

Ref. /2020-19
SG/AJ/

Informe jurídic relatiu a l'abast de la Disposició Addicional 29a de la Llei 12/2009, del 10 de juliol, d'educació, en relació amb la prestació del servei de menjador escolar i la viabilitat de la cooperació interadministrativa a l'empara de l'article 5 del Decret 219/1989, d'1 d'agost, de delegació de competències de la Generalitat a les comarques en matèria d'ensenyament

Antecedents

1. En data 26 de maig de 2020, a instàncies de la Direcció General d'Atenció a la Família i Comunitat Educativa, la secretària general del Departament d'Educació ha adreçat a aquesta Assessoria Jurídica una sol·licitud d'informe jurídic sobre els següents extrems:

- Interpretació de la nova disposició addicional vint-i-novena de la Llei 12/2009, del 10 de juliol, d'educació (Llei d'educació), en relació amb les modalitats admeses de prestació del servei de menjador a càrrec de les Associacions de Mares i Pares d'Alumnes (AMPA) que hagin subscrit un conveni de gestió amb el corresponent Consell Comarcal per a la prestació d'aquest servei.
- Interpretació de l'article 5 del Decret 219/1989, d'1 d'agost, de delegació de competències del Departament d'Ensenyament a les comarques en matèria d'ensenyament, en relació amb la possibilitat que els consells comarcals puguin exercir les competències delegades en matèria de menjador escolar amb la col·laboració dels ajuntaments afectats.

Aquest informe s'emet en exercici de les funcions que té atribuïda l'Assessoria Jurídica del Departament d'Educació d'acord amb el Decret 274/2018, de 20 de desembre, de reestructuració del Departament d'Educació.

2. El servei de menjador escolar es configura al Decret 160/1996, de 14 de maig, pel qual es regula el servei escolar de menjador als centres docents públics de titularitat del Departament d'Ensenyament, com un servei complementari de suport a l'escolarització.

3. En ús de les atribucions del Departament competent en matèria d'educació, mitjançant el Decret 219/1989, d'1 d'agost, es van delegar en els consells comarcals competències en matèria d'ensenyament; entre d'altres, les relatives a la gestió dels menjadors escolars, en els següents termes:

“Es deleguen a les comarques competències atribuïdes al Departament d'Ensenyament per la legislació vigent en relació amb la programació i la gestió de beques i ajusts de menjador, la programació, l'establiment i la gestió dels menjadors i les cantines escolars de centres públics que escolaritzin alumnes procedents de diversos municipis, tant de col·legis d'EGB com d'instituts d'ensenyaments secundaris, instituts de formació professional i instituts de batxillerat.”

4. La Llei d'educació en el seu article 26 confereix a les associacions de mares i pares (actualment Associacions de Famílies d'Alumnes, en endavant AFA) la funció de participació en l'activitat dels centres. En el marc d'aquesta funció, i a l'empara de l'apartat e) de l'article 10.1 del Decret 160/1996, de 14 de març, han vingut desenvolupant, tradicionalment, funcions de gestió del servei de menjador escolar en molts centres de Catalunya.

5. Les AFA són persones jurídiques de naturalesa associativa, regulades al Decret 202/1987, de 19 de maig, pel qual es regulen les associacions de pares d'alumnes, i a la Llei 4/2008, de 24 d'abril, del llibre tercer del Codi civil de Catalunya, relatiu a les persones jurídiques.

6. Fins a l'entrada en vigor de la Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (LCSP), la posició de les AFA en la gestió del servei de menjadors escolars se situava normalment en el marc de la gestió indirecta del servei per part de l'administració que exercia la competència per delegació, en ús, precisament de la modalitat de gestió que emparava l'apartat e) de l'article 10.1 del Decret 160/1996. Malgrat l'arrelament social d'aquesta intervenció en la gestió i malgrat que en la majoria dels casos ha suposat una optimització del servei, també és cert que ha generat dubtes en els operadors jurídics pel que fa a l'encaix en la normativa sobre contractes del sector públic, en particular pel que fa a les garanties en els principis de la contractació, especialment en aquells supòsits en que les AFA no prestaven el servei amb els seus mitjans propis.

7. L'entrada en vigor de la LCSP ha suposat, respecte d'aquest marc, un triple canvi de paradigma. En primer lloc perquè ha definit un marc específic per a la prestació dels anomenats "serveis a les persones", amb àmplia llibertat per al legislador estatal i àdhuc per l'autonòmic per concretar el règim jurídic de la prestació d'aquests serveis des del punt de vista de la seva contractació; en segon lloc, perquè ha redefinit les formes de gestió dels serveis públics, reduint-les, des de l'òptica contractual a la figura de la concessió de serveis i esborrant del món jurídic altres formes tradicionals com el contracte de gestió de serveis o, per al cas que ens ocupa, la concertació, que si bé ja no era present en el Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre, pel qual s'aprova el text refós de la Llei de contractes del sector públic, encara mantenia la seva vigència en l'àmbit local; finalment, la LCSP defineix el concepte de poder adjudicador que ajuda a posicionar en l'escenari de la contractació administrativa el paper de determinades institucions que, sense tenir la condició d'administració pública, estan, per la seva naturalesa i la seva intervenció en la contractació, vinculades, si més no, pels seus principis rectors.

8. L'abast de la reforma operada per la LCSP, en tant que transposa les directives 2014/23/UE i 2014/24/UE, va molt més enllà d'aquests tres aspectes, però és precisament en aquests àmbits que cal emmarcar la resposta a la consulta. Sobretot pel que fa al primer punt.

9. El projecte de llei de serveis a les persones obeeix a l'exercici de les àmplies facultats del legislador per concretar l'abast dels serveis a les persones i les especificitats de la seva prestació, també des del punt de vista contractual, en l'àmbit de Catalunya. La inconclusa regulació general hagués permès tractar les consultes plantejades des de la fonamentació en un marc jurídic general. En el seu lloc, i des d'una perspectiva més específica, la modificació de la Llei d'educació mitjançant l'article 172.2 de la Llei 5/2020, de 29 d'abril, de mesures fiscals, financeres, administratives i del sector públic (...), que introdueix en

aquella la DA 29a, suposa l'abordatge parcial de la qüestió, des del perspectiva exclusiva dels serveis de menjador escolar.

10. Es tracta doncs de determinar si el marc vigent dona cobertura a la prestació del servei de menjadors escolars mitjançant les AFA i els eventuais condicionants d'aquesta prestació en el marc de la normativa de contractes del sector públic.

11. Accessòriament es valorarà, tot i que amb menor rellevància en l'informe per la claredat de la formulació jurídica, la possibilitat que els consells comarcals puguin exercir les competències delegades en matèria de menjadors escolars amb la col·laboració dels ajuntaments afectats, element que té un reconeixement explícit en el propi precepte que s'esmenta a la sol·licitud d'informe.

Consideracions jurídiques

1. El marc comunitari dels serveis a les persones

Sobre la base de l'article 14 del Tractat de Funcionament de la Unió Europea i el seu protocol núm. 26, la Directiva 2014/24/UE, del Parlament Europeu i del Consell, de 26 d'abril de 2014, sobre contractació pública i per la qual es deroga la Directiva 2004/18/CE, en el seu preàmbul (consideració 7) estableix el següent:

"(...)la presente Directiva se entiende sin perjuicio de la libertad de las autoridades nacionales, regionales y locales de definir, con arreglo al Derecho de la Unión, servicios de interés económico general, su ámbito de aplicación y las características del servicio que ha de prestarse, incluida cualquier condición relativa a la calidad del servicio, con objeto de perseguir sus objetivos de política general. La presente Directiva también debe entenderse sin perjuicio de la facultad de las autoridades nacionales, regionales y locales de establecer, encargar y financiar servicios de interés económico general con arreglo al artículo 14 del TFUE y el Protocolo n o 26 sobre los servicios de interés general anejo al TFUE y al Tratado de la Unión Europea (TUE).."

De la mateixa Directiva, la consideració 114 del preàmbul determina que:

"Determinadas categorías de servicios, en concreto los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios y educativos, siguen teniendo, por su propia naturaleza, una dimensión transfronteriza limitada. Dichos servicios se prestan en un contexto particular que varía mucho de un Estado miembro a otro, debido a las diferentes tradiciones culturales. Debe establecerse un régimen específico para los contratos públicos relativos a tales servicios, con un umbral más elevado que el que se aplica a otros servicios."

(...)

Los contratos de servicios a las personas, cuyo valor esté situado por encima de ese umbral deben estar sujetos a normas de transparencia en toda la Unión. Teniendo en cuenta la importancia del contexto cultural y el carácter delicado de estos servicios, debe ofrecerse a los Estados miembros un amplio margen de

maniobra para organizar la elección de los proveedores de los servicios del modo que consideren más oportuno. Las normas de la presente Directiva tienen en cuenta este imperativo al imponer solo la observancia de los principios fundamentales de transparencia e igualdad de trato (...)

Los Estados miembros y los poderes públicos siguen teniendo libertad para prestar por sí mismos esos servicios u organizar los servicios sociales de manera que no sea necesario celebrar contratos públicos, por ejemplo, mediante la simple financiación de estos servicios o la concesión de licencias o autorizaciones a todos los operadores económicos que cumplan las condiciones previamente fijadas por el poder adjudicador, sin límites ni cuotas, siempre que dicho sistema garantice una publicidad suficiente y se ajuste a los principios de transparencia y no discriminación.”

A partir dels mateixos fonaments, la Directiva 2014/23/UE, del Parlament Europeu i del Consell, de 26 d'abril de 2014, relativa a l'adjudicació de contractes de concessió, en l'article 4.2 determina que:

“2. Los servicios de interés general no económicos no entran dentro del ámbito de aplicación de la presente Directiva.”

Així doncs, les Directives comunitàries en matèria de contractació han fixat, respecte dels serveis socials, sanitaris i educatius:

a) Un règim diferenciat, en consideració, precisament, del fet que es tracta de serveis que no es poden tractar, pel que fa a la seva prestació, amb subjecció a les regles del mercat o amb criteris estrictament econòmics.

b) La potestat dels poders públics dels estats membres de dissenyar règims específics de prestació dels serveis a les persones, ja siguin en forma de singularitats en la contractació ja siguin mitjançant sistemes singulars de contractació, ja sigui mitjançant fórmules no contractuals.

2. La transposició del marc comunitari al dret estatal. Previsions de la LCSP

La LCSP, mitjançant la qual es transposen les directives esmentades a l'ordenament jurídic espanyol, estableix en la seva exposició de motius que:

“(...) els poders públics segueixen tenint llibertat per prestar per si mateixos determinades categories de serveis, en concret els serveis que es coneixen com a serveis a les persones, com ara certs serveis socials, sanitaris, inclosos els farmacèutics, i educatius.”

Continua l'exposició de motius de la LCSP establint la llibertat per *“organitzar-los de manera que no sigui necessari subscriure contractes públics, per exemple, mitjançant el simple finançament d'aquests serveis o la concessió de llicències o autoritzacions a tots els operadors econòmics que compleixin les condicions que ha fixat prèviament el poder adjudicador (...)*”.

Pel que fa a la part dispositiva de la Llei, la translació d'aquesta particularitat s'ha articulada d'una forma complexa que, per simplificar, podem reduir a les especificitats contractuals i les no contractuals.

Respecte de les primeres, la LCSP configura una nova categoria de contractes en funció del seu objecte: aquells que comporten prestacions directes als ciutadans, que la LCSP anomena de “serveis especials” i sistematitza en l’annex IV i que es regulen als articles 221.1c), 131.2, 135.5, DA 36a i DA 47a, la norma preveu un règim jurídic amb determinacions específiques pel que fa, entre d’altres, als llindars de la regulació harmonitzada, la publicitat de les licitacions i la utilització preceptiva del procediment restringit.

Pel que fa a les segones, ens hi aturarem en la mesura que la previsió de la LCSP entronca directament en l’objecte de la consulta. Així, estableix l’article 11.6 de la Llei que:

“Queda exclosa d’aquesta Llei la prestació de serveis socials per entitats privades, sempre que aquesta es dugui a terme sense necessitat de subscriure contractes públics, a través, entre altres mitjans, del simple finançament d’aquests serveis o la concessió de llicències o autoritzacions a totes les entitats que compleixin les condicions que el poder adjudicador hagi fixat prèviament, sense límits ni quotes, i que el sistema esmentat garanteixi una publicitat suficient i s’ajusti als principis de transparència i no-discriminació.”

D’entrada, d’una interpretació literal del precepte, es pot entendre que el seu abast s’estén únicament a la prestació de serveis socials *stricto sensu*, és a dir, aquells definits com a tals a la legislació sectorial – en el nostre cas, la carta de serveis socials associada a la Llei 12/2007, d’11 d’octubre, de serveis socials. No obstant això, aquí s’imposa una interpretació àmplia del concepte de serveis socials a efectes de contractació, que no pot ser altra que la de tots aquells serveis que s’han vingut a conceptuar com a serveis a les persones.

Interpretació àmplia que ve donada, en primer lloc, per la pròpia dicció de les Directives que són objecte de transposició: *“Determinades categories de serveis, en concret els serveis que es coneixen com a serveis a les persones, com certs serveis socials, sanitaris i educatius, continuen tenint, per la seva pròpia naturalesa, una dimensió transfronterera limitada.”*

La mateixa exposició de motius de la LCSP, com a norma de transposició, reproduïx, tal com abans transcrivíem, aquesta accepció àmplia del concepte de serveis a les persones.

I finalment, la qüestió de la interpretació del concepte “serveis socials” inclòs a l’article 11.6 de la LCSP ja ha estat objecte d’anàlisi, en l’àmbit estatal, per part dels òrgans consultius en matèria de contractació. Així, en el seu informe 52/2018, la **Junta Consultiva de Contractació de l’Estat (JCCE)** ha establert el següent:

“(…) podemos deducir que el legislador alude a los servicios sociales bajo una perspectiva amplia, incluyendo aquellos servicios que tienen por finalidad ofrecer prestaciones que mejoran la situación de las personas o grupos de personas que necesitan atenciones particulares ofrecidas por las entidades públicas competentes”

I a partir d’aquesta afirmació l’informe conclou que en el cas que es planteja (un servei d’atenció diürna) és d’aplicació la previsió que conté l’article 11.6 LCSP, afegint al respecte que:

“de la redacción de este precepto podemos concluir que no existe ninguna obligación legal de acudir a un contrato público para gestionar este tipo de servicios, siendo posible utilizar otro tipo de fórmulas como por ejemplo las enumeradas sin ánimo de ser exhaustivo en el artículo 11.6 de la Ley, siempre que se cumplan los requisitos que este precepto prevé”

És cert que la JCCE no fa una definició exhaustiva del que, a efectes de la LCSP, cal entendre per serveis socials, però també és cert que aquest és un concepte que cal interpretar des d'una perspectiva àmplia, a la llum de les Directives transposades i de la pròpia exposició de motius de la Llei. Així ho dedueix també la doctrina, en pronunciaments recents, amb motiu precisament de l'anàlisi de informe esmentat. Així, Domínguez Martín, M.: "Delimitación del concepto y régimen jurídico de los contratos de servicios sociales" (Instituto de Derecho Local, UAM, febrer 2020):

"la JCCE realiza un intento de definición, con una visión claramente amplia, de qué se entiende por servicios sociales a efectos de la LCSP y de los contratos de servicios a las personas. Hay que recordar que, en coherencia con lo establecido en la Directiva, la Exposición de Motivos de la LCSP, dentro de estos contratos cita expresamente "los servicios que se conocen como servicios a las personas, como ciertos servicios sociales, sanitarios, incluyendo los farmacéuticos, y educativos" (añade a los farmacéuticos al listado de la Directiva). Sin embargo, el art. 11.6 LCSP se refiere únicamente "servicios sociales". En buena lógica, y en coherencia con las Directivas y con lo afirmado en la Exposición de Motivos de la propia LCSP, esa referencia a los servicios sociales debería entenderse en sentido amplio, incluyendo servicios sociales, sanitarios y educativos. Sin embargo, la JCCE, en el informe del que estamos dando cuenta, no ha aprovechado para aclarar esta, entiendo, omisión o error contenido en el articulado de la LCSP. Si bien es cierto que en todos estos ámbitos (no sólo en el social propiamente dicho, sino, también sanitarios y educativos) podemos encontrar "prestaciones que mejoran la situación de personas o grupos de personas que necesitan atenciones particulares ofrecidas por las entidades públicas competentes", en los términos propuestos por la JCCE, por lo que podemos seguir entendiendo que la referencia a los servicios sociales contenida en el art. 11.6 LCSP hay que entenderla hecha en sentido amplio, comprendiendo, también, los sanitarios y educativos."

3. L'encaix del servei de menjadors escolars en el marc de la LCSP respecte dels serveis a les persones

La Llei d'educació no conté una regulació específica del servei de menjadors escolars, si bé l'emmarca dins la regulació del sistema d'ajuts per garantir el dret a l'escolarització (article 3.3).

El Decret 160/1996, de 14 de maig, defineix el servei de menjador en els centres docents públics titularitat del departament d'Ensenyament com una prestació complementària d'ajuda a l'escolarització.

Conceptualment no ofereix dubtes que des de la perspectiva de les directives comunitàries i de la LCSP estem, per la seva naturalesa i pel contingut de la prestació, davant un servei a les persones, i com a tal, susceptible de la seva prestació en règim contractual –annex IV- i no contractual –article 11.6 LCSP-.

Des del punt de vista de les fórmules contractuals, el mateix annex IV disposa de forma expressa els serveis de menjars per a escoles dins el catàleg de serveis especials als quals es refereixen els articles 22.1.c) 135.5 i la DA 36a de la Llei, amb el CPV 55523100-3.

Pel que fa a l'aplicabilitat de les fórmules no contractuals, un cop acceptada la interpretació que cal donar al concepte "serveis socials" que conté l'article 11.6 LCSP, a la llum de les Directives comunitàries, de l'exposició de motius de la Llei i de la interpretació dels òrgans consultius en matèria de contractació als quals ens hem referit a l'apartat anterior, està fora de dubte que, per la seva naturalesa i contingut, el servei de menjador escolar, en tant que

servei educatiu, és susceptible de prestació sense necessitat de celebrar contractes públics, sempre i quan es donin la resta de requisits establerts a l'esmentat precepte.

Posats aquests principis en connexió amb la llibertat del legislador per definir la forma de prestació dels serveis, en els termes expressats a l'exposició de motius de la LCSP, hem de concloure que, respecte del servei de menjador escolar l'administració titular del servei pot optar entre les diferents fórmules contractuals associades a la gestió dels serveis públics –fonamentalment la concessió de serveis públics- amb les especificitats derivades de la inclusió d'aquest servei dins l'annex IV de la llei, o prestar el servei sense subjecció a contractació pública, en els termes i en les condicions establerts a l'article 11.6 de la LCSP.

4. La funció de les associacions de famílies en la gestió dels menjadors escolars

Un cop determinat l'encaix de l'element objectiu (el servei de menjador escolar) en el marc dels serveis a les persones cal analitzar, per resoldre la consulta, un element subjectiu en particular dins el conjunt de relacions jurídiques que genera la prestació del servei: la posició de les associacions de famílies, com a eventuals prestadores i el seu encaix en les especificitats del servei.

S'imposa, d'entrada, una anàlisi de la naturalesa jurídica de les AFA.

L'article 19 de la Llei d'educació estableix, com a marc general, que les famílies són part integrant de la comunitat educativa i que els pares, les mares i els tutors formen part de la comunitat educativa del centre o comunitat escolar.

L'article 26 de la mateixa norma regula les Associacions de mares i pares d'alumnes en els següents termes:

- “1. Les mares i els pares dels alumnes matriculats en un centre poden constituir associacions, que es regeixen per les lleis reguladores del dret a l'educació, per les normes reguladores del dret d'associació, per les disposicions establertes per aquesta llei i les normes de desplegament i pels estatuts de l'associació.*
 - 2. Les associacions de mares i pares d'alumnes tenen per finalitat essencial facilitar la participació de les mares i els pares en les activitats del centre, a més de les establertes per la normativa vigent i les que determinin els estatuts de les dites associacions.*
- (...)”*

Des del punt de vista reglamentari, la regulació de les Associacions de Famílies es troba en el Decret 202/1987, de 19 de maig, pel que es regulen les “associacions de pares d'alumnes”.

Per la seva naturalesa associativa, són d'aplicació a les AFA les normes reguladores de les persones jurídiques, en particular allò que estableix el Llibre III del Codi Civil de Catalunya, així com les disposicions dels respectius estatuts.

Es tracta en definitiva de persones jurídiques subjectes a dret privat amb un seguit d'especificitats derivades de la seva condició d'integrants de la comunitat educativa i de centre en el sistema públic d'educació de Catalunya.

És a partir d'aquesta condició que cal entendre la funció que fins a l'entrada en vigor de la LCSP les AFA han tingut en la gestió dels menjadors escolars, a l'empara del 10.1.e) del Decret 160/1996, de 14 de maig, en tant que “entitats (...) que ofereixin garantia suficient de la correcta prestació del servei” i que, com a tals, acabaven essent subjectes de convenis i concerts amb l'administració titular del servei o les administracions delegades per aquella, que, en el cas de les administracions locals, trobaven la seva cobertura legal en la figura del concert, regulada als articles 270 a 274 del Decret 179/1995, de 13 de juny, pel qual s'aprova el Reglament d'obres, activitats i serveis dels ens locals (ROAS).

Amb l'entrada en vigor de la LCSP aquest marc contractual desapareix, es reforma el marc de la gestió indirecta dels serveis públics sota la forma quasi exclusiva de la concessió de serveis (DA 34 LCSP) i queda derogat tàcitament el règim contractual establert a les normes de règim local (en l'àmbit de Catalunya, tot allò que no havia estat ja derogat per la Llei 16/2015, del 21 de juliol, de simplificació de l'activitat administrativa de l'Administració de la Generalitat i dels governs locals de Catalunya i d'impuls de l'activitat econòmica).

Així les coses, és ben normal que els operadors jurídics es plantegin si en el nou marc té encaix jurídic la intervenció de les AFA en la gestió dels menjadors escolars públics. Perquè, evidentment, el que no es pot atribuir a les AFA és la condició de poder adjudicador, un cop hem establert la seva naturalesa jurídica i un cop constatem que no es dona en aquestes entitats cap de les condicions establertes a l'article 3.3.d) LCSP.

Correspon analitzar doncs, si la modificació de la Llei d'educació operada per l'article 172.2 de la Llei 5/2020, de 29 d'abril, de mesures fiscals, financeres, administratives i del sector públic (...) dona cobertura i amb quines condicions a la intervenció de les AFA en la prestació del servei de menjador als centres educatius públics de Catalunya.

5. Efectes de la DA 29a en les formes de prestació del servei de menjador escolar i en particular en les facultats de gestió de les AFA

Amb caràcter previ, cal recordar que el projecte de llei de serveis a les persones pretenia establir un marc general per definir l'abast qualitatiu i quantitatiu d'aquests serveis i les especificitats que, en desenvolupament de les Directives sobre contractació i les previsions de la LCSP, havien de materialitzar la decisió del legislador autonòmic sobre l'ordenació de la prestació d'aquesta tipologia de serveis.

És evident que aquest marc general no ha reeixit. Per tant, la modificació de la Llei d'educació operada per la Llei 5/2020, del 29 d'abril, ens dota d'un marc limitat a l'àmbit específic d'un servei educatiu concret, del que analitzarem l'abast, per entendre si, juntament amb les normes abans estudiades, dona cobertura legal al supòsit que es planteja a la consulta.

També, com a qüestió prèvia, donem com a fet indubitat que les AFA podrien intervenir en la gestió de menjadors escolars sota la fórmula contractual d'una concessió de serveis, en condició de contractista si, en tant que persona jurídica, ostentessin la capacitat d'obrar necessària (alta fiscal, solvència tècnica i econòmica...) per ser participant en una eventual licitació i esdevenir-ne adjudicatàries, tenint en compte que, per la naturalesa del servei i pels fonaments jurídics que s'han exposat abans, res impediria a una entitat sense afany de lucre –però degudament habilitada- concórrer a la licitació. Però entenem que aquest no és l'escenari que planteja la consulta.

La qüestió està en determinar si la introducció de la DA 29a de la Llei d'educació, a través de l'article 172.1 de la Llei 5/2020, del 29 d'abril, dona encaix jurídic a altres formes d'intervenció de les AFA, inclosa la prestació en modalitats no contractuals.

Recordem que la DA esmentada estableix el següent:

“Amb la finalitat de promoure la participació de les famílies d'alumnes en la gestió dels centres educatius públics, les associacions de famílies poden gestionar els menjadors escolars respectius per mitjà de la subscripció de convenis de gestió amb la corresponent administració titular de la competència o que l'exerceixi per delegació.”

D'entrada, res obsta que les AFA, en el cas que tinguin la capacitat d'obrar necessària per prestar el servei, per la via del conveni puguin gestionar el servei de menjador escolar directament, amb els seus mitjans propis (personal, mitjans materials...) tal com ho farien si esdevinguessin adjudicatàries d'un contracte administratiu però per la via del conveni amb l'administració titular o delegada; una possibilitat que, de fet, fins ara ja existia, si bé amb una habilitació reglamentària que ara adquireix rang legal.

Més problemàtic és determinar si aquesta habilitació legal també empara les AFA per poder intervenir com a gestors amb capacitat per contractar amb tercers els subministraments i serveis propis de la prestació del servei de menjador i, en cas afirmatiu, si aquesta intervenció es pot articular al marge dels principis i els procediments de la LCSP.

I en aquest punt és obligat reprendre la reflexió al voltant de l'aplicabilitat al servei de menjador escolar de les previsions de l'article 11.6 LCSP.

Des d'aquesta òptica, si donem per fet –en coherència amb els fonaments jurídics abans exposats, dels que queda prou clar que el concepte “serveis socials” a efectes de la LCSP comprèn també els sanitaris i educatius- que, per la seva naturalesa, la prestació d'aquest servei es pot articular mitjançant fórmules no contractuals amb entitats privades, podem concloure que les relacions jurídiques que se'n derivin restarien al marge de la LCSP, dins els límits i amb les condicions que estableix el mateix precepte.

Vista la naturalesa jurídica de les AFA, res obsta que puguin esdevenir subjectes d'aquesta relació no contractual i, a parer de qui subscriu, la DA 29a empara aquesta consideració, atès que no distingeix amb quina naturalesa –contractual o no contractual- les AFA poden ser partícips de la gestió del servei.

El que sí determina la DA 29a (com ho feia l'article 10.1 del Decret 160/1996) és que l'instrument que ha de materialitzar la intervenció de les AFA en la gestió és el conveni amb l'administració titular de la competència o la que l'exerceixi per delegació. Per tant, la DA esmentada també ens està dient que les potestats gestores de les AFA no són il·limitades, sinó que resten condicionades a les determinacions del conveni corresponent i, conseqüentment, a la tutela de l'administració titular del servei en origen o per delegació, en tant que poder adjudicador.

I és evident que part d'aquesta tutela, entre d'altres, ha de tenir per objecte garantir, en el cas que s'opti per una prestació no contractual del servei, que aquest sistema garanteixi

una publicitat suficient i l'ajustament als principis de transparència i no discriminació, que estableix, com a límit de l'exclusió de la LCSP, el propi article 11.6.

Els convenis corresponents podran, òbviament, establir les condicions bàsiques de prestació del servei en ús de les potestats que corresponen a l'administració titular de la competència o la que l'exerceixi per delegació.

En conclusió, podem entendre que la DA 29a de la Llei d'educació constitueix una habilitació legal per tal que les AFA puguin gestionar els menjadors escolars mitjançant conveni amb el poder adjudicador corresponent i que aquesta habilitació, tal com està formulada, permet que aquesta gestió s'articuli sense necessitat de celebrar contractes públics, en els temes i amb les condicions de l'article 11.6 de la LCSP.

6. Possibilitat que els consells comarcals puguin exercir les competències delegades mitjançant conveni amb els ajuntaments del seu àmbit

Aquesta part de la consulta, a parer de qui subscriu, no planteja una controvèrsia jurídica, d'acord amb allò que estableix l'article 5 del Decret 219/1989, d'1 d'agost, que estableix, textualment que:

“S'autoritza les comarques a exercir, quan s'escaigui, les competències que es deleguen amb el present Decret en col·laboració amb els ajuntaments afectats, com també a establir convenis i contractes amb entitats públiques i privades per a la gestió dels serveis corresponents”

Pel que fa als menjadors escolars, cal posar aquest precepte en connexió amb l'article 3 del mateix Decret que conté la delegació específica en relació amb la programació i la gestió de beques i ajuts de menjador, la programació, l'establiment i la gestió dels menjadors i les cantines escolars dels centres públics que escolaritzin alumnes procedents de diversos municipis.

El conveni és una eina pròpia de la cooperació entre administracions i com a tal serveix a les finalitats de la norma, sense que l'exercici d'una competència delegada sigui obstacle per a la seva utilització, sempre i quan no contingui alhora una nova delegació, potestat vedada a l'ens delegat, tret d'excepció establerta per llei.

El règim general dels convenis es troba regulat als articles 47 i següents de la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic, al qual s'haurà d'adaptar l'instrument de cooperació, si és el cas.

En conseqüència, d'acord amb el que s'ha exposat, es formulen les següents,

Conclusions

1. D'acord amb la DA 29a de la Llei d'educació, les AFA poden gestionar els menjadors escolars mitjançant un conveni amb el poder adjudicador corresponent.
2. Tal com està formulada l'habilitació legal, la gestió dels menjadors escolars per part de les AFA es pot articular sense necessitat de subscriure contractes públics, en

els termes i amb les condicions de l'article 11.6 de la LCSP i amb vinculació a les determinacions establertes per l'administració titular de la competència o la que l'exerceixi per delegació.

3. Els consells comarcals poden exercir les competències delegades per l'Administració de la Generalitat de Catalunya en matèria d'educació a l'empara del Decret 219/1989, d'1 d'agost, mitjançant convenis amb els ajuntaments del seu àmbit, que s'ajustin a allò establert a la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, del règim jurídic del sector públic.

Aquest informe se sotmet a qualsevol altre criteri millor fonamentat en dret.

L'advocada en cap