, la Administración actuó dentro de los límites de lo razonable. La sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 2010, señala que *“(...) es en relación con la antijuridicidad del daño en tales casos que se ha incidido de manera especial en la jurisprudencia, 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 la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de febrero de 2009 se indica lo siguiente:

*“En definitiva, para apreciar si el detrimento patrimonial que supone para un administrado el funcionamiento de un determinado servicio*

*público resulta antijurídico ha de analizarse la índole de la actividad administrativa y si responde a los parámetros de racionalidad exigibles. Esto es, si, pese a su anulación, la decisión administrativa refleja una interpretación razonable de las normas que aplica, enderezada a satisfacer los fines para los que se la ha atribuido la potestad que ejerce”.*

Surge así la conocida doctrina llamada del margen de tolerancia en la actuación de la Administración, de tal modo que para valorar la antijuridicidad del daño causado no bastaría con la concurrencia de la anulación de la resolución administrativa, sino que sería precisa la concurrencia de una actuación pública fuera de cauces razonables.

Más recientemente la sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2017 (recurso 2040/2014) cita a su vez 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 este caso, la Resolución de 17 de mayo de 2013 de la Dirección General de Recursos Humanos por la que se regulaba 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, no incluyó en su Anexo I los títulos de especialista universitario en Educación Infantil para el desempeño de puestos de esa especialidad.

El Tribunal Superior de Justicia de Madrid (sección séptima) dictó varias sentencias en las que consideró válida esa titulación: 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 máxime cuando, en relación con el presente caso, existe un pronunciamiento firme de un órgano jurisdiccional (el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 2 de Madrid) que ha respaldado la actuación administrativa en contra de las pretensiones de la reclamante sin que esta haya recurrido dicha decisión.

Además, 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. En este sentido se ha pronunciado esta Comisión en recientes Dictámenes (el Dictamen 329/2017, de 3 de agosto, y el de 337/2017 de 9 de agosto).

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 las sentencias de la Sección Octava y la de la Sección Tercera y, por tanto, 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 por lo que no puede afirmarse que la Administración haya actuado fuera de cauces razonables cuando incluso -y en el caso de la reclamante con pronunciamiento específico no recurrido por la reclamante-, hay tribunales que han avalado dicha actuación, por lo que no puede declararse la antijuridicidad del daño.

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

### **CONCLUSIÓN**

Procede la desestimación de la reclamación por responsabilidad patrimonial presentada al no haberse acreditado la existencia de un daño 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 346/17

Excmo. Sr. Consejero de Educación, Juventud y Deporte

C/ Alcalá, 30-32 – 28014 Madrid