

Dictamen nº: **368/17**
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. (en adelante, “*la reclamante*” o “*la interesada*”), sobre reclamación de responsabilidad patrimonial de la Comunidad de Madrid por los daños y perjuicios ocasionados como consecuencia de su exclusión de la bolsa de interinos, actuación que fue anulada por sentencia judicial.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

A dicho expediente se le asignó el número 301/17, iniciándose el cómputo del plazo para la emisión del dictamen, tal y como dispone el artículo 23.1 del Reglamento de Organización y Funcionamiento de la Comisión Jurídica Asesora, aprobado por Decreto 5/2016, de 19 de enero, del Consejo de Gobierno (en adelante ROFCJA).

La ponencia ha correspondido, por reparto de asuntos, al letrado vocal D. Roberto Pérez Sánchez, quien formuló y firmó la oportuna propuesta de dictamen, la cual fue deliberada y aprobada por el Pleno de la Comisión Jurídica Asesora, en sesión celebrada el día 14 de septiembre de 2017.

SEGUNDO.- 1.- El expediente de responsabilidad patrimonial remitido trae causa del escrito formulado por la reclamante, presentado en un registro de la Comunidad de Madrid el día 12 de julio de 2016 (folios 1 a 33 del expediente), en el que señala que ha venido prestando servicios como funcionaria interina en puestos del cuerpo de maestros especializados en educación infantil y primaria durante varios cursos escolares.

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

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

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

Recoge que forma parte de la lista definitiva aprobada por Resolución de 3 de septiembre de 2013, de la Dirección General de Recursos

Humanos, por la que se forman las listas extraordinarias de aspirantes para cubrir puestos docentes en régimen de interinidad en especialidades del Cuerpo de Maestros para el curso escolar 2013-2014 en la especialidad de Educación Infantil del Cuerpo de Maestros, y que por ello, prestó servicios como funcionaria interina docente, en la especialidad de Educación Infantil en el colegio Teresa Berganza, de la localidad de Boadilla del Monte, desde el 11 de noviembre de 2013 a enero de 2014.

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

Indica que, por el contrario, de la información que proporcionaba la Consejería se deducía que tal titulación no habilitaba para prestar servicios como interina por lo que solicitó una certificación de validez del título que fue inadmitida por extemporánea lo que le obligó a presentar un recurso contencioso administrativo que se tramitó en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 24 de Madrid (P.A. 523/2014) que finalizó con sentencia de 14 de enero de 2016 favorable a ella.

Afirma, que fue llamada para otra sustitución del día 21 de enero de 2014 pero la expulsaron porque su titulación no era válida, lo que combatió sin éxito, con exclusión de las listas de interinos docentes.

Al no aceptar la Comunidad de Madrid que su titulación fuera válida, no pudo trabajar desde el 21 de enero hasta el 30 de junio de 2014 ni el siguiente curso escolar 2014-2015.

Considera que el error de la Comunidad de Madrid al no aceptar como válida su titulación y no darle la correspondiente toma de posesión eliminándola de las listas de interinos, le ha originado un daño antijurídico consistente en la privación de las retribuciones que le habrían correspondido desde el 21 de enero de 2014 hasta el 30 de junio

de 2015, cuya cuantificación interesa que realice la Comunidad de Madrid.

Aporta determinada documentación y solicita que se le indemnice por el daño.

2.- Del expediente examinado resulta que por resolución de 30 de enero de 2014 del Director de Área Territorial de Madrid Sur emitida por delegación de la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Educación, Juventud y Deportes, se desestima el nombramiento como funcionaria interina docente de la reclamante porque los títulos aportados no se correspondían con ninguno de los requeridos legalmente. Interpuestos dos recursos de alzada, fueron desestimados por resolución de 16 de septiembre de 2014 del viceconsejero de Organización Educativa, que fue objeto de recurso contencioso administrativo, sustanciado en el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 19 de Madrid (P.A. 488/2014), en que se dictó sentencia de 14 de marzo de 2016 que desestima el recurso formulado y en cuyo F.J. Cuarto se indica que *“debo proceder a la desestimación de la demanda y a la confirmación de las resoluciones recurridas y ello de conformidad con la resolución de 17 de mayo de 2013 de la Dirección General de Recursos Humanos que regulan la ordenación de las listas de aspirantes a ocupar puestos docentes en régimen de interinidad en el Cuerpo de Maestros durante el curso 2013-2014”*. La sentencia fue declarada firme por diligencia de ordenación de 30 de junio de 2016 (folios 34 a 102).

3.- Por otra parte, resulta que por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 24 de Madrid (P.A. 523/2014), se dictó sentencia de 14 de enero de 2016 que estima el recurso formulado por la reclamante frente a las precitadas resoluciones de 30 de enero y 16 de septiembre de 2014, que se anulan y se reconoce su derecho a *“a ser nombrada como funcionaria interina para cubrir un puesto de su especialidad con efectos desde el 21 de enero de 2014 y con los derechos y efectos económicos*

inherentes a tal reconocimiento en los términos indicados en el Fundamento de Derecho tercero y que se fijarán, en su caso, en ejecución de sentencia". En este procedimiento, la reclamante pretendía la declaración de nulidad de las resoluciones, la declaración de validez y suficiencia de sus títulos, así como el reconocimiento de su derecho a haber sido nombrada y el daño efectivamente causado.

Esta sentencia fue confirmada por otra de fecha 28 de octubre de 2016, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en el recurso de Apelación nº 240/2016, frente a la que se interpuso recurso de casación por la Comunidad de Madrid, que fue admitido a trámite por Auto de 3 de abril de 2017 del Tribunal Supremo, dictado en el procedimiento Casación nº 136/2017 (folios 103 a 179).

TERCERO.- A causa de la referida reclamación se instruyó un procedimiento de responsabilidad patrimonial del que constituyen aspectos a destacar en su tramitación, los siguientes:

Consta en el expediente que el Servicio Público de Empleo Estatal y la Tesorería General de la Seguridad Social, emitieron un certificado de fecha 8 de agosto de 2016 en el que se hace constar que la interesada percibió 17.153,50 euros netos en el período del 21 de enero de 2014 al 30 de junio de 2015, e informe de vida laboral en el que consta que entre el 14 de enero y el 19 de octubre de 2014, así como entre el 20 de noviembre de 2014 y el 24 de julio de 2015 la reclamante se encontraba en situación de "*Prestación desempleo. Extinción*" (folios 182 a 187 y 191 a 194).

Con fecha 14 de julio de 2016 se solicita informe a la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte, solicitud que se reitera el 19 de octubre de 2016 (folios 180. 181, 195 y 196).

Consta un informe de 24 de noviembre de 2016 de la Directora General de Recursos Humanos (folios 197 a 206).

El citado informe entiende que no hay ninguna sentencia que anule “*disposición alguna con carácter general*”. Afirma que en diversos procesos contenciosos administrativos solo se ha ordenado la retroacción de actuaciones en cuanto a las solicitudes que inadmitieron las peticiones de aceptación de sus titulaciones y que las inadmisiones se basaron en que no podía solicitarse la aceptación de las titulaciones sin recurrir la Resolución de 17 de mayo de 2013 de la Dirección General de Recursos Humanos, por la que se regula la participación, composición y ordenación de las listas de aspirantes a desempeñar puestos docentes en régimen de interinidad en el Cuerpo de Maestros.

Basándose en ello, considera que han de rechazarse “*in limine litis*” las reclamaciones ya que, solo en los casos en que se haya dictado sentencias que hayan obligado a la Administración a reconocer la titulación que poseían los concretos reclamantes y éstos hubieran sido excluidos de las listas por no haber aportado una titulación válida, procedería, a juicio de esa Dirección General, entrar en el fondo de las reclamaciones.

En los casos en los que no se haya recurrido ante los tribunales una decisión administrativa sobre sus titulaciones no procedería admitir las reclamaciones sin que tengan ningún efecto en estos reclamantes, la mera existencia de dos sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Tampoco considera admisibles las reclamaciones si no hay sentencia firme.

Entiende que las citadas sentencias no han “*implicado la anulación formal -ni su expulsión del ordenamiento jurídico- de la Resolución de 17 de mayo de 2013, que estableció las nuevas titulaciones y la no aceptación de las anteriores poseídas por los reclamantes, y que ha surtido la plenitud de sus efectos durante ese curso escolar*”, añade que “*por tanto se puede*

afirmar con rotundidad que no existe en estos casos daño alguno indemnizable, dado que falta el elemento de antijuridicidad, esto es, todas las decisiones adoptadas por la Administración en relación con la exigencia de titulaciones a estos funcionarios son perfectamente válidas y legítimas, dado que no han sido formalmente anuladas por los tribunales”.

Tras reiterar que las citadas sentencias no anulan la Resolución de 17 de mayo de 2013, pone de relieve que existen varias sentencias de Juzgados de lo Contencioso Administrativo que han confirmado las decisiones de inadmisión así como una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 28 de octubre de 2015 (recurso 736/2014) que (consideran) contradice las anteriores, cuyos pronunciamientos califica, además, como *óbiter dicta*.

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

Acompaña un cuadro del que resulta que la reclamante fue excluida de las listas extraordinarias.

Afirma que hay sentencias firmes de algunos Juzgados que anulan las decisiones de inadmisión y que se remiten a las sentencias del Tribunal Superior de Justicia. En esos casos la Administración ha de reconocer que su titulación les habilitaba 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 30 de noviembre de 2016 se solicita de la citada Dirección que remita un informe sobre las retribuciones que habrían correspondido a la reclamante, que es reiterado el 3 de enero de 2017 (folios 207 a 210).

El 26 de enero de 2017 se remite el citado informe (folios 211 a 218). Tras exponer la posición que ocupaba en la lista y las solicitudes que efectuó, añade que la reclamante *“fue citada el día 20 de enero de 2014 para asistir al Acto Público del día 21 de enero de 2014 en la Oficina de Asignación Centralizada por la especialidad 0597EI. En ese Acto público, D^a...eligió plaza en el CEIP... no pudo formalizar contrato por no reunir los requisitos de titulación exigidos por la Resolución de 17 de mayo de 2013”,* y tras reflejar los llamamientos efectuados y docencia impartida por la aspirante que ocupó su puesto, concluye que la reclamante *“habría podido trabajar, durante el curso 2013/2014, desde el 22/01/2014 hasta el 30/06/2014 y, durante el curso 2014/2015, desde el 24/10/2014 hasta el 04/12/2014 y desde el 09/12/2014 hasta el 26/06/2015”*. El informe concluye que la interesada reclama 42.466,56 euros de retribuciones, y que podría haber percibido las siguientes cantidades con carácter bruto:

13.600 euros por el periodo del 22 de enero al 30 de junio de 2014.

3.518,47 euros por el periodo del 24 de octubre al 4 de diciembre de 2014.

16.889,65 euros por el periodo del 9 de diciembre de 2014 al 26 de junio de 2015.

El 6 de marzo de 2017 se notifica el trámite de audiencia conferido a la reclamante que no presenta escrito de alegaciones (folios 219 a 223).

El 7 de junio de 2017 se formula propuesta de resolución proponiendo la desestimación de la reclamación al no tener el daño la condición de antijurídico (folios 224 a 267).

A la vista de tales antecedentes, formulamos las siguientes

CONSIDERACIONES DE DERECHO

PRIMERA.- Es preceptiva la solicitud y emisión de dictamen por la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, de acuerdo con el artículo 5.3.f) a. de la Ley 7/2015, de 28 de diciembre, conforme al cual este órgano deberá ser consultado en el caso de *“Expedientes tramitados por la Comunidad de Madrid, las entidades locales y las universidades públicas sobre: a. Reclamaciones de responsabilidad patrimonial, cuando la cantidad reclamada sea igual o superior a quince mil euros o la cuantía sea indeterminada”*.

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

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

La disposición transitoria tercera de la LPAC dispone que *“a los procedimientos ya iniciados antes de la entrada en vigor de la Ley no les será de aplicación la misma, rigiéndose por la normativa anterior”*, por ello, al haberse iniciado el procedimiento de responsabilidad patrimonial con anterioridad a la entrada en vigor de la LPAC según su disposición final

séptima, la tramitación se regirá por los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, desarrollados en el RPRP.

La reclamante ostenta legitimación activa para promover el procedimiento de responsabilidad patrimonial, al amparo del artículo 139.1 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico y Procedimiento Administrativo Común (LRJ-PAC), en cuanto es la persona supuestamente perjudicada por la actividad de la Comunidad de Madrid.

Asimismo, se encuentra legitimada pasivamente la Comunidad de Madrid en cuanto titular del servicio público educativo a cuyo funcionamiento se achaca la producción del daño.

En lo relativo al requisito temporal, las reclamaciones de responsabilidad patrimonial tienen un plazo de prescripción de un año, que se contará, en el caso de la anulación de actos conforme establece el artículo 142.4 de la LRJ-PAC, desde haberse dictado la sentencia definitiva.

En el ámbito de la anulación de las resoluciones administrativas por sentencia, son varios los hitos que pueden tenerse en cuenta para la fijación del *dies a quo* del cómputo del plazo para el ejercicio de la acción de responsabilidad (fecha en que se dicta la sentencia, fecha de la publicación, de notificación, de adquisición de firmeza o incluso de notificación de dicha firmeza), si bien la jurisprudencia del Tribunal Supremo, a partir de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 25 de enero de 2000 (TEDH 2000/11, asunto Miragall Escolano y otros) ha asumido en una línea jurisprudencial consolidada, de la que son exponentes las Sentencias de 21 de marzo y 18 de abril de 2000, la interpretación conforme a la cual la fecha que debe tomarse para el inicio del cómputo del plazo es la de notificación de la sentencia, tesis sostenida por el Consejo Consultivo de la Comunidad de Madrid en dictámenes anteriores, entre otros el 520/09, de 12 de diciembre y 27/10, de 10 de febrero de 2010.

En este caso, las sentencias de los Juzgados de lo Contencioso Administrativo números 24 y 19 de Madrid aportadas por la reclamante son de fechas 14 de enero y 30 de junio de 2016, por lo que tuvieron que ser notificadas posteriormente, ello, sin perjuicio de la actual pendencia de recurso contra la primera de las citadas, por lo que la reclamación, interpuesta el día 12 de julio de 2016, está dentro del plazo legal.

El órgano peticionario del dictamen ha seguido los trámites previstos en las leyes y reglamentos aplicables, en particular en el Título X de la LRJ-PAC desarrollado por el Reglamento de los procedimientos en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas aprobado por Real Decreto 429/1993, de 26 de marzo (RPRP).

A tal fin se ha recabado informe del servicio al que se imputa la producción del daño, tal como exige el artículo 10.1 del RPRP y se ha otorgado el trámite de audiencia contemplado en los artículos 84 de la LRJ-PAC y 11 del RPRP.

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

TERCERA.- Como es sabido, la responsabilidad patrimonial de la Administración se rige por el artículo 106.2 de la Constitución a cuyo tenor: *“Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos”*. El desarrollo legal de este precepto se contenía en los artículos 139 y siguientes de la LRJ-PAC, al igual que hoy se encuentra en la LPAC y en la Ley 40/2015,

de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (en adelante LRJSP).

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

a) la efectiva realidad del daño o perjuicio, evaluable económicamente e individualizadamente en relación a una persona o grupo de personas;

b) que el daño o lesión patrimonial sufrido por el reclamante sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos en una relación directa, inmediata y exclusiva de causa-efecto, sin intervención de elementos extraños que pudieran influir, alterando el nexo causal;

c) ausencia de fuerza mayor, y

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

Ha destacado esa misma Sala (por todas, en Sentencia de 16/3/2016, RC 3033/2014), que es el concepto de lesión el que ha permitido configurar la institución de la responsabilidad patrimonial con las notas características de directa y objetiva, dando plena armonía a una institución como garantía de los derechos de los ciudadanos a no verse perjudicados de manera particular en la prestación de los servicios públicos que benefician a la colectividad, y que ese concepto de lesión se ha delimitado con la idea de constituir un daño antijurídico. Pero que “... *lo relevante es que la antijuridicidad del daño es que no se imputa a la legalidad o no de la actividad administrativa -que es indiferente que sea lícita o no en cuanto que la genera también el funcionamiento anormal de*

los servicios- o a la misma actuación de quien lo produce, que remitiría el debate a la culpabilidad del agente que excluiría la naturaleza objetiva; sino a la ausencia de obligación de soportarlo por los ciudadanos que lo sufren. Con ello se configura la institución desde un punto de vista negativo, porque es el derecho del ciudadano el que marca el ámbito de la pretensión indemnizatoria, en cuanto que sólo si existe una obligación de soportar el daño podrá excluirse el derecho de resarcimiento que la institución de la responsabilidad comporta... Interesa destacar que esa exigencia de la necesidad de soportar el daño puede venir justificada en relaciones de la más variada naturaleza, sobre la base de que exista un título, una relación o exigencia jurídica que le impone a un determinado lesionado el deber de soportar el daño”.

CUARTA.- Con carácter previo al análisis de la responsabilidad patrimonial planteada por la reclamante ha de hacerse constar que este procedimiento no tiene por objeto el determinar si los títulos académicos de la reclamante permiten o no ser nombrada maestra interina. Esa es una cuestión que deberá determinarse ante la jurisdicción contencioso administrativa en la cual, como veremos, el Tribunal Supremo ha admitido un recurso de casación al apreciar interés casacional en la cuestión.

Así pues, la cuestión a determinar es si la actuación de la Comunidad de Madrid 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 la reclamante fue citada para asistir al acto público de asignación centralizada de plazas del día 21 de enero de 2014, sin que pudiera formalizar el contrato por no reunir los requisitos de titulación exigidos por la Comunidad de Madrid siendo excluida de la lista de interinos, con lo que se le privó de prestar servicios y consecuentemente, de percibir las correspondientes retribuciones, habiendo cuantificado económicamente la propia Consejería tales daños

si bien discrepa con la reclamante en los periodos durante los cuales habría sido llamada.

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, tal y como ya nos hemos pronunciado en los dictámenes 329/17 y 337/17, de 3 y 9 de agosto.

En estos casos la actuación de la Administración consideró que, conforme la Resolución de 17 de mayo de 2013, de la Dirección General de Recursos Humanos, por la que se regula la participación, composición y ordenación de las listas de aspirantes a desempeñar puestos docentes en régimen de interinidad en el Cuerpo de Maestros para el curso escolar 2013-2014, los títulos de especialista universitario en educación infantil no eran suficientes para el desempeño de la especialidad de educación infantil al no estar contemplados en el Anexo I de la citada Resolución.

Recurrida la actuación por diversas personas ante la jurisdicción contencioso administrativa, tras diversas sentencias de Juzgados de lo Contencioso Administrativo -entre las que se encuentra la de 14 de enero de 2016 del Juzgado nº 24 dictada por el recurso formulado por la reclamante-, 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) -referida a la reclamante-, 25 de

noviembre de 2016 (recurso 597/2016), 3 de febrero de 2017 (recurso 990/2016) y 5 de mayo de 2017 (recurso 1157/2016).

Ahora bien, el que el Tribunal Superior de Justicia de Madrid haya dictado esas sentencias no supone, sin más, que el daño sea antijurídico.

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

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

“ (...) la anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone derecho a la indemnización, pues no cabe interpretar el artículo 139 de la Ley 30/1992 con tesis maximalistas de uno y otro sentido, como si se dijera que de la anulación de una resolución administrativa no cabe nunca derivar responsabilidad patrimonial de la Administración, ni tampoco se puede afirmar que siempre se producirá tal responsabilidad, dado el carácter objetivo de la misma. Determinante de que la lesión sea indemnizable es que sea calificable de antijurídica, lo que supone que la Administración haya actuado fuera de los márgenes admisibles de adecuación al Ordenamiento Jurídico. En palabras del Tribunal Supremo (sentencias de 27 mayo 2004 (6/556/2000), 24 enero 2006 (6/536/2002), 14 febrero 2006 (6/256/2002) y 31 enero 2008 (4065/2003), “siempre que el actuar de la Administración se mantuviese en unos márgenes de apreciación no solo razonados sino

razonables debería entenderse que no podría hablarse de existencia de lesión antijurídica, dado que el particular vendría obligado por la norma que otorga tales potestades discrecionales a soportar las consecuencias derivadas de su ejercicio”.

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

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

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

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

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

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

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

En cualquier caso, como ya hemos dicho, no cabe que esta Comisión se pronuncie sobre este problema pero sí permite establecer que la actuación de la Comunidad de Madrid se ha movido dentro de unos

márgenes de tolerancia razonables sin que su actuación haya supuesto una clara vulneración de la normativa.

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

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

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

Esta contradicción ha sido también reconocida por el Tribunal Supremo que en su Auto de 3 de abril de 2017 (recurso 136/2017) - dictado en el procedimiento en que es parte la reclamante- reconoce expresamente la contradicción entre la sentencias de la Sección Séptima y

la de la Sección Tercera, reconociendo la existencia de interés casacional a los efectos de lo dispuesto en el artículo 88.2 a) de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en su redacción dada por Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio.

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

A mayor abundamiento, en el presente caso la contradicción entre resoluciones judiciales se evidencia en que con base en dos recursos de la reclamante, sustanciados en sendos procedimientos contencioso-administrativos, se han dictado las sentencias de fecha 14 de enero de 2016 –pendiente de recurso de casación- y 30 de junio de 2016 –firme-, por las que se estima y se desestima, respectivamente, la pretensión de suficiencia de los títulos de la reclamante para impartir las enseñanzas de educación infantil. En este supuesto, cobra así mayor relevancia, si cabe, la *“doctrina del margen de tolerancia”*.

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

CONCLUSIÓN

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

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

Madrid, a 14 de septiembre de 2017

La Presidenta de la Comisión Jurídica Asesora

CJACM. Dictamen nº 368/17

Excmo. Sr. Consejero de Educación, Juventud y Deporte

C/ Alcalá, 30-32 – 28014 Madrid