



A.G.- 68/2020

S.G.C.- 203/2020 S.J.- 914 /2020

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 la gestión económica del servicio de comedor escolar en Colegios Públicos de Educación Infantil y Primaria en caso de confinamiento de alumnos por causa del COVID-19 durante el curso 2020/2021.**

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 13 de noviembre de 2020 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:

- Proyecto de Orden.



- Memoria del análisis de impacto normativo de 13 de noviembre de 2020, emitida por el Director General de Educación Infantil y Primaria de la Consejería de Educación y Juventud.

- Informe de impacto por razón de género de la Dirección General Igualdad (Consejería de Políticas Sociales, Familias, Igualdad y Natalidad), fechado el 14 de octubre 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 15 de octubre 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 14 de octubre de 2020, emitido por la Directora General de Igualdad (Consejería de Políticas Sociales, Familias, Igualdad y Natalidad).

- Memoria Económica emitida el 22 de octubre de 2020 por el por el Director General de Educación Infantil y Primaria de la Consejería de Educación y Juventud.

- Informe de 10 de noviembre de 2020 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, prorrogada para 2020.

- 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.



Segundo. - El 17 de noviembre de 2020 se recibe la siguiente documentación:

- Memoria del análisis de impacto normativo de 17 de noviembre de 2020, emitida por el Director General de Educación Infantil y Primaria de la Consejería de Educación y Juventud.

- Alegaciones presentadas por la Asociación Empresarial de Restaurantes de Colectividades de la Comunidad Autónoma de Madrid (en adelante, AERCOCAM) el 4 de noviembre de 2020.

CONSIDERACIONES JURÍDICAS

Primera. - Finalidad y contenido.

El Proyecto de Orden sometido a consulta tiene por objeto establecer el procedimiento de gestión económica del servicio de comedor escolar en caso de confinamiento temporal por COVID-19, determinado por la administración educativa, de alumnos de colegios públicos de Educación Infantil y Primaria, que afecte a usuarios fijos del servicio de comedor escolar.

Según se desprende de la Exposición de Motivos, la prestación del servicio de comedor escolar en los centros públicos no universitarios de la Comunidad de Madrid se rige por lo dispuesto en 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) que, en su artículo 6, se refiere al coste y precio del menú y en su artículo 14, a la gestión económica del servicio de comedor.

Según estos artículos, el modelo de gestión económica del servicio de comedor escolar en los centros públicos no universitarios en la Comunidad de Madrid supone que el precio establecido para dicho servicio sea asumido por las familias de los alumnos que



lo utilizan, aportando la Comunidad de Madrid los importes correspondientes a los precios reducidos y exenciones de cuotas establecidos normativamente en cada momento.

Este modelo, previsto para supuestos de prestación del servicio en circunstancias normales, no tiene en cuenta la concurrencia de situaciones excepcionales, como la derivada de la actual pandemia por COVID-19 en la que el confinamiento temporal determinado por la administración educativa puede afectar a alumnos que sean usuarios fijos del servicio de comedor escolar, que no podrán hacer uso de este servicio por una causa ajena a su voluntad.

Por ello, en estos casos, la Comunidad de Madrid considera que no deben ser las familias las que asuman el precio del servicio, así como tampoco deben asumirlo las empresas que prestan el servicio en los centros afectados, que tampoco son responsables de la situación sobrevenida. En consecuencia, se estima que debe ser la Consejería competente en materia de educación quien lo asuma, estableciendo el procedimiento a seguir y poniendo a disposición de los centros afectados los créditos necesarios para la financiación del precio del menú escolar de los alumnos incluidos en un confinamiento determinado por la administración educativa en alguno de los Colegios Públicos de Educación Infantil y Primaria como consecuencia del COVID-19.

Se compone de una Parte Expositiva y de una Parte Dispositiva, constituida por cuatro artículos y dos Disposición Finales.

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”.

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 en el marco jurídico de la Orden del Ministerio de Educación y Ciencia de 24 de noviembre de 1992 por la que se regulan los comedores escolares, modificada por la Orden de 30 de septiembre de 1993, 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, por los que se aprueban los Reglamentos Orgánicos de las Escuelas de Educación Infantil y de los Colegios de Educación Primaria, y de los Institutos de Educación Secundaria.

El Proyecto que se somete a informe complementa el régimen previsto en la Orden 917/2002, de 14 de marzo, con las especificaciones que se necesitan para solucionar la situación excepcional creada en los centros como consecuencia de la COVID.

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.

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 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, en primer lugar, debe determinarse si concurre competencia suficiente en el órgano administrativo -Consejería de Educación y Juventud- para el ejercicio de la potestad reglamentaria, mediante Orden, supuesta ya la competencia autonómica por razón de la materia.



En el presente supuesto, como se señaló, la Orden que se sujeta a informe complementa el régimen previsto en la Orden 917/2002 con las especificaciones que se necesitan en la situación excepcional. La norma se incluiría en el ordenamiento jurídico con el mismo rango que la que viene a complementar.

Por otra parte, la Orden 1035/2020, de 29 de agosto, de la Consejería de Sanidad, por la que se modifica la Orden 668/2020, de 19 de junio, por la que se establecen medidas preventivas para hacer frente a la crisis sanitaria provocada por la COVID-19 una vez finalizada la prórroga del estado de alarma establecida por el Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, para la ejecución de actuaciones coordinadas en salud pública frente a la COVID-19 para centros educativos durante el curso 2020-2021 y en relación con la vacunación frente a la gripe, en su apartado cuadragésimo añade el punto 4 en el que *“se habilita a la Consejería de Educación y Juventud para dictar, en el ámbito de sus competencias, cuantas medidas sean precisas para la ejecución de lo establecido en esta Orden”*.

La citada norma incorpora la cuarentena de los contactos estrechos en los siguientes términos:

“8. Gestión de casos y actuación ante brotes de COVID-19:

a) Ante la aparición de casos en el centro educativo, las medidas de prevención y control se llevarán a cabo por parte de la Dirección General de Salud Pública de acuerdo con el documento técnico elaborado por la Ponencia de Alertas y Planes de Preparación y Respuesta: "Guía de actuación ante la aparición de casos de COVID-19 en centros educativos", que tiene como ejes de actuación los siguientes:

1. Evitar la asistencia al centro de personas sintomáticas.
2. Aislamiento precoz y referencia al sistema sanitario de personas con síntomas.
3. Mantenimiento de la actividad extremando precauciones hasta confirmar o descartar la infección en la persona sintomática.



4. Cuarentena de los contactos estrechos en los términos que decida la Dirección General de Salud Pública de acuerdo con la "Estrategia de detección precoz, vigilancia y control de COVID-19".

b) El centro educativo informará, explícitamente y con confirmación de recepción de la información, a las familias y tutores legales, o, en su caso, a los alumnos mayores de edad, de que el alumnado con cualquier sintomatología aguda no puede acceder al centro educativo. Los centros educativos pueden establecer mecanismos para la identificación de síntomas de los alumnos a los alumnos en la entrada del mismo.

c) Se tomará la temperatura corporal a todo el alumnado y el personal de forma previa al inicio de la jornada. Cada centro docente dispondrá la forma de llevar a cabo la toma de temperatura, evitando en todo caso aglomeraciones y asegurando el mantenimiento de la distancia interpersonal de al menos 1,5 metros.

d) No acudirán al centro educativo aquellas personas que tengan síntomas compatibles con COVID-19, ya sean parte del alumnado, profesorado u otro personal, así como aquellas que se encuentren en aislamiento por diagnóstico de COVID-19 o en período de cuarentena por contacto estrecho con un caso de COVID-19.

e) Los trabajadores vulnerables al COVID-19 mantendrán las medidas de protección de forma rigurosa, de acuerdo con la evaluación realizada por el Servicio de Prevención de Riesgos Laborales y su informe sobre las medidas de prevención, adaptación y protección necesarias, siguiendo lo establecido en el Procedimiento de actuación para los servicios de prevención de riesgos laborales frente a la exposición al SARS-CoV-2.

f) Se informará y formará al personal de los centros docentes sobre los riesgos de contagio y propagación de la COVID-19, con especial atención a las vías de transmisión y las medidas de prevención y protección adoptadas en el centro.

g) La realización de actividades y modalidades formativas en centros no educativos atenderá a los criterios de prevención y control establecidos para el sector correspondiente".

La habilitación se extendería a la posibilidad de adoptar medidas por parte de la Consejería de Educación y Juventud que permitan paliar los efectos de la cuarentena en el marco escolar.



Por otra parte, a través de la Orden 2162/2020, de 14 de septiembre, de la Consejería de Educación y Juventud, se establecen las medidas que han de adoptar los centros docentes de la Comunidad de Madrid para la organización del curso 2020-2021 en relación con la crisis sanitaria provocada por la COVID-19, que incluye la gestión de casos y actuación ante brotes de COVID-19.

La Ley 1/1983, de 13 de diciembre, del Gobierno y Administración de la Comunidad de Madrid (en lo sucesivo Ley 1/1983), en su artículo 41.d) señala que corresponde a los Consejeros ejercer la potestad reglamentaria en la esfera de sus atribuciones.

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, atribuye a dicha Consejería, el ejercicio de las competencias autonómicas en materia de educación (en lo sucesivo, Decreto 288/2019).

Por tanto, el titular de la Consejería de Educación y Juventud es el competente para la aprobación de la presente Orden, de conformidad con la normativa aludida.

La preparación del expediente compete a la Dirección General de Educación Infantil y Primaria de acuerdo con lo establecido en el artículo 10 del previamente citado Decreto 288/2019.

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 no se ha efectuado tal consulta tal como justifica la Memoria del análisis de impacto normativo en los siguientes términos:

“La tramitación de la norma se está realizando de acuerdo con la normativa aplicable. No se ha realizado trámite de consulta pública ya que, de acuerdo a lo previsto en el artículo 132.4, de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, es posible prescindir de dicho trámite cuando la propuesta normativa no tenga un impacto significativo en la actividad económica, no imponga obligaciones relevantes a los destinatarios o regule aspectos parciales de una materia. En este caso, el limitado alcance de la norma, que afectará únicamente a una parte de los alumnos comensales del servicio de comedor escolar, así lo justifica”.

Al figurar la Memoria del análisis de impacto normativo deben darse por cumplimentados el artículo 26.3 de la Ley del Gobierno y los artículos 1 y 2 del Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por el que se regula la Memoria del análisis de impacto normativo.



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.

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 hasta el 4 de noviembre de 2020, habiéndose recibido las de AERCOCAM.

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.

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 aporta el informe de la Dirección General de Presupuestos 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 2020, e igualmente consta el informe de la Dirección General de Recursos Humanos de la misma Consejería.

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, si bien se echa en falta un nuevo informe final de la citada Secretaría General Técnica, en el que se deje constancia de las alegaciones formuladas en el trámite de información pública, así como del contenido de la nueva Memoria del Análisis de Impacto Normativo emitida el 17 de noviembre de 2020 por la Dirección General de Educación Infantil y Primaria.

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.

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.

Solo cabe advertir que, de acuerdo con la Directriz 6, la disposición debería identificarse como Proyecto de Orden.

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 indicar las competencias en cuyo ejercicio se dicta la norma y, además, describir su contenido e indicar su objeto, finalidad y antecedentes y los hitos más importantes de la tramitación.

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.

En el **artículo 2** se regula el abono y facturación de cuotas correspondientes a las familias con hijos usuarios del servicio del comedor en situación de confinamiento.

De entrada, hay que señalar que existe un error en la numeración de los apartados que debe ser corregido.

El Real Decreto-ley 21/2020, de 9 de junio, de medidas urgentes de prevención, contención y coordinación para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 (en adelante, RDL 21/2020), dispone en su artículo 9, sobre los centros docentes, que las administraciones educativas deberán asegurar el cumplimiento por los titulares de los centros docentes, públicos o privados, que impartan las enseñanzas contempladas en la LOE de las normas de desinfección, prevención y acondicionamiento de los citados centros. También, deberá asegurarse la adopción de medidas organizativas que resulten necesarias para mantener la seguridad y la prevención.

En concreto, en la Comunidad de Madrid, la Orden 668/2020, de 19 de junio, de la Consejería de Sanidad, por la que se establecen medidas preventivas para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 una vez finalizada la prórroga del estado de alarma (en adelante, Orden 668/2020), prevé que la Consejería de Educación y Juventud dicte las resoluciones pertinentes para garantizar el cumplimiento de las medidas fijadas por el Gobierno de la Nación y de la Comunidad de Madrid.

En ejecución de las Órdenes comunicadas del Ministro de Sanidad, de 27 de agosto de 2020, previo acuerdo del Pleno del Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, en coordinación con la Conferencia Sectorial de Educación, se publicó la ya aludida Orden 1035/2020, de 29 de agosto, de la Consejería de Sanidad, por la que se modifica la Orden 668/2020, de 19 de junio, por la que se establecen medidas preventivas para hacer



frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19 una vez finalizada la prórroga del estado de alarma establecida por el Real Decreto 555/2020, de 5 de junio, para la ejecución de actuaciones coordinadas en salud pública frente al COVID-19 para centros educativos durante el curso 2020-2021 y en relación con la vacunación frente a la gripe.

Dicha Orden 1035/2020, de 29 de agosto, adapta a la ya existente Orden 668/2020, las recomendaciones contenidas en las Declaraciones de Actuaciones Coordinadas en salud pública frente al COVID-19 para centros educativos durante el curso 2020-2021, y, entre otros aspectos, en su apartado cuadragésimo añade el punto 4 en el que *“se habilita a la Consejería de Educación y Juventud para dictar, en el ámbito de sus competencias, cuantas medidas sean precisas para la ejecución de lo establecido en esta Orden”*.

Como ya se señaló, la Disposición cuadragésima bis de la Orden 668/2020, de 19 de junio, en su apartado 8, apartado a), regula la gestión de casos y actuación ante brotes de COVID-19 incorporando como ejes de actuación evitar la asistencia al centro de personas sintomáticas, aislamiento precoz y referencia al sistema sanitario de personas con síntomas o cuarentena de los contactos estrechos en los términos que decida la Dirección General de Salud Pública.

Así, la apertura de los colegios públicos en un escenario de presencialidad ha venido acompañada, en casos concretos que han afectado a unidades escolares o grupos de alumnos de diversos centros, por una situación de confinamiento temporal que les ha impedido durante la duración de la misma tanto acceder al centro como utilizar el servicio de comedor escolar.

El modelo de gestión económica del servicio de comedor escolar en los centros públicos no universitarios en la Comunidad de Madrid, según establece la Orden 917/2002, en su artículo 6, prevé que el precio establecido para dicho servicio sea asumido por las familias de los alumnos que lo utilizan, aportando la Comunidad de Madrid únicamente los importes correspondientes a los precios reducidos y exenciones de cuotas establecidos normativamente en cada momento.

Sin embargo, este principio general se ve sustancialmente alterado en los casos en los que los alumnos no pueden hacer uso del comedor escolar por una causa ajena a su



voluntad y dependiente de los términos que decida la Dirección General de Salud Pública de acuerdo con la "Estrategia de detección precoz, vigilancia y control de COVID-19".

La situación de confinamiento de alumnos en los casos en que sea establecida por las autoridades sanitarias les impediría asistir al centro educativo y utilizar el servicio de comedor escolar durante dicho período. Tampoco se podría preavisar a la empresa encargada del servicio con tiempo suficiente para reorganizar el número de menús, sobre todo al afectar a un número importante de alumnos.

Por tanto, según se desprende de la Memoria del análisis de impacto normativo, *“se estima necesario no hacer recaer sobre las familias el coste de unos servicios no utilizados por causas ajenas a su voluntad y, al mismo tiempo, no hacer repercutir sobre las empresas la reducción sobrevenida del número de comensales como consecuencia de la adopción de una decisión de confinamiento derivada del COVID-19 en grupos y unidades concretos”*.

Así, durante la cuarentena, la Comunidad de Madrid abonaría el servicio de comedor correspondiente a los siete días posteriores al inicio de la misma con arreglo a los porcentajes que establece el artículo 2 del Proyecto.

Ello sería una medida organizativa relacionada con uno de los ejes de actuación ante la aparición de Covid -19.

Sin embargo, se pone de manifiesto en la propia memoria, que el abono de las cuotas por la Comunidad de Madrid trata de no hacer repercutir sobre las empresas la reducción sobrevenida del número de comensales como consecuencia de la adopción de una decisión de confinamiento derivada del COVID-19 en grupos y unidades concretos. Se trataría, por tanto, de no perjudicarles ante una reducción de comensales sin preaviso con plazo suficiente para reorganizar el servicio.

Pues bien, la norma debería tener en cuenta que 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. Estos Pliegos podrían regular el pago en función de los días de preaviso de forma diferente e incluso más beneficiosa para la propia empresa por lo que, en estos casos, deberían ser abonadas las cantidades reconocidas en dichos pliegos, que



constituyen ley entre las partes y cuya inaplicación sería contraria a la propia justificación esgrimida en el Expositivo y en la Memoria del análisis de impacto normativo.

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».

Puede hacerse mención, a título ilustrativo, al *Pliego de Prescripciones Técnicas por las que se regirá el acuerdo marco para la prestación del servicio de comedor escolar en los centros docentes públicos no universitarios de la Comunidad de Madrid y actuaciones complementarias inherentes al mismo, a adjudicar por procedimiento abierto mediante pluralidad de criterios*, que regula en su cláusula undécima la forma de pago del servicio de comedor en caso de inasistencia en los siguientes términos, más beneficiosos para la empresa:

“En la primera semana de cada mes, las empresas cotejarán con los centros el número de usuarios del comedor escolar, en cualquiera de sus opciones, en el mes anterior.

Para atender las demandas de posibles incidencias ocasionales de las familias, la empresa se compromete a servir con un aviso diario de 3 horas antes del comienzo del servicio, un número de menús superior al contratado siempre que no exceda de un 10%.

Baja temporal de usuarios en el comedor escolar: en el supuesto de inasistencia de algún comensal por un período igual o inferior a siete días lectivos a lo largo de un mismo mes, únicamente deberá abonarse el 60% sobre el precio de la minuta comensal/día. La misma cantidad se abonará en los casos siguientes:

1º Huelga, a excepción de las que afecten al personal del servicio de comedor escolar, que imposibilite la prestación del mismo.

2º Aquellos días que no funcione el comedor escolar por haberse declarado oficialmente no lectivos, con posterioridad a la aprobación del calendario escolar.

3º Aquellos días en que los alumnos se encuentren realizando actividades programadas fuera del recinto escolar y no se les suministre comida para llevar.

Bajas definitivas y bajas temporales superiores a siete días lectivos a lo largo de un mismo mes de usuarios en el comedor escolar: en el supuesto de baja definitiva o temporal (superior a siete días lectivos) de un alumno en el comedor escolar en el período de un mes, se abonará la minuta según la siguiente escala:



Con un preaviso de siete días antes de la baja -Cero euros

Con un preaviso de tres días antes de la baja -60 % del precio de la minuta

Con un preaviso de menos de tres días antes de la baja -100% del precio de la minuta”

En definitiva, el artículo 2 del Proyecto debería añadir, en el apartado 1, que la facturación se llevaría a cabo en los términos que contempla salvo que existan Pliegos de Cláusulas Administrativas Particulares o de Prescripciones Técnicas que lo regulen aplicando otros porcentajes más favorables para la empresa contratista.

Esta consideración tiene carácter esencial

El apartado 2 (en el Proyecto 3) se conecta con la habilitación contenida en la Disposición Final primera.

El apartado 3 (numerado como 2 en el Proyecto), en tanto alude al posible uso ocasional del servicio de comedor escolar, responde a la posibilidad reconocida en el artículo 5 de la Orden 917/2002:

“Todos los alumnos del centro podrán ser usuarios del servicio de comedor colectivo escolar.

La selección y admisión de usuarios del servicio de comedor, cuando haya más solicitudes que plazas disponibles, corresponde al Consejo Escolar del centro”.

Por otro lado, debemos poner de manifiesto que el contenido del apartado 4 (numerado como un nuevo apartado 3 en el Proyecto) enlaza con la previsión que contempla el apartado 3 del artículo 3.

Se observa, no obstante, una discordancia en la redacción de ambos apartados, que debe ser corregida a fin de evitar posibles problemas aplicativos futuros: así, en el primero de ellos se indica que los centros practicarán “*en el recibo siguiente*” la compensación de los importes que corresponda en cada caso, mientras que el segundo postula que se compensará a las familias “*en el mes siguiente*” según corresponda en cada caso.



El **artículo 3** regula las actuaciones que deben llevar a cabo los centros educativos para facilitar la aplicación de lo dispuesto en la Orden, en concreto, las medidas contempladas en el artículo 2.

El **artículo 4**, relativo a la forma de efectuar los libramientos económicos a los centros para hacer frente al abono de las cuotas, vendría a complementar, según lo expuesto *ut supra*, el contenido del artículo 14 de la Orden 917/2002.

La **Disposición Final primera** contiene la habilitación para la aplicación de la norma.

Se trata de una habilitación de carácter no normativo, para que el titular de la Dirección General competente pueda dictar las instrucciones precisas para la aplicación de la norma.

En relación con estas habilitaciones a las Direcciones Generales para dictar las especificaciones o instrucciones que sean precisas para la aplicación y cumplimiento de la norma proyectada, 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.

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.

Sin embargo, el inciso segundo, extiende la aplicación retroactiva de la norma a todos los casos de confinamiento temporal por COVID-19 determinados por la



administración educativa de alumnos de colegios públicos de Educación Infantil y Primaria que afecten a usuarios fijos del servicio de comedor escolar desde el comienzo del curso 2020/2021.

La Sentencia del Tribunal Constitucional 270/2015 (FD 7º) efectúa las siguientes precisiones sobre el concepto de retroactividad prohibida por el artículo 9.3 CE:

«Como ya señalábamos desde nuestros primeros pronunciamientos (SSTC 42/1986, de 10 de abril, FJ 3, y 65/1987, de 21 de mayo, FJ 19), lo que se prohíbe en ese art. 9.3 CE es la retroactividad entendida como incidencia de la nueva ley en los efectos jurídicos ya producidos de situaciones anteriores. La irretroactividad sólo es aplicable a los derechos consolidados, asumidos e integrados en el patrimonio del sujeto y no a los pendientes, futuros, condicionados y expectativas [por todas, SSTC 99/1987, de 11 de junio, FJ 6 b), y 178/1989, de 2 de noviembre, FJ 9], de forma que sólo puede afirmarse que una norma es retroactiva a los efectos del art. 9.3 CE cuando incide sobre relaciones consagradas y afecta a situaciones agotadas [STC 99/1987, FJ 6 b)], supuesto en el que la prohibición de retroactividad operaría plenamente y solo exigencias cualificadas del bien común podrían imponerse excepcionalmente a tal principio. Por el contrario, en el caso de la retroactividad impropia, que incide en situaciones no concluidas, hay que reconocer al legislador un amplio margen de libertad, de suerte que no entran dentro del ámbito de la retroactividad prohibida las disposiciones que, carentes de efectos ablativos o peyorativos hacia el pasado, despliegan su eficacia inmediata hacia el futuro, aunque ello suponga incidir en una relación o situación jurídica aún en curso».

«En suma, conforme a la doctrina de este Tribunal, el art. 9.3 CE no contiene una prohibición absoluta de retroactividad que conduciría a situaciones congeladoras del ordenamiento contrarias al art. 9.3 CE (STC 126/1987, de 16 de julio, FJ 11), ni impide que las leyes puedan afectar a derechos e intereses derivados de situaciones jurídicas que siguen produciendo efectos, pues no hay retroactividad proscrita cuando una norma regula pro futuro situaciones jurídicas creadas con anterioridad a su entrada en vigor o cuyos efectos no se han consumado, ya que el legislador puede variar ex nunc el régimen jurídico preexistente de los derechos individuales, siempre que se ajuste a las restantes exigencias de la Constitución (STC 227/1988, de 29 de noviembre, FJ 9)».

«El Real Decreto-ley 9/2013 tiene una vigencia inmediata y produce efectos a partir de su entrada en vigor.



Los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen primado están sujetos a ese nuevo régimen retributivo desde la fecha de entrada en vigor del Real Decreto-ley 9/2013, sin perjuicio de que la cuantificación precisa de dicha retribución no se produzca hasta la aprobación de la norma reglamentaria correspondiente, y sin que dicha sujeción conlleve una afectación desfavorable a los derechos adquiridos, desde una perspectiva constitucional, esto es, no incide en derechos patrimoniales previamente consolidados e incorporados definitivamente al patrimonio del destinatario, o en situaciones jurídicas ya agotadas o consumadas».

«De este modo una medida normativa como la impugnada no entra en el ámbito de la retroactividad prohibida por el art. 9.3 CE , pues nos hallamos ante relaciones jurídicas no concluidas, cuya resistencia a la retroactividad de la ley es menor que en los supuestos de retroactividad auténtica, debiendo reconocérsele al legislador un amplio margen de libertad en la constatación de la concurrencia de circunstancias concretas y razones que pudieran ser discutibles en el debate político, pero que, desde el punto de vista constitucional, aparecen como suficientes para justificar la retroactividad impropia ante la que nos encontramos».

«No estamos, en suma, ante una norma sancionadora o restrictiva de derechos, ni ante una regulación que afecte a una situación "agotada", consolidada, perfeccionada o patrimonializada -en los términos utilizados por nuestra jurisprudencia- que haya sido revertida in peius con efecto retroactivo, por lo que no concurre un supuesto de retroactividad constitucionalmente prohibida, y, en consecuencia, no se produce una vulneración del art. 9.3 CE».

El Tribunal Supremo tiene declarado igualmente en Sentencia 283/2009, 20 de abril y en relación con el artículo 2, apartado 3 del Código Civil (Recurso: 490/2005) que *“el apartado 3º del art. 2º del Código Civil establece taxativamente que las Leyes no tendrán efecto retroactivo si no dispusieran lo contrario. Esto es así porque la seguridad jurídica, principio inspirador del ordenamiento de plasmación constitucional (art. 9.3 CE), exige el conocimiento previo de la norma que va a aplicarse a una determinada situación jurídica, de manera que las situaciones y relaciones jurídicas se rigen por la vigente al tiempo en que aquellas acontecen o se producen. Certeza, predecibilidad y confianza en el ordenamiento vigente son exigencias por razón de la seguridad jurídica, que, de acuerdo con el viejo axioma «tempus regit actum», conducen a establecer al principio general de que las normas son por regla general irretroactivas salvo que excepcionalmente en ellas se diga lo contrario. Así lo ha proclamado una jurisprudencia reiterada (SSTS Sala 1ª 16*



enero 1963, 22 diciembre 1978, 19 octubre 1982 y 25 mayo 1995), de manera que, con independencia del grado de retroactividad que se atribuya a la ley posterior, incluso para admitir un grado débil o mínimo, es preciso que ésta así lo disponga, sin perjuicio de que ello no deba entenderse en el estricto sentido de que lo haga expresamente, pues, a falta de previsión expresa, jurisprudencia y doctrina admiten también la retroactividad que resulta tácitamente de la norma posterior (SS. 26 mayo 1969 y 7 julio 1987), retroactividad tácita que ha venido atribuyéndose tradicionalmente a las normas interpretativas, a las complementarias, de desarrollo o ejecutivas, a las que suplan lagunas, a las procesales, y, en general, a las que pretenden eliminar situaciones pasadas incompatibles con los fines jurídicos que persiguen las nuevas disposiciones, pues de otro modo no cumplirían su objetivo (SSTS de 26 noviembre 1934, 17 diciembre 1941, 5 julio 1986 y 9 abril 1992). Llegados a este punto, deben hacerse dos precisiones: la primera, que no puede colegirse que existe retroactividad tácita del mero hecho de que la nueva ley, como es lógico, se haya inspirado en la experiencia pretérita (Sentencia de 5 noviembre 1986); la segunda, que la aplicación retroactiva de una norma, sea porque así lo disponga de forma expresa la norma posterior o porque tácitamente resulte de ésta, no puede suponer en ningún caso que resulten obviados o menoscabados derechos adquiridos, o situaciones beneficiosas o favorables nacidas al amparo de la normativa anterior vigente cuando se produjo el hecho, pues tal cosa iría en contra de lo señalado en el ya mencionado artículo 9.3 de la Constitución, que proscribire de modo absoluto la aplicación retroactiva de una norma posterior restrictiva de derechos individuales”.

El Proyecto configura un supuesto de retroactividad de primer grado, pues aplicaría con carácter retroactivo la nueva norma a situaciones ya consolidadas bajo el régimen anterior. Sin embargo, siempre que no se produzca una reversión in peius con efecto retroactivo no concurriría un supuesto de retroactividad constitucionalmente prohibida.

Así, no existiría ilegalidad en la exención a las familias del pago del servicio de comedor durante los siete primeros días de cuarentena desde el inicio del curso. Por el contrario, sí sería contraria a derecho la retroactividad siempre que pudiesen verse afectados por ella desfavorablemente los contratistas como consecuencia de la aplicación de los porcentajes sobre el precio de la minuta regulados en la Orden inferiores a los incluidos en los Pliegos del contrato. Ello en los términos que hemos argumentado en nuestras consideraciones al artículo 2 del Proyecto.



Esta consideración tiene carácter esencial

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

CONCLUSIÓN

Se informa **favorablemente** el Proyecto de orden de la Consejería de Educación y Juventud, por la que se regula la gestión económica del servicio de comedor escolar en Colegios Públicos de Educación Infantil y Primaria en caso de confinamiento de alumnos por causa del COVID-19 durante el curso 2020/2021, siempre que se acomode a las consideraciones de carácter esencial consignadas en el cuerpo del presente Dictamen.

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.**

