

Dictamen nº: **362/17**
Consulta: **Consejero de Educación, Juventud y Deporte**
Asunto: **Responsabilidad Patrimonial**
Aprobación: **14.09.17**

DICTAMEN del Pleno de la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid aprobado por unanimidad en su sesión de 14 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 las listas de aspirantes a desempeñar puestos en régimen de interinidad en el Cuerpo de Maestros para el curso escolar 2013-2014.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 12 de mayo 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 pedagogía terapéutica durante varios cursos escolares.

Indica, que el título habilitante para el ejercicio de la docencia del que disponía era el de diplomada en profesorado de Educación General

Básica, emitido por la Escuela Universitaria del Profesorado de Educación General Básica “Santa María” el 18 de julio de 1995, 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 2000, según afirma, conforme la Orden Ministerial de 11 de enero de 1996 y según lo acordado en la Conferencia de Educación celebrada el 21 de marzo 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. También 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.

Recoge en su reclamación, que 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 forman las listas extraordinarias de aspirantes para cubrir puestos docentes en régimen de interinidad para el curso escolar 2013-2014 en la especialidad de Pedagogía Terapéutica con una puntuación total de 3,2172 puntos y con el número de orden 31.

Expone, que el procedimiento de selección de funcionarios interinos docentes de ámbito no universitario se regula en el Decreto 427/2013, de 9 de mayo, del Consejo de Gobierno y que mediante Resolución de 9 de mayo de 2013, de la Dirección General de Recursos Humanos y que la Resolución de 3 de septiembre de 2013 de la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Educación, Juventud y Deportes por la que se forman las listas

extraordinarias de aspirantes a cubrir puestos docentes en régimen de interinidad para el curso escolar 2013-2014, reproduce la anterior resolución.

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 al servicio de la Comunidad de Madrid

Relata, que las especialidades docentes del Cuerpo de Maestros reguladas en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación han quedado establecidas por Real Decreto 1594/2011, de 4 de noviembre que modificó el concepto de habilitación por el de especialización, y reconoció a todos los efectos las nuevas especialidades a los poseedores de las antiguas habilitaciones, de acuerdo con su disposición adicional primera.

También manifiesta que se encontraba incluida en la lista definitiva aprobada por Resolución de 3 de septiembre de 2013 para ocupar puestos docentes en régimen de interinidad para el curso escolar 2013-2014 y que la Resolución de 17 de septiembre de 2013 no incluía como especialistas a los que estuvieran en posesión del Título de Especialista Universitario en Educación Infantil expedido por la UNED.

Prosigue manifestando que desde la propia Consejería se le recomendó matricularse en algún curso o carrera matriculándose en el curso de adaptación al Grado de Educación Primaria y mención en Pedagogía Terapéutica generándole un gasto por importe de 4.032,94 euros y que fue llamada a ocupar puesto de docente interina sin que se le permitiera su incorporación por insuficiente titulación por lo que ha dejado de percibir los ingresos correspondientes desde el 24 de septiembre de 2013 hasta el 30 de junio de 2014 y cuya cuantificación

solicita se lleve a cabo por la Administración. Solicita también los intereses legales.

Añade que solicitó a la Consejería de Educación, Juventud y Deporte de la Comunidad de Madrid una certificación sobre la validación de los títulos de que disponía a los efectos de nombramiento como profesora docente interina al servicio de la misma, y ante el silencio de la Administración se incoó el Procedimiento Abreviado 460/2014, ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 7 de Madrid y cuya vista oral estaba prevista para el día 20 de junio de 2016.

La interesada aporta junto a su escrito de reclamación resguardo de matrícula en el Grado en Maestro Educación Primaria en la Universidad Camilo José Cela.

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:

Mediante resolución de 6 de junio de 2016 de la subdirectora general de régimen jurídico se requirió a la interesada para que acreditara los gastos alegados 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 20 de junio de 2016 y adjuntó matrícula en el curso de adaptación al Grado de Educación Primaria en la Universidad Camilo José Cela, certificado de dicha Universidad de 18 de septiembre de 2014 de haber cursado y superado las asignaturas conducentes al título universitario de Graduado en Maestro en Educación Primaria y certificado académico personal expedido por la Universidad Camilo José Cela de 12 de septiembre de 2014.

Por Orden del consejero de Educación, Juventud y Deporte de 1 de agosto 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 firme.

En este sentido consta en los folios 144 a 148 del expediente Sentencia de 22 de junio de 2016 del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 7 de Madrid dictada en el Procedimiento Abreviado 460/2014 seguido a instancia de la reclamante. La sentencia estima el recurso contencioso administrativo interpuesto por la reclamante contra la Resolución del viceconsejero de organización Educativa de la Comunidad de Madrid, de fecha 12 de marzo de 2015, que desestima el recurso de alzada formulado frente a resolución de la Dirección General de Recursos Humanos de 11 de febrero de 2014 que inadmite por extemporánea la solicitud de validación de determinada titulación a efectos de la inclusión en la lista de aspirantes a cubrir puestos docentes en régimen de interinidad en el cuerpo de Maestros, anulando las resoluciones citadas, ordenando la retroacción de las actuaciones. No consta en el expediente remitido la firmeza de la citada sentencia.

También obra en el expediente (folio 178) certificado de 6 de julio de 2016 de la jefe de Sección de Prestaciones del Ministerio de Empleo y Seguridad Social en el que se certifica que la interesada por el periodo comprendido entre el 24 de septiembre de 2013 al 30 de junio de 2014 ha percibido 10.430,97 euros netos.

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 por el periodo de febrero de 2014 a junio de 2014, con carácter bruto, la cantidad de 24.031,58 euros.

Una vez instruido el procedimiento se confirió trámite de audiencia a la interesada que formuló alegaciones por escrito presentado el 15 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 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. De Apelación 204/2016) y Sentencia de 28 de octubre de 2016 (Rec. De Apelación 240/2016).

Con fecha 5 de abril de 2017 la interesada presenta nuevo escrito en el que protesta por 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 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 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 D^a. Rosario López Ródenas, que formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, deliberado y aprobado por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora en su sesión de 14 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 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).

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 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, la sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 7 de Madrid es de fecha 6 de julio 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 ocupada 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.

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

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

La jurisprudencia ha utilizado para determinar la posible responsabilidad de la Administración en estos casos el criterio de los márgenes de lo razonable. Es la llamada “*doctrina del margen de tolerancia*” habiendo señalado el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 5 de febrero de 2008 (recurso 315/2006) que:

«(...) *la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones*

administrativas no presupone derecho a la indemnización, pues no cabe interpretar el artículo 139 de la Ley 30/1992 con tesis maximalistas de uno y otro sentido, como si se dijera que de la anulación de una resolución administrativa no cabe nunca derivar responsabilidad patrimonial de la Administración, ni tampoco se puede afirmar que siempre se producirá tal responsabilidad, dado el carácter objetivo de la misma. Determinante de que la lesión sea indemnizable es que sea calificable de antijurídica, lo que supone que la Administración haya actuado fuera de los márgenes admisibles de adecuación al Ordenamiento Jurídico. En palabras del Tribunal Supremo (sentencias de 27 mayo 2004 (6/556/2000), 24 enero 2006 (6/536/2002), 14 febrero 2006 (6/256/2002) y 31 enero 2008 (4065/2003), “siempre que el actuar de la Administración se mantuviese en unos márgenes de apreciación no solo razonados sino razonables debería entenderse que no podría hablarse de existencia de lesión antijurídica, dado que el particular vendría obligado por la norma que otorga tales potestades discrecionales a soportar las consecuencias derivadas de su ejercicio”».

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

La reciente sentencia del Tribunal Supremo de 9 de marzo de 2017 (recurso 2040/2014) cita la de esa Sala de 28 de marzo de 2014, según la cual:

“Tratándose de la responsabilidad patrimonial como consecuencia de la anulación de un acto o resolución administrativa, ha de estarse a la jurisprudencia elaborada al efecto sobre la consideración de la antijuridicidad del daño, que se plasma, entre otras, en sentencias de 5-2-96 , 4-11-97 , 10-3-98 , 29-10-98 , 16-9-99 y 13-1-00, que en definitiva condiciona la exclusión de la antijuridicidad del daño, por existencia de un deber jurídico de soportarlo, a que la actuación de la Administración se mantenga en unos márgenes de apreciación no sólo razonables sino razonados en el ejercicio de facultades discrecionales o integración de conceptos jurídicos indeterminados”.

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

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

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

Cuando la disposición adicional primera, apartado 3 del Real Decreto 1594/2011, de 4 de noviembre, por el que se establecen las especialidades docentes del Cuerpo de Maestros que desempeñen sus funciones en las etapas de Educación Infantil y de Educación Primaria reguladas en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, establece que: *“El personal funcionario del Cuerpo de Maestros tendrá reconocidas las especialidades establecidas en el presente Real Decreto para las que estuviera habilitado a la entrada en vigor de este real decreto”*, plantea la duda de si se trata de una norma aplicable a los maestros funcionarios de carrera con la finalidad de respetar su situación adquirida o se extiende a todas las personas que disponían de las habilitaciones conforme la normativa anterior aun cuando no sean funcionarios de carrera.

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

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

“La posesión por la recurrente del título de la UNED de Especialista Universitario de Educación Infantil, no se discute por esta Sala que esté homologado, ni tampoco que habilite a quienes lo posean para ejercer como Profesores Especialistas de Ecuación Infantil en todo el territorio nacional, pero sucede que ello no es suficiente en el marco de una convocatoria realizada de conformidad con una Orden Ministerial plenamente vigente que impone inexorablemente una titulación oficial que la recurrente no tiene, de manera que es posible

que con su título de la UNED pueda aquella impartir Educación Infantil, pero siempre y cuando no se trate de plazas de funcionarios respecto de las cuales su normativa específica y las propias bases de la convocatoria de que se trate, exijan una titulación oficial concreta y específica, como aquí sucede, por lo que se desestima el Recurso contencioso-administrativo”.

La contradicción es patente y es reconocida por la Sección Octava que en su sentencia de 28 de octubre de 2016, si bien inicialmente no entra a analizar si la sentencia de la Sección Tercera contempla un caso análogo, reconoce implícitamente que se trata del mismo problema al indicar que “(...) *la misma, para la que expresamos nuestro mayor respeto, no nos vincula*”.

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

En suma, nos hallamos ante una situación en la que no existe un pronunciamiento definitivo de los tribunales de justicia sobre la suficiencia de los títulos de la reclamante para impartir las enseñanzas de educación infantil y por tanto no es posible determinar si la 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 14 de septiembre de 2017

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 362/17

Excmo. Sr. Consejero de Educación, Juventud y Deporte

C/ Alcalá, 30-32 – 28014 Madrid