



A.G.- 13/2021

S.G.C.- 18/2021 S.J.-10/2021

Se ha recibido en este Servicio Jurídico una solicitud de Informe, remitida por la Secretaría General Técnica de la Consejería de Educación y Juventud, en relación con un **Proyecto de Orden de la Consejería de Educación y Juventud, por la que se regula el servicio de comedor escolar en los centros docentes públicos no universitarios de la Comunidad de Madrid.**

A la vista de los antecedentes remitidos, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4.1.a) de la Ley 3/1999, de 30 de marzo, de Ordenación de los Servicios Jurídicos de la Comunidad de Madrid, tenemos el honor de emitir el siguiente:

INFORME

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero. - El 3 de febrero de 2021 tuvo entrada en el Servicio Jurídico en la Consejería de Educación y Juventud un oficio, remitido por la Secretaría General Técnica de ésta, en el que se interesa la emisión del preceptivo Informe a propósito del Proyecto de Orden indicado.

Junto con el citado oficio, se acompaña la siguiente documentación:

-Alegaciones realizadas durante el trámite de consulta pública por la Asociación Empresarial de Restauradores de Colectividades de la Comunidad de Madrid (AERCOCAM) el 10 y 11 de diciembre de 2020 y por Lydia el 11 de diciembre de 2020.



- Proyecto de Orden.

- Memoria abreviada del análisis de impacto normativo de 1 de febrero de 2021, emitida por el Director General de Educación Infantil y Primaria de la Consejería de Educación y Juventud.

- Dictamen 1/2021, de la Comisión Permanente del Consejo Escolar de la Comunidad de Madrid, de 22 de enero de 2021 así como el voto particular emitido por los Consejeros representantes de la FAPA Francisco Giner de los Ríos, sin fecha, y voto particular conjunto emitido por Consejeros firmantes representantes de Comisiones Obreras del Profesorado y de las Centrales Sindicales, el 21 de enero de 2021.

- Informe de impacto por razón de género de la Dirección General Igualdad (Consejería de Políticas Sociales, Familias, Igualdad y Natalidad), fechado el 17 de diciembre de 2020, de conformidad con el artículo 19 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres.

- Informe de impacto en materia de familia, infancia y adolescencia, evacuado por la Dirección General Infancia, Familias y Natalidad (Consejería de Políticas Sociales, Familias, Igualdad y Natalidad) el 18 de diciembre de 2020, según lo previsto en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor y la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección de las Familias Numerosas.

- Informe de impacto por razón de orientación sexual e identidad y expresión de género, de fecha 17 de diciembre de 2020, emitido por la Directora General de Igualdad (Consejería de Políticas Sociales, Familias, Igualdad y Natalidad).

- Informe de 27 de enero de 2021 de la Dirección General de Presupuestos de la Consejería de Hacienda y Función Pública, emitido de conformidad con la Disposición Adicional primera de la Ley 9/2018, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para el año 2019, prorrogados para 2021, rigiéndose su aplicación por lo dispuesto en el Decreto 122/2020, de 29 de diciembre, del Consejo de Gobierno, por el que se establecen los criterios de aplicación de la prórroga automática de los Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para 2019 hasta la entrada en vigor de los Presupuestos Generales para 2021.



- Informe de 20 de enero de 2021 de la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Hacienda y Función Pública de acuerdo con lo previsto en la Disposición Adicional Primera de la Ley 9/2018, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para 2019, prorrogados para 2021, rigiéndose su aplicación por lo dispuesto en el Decreto 122/2020, de 29 de diciembre, del Consejo de Gobierno, por el que se establecen los criterios de aplicación de la prórroga automática de los Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para 2019 hasta la entrada en vigor de los Presupuestos Generales para 2021.

- Memoria económica emitida el 13 de enero de 2021 por la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Educación y Juventud.

- Resolución del Director General de Educación Primaria y Secundaria (Consejería de Educación y Juventud) de 15 de diciembre de 2020 resolviendo someter al trámite de audiencia e información pública el Proyecto de Decreto.

- Alegaciones presentadas por el Consejo de Portavoces de Directores de Educación Infantil, Primaria, Especial y CEIPSOs de la Comunidad de Madrid.

- Informe de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Educación y Juventud de 12 de noviembre de 2020, en cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 26.5 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Primera. - Finalidad y contenido.

El Proyecto de Orden sometido a consulta tiene por objeto regular la organización y funcionamiento del servicio de comedor escolar en los centros docentes públicos no universitarios de titularidad de la Comunidad de Madrid que impartan enseñanzas en los niveles de Educación Infantil, exclusivamente el segundo ciclo, cuando se imparta en colegios



públicos, Educación Primaria, Educación Especial y Educación Secundaria Obligatoria sin que lo establecido en la norma sea de aplicación a las Escuelas de Educación Infantil de primer y segundo ciclo de la red pública de la Comunidad de Madrid ni a los centros docentes públicos que presten el servicio de comedor en la modalidad de gestión directa.

Según se desprende de la Parte Expositiva del Proyecto, la elaboración de documento de consenso sobre la alimentación en Centros Educativos a cargo de la Agencia Española de Seguridad Alimentaria y Nutrición (2010), la entrada en vigor de la Ley 17/2011, de 5 de julio, de seguridad alimentaria y nutrición (en adelante, Ley 17/2011) y el tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la Orden 917/2002, de 14 de marzo, de la Consejería de Educación, por la que se regulan los comedores colectivos escolares en los centros docentes públicos no universitarios de la Comunidad de Madrid (en adelante, Orden 917/2002) así como las sucesivas modificaciones llevadas a cabo, hacen necesario elaborar una nueva orden que venga a regular el servicio de comedor escolar en los centros docentes públicos no universitarios de la Comunidad de Madrid.

Por otra parte, la tramitación del Proyecto de Orden también se deriva de la necesidad de adecuar el procedimiento de adjudicación del servicio de comedor escolar a la vigente normativa en materia de contratación del sector público, lo que constituye la principal novedad de su contenido.

Se compone de una Parte Expositiva y de una Parte Dispositiva

La Parte Dispositiva está constituida por quince artículos: objeto y ámbito de aplicación (artículo 1); autorización y prestación del servicio de comedor escolar (artículo 2); actuaciones del servicio de comedor escolar (artículo 3); duración del servicio (artículo 4); usuarios del servicio de comedor (artículo 5); características, coste y precio del menú (artículo 6); el programa anual del servicio de comedor escolar (artículo 7); organización, coordinación y seguimiento del servicio de comedor escolar (artículo 8); prestación del servicio de comedor (artículo 9); servicio de atención educativa, apoyo y vigilancia a los alumnos usuarios del servicio de comedor (artículo 10); dotación de personal de atención educativa, apoyo y vigilancia (artículo 11); funciones de los distintos órganos del centro (artículo 12); gratificación para el personal vinculado a la gestión del mismo (artículo 13); gestión económica del servicio de comedor (artículo 14) y seguridad e higiene (artículo 15).



La Disposición Transitoria única establece que contratos seguirán vigentes una vez que entre en vigor la norma, la Disposición Derogatoria única recoge las normas que se derogan, la Disposición Final primera recoge distintas habilitaciones y la Disposición Final segunda fija la entrada en vigor de la norma.

El Proyecto incluye, además, un Anexo: la guía orientativa para la elaboración del programa anual de comedor escolar en el centro.

Segunda. - Marco competencial y cobertura normativa.

Para la adecuada delimitación del marco competencial aplicable, se hace insoslayable considerar, en primer término, lo dispuesto en nuestra Carta Magna. Así, el artículo 149.1, en su regla 30ª, reserva al Estado la competencia exclusiva en materia de *“regulación de las condiciones de obtención, expedición y homologación de títulos académicos y profesionales y normas básicas para el desarrollo del artículo 27 de la Constitución, a fin de garantizar el cumplimiento de las obligaciones de los poderes públicos en esta materia”*.

La Constitución española consagra el derecho a la educación en su artículo 27, correspondiendo a los poderes públicos garantizar el ejercicio de este derecho en condiciones de igualdad, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y promoviendo las condiciones para que esta igualdad sea real y efectiva.

Las administraciones educativas deben proporcionar un servicio público que se caracterice por reducir los obstáculos que puedan dificultar el ejercicio efectivo del derecho fundamental a recibir una educación básica obligatoria y gratuita, recogido de forma preferente en nuestra Constitución. Así, les corresponde arbitrar las medidas oportunas para compensar las desigualdades de cualquier índole que puedan presentarse a la hora de ejercitar ese derecho, con el propósito de que, con independencia de las situaciones familiares, sociales o económicas de partida, todos los alumnos tengan acceso a la educación sin limitaciones.

El artículo 29 del Estatuto de Autonomía de la Comunidad de Madrid, aprobado por Ley Orgánica 3/1983, de 25 de febrero (en adelante, EACM), establece que *“corresponde a la Comunidad Autónoma la competencia de desarrollo legislativo y ejecución de la enseñanza en*



toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 27 de la Constitución y leyes orgánicas que conforme al apartado 1 del artículo 81 de la misma lo desarrollen, y sin perjuicio de las facultades que atribuye al Estado el número 30 del apartado 1 del artículo 149 y de la Alta Inspección para su cumplimiento y garantía”.

De los preceptos transcritos, se colige que la Comunidad de Madrid ostenta competencias de desarrollo legislativo y ejecución en materia de educación.

Sobre este particular, procede remitirse a lo expuesto en el Dictamen de esta Abogacía General de la Comunidad de Madrid de 27 de febrero de 2013, así como al de 7 de junio de 2013, que citan y transcriben parcialmente la Sentencia del Tribunal Constitucional 184/2012, de 17 octubre, en la que se compendia la doctrina constitucional sobre la distribución competencial en materia de educación.

La competencia de la Administración de la Comunidad Autónoma para la regulación del servicio de comedor escolar como servicio público educativo complementario proviene de sus competencias generales en materia de planificación, regulación y administración de la enseñanza reglada en toda su extensión, niveles y grados, modalidades y especialidades, en la que está incluida la regulación y gestión de los servicios educativos complementarios.

Afirmada, pues, la competencia autonómica en términos generales para desarrollar y complementar la normativa estatal corresponde dilucidar la competencia específica que se ejercita a través del Proyecto que nos ocupa.

La justificación de las competencias de actuación de las administraciones educativas se encuentra en distintos artículos de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE).

Así, puede citarse su artículo 112, que señala de manera textual:

“1. Corresponde a las administraciones educativas dotar a los centros públicos de los medios materiales y humanos necesarios para ofrecer una educación de calidad y garantizar la igualdad de oportunidades en la educación.



(...) 5. Las administraciones educativas potenciarán que los centros públicos puedan ofrecer actividades y servicios complementarios con el fin de favorecer que amplíen su oferta educativa para atender a las nuevas demandas sociales, así como que puedan disponer de los medios adecuados, particularmente de aquellos centros que atiendan a una elevada población de alumnos con necesidad específica de apoyo educativo”.

Los comedores escolares se regulan a nivel estatal en la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 24 de noviembre de 1992, por la que se regulan los comedores escolares, que establece las condiciones básicas para la regulación de la organización y funcionamiento del servicio de comedor escolar, así como en los Reales Decretos 82/1996 y 83/1996, de 26 de enero por los que se aprueban, respectivamente, los Reglamentos Orgánicos de las Escuelas de Educación Infantil y de los Colegios de Educación Primaria y de los Institutos de Educación Secundaria.

La Orden 917/2002 regula la organización y funcionamiento del servicio de comedor escolar en los centros docentes públicos no universitarios de titularidad de la Comunidad de Madrid que impartan enseñanzas en los niveles de Educación Infantil (segundo ciclo impartido en colegios públicos), Primaria, Especial y Secundaria Obligatoria.

El Proyecto que se somete a informe acomete el régimen de los comedores escolares en dicho marco sustituyendo el regulado en la Orden 917/2002.

En consecuencia, con todo lo expuesto, puede afirmarse que la Comunidad de Madrid tiene competencia suficiente para afrontar la regulación pretendida.

Tercera. - Naturaleza jurídica y habilitación.

La articulación jurídica de la organización y funcionamiento del servicio de comedor escolar en los centros docentes públicos no universitarios de titularidad de la Comunidad de Madrid que impartan enseñanzas en los niveles de Educación Infantil, exclusivamente el segundo ciclo cuando se imparta en colegios públicos, Educación Primaria, Educación Especial y Educación Secundaria Obligatoria, pretende realizarse mediante Orden.



Examinado el contenido del Proyecto sometido a Informe, cabe afirmar que su naturaleza es la propia de una disposición reglamentaria, en tanto se dirige a una pluralidad indeterminada de destinatarios, goza de una cierta vocación de permanencia e innova el ordenamiento jurídico.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 2012, señala:

“(…) la naturaleza de disposición de carácter general o acto administrativo no viene determinada simplemente por una diferencia cuantitativa, destinatarios generales o indeterminados para el Reglamento y determinados para el acto administrativo, sino que la diferencia sustancial entre disposición de carácter general y acto administrativo es una diferencia de grado, o dicho de otro modo, la diferencia está en que el Reglamento innova el ordenamiento jurídico con vocación de permanencia, en tanto que el acto se limita a aplicar el derecho subjetivo existente”.

Así pues, por medio de la Orden proyectada, el Excmo. Sr. Consejero de Educación y Juventud estaría ejerciendo la potestad reglamentaria.

Sentado lo anterior, procede abordar a continuación la cuestión del rango normativo.

Ni la Memoria del análisis de impacto normativo (en adelante, MAIN), ni el Informe de la Secretaría General Técnica incluyen las razones por las cuales, a juicio de dichos Centros Directivos, la norma proyectada ha de adoptar la forma de Orden. La MAIN se limita a establecer que *“el tiempo transcurrido desde la aprobación de la Orden 917/2002, de 14 de marzo, de la Consejería de Educación, por la que se regulan los comedores colectivos escolares en los centros docentes públicos no universitarios de la Comunidad de Madrid, que ha sido sucesivamente modificada por la propia Consejería de Educación mediante la Orden 3028/2005, de 3 de junio, la Orden 4212/2006, de 26 de julio, y la Orden 9954/2012, de 30 de agosto y la necesidad de adecuar el procedimiento de adjudicación y gestión del servicio de comedor escolar a la vigente normativa en materia de contratación del sector público concluyeron en la pertinencia y en la necesidad de tramitar una orden de la Consejería de Educación y Juventud para regular el servicio de comedor escolar en los centros docentes públicos no universitarios, lo que según el criterio de esta Dirección General de Educación Infantil y Primaria se ajusta y es adecuado al orden de distribución de competencias”* y la



Secretaría General Técnica se limita a justificar la habilitación del Consejero de Educación y Juventud en el tenor del artículo 41.d) de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid (en adelante, Ley 1/1983) y en el Decreto 288/2019, de 12 de noviembre, del Consejo de Gobierno, por el que se establece la estructura orgánica de la Consejería de Educación y Juventud (en adelante, Decreto 288/2019).

No obstante, con independencia de que, hasta el momento, la materia objeto del Proyecto estuviese regulada en una orden publicada en el año 2002, nuestro análisis ha de partir del criterio que reiteradamente tiene declarado la Abogacía General de la Comunidad de Madrid -Dictámenes de 26 de abril de 2012 y 21 de mayo de 2012, entre otros-. Así, venimos señalando que la potestad reglamentaria se ejerce hoy, en España, por una pluralidad de órganos de los distintos entes territoriales. Sin embargo, nuestro sistema normativo atribuye sólo a algunos de estos órganos la titularidad originaria de esta potestad; la de los restantes es, pues, una competencia de atribución.

La titularidad de la potestad reglamentaria originaria corresponde, en el caso de la Comunidad de Madrid, al Consejo de Gobierno ex artículo 22 EACM y artículo 21.g) de la Ley 1/1983, de 13 de diciembre, de Gobierno y Administración (en adelante, Ley 1/1983).

Determinado que es al Gobierno de la Comunidad de Madrid, al que le corresponde la potestad reglamentaria originaria, no existe obstáculo, dentro de los límites de la materia, para que dicha potestad reglamentaria pueda ser ulteriormente conferida a los Consejeros, por lo que la potestad reglamentaria que ostentan los mismos debe calificarse como derivada o por atribución.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 13/1988, de 4 de febrero -referida al ámbito estatal pero que puede igualmente ser aplicada al ámbito autonómico- manifiesta que "(...) es de rechazar el argumento según el cual la potestad reglamentaria corresponde exclusivamente al Gobierno, sin que éste pueda a su vez conferirla válidamente a otros órganos diferentes, toda vez que la potestad reglamentaria de ser originaria (art. 97 CE), no excluye la posibilidad de delegaciones singulares".

A los Consejeros, además de ostentar una potestad reglamentaria derivada o por atribución, el artículo 41, letra d), de la citada Ley 1/1983, les reconoce el ejercicio de la



potestad reglamentaria “en la esfera de sus atribuciones” así como la potestad de “dictar circulares e instrucciones”, pero sólo pueden ejercer esa potestad reglamentaria cuando otra disposición se la atribuya con carácter singular y para materias concretas, constitutivas de una simple competencia de atribución (STC 185/1995, de 14 de diciembre), no pudiendo ejercerla con base exclusivamente en dicha norma legal –el art. 41 de la Ley 1/1983-.

Las atribuciones normativas de potestad reglamentaria a autoridades distintas del Gobierno tienen, por tanto, límites rigurosos que deben respetarse: debe tratarse de una habilitación expresa y para la regulación de materias concretas y singulares.

En definitiva, resulta necesario que la potestad reglamentaria de órganos distintos al titular originario de la misma –Consejo de Gobierno, ex artículo 22 EACM y artículo 21 g) de la Ley 1/1983- se sustente en una habilitación expresa para la regulación de materias concretas y singulares.

Expuesto lo anterior, debe examinarse la normativa autonómica para determinar la viabilidad jurídica del instrumento jurídico utilizado en la norma proyectada, que pretende configurarse como el marco normativo de la Comunidad de Madrid en materia de comedores escolares.

En este punto, se estima que las justificaciones que se nos indican en el expediente – tanto en la MAIN como en el Informe de la Secretaría General Técnica- relativas a la fundamentación del Proyecto de Orden sometido a consulta, resultan insuficientes.

En consecuencia, si partimos de estas previsiones normativas, cabría concluir que no existe en nuestro ámbito autonómico una norma que habilite al titular de la Consejería competente en materia de educación para regular la materia objeto de la disposición proyectada, con excepción de la previsión genérica contenida en el artículo 41, letra d), de la Ley 1/1983, según el cual corresponde a los Consejeros “*ejercer la potestad reglamentaria en la esfera de sus atribuciones y dictar circulares e instrucciones*”, si bien, como hemos indicado ut supra, la habilitación no puede descansar exclusivamente sobre este fundamento legal.

Esta interpretación es avalada por la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de diciembre de 2004, según la cual:



“(…) la exclusiva competencia del Gobierno como órgano colegiado para efectuar una regulación general (…) es consecuencia ineludible de lo prevenido en el artículo 5.1.h) de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de Organización, Competencia y Funcionamiento del Gobierno, que atribuye al Consejo de Gobierno la aprobación de «los reglamentos para el desarrollo y ejecución de las Leyes, previo dictamen del Consejo de Estado»; (…) “la competencia reglamentaria de los Ministros, si bien comprendida asimismo en la previsión constitucional del artículo 97 de la Norma Suprema, queda restringida según el artículo 4.1.b) de la propia Ley 50/1997, a «las materias propias de su Departamento». Y aunque esta referencia no haya de interpretarse exclusivamente referida a los aspectos internos de carácter organizativo, sino que abarca también el ámbito de su competencia material, en ningún caso puede comprender la potestad de dictar reglamentos generales de desarrollo y ejecución de las Leyes, aunque sea en materias que puedan calificarse como competencias propias de su departamento”.

Tampoco las previsiones del Decreto 288/2019 cuyo artículo 1 atribuye a su titular las competencias en materia de educación, puede amparar el ejercicio de competencias normativas sobre la materia.

Así las cosas, aunque la materia objeto de la norma se haya regulado, hasta el momento, mediante Orden, el Proyecto actual debe adoptar la forma de Decreto y ser tramitado como tal, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 21, letra g), y 50, apartado 2, de la Ley 1/1983. Todo ello, sin perjuicio de que tal Decreto contuviera una habilitación reglamentaria a favor del Consejero, que permitiera regular con detalle determinados aspectos.

De hecho, distintas Comunidades Autónomas regulan la materia por Decreto. Así:

-Decreto 6/2017, de 16 de enero, por el que se regulan los servicios complementarios de aula matinal, comedor escolar y actividades extraescolares, así como el uso de las instalaciones de los centros docentes públicos de la Comunidad Autónoma de Andalucía fuera del horario escolar.

-Decreto 138/2012, de 11/10/2012, por el que se regula la organización y funcionamiento del servicio de comedor escolar de los centros docentes públicos de enseñanza no universitaria dependientes de la Consejería de Educación, Cultura y Deportes de Castilla-La Mancha



-Decreto 132/2013, de 1 de agosto, por el que se regulan los comedores escolares de los centros docentes públicos no universitarios dependientes de la consellería con competencias en materia de educación en la Comunidad Autónoma Gallega.

-Decreto 20/2008, de 13 marzo por el que se regula el servicio público de comedor en los centros docentes públicos de la Comunidad de Castilla y León.

-Decreto 192/2008, de 12 de septiembre, por el que se regulan los servicios de comedor escolar y aula matinal en los centros públicos de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

-Decreto 160/1996, de 14 de mayo, por el que se regula el servicio escolar de comedor en los centros docentes públicos de titularidad del Departamento de Enseñanza para la Comunidad Autónoma de Cataluña.

Esta consideración tiene carácter esencial.

Con independencia de la falta de habilitación argumentada, procedemos, en cualquier caso, a analizar el procedimiento de tramitación y el articulado del Proyecto.

Cuarta. - Procedimiento.

Atendida la naturaleza jurídica del Proyecto, ha de examinarse, ahora, si se ha observado la tramitación adecuada.

El ordenamiento autonómico madrileño carece de una regulación completa y cerrada del procedimiento para la elaboración de normas reglamentarias, por lo que habrá que estar a lo dispuesto en el ordenamiento estatal, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización de la Comunidad de Madrid.

El procedimiento de elaboración de normas reglamentarias se contiene en el Título VI - artículos 128, 129, 131 y 133- de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, Ley 39/2015), y en el artículo 26 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno (en lo sucesivo, Ley del



Gobierno), que resultan de aplicación supletoria a tenor de lo dispuesto en el artículo 33 del Estatuto de Autonomía y en la Disposición Final segunda de la Ley 1/1983.

En particular, en relación con la aplicación en la Comunidad de Madrid de las normas contenidas en la Ley 39/2015, es necesario tener en cuenta la Sentencia del Tribunal Constitucional 55/2018, de 24 de mayo (recurso de inconstitucionalidad 3628/2016), a la que se refiere el Dictamen 263/2018, de 7 de junio, de la Comisión Jurídica Asesora, según el cual:

“En este sentido, han de tenerse presentes las normas de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPAC) relativas al procedimiento para la elaboración de disposiciones generales, si bien la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 24 de mayo de 2018 declara que vulneran las competencias de las Comunidades Autónomas, lo cual no plantea problemas de aplicación a la Comunidad de Madrid precisamente por esa falta de normativa propia lo cual determina que sean aplicables como derecho supletorio”.

En el mismo sentido, el Dictamen 290/2018, de 21 de junio, señala:

“No obstante, cabe destacar que el Tribunal Constitucional en su reciente STC 55/2018, de 24 de mayo, (recurso de inconstitucionalidad 3628/2016), pendiente de publicación en el BOE, ha declarado que algunas previsiones de la LPAC relativas al procedimiento para la elaboración de disposiciones generales (los artículos 129 -salvo el apartado 4, párrafos segundo y tercero-, 130, 132 y 133 de la LPAC, así como que el artículo 132 y el artículo 133, salvo el inciso de su apartado 1 y el primer párrafo de su apartado 4) vulneran el orden de distribución de competencias de las Comunidades Autónomas. Sin embargo, conviene precisar que estos preceptos no han sido declarados inconstitucionales y mantienen su vigencia, por lo que son de aplicación supletoria en la Comunidad de Madrid en defecto regulación propia, al igual que la Ley de Gobierno, que refleja también la tramitación de disposiciones generales”.

Este mismo criterio ha sido reiterado, entre otros, en los Dictámenes 465/2018, de 24 de octubre y 487/2018, de 15 de noviembre.

Además, es preciso tener en cuenta el Acuerdo de 5 de marzo de 2019, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueban las Instrucciones generales para la aplicación del



procedimiento para el ejercicio de la iniciativa legislativa y de la potestad reglamentaria del Consejo de Gobierno.

Finalmente, debemos tener en consideración la Ley 10/2019, de 10 de abril, de Transparencia y de Participación de la Comunidad de Madrid (en adelante, Ley 10/2019), cuyo artículo 60 dispone lo siguiente:

“1. La ciudadanía tendrá derecho, con carácter previo a la elaboración de un anteproyecto de Ley o de proyectos de reglamentos, a participar y colaborar en su elaboración a través de la correspondiente consulta pública que se convoque al efecto en el espacio web habilitado para ello y en los términos de la legislación básica.

2. La participación ciudadana prevista en el apartado anterior lo será sin perjuicio de los trámites de audiencia pública que procedan legalmente.

3. Podrá prescindirse de los trámites de consulta, audiencia e información públicas previstos en este artículo en el caso de normas presupuestarias u organizativas de la Administración autonómica o de entes u organizaciones vinculadas o dependientes de ésta, o cuando concurren razones graves de interés público que lo justifiquen.

4. Cuando la propuesta normativa no tenga un impacto significativo en la actividad económica, no imponga obligaciones relevantes para el destinatario o regule aspectos parciales de una materia, podrá omitirse la consulta previa regulada en este artículo”.

En primer lugar, el artículo 133.1 de la Ley 39/2015, el artículo 26 de la Ley del Gobierno y el precepto transcrito de la Ley 10/2019 establecen que, con carácter previo a la elaboración del proyecto normativo, se sustanciará una consulta pública a través del portal web correspondiente de la Administración competente, recabando la opinión de los sujetos y organizaciones más representativas potencialmente afectadas por la norma que se pretende aprobar, con la finalidad de mejorar la calidad regulatoria. No obstante, se prevén excepciones a la necesaria realización del señalado trámite.

Así, por razón de la naturaleza jurídica, la Ley permite prescindir de la consulta en las normas presupuestarias u organizativas, si bien tal carácter no es predicable de la norma proyectada. Por otra parte, se alude a aquellos casos en que concurren “razones graves de interés público” o de tramitación urgente de disposiciones normativas.



Asimismo, el legislador ha optado por enumerar otros supuestos en los que no se requiere el trámite de consulta pública mediante el establecimiento de conceptos jurídicos indeterminados –según la calificación que de los mismos ha hecho el Consejo de Estado en su Dictamen núm. 275/2015, de 29 de abril- tales como “impacto significativo en la actividad económica”, “obligaciones relevantes a los destinatarios” o “regulación de aspectos parciales de una materia”.

Ello implica que, dada la generalidad de los términos en que aparecen definidos, deberá realizarse, en cada caso concreto, una labor interpretativa para determinar si, a la vista de las circunstancias del caso, concurre o no alguno de los mismos.

En este procedimiento se ha efectuado tal consulta tal como justifica la MAIN habiéndose recibido aportaciones de AERCOCAM (Asociación Empresarial de Restaurantes de Colectividades de la Comunidad de Madrid) y Lydia.

Al figurar la MAIN deben darse por cumplimentados el artículo 26.3 de la Ley del Gobierno y artículo 3 del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria abreviada del análisis de impacto normativo (en adelante, Real decreto 931/2017).

La MAIN justifica la elaboración de una memoria abreviada en el *“limitado volumen de cambios o modificaciones a introducir en relación con la actual organización”*, si bien atendiendo a lo dispuesto en el artículo 3.1 del Real Decreto 931/2017, sería conveniente referirse también a que *“no derivan impactos apreciables en ninguno de los ámbitos, o estos no son significativos”*.

La norma, además, es propuesta por la Consejería de Educación y Juventud, que ostenta competencias en materia de educación, según lo dispuesto en el Decreto 52/2019, de 19 de agosto, de la Presidenta de la Comunidad de Madrid, por el que se establece el número y denominación de las Consejerías de la Comunidad de Madrid.

No obstante, ello, teniendo en cuenta que se regulan los comedores escolares en centros de Educación Secundaria Obligatoria, la tramitación debería haberse llevado a cabo además de por la Dirección General de Educación Infantil y Primaria por la Dirección General de Educación Secundaria, Formación Profesional y Régimen Especial ello de acuerdo con el Decreto 288/2019.



Por otra parte, se ha procedido a sustanciar trámite de audiencia e información pública en los términos del artículo 133.2 de la Ley 39/2015 y del artículo 26.6 de la Ley del Gobierno, según se desprende del contenido de la propia Memoria en la que se hace mención a la publicación del texto en el Portal de Transparencia de la Comunidad de Madrid con un plazo de alegaciones desde 21 de diciembre de 2020 hasta 13 de enero de 2021, habiéndose recibido las del Consejo de Portavoces de Directores de Educación Infantil, Primaria, Especial y CEIPSOs de la Comunidad de Madrid.

Conforme a lo dispuesto en el artículo 26.5 de la Ley del Gobierno, a lo largo del proceso de elaboración deberán recabarse los informes y dictámenes que resulten preceptivos.

Así, se ha emitido el Dictamen del Consejo Escolar de la Comunidad de Madrid y, por tanto, se ha cumplimentado lo dispuesto en el artículo 2.1.de la Ley 12/1999, de 29 de abril, de creación de dicho organismo y en el artículo 2 del Decreto 61/2000, de 6 de abril, sobre composición y funcionamiento del Consejo Escolar de la Comunidad de Madrid.

Consta el informe de impacto por razón de género, evacuado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 19 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Además, se ha evacuado el informe de impacto en materia de familia –exigido por la Disposición adicional décima de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección de familias numerosas – y en materia de infancia y adolescencia –por imperativo de lo dispuesto en el artículo 22 quinquies la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil-.

Por otra parte, consta el Informe que valora el impacto de orientación sexual, identidad o expresión de género, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 21.2 de la Ley 3/2016, de 22 de julio de Protección Integral contra la LGTBIfobia y la discriminación por razón de orientación e identidad sexual en la Comunidad de Madrid y artículo 45 de la Ley 2/2016, de 29 de marzo, de Identidad y Expresión de Género e Igualdad Social y no Discriminación de la Comunidad de Madrid.

También se aportan los informes de las Direcciones Generales de Presupuestos y de Recursos Humanos de la Consejería de Hacienda y Función Pública, según lo previsto en la Disposición Adicional primera de la Ley 9/2018, de 26 de diciembre, de Presupuestos



Generales de la Comunidad de Madrid para 2019, prorrogada para 2021, e igualmente consta la Memoria Económica de la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Educación y Juventud.

Se ha incorporado al expediente el informe de la Secretaría General Técnica de la Consejería de Educación y Juventud, emitido en cumplimiento del artículo 26.5 de la citada Ley del Gobierno.

En definitiva, hasta el momento de evacuación del presente Informe, y con la salvedad de la omisión previamente señalada, la tramitación del Proyecto se ha acomodado a lo exigido por el Ordenamiento jurídico.

Para concluir el examen de este apartado y en atención a lo apuntado en la consideración jurídica anterior en relación con la procedencia de articular la norma proyectada como Decreto, debe señalarse que los trámites realizados respecto del Proyecto de Orden pueden considerarse válidos, por razones de eficacia y economía procedimental, siempre que el contenido del Decreto sea el mismo que el de la Orden que se tramita. Todo ello, sin perjuicio de los trámites que deban cumplimentarse adicionalmente con motivo de la elevación del rango de la norma proyectada.

Quinta. - Análisis del articulado.

Se estudiará, a continuación, el articulado del Proyecto desde una doble perspectiva: por un lado, su contenido sustantivo y, por otro lado, su forma, teniendo en cuenta, en ese segundo aspecto, las Directrices de Técnica Normativa aprobadas por el Acuerdo de Consejo de Ministros de 22 de julio de 2005 (en adelante, las “Directrices”), que son aplicables en la Comunidad de Madrid por vía de supletoriedad, al carecer de normativa propia al respecto (artículo 33 EACM), de conformidad con el apartado 5.1 de las Instrucciones.

Prima facie, nos detendremos en el Título.

Según la Directriz 7, el nombre de la disposición es la parte del título que indica el contenido y objeto de aquella, la que permite identificarla y describir su contenido esencial. La



redacción del nombre deberá ser clara y concisa y evitará la inclusión de descripciones propias de la parte dispositiva. Deberá reflejar con exactitud y precisión la materia regulada, de modo que permita hacerse una idea de su contenido y diferenciarlo del de cualquier otra disposición. Pues bien, el título responde a las exigencias de la Directriz.

La Parte Expositiva del Proyecto, se ajusta, con carácter general, a las Directrices, ya que carece de denominación, tal y como dispone la Directriz 11, y cumple los objetivos señalados en la Directriz 12, al describir su contenido e indicar su objeto, finalidad y antecedentes y los hitos más importantes de la tramitación, si bien se hace necesario describir las competencias y habilitaciones en cuyo ejercicio se dicta.

Por otra parte, se pone de manifiesto que la norma se ha elaborado de acuerdo a los principios de buena regulación, de necesidad y eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia recogidos en el artículo 129 de la Ley 39/2015 y se justifica suficientemente en su Parte Expositiva la adecuación de la Orden proyectada a dichos principios, que es lo que exige el texto legal.

En este sentido, la Comisión Jurídica Asesora de la Comunidad de Madrid, en Dictamen de 18 de enero de 2018, señala: *“(...) Se incluye una referencia genérica a la adecuación de la propuesta a los principios de buena regulación establecidos en el artículo 129 de la LPAC, si bien en aplicación del citado precepto sería deseable una mayor justificación de la adecuación de la norma a todos y cada uno de los principios que cita el artículo (necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia y eficiencia), pues el mandato del legislador estatal (“quedará suficientemente justificada su adecuación a dichos principios”) va más allá de la simple mención a que la propuesta se adecua a los citados principios y a la específica referencia al cumplimiento de solamente alguno de ellos”.*

En cuanto a la Parte Dispositiva, procede valorar, ahora, si el Proyecto autonómico se acomoda a la normativa vigente.

El **artículo 1** delimita el objeto y ámbito de aplicación del Proyecto y no merece ningún reproche sustantivo.

El **artículo 2** responde al tenor del artículo 2 de la Orden 917/2002 y los apartados 1, 2, 4 y 5 del artículo primero de la Orden de 24 de noviembre de 1992.



El **artículo 3** se ajusta al contenido del artículo 3 de la vigente Orden 917/2002.

El apartado 1 del **artículo 4** responde al tenor de los artículos 4 y 11, párrafo último, de la Orden 917/202.

Se incorpora a la regulación preexistente la enumeración de las causas de interrupción del servicio en el apartado 2.

Al implicar las causas contempladas la suspensión del contrato administrativo, deberá estarse a la regulación contenida en el artículo 208 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (en adelante, LCSP).

Se sugiere, en atención del principio de seguridad jurídica, desarrollar, en mayor medida, cuáles deberían ser las “restantes causas justificadas” que determinen la interrupción del servicio.

El apartado 3 está en consonancia con las competencias del Director enumeradas en el artículo 12.2.c) del Proyecto.

El **artículo 5** respeta el contenido del artículo segundo de la Orden de 24 de noviembre de 1992 y sustancialmente coincide con los párrafos primero a cuarto del artículo 5 de la Orden 917/2002.

Sin embargo, al suprimirse según la observación del Consejo Escolar, la posibilidad de selección y admisión de usuarios cuando haya más solicitudes que plazas disponibles, pierde sentido el supuesto prioritario que se regula en el apartado 3, por lo que se sugiere su supresión.

En cuanto al **artículo 6**, sus apartados 1, 2 y 3 responden a la regulación que ya se contenía en los párrafos 5 a 8 del artículo 5 de la Orden 917/2002.

Los apartados 2 y 3 responden al tenor del apartado 5 del artículo 40 de la Ley 17/2011, de 2 de julio, de Seguridad Alimentaria y Nutrición (en adelante, Ley 17/2011) -normativa



básica, conforme dispone la Disposición Final primera-, si bien se sugiere incluir la obligación incorporada al párrafo segundo que establece que: *“cuando las condiciones organizativas, o las instalaciones y los locales de cocina, no permitan cumplir las garantías exigidas para la elaboración de los menús especiales, o el coste adicional de dichas elaboraciones resulte inasumible, se facilitarán a los alumnos los medios de refrigeración y calentamiento adecuados, de uso exclusivo para estas comidas, para que pueda conservarse y consumirse el menú especial proporcionado por la familia”*.

Por otra parte, se sugiere incorporar también la obligación contenida en el apartado 4 del artículo 40 de la propia norma que establece que *“ las escuelas infantiles y los centros escolares proporcionarán a las familias, tutores o responsables de todos los comensales, incluidos aquellos con necesidades especiales (intolerancias, alergias alimentarias u otras enfermedades que así lo exijan), la programación mensual de los menús, de la forma más clara y detallada posible, y orientarán con menús adecuados, para que la cena sea complementaria con el menú del mediodía”*.

En cuanto al apartado 4, se sugiere armonizar el tenor de su párrafo primero y el del apartado 5.

Está claro que quien fija el precio anual, con carácter general, del menú escolar es el titular de la Consejería de Educación y Juventud.

Este precio es único para todos los centros, si bien el Director del Área Territorial a la que corresponda el centro podría autorizar otro en función de las circunstancias excepcionales que puedan concurrir en centros concretos.

Además, el titular de la Consejería podría establecer precios reducidos en función de las circunstancias socioeconómicas y familiares de los alumnos.

Se sugiere concretar, en cualquier caso, si el precio anual que fija el titular de la Consejería es un precio máximo o no y, en atención al principio de seguridad jurídica, determinar al menos genéricamente cuales son las circunstancias excepcionales a tener en cuenta para modificar el precio establecido con carácter general y el procedimiento para llevarlo a cabo.



Los costes que se repercuten en el precio son los que ya se establecen en el artículo 6 de la Orden 917/2002 y que complementa el artículo duodécimo, apartado 1, de la Orden de 24 de noviembre de 1992.

En cuanto al apartado 7, debe puntualizarse, en cualquier caso, que el procedimiento de facturación siempre debería estar en consonancia con el Pliego de Cláusulas Administrativas Particulares. La relación con la empresa prestadora del servicio de comedor escolar está regida por un contrato administrativo y, por consiguiente, por sus Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas.

Según argumenta el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales en reciente Resolución nº 309/2020, de 5 de marzo, con referencia a otras: *"conforme al artículo 145.1 del TRLCSP, "las proposiciones de los interesados deberán ajustarse a lo previsto en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su presentación supone la aceptación incondicionada por el empresario del contenido de la totalidad de dichas cláusulas o condiciones, sin salvedad o reserva alguna" (por todas, Resoluciones 59/2012, de 22 de febrero 142/2012, de 28 de junio, 155/2011, de 8 de junio, 172/11, de 29 de junio, 502/2013, de 14 de noviembre, o 19/2014, de 17 de enero, 931/2014, de 18 de diciembre, entre otras muchas).*

De acuerdo con lo expuesto, la falta de impugnación en plazo de los Pliegos obliga a los recurrentes, en virtud del principio de prohibición de actuación contraria a sus propios actos (venire contra factum proprium non valet), a pasar por su contenido, con la única excepción de que se aprecie la concurrencia de causa de nulidad radical en los Pliegos: "los pliegos que elabora la Administración y acepta expresamente el licitador al hacer su proposición constituyen la ley del contrato y vinculan, según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo español, tanto a la Administración contratante como a los participantes en la licitación, sin perjuicio de la eventual apreciación ulterior de vicios de nulidad de pleno derecho" (Resoluciones 241/2012, de 31 de octubre, y 83/2014, de 5 de febrero, entre otras)".

La Sala de lo Contencioso Administrativo de la Audiencia Nacional, recogía dicha doctrina en el fundamento de derecho segundo de la Sentencia de 17 de febrero de 2016, recurso 176/2014, señalando que:



“Como hemos expuesto y puso de manifiesto el TARCR, en el supuesto enjuiciado la impugnación tuvo lugar con ocasión de la adjudicación del contrato, sin que se hiciera cuestión alguna o fueran recurridos con anterioridad los Pliegos. Con carácter general, conforme a reiterada jurisprudencia, como nos recuerda la STS de 26 de noviembre de 2012 (casación 2322/2011, FJ 9º) que a su vez recuerda lo dicho por las de 19 de julio de 2000 (recurso 4324/94), 17 de octubre de 2000 (recurso 3171/95), 24 de junio de 2004 (recurso 8816/99), 4 de abril de 2007 (recurso 923/04) y 27 de mayo de 2009 (recurso 4580/06), «el pliego de condiciones es, en buena medida, el que vincula a las partes del mismo”.

El **artículo 7** complementa el contenido del artículo 7 de la Orden 917/2002 añadiendo la posibilidad de que la empresa que preste el servicio pueda proponer la inclusión de actividades que ayuden a promover la adquisición de valores nutricionales saludables y realizar propuestas de mejora para el servicio de comedor escolar. Ello en consonancia con el artículo 40 de la Ley 17/2011.

En cuanto a los objetivos y actuaciones a los que tendería el servicio de comedor enumerados en el apartado 3, se suprimen en relación con la regulación anterior “las actividades que fomenten actitudes de ayuda y colaboración entre los compañeros, prestando especial atención a los más pequeños y en las labores de puesta y recogida del servicio, a través de la figura del responsable de mesa” y “las actividades de expresión artística y corporal que contribuyan al desarrollo de la personalidad y al fomento de hábitos sociales y culturales”.

En cuanto a las primeras, hay que poner de manifiesto que se recogen en el artículo decimocuarto de la Orden de 24 de noviembre de 1992 y que, además, aparecen también reflejadas en el apartado 6.1 del Anexo I, por lo que se sugiere su inclusión o bien la justificación de la exclusión en la MAIN.

El apartado a) responde al contenido del apartado 3 del artículo 40 de la Ley 17/2011 que establece que: *“Las autoridades competentes velarán para que las comidas servidas en escuelas infantiles y centros escolares sean variadas, equilibradas y estén adaptadas a las necesidades nutricionales de cada grupo de edad. Serán supervisadas por profesionales con formación acreditada en nutrición humana y dietética”.*



El apartado 4 establece que el Anexo I debe tomarse como referencia para la elaboración del Programa anual. Se modifica así el párrafo penúltimo del artículo 7 de la Orden 917/2002 que indicaba que podía tomarse como referencia en el marco de la autonomía pedagógica de cada centro. Sin embargo, el Anexo I del propio Proyecto se titula “guía orientativa”.

Se sugiere coordinar artículo y Anexo dejando claro, en todo caso, que el contenido del mismo no conculcaría, dado su carácter genérico y ajustado a las exigencias de la norma, la autonomía de los centros regulada en el artículo 120 de la LOE.

En cuanto al último inciso coincide con la regulación del párrafo último del artículo 7 de la Orden 917/2002.

Se señala siguiendo la Directriz 44 que el Anexo al ser uno solo, no debe ser numerado. Así deberá revisarse la remisión a dicho Anexo, en todo el articulado a fin de ajustarse a la Directriz 44.

El apartado 1 del **artículo 8** responde al contenido de los párrafos penúltimo y último del artículo 8 de la Orden 917/2002 y los apartados 2 a 6 sustancialmente al de los párrafos primero a quinto del mismo artículo.

El apartado 1 del **artículo 9** establece que el servicio de comedor se prestará a través de una empresa contratada con arreglo a la LCSP o norma que la sustituya y ello es conforme con la propia Ley, teniendo en cuenta que nos encontramos ante un contrato de servicios.

En cuanto al apartado 2, la posibilidad de llevar a cabo la prestación de servicio de comedor escolar mediante acuerdo con el Ayuntamiento respectivo estaría condicionada a que se diesen las circunstancias que exigen los artículos 47 y ss de la Ley 40/2015, de 1 de octubre de régimen Jurídico del Sector Público y especialmente a que no nos encontremos ante una relación contractual.

En cualquier caso, salvo delegación, el convenio debería suscribirlo el consejero competente en materia de educación de acuerdo con el artículo 3, apartado 2.a) del Decreto 48/2019, de 10 de junio, del Consejo de Gobierno, por el que se regula la actividad convencional de la Comunidad de Madrid.



Esta consideración tiene carácter esencial

En relación con el contenido del apartado 4, hay que poner de manifiesto que la forma de prestar el servicio por la empresa será la contemplada en el contrato.

Sobre el apartado 1 del **artículo 10** hay que puntualizar que los Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares y de Prescripciones Técnicas deberán incluir dichos servicios a prestar por la empresa adjudicataria.

En cuanto a la referencia a los acuerdos con Ayuntamientos, nos remitimos a las consideraciones realizadas al artículo anterior.

El apartado 2 responde sustancialmente al contenido del párrafo segundo del artículo 10 de la Orden 917/2002 y el apartado 3 al del párrafo tercero del artículo 11 de la propia norma.

La inexistencia de relación laboral con la Comunidad de Madrid de los trabajadores de la empresa o del Ayuntamiento dependerá no tanto de lo que pueda declararse en el propio apartado 4, como de las características reales de dicha relación.

Deberá tenerse en cuenta, la Recomendación 4/2001, de 4 de octubre, de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad de Madrid, sobre los requisitos necesarios para la contratación de consultorías y asistencias y de servicios y la Resolución de 27 de octubre de 2010, aprobada por la Comisión Mixta para las Relaciones con el Tribunal de Cuentas, en relación con la Moción sobre la necesidad de evitar los riesgos de que los trabajadores de las Empresas de Servicios contratadas por la Administración, por las condiciones en que se desarrolla la actividad contratada, se conviertan en Personal Laboral de la Administración en virtud de sentencias judiciales (BOE de 18 de enero de 2011).

De acuerdo con esta Resolución, se instó a las Administraciones Públicas, entre otras actuaciones a:

“1. Instrumentar los mecanismos necesarios para que la contratación de servicios externos por la Administración, para ejercer competencias que tiene atribuidas, se circunscriba exclusivamente a supuestos en los que se encuentre debidamente justificada.



2. Que a través del Diálogo Social en la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas, de acuerdo con las disposiciones legales y reglamentarias aplicables, se determinen los servicios y funciones que pueden ser objeto de externalización por parte de aquéllas, con el fin de evitar el eventual recurso a la contratación de servicios externos para suplir la carencia de medios personales, cuando se trate de hacer frente a necesidades permanentes de personal, relacionadas con el ejercicio de las competencias que tenga atribuidas la entidad u órgano de que se trate. [...]

3. Que en los pliegos de prescripciones técnicas, así como en los de cláusulas administrativas particulares, de los contratos de servicios y de los que se celebren, en su caso, con empresas de trabajo temporal, se determinen con la mayor precisión posible, las prestaciones a realizar y se incremente la vigilancia de estos aspectos por parte del Servicio Jurídico del Estado y de la Intervención General del Estado en su labor de fiscalización y supervisión previa, de manera que se evite el riesgo de que se consolide como personal del organismo contratante el procedente de las citadas empresas. Con la misma finalidad, debería cuidarse también que su ejecución no se desvíe de lo pactado, así como el cumplimiento de su plazo de duración y de las prórrogas.

4. Que, de acuerdo a los respectivos ámbitos de competencias, se dicten las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos contratados por aquéllas, de manera que quede clarificada la relación entre los respectivos gestores de la Administración con el personal de la empresa contratada, evitando, en todo caso, actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral, sin perjuicio de las facultades que la legislación de contratos del sector público reconoce al órgano de contratación en orden a la ejecución de los contratos”.

Por su parte, la Disposición Adicional primera del Real Decreto Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, referente a las medidas en relación con los trabajadores de las empresas de servicios contratadas por la Administración, dispone que:

“Los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público de acuerdo con el artículo 3.1 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, dictarán en sus respectivos ámbitos de competencias las instrucciones pertinentes para la correcta ejecución de los servicios externos que hubieran contratado, de manera que quede clarificada la relación entre los gestores de la



Administración y el personal de la empresa contratada, evitando, en todo caso, actos que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral, sin perjuicio de las facultades que la legislación de contratos del sector público reconoce al órgano de contratación en orden a la ejecución de los contratos. A tal fin lo citados entes, organismos y entidades dictarán antes del 31 de diciembre de 2012 las instrucciones pertinentes para evitar actuaciones que pudieran considerarse como determinantes para el reconocimiento de una relación laboral”.

Esta previsión fue satisfecha, en el ámbito de la Administración del Estado, por las Instrucciones sobre buenas prácticas para la gestión de las contrataciones de servicios y encomiendas de gestión a fin de evitar incurrir en supuestos de cesión ilegal de trabajadores, emitidas el 28 de diciembre de 2012 por los Secretarios de Estado de Presupuestos y Gastos y de Administraciones Públicas.

La preocupación institucional a la que se ha hecho referencia trae causa de los numerosos pronunciamientos judiciales en sede jurisdiccional laboral en los que los Tribunales del orden social vienen declarando -en determinados casos y sobre la base de la concurrencia en cada uno de ellos de determinadas circunstancias- la existencia del derecho de los trabajadores de las empresas contratistas a que les sea reconocida la condición de trabajadores laborales por tiempo indefinido de los entes contratantes y a ser integrados en sus plantillas con tal condición.

Igualmente ha de tenerse en cuenta la jurisprudencia recaída sobre esta materia de la que resulta que la prestación de servicios a la Administración por personas que ejercitaban funciones de la misma sujetas a reglas análogas a las del personal funcionario o laboral, son encuadrables en el marco de una relación laboral, por más que externamente se les haya dado la apariencia de un contrato administrativo, siendo en definitiva estos contratos administrativos un fraude de las normas laborales, considerándose pruebas de esa relación laboral circunstancias tales como el desarrollo de las funciones en locales públicos, el suministro de claves para la utilización de aplicaciones informáticas de la Administración, el control horario del personal, la autorización de vacaciones y permisos por la Administración, la utilización de medios materiales de la Administración, etc.



Por último, señalar que la nueva LCSP no ha sido ajena a esta problemática, y así el artículo 308.2 de la Ley establece que:

“En ningún caso la entidad contratante podrá instrumentar la contratación de personal a través del contrato de servicios, incluidos los que por razón de la cuantía se tramiten como contratos menores.

A la extinción de los contratos de servicios, no podrá producirse en ningún caso la consolidación de las personas que hayan realizado los trabajos objeto del contrato como personal de la entidad contratante. A tal fin, los empleados o responsables de la Administración deben abstenerse de realizar actos que impliquen el ejercicio de facultades que, como parte de la relación jurídico laboral, le corresponden a la empresa contratista”.

El contenido del apartado 5 responde a la exigencia del artículo 13.5 de La Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor que establece:

“Será requisito para el acceso y ejercicio a las profesiones, oficios y actividades que impliquen contacto habitual con menores, el no haber sido condenado por sentencia firme por algún delito contra la libertad e indemnidad sexual, que incluye la agresión y abuso sexual, acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual, prostitución y explotación sexual y corrupción de menores, así como por trata de seres humanos. A tal efecto, quien pretenda el acceso a tales profesiones, oficios o actividades deberá acreditar esta circunstancia mediante la aportación de una certificación negativa del Registro Central de delincuentes sexuales”.

Los apartados 1 y 2 del **artículo 11** se ajustan a lo establecido en el artículo decimoquinto de la Orden de 24 de noviembre de 1992 y al artículo 11 de la Orden 917/2002.

El apartado 3 desarrolla el contenido de la Orden de 24 de noviembre de 1992 solucionando el problema de que el número de comensales no alcance la fracción establecida lo que supone un complemento de la norma estatal.

En cuanto al **artículo 12**, las funciones que se enumeran del Consejo Escolar y del Director del centro responden a las establecidas en los artículos 127 y 132 de la LOE.

Los apartados 3 y 4 responden al contenido que ya tenía el artículo 12, apartados 4 y 5 de la Orden 917/2002, si bien en el Proyecto las funciones del profesor se atribuyen al



funcionario que participe en las tareas de elaboración, programación, desarrollo y evaluación del servicio de comedor.

Para una mejor sistemática del artículo se sugiere reformular el párrafo introductorio de cada apartado para seguir la estructura del artículo 12 de la Orden 917/2002, de forma que cada apartado se inicie haciendo referencia al órgano correspondiente cuyas funciones se enuncian.

El **artículo 13** regula la gratificación para el personal vinculado a la gestión del servicio.

Como indica el informe de la Dirección General de Recursos Humanos de la Consejería de Educación y Juventud de 13 de enero de 2021:

“Dispone el artículo 74.d) de la Ley 1/86, de 10 de abril, de la Función Pública de la Comunidad de Madrid, que las gratificaciones son retribuciones complementarias otorgadas “por servicios extraordinarios, prestados fuera de la jornada normal, en ningún caso podrán ser fijas en su cuantía ni periódicas en su devengo. Su cuantía aparecerá determinada globalmente en los Presupuestos y se abonarán de conformidad con el sistema de cálculo que reglamentariamente se determine”. En virtud de este artículo y del artículo 72 de la Ley 1/86, de la propia norma las gratificaciones tienen el carácter de retribución complementaria y son propias de los funcionarios de la Comunidad de Madrid.

En este mismo sentido se expresa el artículo 26 f) la Ley 9/2018, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para 2019 (presupuestos prorrogados por Decreto 122/2020, de 29 de diciembre, del Consejo de Gobierno, por el que se establecen los criterios de aplicación de la prórroga automática de los Presupuestos Generales de la Comunidad de Madrid para 2019 hasta la entrada en vigor de los Presupuestos Generales para 2021), donde se destaca que estas gratificaciones tendrán carácter excepcional, y serán concedidas por servicios extraordinarios prestados fuera de la jornada normal de trabajo, subrayando que no podrá originar derechos individuales en periodos sucesivos. Asimismo, señala como órgano competente para su concesión al Consejero respectivo dentro de los créditos asignados a tal fin y de acuerdo con el procedimiento reglamentariamente establecido.

Por último, es preciso señalar que el artículo 105.2 b) de la LOE dispone que las Administraciones educativas favorecerán respecto al profesorado de los centros públicos el reconocimiento de la labor del profesorado, atendiendo a su especial dedicación al centro y



a la implantación de planes que supongan innovación educativa, por medio de los incentivos económicos y profesionales correspondientes”.

De acuerdo con ello, el contenido del artículo sería ajustado a la norma.

El **artículo 14**, apartado 1, enumera los recursos económicos que ya incorporaba la Orden 917/2002 en su artículo 14, apartado 1, si bien se excluye la referencia expresa a las ayudas de comedor en régimen de concurrencia competitiva gestionadas por la Dirección General competente.

Se sugiere revisar la redacción del apartado 1.b), a fin de adicionar la conjunción coputativa: “*así como*”, pudiendo quedar del siguiente tenor: “(...) exenciones de cuotas en materia de comedor escolar, así como los destinados a financiar (...)”.

En cuanto al apartado 2.b), el principio de seguridad jurídica requiere que se establezca un procedimiento previo al acuerdo del Consejo Escolar en el que se incorpore, al menos, un trámite de audiencia.

El **artículo 15** en sus apartados 1 y 3 se limita a incluir genéricamente las obligaciones de la empresa en materia de aptitud para el consumo de los productos utilizados, control de calidad, control sanitario de los alimentos, manipulación y distribución con arreglo a la normativa vigente.

Se trataría de obligaciones a incluir en el PCAP o PPT, así como la obligación de aportar póliza y recibo de un seguro de responsabilidad civil contemplada en el apartado 2.

En el apartado 2 sería más adecuado referirse a “*contrato de prestación del servicio de comedor*”, en vez de “*contrato de suministro del servicio de comedor*”, a fin de evitar confusión con el contrato de suministros previsto en el artículo 16 de la LCSP y en coherencia con lo establecido en el apartado 3.

La **Disposición Transitoria única** establece que los actuales contratos del servicio de comedor continuarán en vigor hasta la finalización del curso escolar 2020-2021. Ello implicaría que, finalizado ese curso, en prórroga vigente de los contratos actuales, el órgano de contratación optaría, en su caso, por no prorrogarlos nuevamente.



El artículo 29, apartado 2 de la LCSP establece que:

“El contrato podrá prever una o varias prórrogas siempre que sus características permanezcan inalterables durante el período de duración de estas, sin perjuicio de las modificaciones que se puedan introducir de conformidad con lo establecido en los artículos 203 a 207 de la presente Ley.

La prórroga se acordará por el órgano de contratación y será obligatoria para el empresario, siempre que su preaviso se produzca al menos con dos meses de antelación a la finalización del plazo de duración del contrato, salvo que en el pliego que rija el contrato se establezca uno mayor. Quedan exceptuados de la obligación de preaviso los contratos cuya duración fuera inferior a dos meses.

En ningún caso podrá producirse la prórroga por el consentimiento tácito de las partes”.

El artículo 23, apartado 2 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público establece que:

“El contrato podrá prever una o varias prórrogas siempre que sus características permanezcan inalterables durante el período de duración de éstas y que la concurrencia para su adjudicación haya sido realizada teniendo en cuenta la duración máxima del contrato, incluidos los períodos de prórroga.

La prórroga se acordará por el órgano de contratación y será obligatoria para el empresario, salvo que el contrato expresamente prevea lo contrario, sin que pueda producirse por el consentimiento tácito de las partes”.

Por tanto, si el contrato se rige por la LCSP, será necesario un preaviso.

En cuanto a la **Disposición Derogatoria única**, debe suprimirse la referencia a las disposiciones modificativas de la Orden 917/2002 pues se integran en la misma.

Atendiendo al título de la Disposición Derogatoria única “Normas que se derogan”, deberá suprimirse en el apartado 2, la referencia las disposiciones de inferior rango, dado que las mismas no tienen carácter normativo.



La **Disposición Final primera**, bajo el título “Desarrollo normativo” contiene habilitaciones para la aplicación de la norma.

Se trataría de una habilitación de carácter no normativo, para que los titulares de las Direcciones Generales competentes puedan dictar las instrucciones o especificaciones precisas para la correcta ejecución y cumplimiento de la Orden.

En relación con estas habilitaciones, conviene recordar, como se ha puesto de manifiesto en precedentes informes de la Abogacía General (27 de agosto de 2012, 28 de agosto de 2012, de 22 de abril de 2013 o de 3 de abril de 2014, entre otros) que, en la Administración de la Comunidad de Madrid, las competencias normativas se agotan en los Consejeros, correspondiendo a los órganos directivos inferiores la facultad de emitir instrucciones de carácter interno, entendiendo por tales las directrices de actuación dictadas en el ejercicio del poder jerárquico, con el fin de establecer los criterios de aplicación e interpretación jurídicos que habrán de ser seguidos en futuros actos administrativos, con una eficacia puramente interna.

Se sugiere igualmente suprimir el término “disposiciones”, al no tener las habilitaciones previstas carácter normativo.

Atendiendo a la Directiz 28 y 38, el título de la Disposición Final segunda, deberá ajustarse a la materia que se refiere, cual es la de “Habilitaciones”.

Finalmente, la **Disposición Final segunda**, bajo la rúbrica “entrada en vigor”, prevé que la Orden entre en vigor el día siguiente al de su publicación en el Boletín Oficial de la Comunidad de Madrid, ajustándose a la Directriz 43.

En último término, como cuestión de técnica normativa, advertimos la procedencia de revisar la composición de los artículos y disposiciones de la parte final del Proyecto a fin de ajustarse a lo dispuesto en la Directriz 29 y terminar cada título con un punto al final.

En virtud de todo lo precedentemente expuesto, se formula la siguiente



CONCLUSIÓN

La conformidad a Derecho del Proyecto de Orden de la Consejería de Educación y Juventud, por la que se regula el servicio de comedor escolar en los centros docentes públicos no universitarios de la Comunidad de Madrid, exige la observancia de las consideraciones de carácter esencial consignada en el cuerpo del presente Dictamen, sin perjuicio de las restantes observaciones formuladas.

Es cuanto se tiene el honor de informar.

Madrid, a fecha de firma

**La Letrada Jefe del Servicio Jurídico en
la Consejería Educación y Juventud**

Begoña Basterrechea Burgos

El Abogado General de la Comunidad de Madrid

Luis Banciella Rodríguez- Miñón

**ILMA. SRA. SECRETARIA GENERAL TÉCNICA DE LA CONSEJERÍA DE
EDUCACIÓN Y JUVENTUD.**

