

Dictamen nº:

**357/17**

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*”), 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 3 de marzo de 2016, tuvo entrada en el registro de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte Aranjuez un escrito presentado por la reclamante 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 Magisterio, especialidad de Educación Primaria, 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. Considera 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 una puntuación total de 3,4855 puntos, con el número de orden 18.

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 habilitada 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, en la fecha de la reclamación,

se estaba tramitando en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 30 de Madrid (P.A. 449/2014).

Afirma que fue llamada para cubrir una interinidad el 18 de noviembre de 2013 pero, si bien llegó a tomar posesión el 5 de diciembre de 2013, fue expulsada de las listas de interinos docentes porque su titulación no era válida, por lo 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 se le ha infligido un daño antijurídico consistente en 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, y el gasto de 4.605 euros correspondiente al curso de adaptación al Grado de Educación Infantil al que se ha hecho anterior referencia.

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 6 de febrero al 30 de junio de 2014, en que finalizó el curso escolar.

Por otra parte, alega que, para poder acceder a las listas de aspirantes y siguiendo indicaciones de la propia Consejería, se matriculó en la Universidad con el objeto de obtener un aplazamiento del contrato. En concreto, se matriculó en un curso de adaptación al Grado de la Universidad Camilo José Cela a través de la Academia Magister, cuya matrícula le costó 4.605 euros.

Aporta determinada documentación y solicita la tramitación por el procedimiento abreviado.

**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 26 de mayo de 2016 la subdirectora general de régimen jurídico requiere a la reclamante para que aporte facturas de pago del curso y certificación de asistencia al mismo, informe de vida laboral sobre el período cuyas retribuciones se reclaman y de percepción de subsidios por desempleo o bien autorice a la Administración para obtenerlos. La reclamante cumplimenta el citado requerimiento el 2 de junio.

Con fecha 26 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.

Consta un informe de 24 de noviembre de 2016 de la Directora General de Recursos Humanos.

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 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*”.

Acompaña un cuadro del que resulta que la reclamante fue excluida de las listas extraordinarias por no reunir el requisito de titulación.

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.

Con fecha 24 de junio de 2016 se solicita al SEPE que informe sobre las prestaciones por desempleo abonadas a la reclamante durante el tiempo cuyas retribuciones reclama. En la misma fecha se pidió a la Tesorería General de la Seguridad Social, Dirección Provincial de Madrid, el informe de vida laboral de la interesada.

Su jefe de Sección de Prestaciones, mediante certificación de 5 de julio de 2016, certificó el pago de 4.665,08 euros correspondientes al periodo entre el 6 de febrero y el 30 de junio de 2014.

Mediante Orden de 21 de julio de 2016 se admitió la reclamación y comunicó la interesada el plazo para su resolución así como el sentido de un posible silencio administrativo.

El 26 de julio, la jefa de Sección de la Subdirección General de Gestión Centralizada de la Dirección Provincial de Madrid de la

Tesorería General de la Seguridad Social, había figurado en situación de alta durante 145 días (4 meses y 25 días) durante el período objeto de reclamación.

Con fecha 30 de noviembre de 2016 (reiterado el 3 de enero de 2017) se solicita de la Dirección General de Recursos Humanos que remita un informe sobre las retribuciones que habrían correspondido a la reclamante.

El 26 de enero de 2017 se emite el citado informe. Sobre la situación de la reclamante, se expresa:

*«1. [La actual reclamante], figuraba incluida, por Resolución de 3 de septiembre de 2013 (BOCM, de 3 de septiembre) 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 lista Tipo 2, Subtipo 2, de la especialidad de Educación Infantil, 0597EI, con nº de orden 18 y una puntuación de 3,4855 puntos.*

*2. Por Resolución de 3 de septiembre de 2013, de la Dirección General de Recursos Humanos, se ordena la exposición de las listas provisionales de aspirantes a interinidad que forman parte de las listas extraordinarias del Cuerpo de Maestros, que han solicitado puestos de carácter voluntario, para el curso 2013-2014. No consta que [la actual reclamante] solicitara Puestos de Carácter Voluntario.*

*3. En fecha 9 de diciembre de 2013, registro de entrada REF: 99/151727.9/13, [la actual reclamante] presenta escrito en el que, entre otros asuntos manifiesta que ante la incertidumbre ha debido matricularse en la Facultad de Ciencias Sociales y de la Educación,*

*de la Universidad Camilo José Cela, estando cursando estudios de Grado de Magisterio en Educación Infantil y que, en consecuencia, procede considerarlo como justificación suficiente para la no exclusión de las listas den aspirantes. Se procedió a contemplar su petición de no disponibilidad.*

*4. Caso de no haber solicitado su no disponibilidad, [la actual reclamante] habría sido citada el día 5 de febrero de 2014 para el Acto Público de la especialidad de Educación Infantil que se desarrolló en fecha 6 de febrero de 2014, en la Oficina de Asignación Centralizada del Profesorado Interino. La aspirante a interinidad con el número de orden posterior (...) (número 19 de la lista 0597EI, Tipo 2, Subtipo 2) no pudo elegir en dicho Acto Público. Fue citada de nuevo para el acto público del 10 de febrero, eligiendo puesto docente en el CEIP "Rosalía de Castro", 28028532. Cuando acudió a la DAT Sur no pudo formalizarse su contrato porque no reunía los requisitos de titulación.*

*La citada plaza en el CEIP "Rosalía de Castro" fue de nuevo ofertada en el acto público del día 11 de febrero. Fue elegida por Dª. Susana Rivas Téllez, que la ocupó desde el 11 de febrero hasta el 30 de junio de 2014.*

*De lo que se desprende que [la actual reclamante] habría podido trabajar desde el 10/02/2014 hasta el 30/06/2014».*

A continuación señalaba que, en el período de referencia (10 de febrero al 30 de junio), podía haber obtenido unas retribuciones brutas de 12.739,05 euros.

El 23 de febrero de 2017 se concede trámite de audiencia a la reclamante que presenta escrito de alegaciones el 8 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.

Adjunta la sentencia de 16 de enero de 2017 del Juzgado de lo Contencioso nº 30 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 29016 (Rec. Apelación 240/2016).

En concreto, la sentencia que aporta del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 30 de Madrid, relativa al recurso que interpuso la reclamante, indica en su fallo:

*“Estimo parcialmente el recurso contencioso administrativo formulado por [la actual reclamante] frente a la actividad administrativa identificada en el Fundamento Jurídico Primero de la presente resolución, que se anula por no ser conforme a Derecho y 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 9 de diciembre de 2013”.*

El 7 de junio de 2017 se formula propuesta de resolución proponiendo la desestimación de la reclamación al 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, al letrado vocal D. Tomás Navalpotro Ballesteros, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado, por unanimidad, en el Pleno de la Comisión 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.-** La Comisión Jurídica Asesora emite su dictamen preceptivo de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, por ser la reclamación de responsabilidad patrimonial de cuantía superior a quince mil euros y a solicitud de un órgano legitimado para ello a tenor del artículo 18.3 del Reglamento de Organización y funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero (ROFCJA).

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 este caso, en la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 9 de Madrid aportada por la reclamante consta su notificación el 15 de septiembre de 2016 por lo que la reclamación, interpuesta con anterioridad a esa fecha, 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.

**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.-** 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 al excluir a la reclamante de la lista de interinos de maestros le ha originado un daño antijurídico. Nuestro pronunciamiento seguirá la misma línea establecida con anterioridad en los dictámenes 329/17, de 3 de agosto, y 337/17, de 9 de agosto.

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.

Puesto que esa exclusión 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, 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 discretionales o integración de conceptos jurídicos indeterminados*”.

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

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

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

Cuando la disposición adicional primera, apartado 3 del Real Decreto 1594/2011, de 4 de noviembre, por el que se establecen las especialidades docentes del Cuerpo de Maestros que desempeñen sus funciones en las etapas de Educación Infantil y de Educación Primaria reguladas en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, establece que: *“El personal funcionario del Cuerpo de Maestros tendrá reconocidas las especialidades establecidas en el presente Real Decreto para las que estuviera habilitado a la entrada en vigor de este real decreto”*, plantea la duda de si se trata de una norma aplicable a los maestros funcionarios de carrera con la finalidad de respetar su

situación adquirida o se extiende a todas las personas que disponían de las habilitaciones conforme la normativa anterior aun cuando no sean funcionarios de carrera.

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

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

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

La contradicción es patente y es reconocida por la Sección Octava que en su sentencia de 28 de octubre de 2016, si bien inicialmente no entra a analizar si la sentencia de la Sección Tercera contempla un caso

análogo, reconoce implícitamente que se trata del mismo problema al indicar que “*(...) la misma, para la que expresamos nuestro mayor respeto, no nos vincula*”.

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

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

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

## **CONCLUSIÓN**

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

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

Madrid, a 7 de septiembre de 2017

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 357/17

Excmo. Sr. Consejero de Educación, Juventud y Deporte  
C/ Alcalá, 30-32 – 28014 Madrid