

DICTAMEN 379/2019

Revisió d'ofici instruïda pel Consell Comarcal de la Garrotxa amb la finalitat de declarar la nul·litat de ple dret dels convenis de col·laboració per a la prestació del servei de menjador escolar amb les AMPA de les escoles Volcà Bisaroques, Joan Roura i Parella, Malagrida, Pla de Dalt i Verntallat i el Parvulari d'en Bas

La Comissió Jurídica Assessora, reunida el 21 de novembre de 2019, amb la presidència del Sr. Albert Lamarca i Marquès, actuant com a secretària la Sra. Cristina Figueras i Bosch, amb la participació de les Sres. i els Srs. Maria Mercè Darnaculleta i Gardella, Francesc Esteve i Balagué, Marta Franch i Saguer, Francesc Homs i Molist, Marc Marsal i Ferret, Carles Mundó i Blanch, Joan Pagès i Galtés, Eva Pons i Parera, Sonia Ramos i González, i Antoni Vaquer i Aloy, i essent-ne ponent el Sr. Alfredo Galán Galán, ha aprovat el Dictamen següent:

ANTECEDENTS DE FET

1. Per acords del Consell de Presidència del Consell Comarcal de la Garrotxa de 10 de novembre de 2016 i 19 d'octubre de 2017, es van aprovar sengles convenis de col·laboració amb les associacions de pares i mares (en endavant, AMPA) de les escoles Volcà Bisaroques, Joan Roura i Parella, Malagrida, Pla de Dalt i Verntallat i el Parvulari d'en Bas per a la prestació del servei de menjador escolar.
2. El 20 de març de 2019, la secretària del Consell va emetre un informe jurídic en què posava de manifest que el servei de menjador escolar era una prestació inclosa dins els contractes de serveis sotmesos a la normativa de contractació i que, per tant, no es podia dur a terme mitjançant la fórmula de conveni. Proposava, en conseqüència, que s'iniciés el procediment de revisió d'ofici dels convenis signats,

atès que s'havien d'haver sotmès al procediment de contractació pública que establí el text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre (TRLCSP).

3. El 21 de març de 2019, el Ple del Consell Comarcal de la Garrotxa va acordar iniciar el procediment de revisió d'ofici d'aquests convenis i facultar el president per a sol·licitar el dictamen a la Comissió Jurídica Assessora, indicant que en la mateixa resolució de petició de dictamen se suspengués el termini per a dictar resolució. Consta en l'expedient que el mateix 21 de març de 2019 es va procedir a la notificació a les AMPA interessades.

4. Mitjançant un escrit de 2 de maig de 2019, la representant de l'AMPA Verntallat va presentar unes al·legacions en què manifestava disconformitat amb el procediment incoat, basant-se, en síntesi, en la consideració que les AMPA són entitats sense ànim de lucre constituïdes per mares i pares dels alumnes dels centres educatius que vetllen pels interessos dels alumnes de les escoles.

5. El 12 de juny de 2019, els serveis d'educació del Consell Comarcal i la Gerència van emetre un informe que donava resposta a les al·legacions formulades per l'AMPA de l'Escola Verntallat, en el sentit de desestimar-les.

6. El 8 de juliol de 2019, el president del Consell Comarcal va decretar sol·licitar dictamen a la Comissió Jurídica Assessora i suspendre el termini per a resoldre.

7. L'11 de juliol de 2019, va tenir entrada al Departament de la Presidència, a través de la plataforma EACAT, la petició de dictamen a la Comissió Jurídica Assessora.

8. El 15 de juliol de 2019, la subdirectora general d'Assistència Jurídica i d'Innovació a l'Administració Local va requerir al Consell Comarcal de la Garrotxa que completés l'expedient amb l'informe jurídic, la proposta de resolució corresponent i un certificat de la Secretaria sobre el contingut de l'expedient, la qual cosa va ser atesa mitjançant l'aportació dels documents requerits en dates de 17 de juliol, 23 de juliol i 24 de juliol de 2019.

9. El 25 de juliol de 2019, la responsable de Patrimoni de les Entitats Locals, amb el vistiplau de la subdirectora general d'Assistència Jurídica i d'Innovació a l'Administració Local, de 26 de juliol de 2019, va informar favorablement sobre la tramesa de l'expedient a la Comissió Jurídica Assessora.

10. El 26 de juliol de 2019, va tenir entrada en aquesta Comissió Jurídica Assessora la petició de dictamen, formulada pel secretari d'Administracions Locals i de Relacions amb l'Aran, per delegació, d'acord amb la Resolució PRE/1384/2019, de 21 de maig, de delegació de competències de la persona titular del Departament de la Presidència (DOGC núm. 7882, de 24 de maig de 2019).

11. En la sessió del dia 30 de juliol de 2019, el Ple de la Comissió va admetre a tràmit la sol·licitud referida i en va designar ponent.

12. En la sessió de 19 de setembre de 2019, el Ple de la Comissió Jurídica Assessora va acordar ampliar en un mes el termini per a emetre el dictamen sol·licitat, i el president, per ofici del 26 de setembre següent, ho va notificar al secretari d'Administracions Locals i de Relacions amb l'Aran.

FONAMENTS JURÍDICS

I. Objecte del Dictamen

L'objecte del Dictamen és la revisió d'ofici dels convenis de col·laboració, per a la prestació del servei de menjador escolar, subscrits entre el Consell Comarcal de la Garrotxa (CCG) i les associacions de pares i mares (AMPA) de les escoles Volcà Bisaroques, Joan Roura i Parella, Malagrida, Pla de Dalt i Verntallat i el Parvulari d'en Bas.

La revisió es fonamenta en la causa de nul·litat de ple dret recollida en la lletra e) de l'article 47.1 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques (LPAC): la manca total i absoluta del procediment establert legalment. En concret, es considera que el servei de menjador escolar no pot ser objecte de conveni, sinó de contracte, i, per tant, s'hauria d'haver seguit el procediment de contractació pública corresponent.

Aquesta Comissió considera convenient precisar l'objecte del procediment de revisió que ara s'examina. Segons la literalitat de l'informe jurídic de la secretària del CCG, de 20 de març de 2019, previ a l'inici del procediment, aquest informe s'emet en relació amb la possible revisió "de l'acord d'aprovació dels convenis i dels respectius convenis signats amb AMPES". No obstant això, conclou informant favorablement sobre l'inici del procediment de revisió "dels convenis signats amb les AMPES". D'una manera coherent, la resolució d'incoació del procediment de revisió, de 21 de març de 2019, acorda iniciar el procediment de revisió "dels convenis signats amb les AMPES". A l'últim, la proposta de resolució, de 23 de juliol de 2018, proposa acordar la revisió "dels convenis signats amb les AMPES". Segons el criteri d'aquesta Comissió, en rigor, l'objecte del

procediment de revisió d'ofici no són els convenis, sinó els acords del CCG d'aprovació d'aquests convenis (així, Dictamen 294/2019). En concret, són les resolucions adoptades pel Consell de Presidència del CCG el 10 de novembre de 2016 i el 19 d'octubre de 2017, en les quals s'acorda aprovar el conveni de col·laboració corresponent i, a més, facultar el president del CCG per a signar els convenis.

II. Intervenció de la Comissió Jurídica Assessora

De conformitat amb l'article 8.3.c) de la Llei 5/2005, de 2 de maig, de la Comissió Jurídica Assessora, el dictamen d'aquest alt òrgan consultiu és preceptiu en els procediments de revisió d'ofici d'actes nuls de ple dret de l'Administració de la Generalitat o de les administracions locals de Catalunya. L'habilitació normativa d'aquesta intervenció preceptiva de la Comissió es completa amb la regulació continguda en els articles 106.1 de l'LPAC i 72 de la Llei 26/2010, de 3 d'agost, de règim jurídic i de procediment de les administracions públiques de Catalunya.

III. Normativa aplicable en matèria de revisió d'ofici

La determinació de la normativa aplicable a la revisió d'ofici exigeix diferenciar el règim procedimental del règim material. La tramitació del procediment de revisió s'ha d'ajustar a la normativa vigent en el moment de la incoació. En canvi, des d'una perspectiva material o substantiva, el règim de les causes de nul·litat de ple dret és l'establert en la normativa vigent en el moment en què es va dictar l'acte o es va aprovar la resolució objecte de revisió.

En el cas que s'examina, el procediment de revisió es va iniciar d'ofici per l'Acord del Ple del CCG de 21 de març de 2019. En conseqüència, en la tramitació s'han de respectar les regles procedimentals establertes en l'LPAC i també en la Llei 26/2010.

Pel que fa als aspectes materials o substantius, els actes objecte de revisió són els acords adoptats pel Consell de Presidència del CCG de 10 de novembre de 2016 i de 19 d'octubre de 2017. Per tant, el règim jurídic material relatiu a la nul·litat, i, en concret, de les causes de nul·litat de ple dret, és l'establert per la legislació administrativa vigent en aquell moment, és a dir, en l'actual article 47 de l'LPAC.

En l'àmbit local, també cal tenir en compte els articles 4.1.g), per remissió de l'article 4.2, i 53 de la Llei 7/1985, de 2 d'abril, reguladora de les bases del règim local (LRBRL), així com els articles 8.1.g) i 173 del text refós de la Llei municipal i de règim local de Catalunya (TRLMRLC), aprovat pel Decret legislatiu 2/2003, de 28 d'abril, que preveuen que els ens locals poden revisar llurs disposicions, actes o acords en els termes establerts per la legislació reguladora del procediment administratiu comú.

IV. Descripció dels fets en què s'emmarca el procediment de revisió d'ofici

De la informació que consta en l'expedient, es pot extreure la descripció següent dels fets en què s'emmarca el procediment de revisió que s'examina:

a) En data 10 de novembre de 2016, el Consell de Presidència del CCG va acordar aprovar, per unanimitat dels assistents, sengles convenis de col·laboració entre el Consell Comarcal i les AMPA de les escoles Volcà Bisaroques, Joan Roura i

Parella, Malagrida, Pla de Dalt i Verntallat, per a la prestació del servei de menjador escolar. Aquests convenis van ser signats per les parts el 14 de novembre de 2016.

En data 19 d'octubre de 2017, es va afegir l'acord d'aprovació, també per unanimitat dels assistents, del conveni amb l'AMPA del Parvulari d'en Bas, amb el mateix objecte. Aquest conveni es va signar en la mateixa data de 19 d'octubre de 2017.

b) En data 20 de març de 2019, la secretària del CCG va emetre un informe jurídic. En l'apartat dels antecedents, s'informa que “els serveis tècnics d'Educació del Consell plantegen que el[s] conveni[s] no s'ajust[en] a dret i que s'ha de prestar [el servei de menjador escolar] a través de procediments de contractació pública ajustats a la normativa de contractació”. I s'hi afegeix: “davant aquesta situació es planteja estudiar la possible revisió d'aquests convenis.” L'informe conclou de manera favorable a la incoació del procediment de revisió d'ofici.

c) En data 21 de març de 2019, el Ple del CCG, per majoria simple de vots, va acordar iniciar el procediment de revisió d'ofici dels sis convenis de col·laboració esmentats. A més, es va acordar, d'una banda, facultar el president del CCG per a sol·licitar el dictamen de la Comissió Jurídica Assessora, amb l'avertiment que “en la mateixa resolució per la qual s'acordi el dictamen s'acordarà suspendre el termini per dictar resolució pel temps que hi hagi entre la petició i la recepció de l'informe”, i, d'una altra, notificar l'acord d'incoació als interessats, amb la indicació que podien presentar-hi al·legacions. Consta en l'expedient que el mateix dia 21 de març es van practicar les notificacions oportunes a les AMPA interessades.

d) Mitjançant un escrit de data 2 de maig de 2019, la representant de l'AMPA de l'Escola Verntallat va presentar un escrit d'al·legacions, en què s'oposava a la revisió. No consta en l'expedient cap altre escrit d'al·legacions.

e) En data 12 de juny de 2019, els Serveis d'Educació, juntament amb la Gerència del CCG, van emetre un informe de valoració de les al·legacions formulades per l'AMPA de l'Escola Verntallat, en què es proposava desestimar-les.

f) En data 8 de juliol de 2019, el president del CCG va acordar per decret la petició de dictamen a la Comissió Jurídica Assessora i la suspensió del termini per a resoldre i notificar fins que no es rebés el dictamen.

g) En data 23 de juliol de 2019, la secretària del CCG va emetre la proposta de resolució, amb els acords de desestimació de les al·legacions presentades i favorable a la revisió dels convenis signats amb les AMPA.

V. Consideracions formals

V.1. L'inici del procediment de revisió

El procediment de revisió d'ofici es pot iniciar “per iniciativa pròpia” de l'Administració o bé a “sol·licitud d'interessat” (article 106.1 de l'LPAC).

Segons l'article 71.1 de la Llei 26/2010, la competència per a iniciar els procediments de revisió d'ofici d'actes nuls de ple dret “correspon a l'òrgan que els ha aprovat o dictat”.

En el cas que s'examina, els actes objecte de revisió són els acords d'aprovació dels convenis de col·laboració adoptats pel Consell de Presidència del CCG. No obstant això, el procediment de revisió s'ha iniciat d'ofici per acord del Ple del CCG. En relació amb aquesta manca de coincidència, cal fer les observacions següents.

D'entrada, cal tenir present que, segons consta en l'expedient, el Ple del CCG, en data 15 d'octubre de 2015, va acordar aprovar el conveni tipus a formalitzar amb les AMPA relatiu a la gestió del servei de menjador escolar i, a més, va facultar el president del CCG per a signar la documentació necessària i formalitzar els convenis concrets amb les entitats interessades. En el marc d'aquest acord del Ple del CCG, el Consell de Presidència del CCG va acordar l'aprovació dels convenis corresponents, que, posteriorment, va signar el president del CCG.

En segon lloc, l'habilitació esmentada del Ple del CCG, de 15 d'octubre de 2015, té com a destinatari el president del CCG i no el Consell de Presidència. Malgrat això, s'ha de tenir present que el president forma part del Consell de Presidència i, a més, li correspon, en aquest òrgan, la presidència i, per tant, una posició prevalent (en aquest sentit, respecte a la posició de l'alcalde en relació amb la Junta de Govern Local, entre d'altres, *vid.* dictàmens 249/2017 i 257/2017).

V.2. Tramitació del procediment de revisió

De l'expedient resulta el compliment dels tràmits propis del procediment de revisió d'ofici. En aquest sentit, hi consten els tràmits següents: a) informe jurídic de la secretària del CCG, de 20 de març de 2019, favorable a l'inici del procediment de revisió; b) acord d'incoació del procediment de revisió del Ple del CCG, de 21 de març de 2019; c) atorgament del tràmit d'audiència als interessats i presentació

d'un escrit d'al·legacions, de data 2 de maig de 2019, de la representant de l'AMPA de l'Escola Verntallat; d) informe de valoració de les al·legacions formulades, de 12 de juny de 2019, emès pels Serveis d'Educació juntament amb la Gerència del CCG; e) petició del president del CCG, de 8 de juliol de 2019, de dictamen a la Comissió Jurídica Assessora i suspensió del termini per a resoldre i notificar fins que no es rebí el dictamen, i f) proposta de resolució de la secretària del CCG, de 23 de juliol de 2019, amb els acords de desestimació de les al·legacions presentades i favorable a la revisió.

V.3. Conformació de l'expedient

L'expedient està indexat i la documentació ordenada cronològicament i signada pels òrgans competents per a emetre-la, d'acord amb allò previst per l'article 63 de la Llei 26/2010.

Cal indicar, no obstant l'anterior, que l'expedient no s'ha paginat; circumstància que en dificulta el maneig i l'estudi, i que tampoc no s'adequa a la previsió normativa de l'article 46 de la Llei 26/2010. La Comissió ha recordat la importància del requisit de la foliació o paginació en diverses ocasions (dictàmens 277/2016, 7/2017, 180/2017, 308/2017, 65/2018, 151/2018 i, més recentment, 282/2019), i ha indicat que «L'article 46 de la Llei 26/2010 regula l'expedient administratiu, en dona la noció i estableix en l'apartat segon que "Els documents que integren l'expedient han d'estar degudament indexats, numerats i ordenats cronològicament". A aquesta indexació dels documents que integren l'expedient, que ha de ser objecte d'un índex independent i separat, que ha de precedir tot expedient sotmès a consulta, en el qual s'ordenen cronològicament els documents que l'integren, que han d'estar identificats amb un número correlatiu, s'hi afegeix l'obligació de foliació de l'expedient prevista en l'apartat 3 de l'article 46. En

aquest apartat, la Llei estableix que aquesta foliació, quan l'expedient és electrònic, s'ha de portar a terme mitjançant un índex electrònic, el qual ha de signar l'administració, òrgan, organisme o entitat pública actuant, segons escaigui, i ha de garantir la integritat de l'expedient electrònic i permetre recuperar-lo sempre que calgui. Aquestes previsions sobre indexació, numeració, ordenació i foliació dels documents que integren l'expedient ha estat objecte de regulació també en l'article 70 de l'LPAC, el qual, a més de donar una noció d'expedient administratiu, precisa determinats requisits de la indexació i foliació dels expedients electrònics. En concret, disposa que quan l'expedient electrònic hagi de ser remès a un altre òrgan o administració, aquesta remissió s'ha de fer "d'acord amb el que preveuen l'Esquema Nacional d'Interoperabilitat i les normes tècniques d'interoperabilitat corresponents, i s'ha d'enviar complet, foliat, autenticat i acompanyat d'un índex, així mateix autenticat, dels documents que contingui. L'autenticació de l'índex esmentat ha de garantir la integritat i immutabilitat de l'expedient electrònic generat des del moment de la seva signatura i ha de permetre recuperar-lo sempre que sigui necessari". De manera que l'Administració, en la mesura de les disponibilitats tècniques existents, i en el procés d'implementació de l'expedient electrònic, ha de remetre a aquesta Comissió l'expedient indexat i foliat d'acord amb les esmentades "Normes Tècniques d'Interoperabilitat", per tal que garanteixi els principis d'integritat i immutabilitat de l'expedient.» (Dictamen 282/2019).

V.4. El temps en el procediment de revisió

En els procediments de revisió iniciats d'ofici, com és el cas que s'examina, la manca de resolució expressa dins del termini de sis mesos des que s'han iniciat produeix la caducitat del procediment (article 106.5 de l'LPAC).

El termini màxim de resolució dels procediments administratius i de notificació de la resolució es pot suspendre quan s'hagi de sol·licitar informes preceptius (articles 22.1.d) de l'LPAC i 11 de la Llei 5/2005). En el cas examinat, el 8 de juliol de 2019, el president del Consell Comarcal va acordar suspendre el termini de resolució del procediment de revisió fins que no s'emetés el dictamen de la Comissió.

En el cas examinat, l'acord d'incoació es va adoptar el 21 de març de 2019 i la petició de dictamen a la Comissió Jurídica Assessora, amb l'acord de suspensió, es va prendre dins del termini de sis mesos per a resoldre, en concret, el 8 de juliol de 2019. En conseqüència, en el moment en què la Comissió emet aquest Dictamen el procediment no ha caducat.

VI. El caràcter excepcional de la revisió d'ofici

La potestat de revisió d'ofici és una manifestació del privilegi de l'autotutela administrativa i permet expulsar del món jurídic els actes administratius que presenten vicis de legalitat especialment greus (per tots, Dictamen 312/2018). Es tracta d'una tècnica excepcional, contrària al principi d'intangibilitat dels actes administratius, i com a tal s'ha d'analitzar des dels aspectes formals i materials (per tots, Dictamen 290/2018). La naturalesa excepcional de la potestat de revisió d'ofici és expressió coherent del també caràcter excepcional que té la nul·litat de ple dret dins de la institució de la invalidesa, atès que, en el dret administratiu, la regla general és l'anul·labilitat dels actes administratius contraris a l'ordenament jurídic, de manera que només és procedent la nul·litat absoluta en els casos expressament previstos en la llei (així, Dictamen 312/2018).

Del caràcter excepcional de la potestat administrativa de revisió d'ofici es deriven un seguit de conseqüències, ja indicades per aquesta Comissió. D'entrada, aquesta potestat només es pot exercitar en els supòsits taxats expressament previstos en l'ordenament jurídic, en concret, en la hipòtesi de concurrència de les causes de nul·litat de ple dret recollides actualment en l'article 47 de l'LPAC (entre d'altres, dictàmens 290/2018, 312/2018, 314/2018 i 329/2018). En segon terme, escau sempre una interpretació estricta sobre la procedència de la revisió i, per tant, de l'abast de les causes de nul·litat previstes legalment i la seva apreciació en el cas concret. En efecte, la salvaguarda del principi de seguretat jurídica i la necessària estabilitat dels actes administratius i de les relacions jurídiques que se'n deriven imposen una interpretació acurada i estricta dels vicis de nul·litat, de manera que s'impedeixi la desnaturalització de la figura de la nul·litat absoluta (així, Dictamen 290/2018). En tercer lloc, la declaració de nul·litat que comporta la revisió exigeix de l'Administració una justificació adequada, de manera que només és possible després d'una anàlisi congruent i un raciocini i una reflexió basats en els antecedents de fet i el dret aplicable (per tots, Dictamen 290/2018). La Comissió ha tingut ocasió d'afirmar que el caràcter excepcional de la revisió d'ofici també implica necessàriament, en quart lloc, emprar amb caràcter prioritari les altres vies normatives que permetin revertir les irregularitats detectades, en altres paraules, si el legislador ha ofert una alternativa per a restablir la legalitat presumptament infringida, aquesta s'ha d'adoptar amb caràcter prioritari a la via de la revisió d'ofici (dictàmens 290/2018 i 329/2018, entre d'altres). A l'últim, la Comissió ha recordat l'existència de límits legals a l'exercici de la potestat de revisió, en concret, els límits recollits actualment en l'article 110 de l'LPAC, segons el qual les facultats de revisió no es poden exercir quan, per prescripció d'accions, pel temps transcorregut o per altres circumstàncies, el seu exercici resulti contrari a l'equitat, a la bona fe, al dret dels particulars o a les lleis (així, Dictamen 314/2018).

VII. El marc normatiu dels convenis de col·laboració del Consell Comarcal de la Garrotxa amb les AMPA per a la prestació del servei de menjador escolar

La tasca de determinació del marc normatiu és particularment complexa en el cas que s'examina. A l'efecte d'aclarir-ho, es diferencia seguidament la normativa relativa a la competència sobre el servei de menjador escolar, sobre la seva gestió i sobre el règim jurídic de les AMPA i la normativa sobre contractació pública i sobre règim jurídic de les administracions públiques i procediment administratiu comú.

VII.1. La competència sobre el servei de menjador escolar

Amb caràcter general, l'article 25.1.c) del text refós de la Llei d'organització comarcal de Catalunya, aprovat pel Decret legislatiu 4/2003, de 4 de novembre, estableix que correspon a la comarca l'exercici de les competències “que li deleguin o li encarreguin de gestionar l'Administració de la Generalitat”.

En l'àmbit de l'ensenyament, en concret, l'article 159.5 de la Llei 12/2009, de 10 de juliol, d'educació, disposa que els consells comarcals poden assumir la gestió, entre d'altres, “dels serveis de menjador escolar [...] d'acord amb el que s'estableixi per reglament”.

Aquesta remissió reglamentària s'ha d'entendre feta, en primer lloc, al Decret 219/1989, d'1 d'agost, de delegació de competències de la Generalitat a les comarques en matèria d'ensenyament. En l'exposició de motius s'afirma que “pel present Decret s'acorda la delegació a les comarques de competències sobre

un conjunt de matèries relacionades amb la prestació del servei públic d'ensenyament per tal d'apropar-lo als administrats, amb el convenciment que la gestió d'aquest servei públic pels ens comarcals contribuirà a atendre en les millors condicions les exigències derivades de les peculiars circumstàncies que hi ha en el seu àmbit territorial”.

En l'article 3 del Decret 219/1989, dedicat als “menjadors i cantines escolars de centres públics d'àmbit supramunicipal”, es deleguen a les comarques les “competències atribuïdes al Departament d'Ensenyament per la legislació vigent 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 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”.

La delegació feta per aquest Decret 219/1989 té un caràcter indefinit (article 9) i, per a la seva efectivitat, “el Departament d'Ensenyament subscriurà un conveni individualitzat amb cada comarca” (article 7).

D'una manera complementària i fent referència expressa a aquest Decret 219/1989, la disposició addicional primera del Decret 160/1996, de 24 de maig, pel qual es regula el servei escolar de menjador als centres docents públics de titularitat del Departament d'Ensenyament, disposa que els consells comarcals que “vulguin assolir la competència per a la gestió dels menjadors escolars, hauran de subscriure el corresponent conveni amb el Departament d'Ensenyament”.

En la sessió plenària de 2 de juliol de 1996, el CCG va aprovar el conveni amb la Generalitat pel qual es delegaven les competències en relació amb la gestió del

servei escolar de menjador i altres prestacions en matèria d'ensenyament que el consell comarcal assumeix en el seu àmbit territorial. El Programa d'Actuacions Comarcal igualment estableix que el Consell Comarcal de la Garrotxa assumeix les competències en matèria de gestió dels serveis de menjadors escolars i ajuts de menjadors.

VII.2. La gestió del servei de menjador escolar

VII.2.1. El Decret 160/1996, de 14 de maig, pel qual es regula el servei escolar de menjador

El Decret 160/1996, de 14 de maig, estableix el règim jurídic del “servei escolar de menjador als centres docents públics de titularitat del Departament d'Ensenyament”. El Decret configura aquest servei com “una prestació complementària d'ajuda a l'escolarització” (article 1). Limita el seu àmbit d'aplicació als centres docents públics titularitat de la Generalitat.

El servei escolar de menjador pot tenir caràcter preceptiu o bé opcional. És preceptiu en relació amb l'alumnat escolaritzat en ensenyaments de caràcter obligatori quan reuneixi alguna d'aquestes dues condicions. Primera: que estiguin obligats a desplaçar-se fora del seu propi municipi de residència, per inexistència en aquest d'oferta del nivell educatiu corresponent. I segona: que estiguin escolaritzats en centres d'educació especial o en centres d'acció especial (article 2). En canvi, el servei és opcional en els centres que imparteixen ensenyaments dels nivells obligatoris o d'educació infantil (article 3).

Poden ésser usuaris del servei escolar de menjador els alumnes del centre, així com el professorat i el personal d'administració i serveis (article 7). L'import del servei

l'han de pagar íntegrament els usuaris, amb l'excepció dels alumnes que tinguin dret a la prestació gratuïta (article 8). Tenen aquest dret els alumnes obligats a desplaçar-se fora del seu propi municipi de residència, en els termes ja indicats (article 2). Si el desplaçament és per a cursar l'ensenyament obligatori en un centre privat concertat, l'alumne rep els ajuts individuals de menjador establerts per a atendre les despeses derivades de la utilització del servei escolar de menjador (disposició addicional tercera). La direcció del centre ha d'elaborar una relació nominal d'alumnes que tinguin dret a la gratuïtat (article 9).

L'article 10.1 del Decret 160/1996 determina les modalitats possibles de gestió del servei escolar de menjador: a) "Mitjançant la concessió del servei a una empresa del sector"; b) "Contractant el subministrament diari de menjars elaborats i, en el seu cas, la seva distribució i servei amb una empresa del sector"; c) "Convenint el servei amb els respectius ajuntaments o consells comarcals que hi estiguin interessats, per la qual cosa es formularan els oportuns convenis amb el Departament d'Ensenyament que es podrien incloure dins d'àmbits de cooperació més amplis, si així s'acordés"; d) "Gestionant el centre, directament, el servei mitjançant el personal laboral contractat a l'efecte per l'òrgan competent, adquirint els corresponents subministraments i utilitzant els seus propis mitjans instrumentals", i e) "A través de convenis amb altres establiments oberts al públic, entitats o institucions que ofereixin garantia suficient de la correcta prestació del servei".

El Decret 160/1996 esmentat, en l'article 10.2, també estableix criteris de preferència en l'elecció de la modalitat de gestió. En efecte, s'afirma una preferència per les modalitats de gestió indirecta i, prioritàriament, per la concessió de serveis: "la gestió del menjador s'efectuarà preferentment per la modalitat prevista en l'apartat a) [concessió del servei a una empresa del sector] o, en el seu

defecte, b) de l'apartat anterior [subministrament diari per una empresa del sector].” Només excepcionalment i amb l'oportuna justificació es pot recórrer a la gestió directa (apartat d)): “Excepcionalment quan per falta d'oferta o d'idoneïtat de l'empresa això no sigui possible, prèvia justificació raonada a l'expedient i autorització expressa de la delegació territorial corresponent, es recorrerà a la gestió directa.” Cal advertir, però, que queden expressament exceptuades d'aquestes regles de preferència les modalitats articulades per conveni (apartats c) i e)): “Excepte en el supòsit de convenis amb ajuntaments, consells comarcals o d'altres entitats o institucions, a què fan referència els apartats c) i e).”

En relació amb les modalitats de gestió articulades mitjançant conveni, és a dir, “en els supòsits de convenis amb ajuntaments, consells comarcals o d'altres entitats i institucions” (apartats c) i e)), l'article 10.3 del Decret 160/1996 estableix dues directrius. La primera és que “als respectius convenis s'establirà la fórmula de prestació del servei”, i la segona, que, en la hipòtesi de contractació de personal per a la prestació del servei, s'adverteix que “serà contractat per aquestes entitats, de les quals dependrà laboralment, d'acord amb la legislació corresponent”.

Es preveu la possibilitat d'autoritzar a l'empresa de serveis l'ús dels locals i de les instal·lacions del centre docent (article 17). Aquesta empresa és la responsable de la conservació i el manteniment de les instal·lacions que utilitzi (article 18).

VII.2.2. El Decret 219/1989, d'1 d'agost, de delegació de competències de la Generalitat a les comarques en matèria d'ensenyament

El Decret 219/1989, d'1 d'agost, a més de portar a terme la delegació de determinades competències de la Generalitat a les comarques en matèria d'ensenyament, autoritza les comarques a exercir les competències delegades,

quan escaigui, en col·laboració amb els ajuntaments, i a la subscripció de convenis i de contractes amb entitats públiques i privades per la gestió dels serveis corresponents (article 5). Així mateix, de conformitat amb les previsions de la legislació de règim local, habilita les comarques per a “reglamentar l’organització dels serveis corresponents sens perjudici de les atribucions que la legislació vigent confereix als consells escolars dels centres” (article 6).

VII.2.3. El Reglament de funcionament del servei de menjadors escolars del Consell Comarcal de la Garrotxa

El CCG va aprovar, l’any 2003, el Reglament de funcionament del servei de menjadors escolars del Consell Comarcal de la Garrotxa. Aquest Reglament té com a objecte “regular la gestió, la prestació i el funcionament del servei escolar de menjador que ha de prestar el Consell Comarcal de la Garrotxa als centres d’ensenyament públics de la comarca de la Garrotxa” (article 1). S’especifica que el servei escolar de menjador inclou “les funcions de cuina, que consisteix en la preparació de menjars, el trasllat d’aquests, si s’escau, i la neteja dels espais, i les funcions de monitors que inclou la distribució dels menjars, la vigilància dels usuaris i l’organització d’activitats lúdiques i educatives durant el període entre classes docents” (article 12).

L’esmentat Reglament de funcionament dedica l’article 15 a “la gestió del servei escolar de menjador”. D’entrada s’enumeren les modalitats de gestió del servei possibles: a) “mitjançant la concessió administrativa del servei a una empresa del sector d’acord amb la normativa vigent de contractació de les administracions públiques”; b) “contractant el subministrament diari de menjars preparats i, si escau, la seva distribució i servei per una empresa del sector”; c) “concertant el servei amb el respectiu ajuntament interessat. En aquest supòsit es formularan els

oportuns convenis entre el Consell Comarcal i l'Ajuntament, i en els quals haurà de figurar la forma de prestació del servei"; d) "gestionar directament el servei pel centre educatiu, per si mateix o mitjançant les associacions de mares i pares. En el supòsit que sigui prestat mitjançant les AMPA, aquestes hauran de subscriure un conveni de delegació i gestió del servei amb el Consell Comarcal, en el qual figurarà l'obligació de l'òrgan competent de contractar el personal laboral necessari per la prestació del servei, adquirir els corresponents subministres i utilitzar els seus propis medis instrumentals", i e) "mitjançant convenis amb establiments oberts al públic, entitats o institucions que ofereixin garanties suficients per la prestació del servei".

Complementàriament, l'article 15 del Reglament de funcionament estableix unes regles de preferència en la determinació de la modalitat de gestió i una clàusula de salvaguarda. En concret, s'afirma la prioritat per la modalitat a) (concessió de servei) i, si no és possible, per la modalitat d) (gestió directa pel centre per si mateix o mitjançant l'AMPA). S'exclou d'aquesta regla el supòsit de la lletra c) (conveni amb l'ajuntament interessat). A l'últim, d'una manera excepcional, "quan per falta d'oferta o d'idoneïtat de l'empresa no sigui possible prestar el servei per cap dels mitjans previstos, prèvia justificació raonada a l'expedient, es podrà recórrer a la gestió directa pel mateix Consell Comarcal".

VII.2.4. El conveni tipus aprovat pel Consell Comarcal de la Garrotxa per a la cessió de la gestió del servei de menjador escolar

El Ple del CCG, reunit en data 15 d'octubre de 2015, va aprovar el conveni tipus per a la cessió als ajuntaments i a les AMPA de la gestió del servei de menjador escolar i, a més, va facultar el president del CCG per a signar els convenis concrets de cessió de la gestió.

VII.2.5. Els convenis de col·laboració concertats entre el Consell Comarcal de la Garrotxa i les AMPA que són objecte de revisió

En data 10 de novembre de 2016 i 19 d'octubre de 2017, el Consell de Presidència del CCG va acordar l'aprovació dels convenis de col·laboració entre el CCG i les AMPA que ara són objecte de revisió. Aquests convenis es van signar en data 14 de novembre de 2016 i 19 d'octubre de 2017.

Els acords es qualifiquen com a “conveni de col·laboració” entre el CCG i l'AMPA de l'escola respectiva i els firmen el president del CCG i el president de l'escola. Es tracta de convenis acordats després de l'expiració de convenis anteriors i tenen una durada de quatre anys, amb possibilitat de pròrroga per quatre anys més.

Segons els antecedents, el conveni té com a objecte l'“encàrrec de gestió” del servei de menjador escolar. En aquest sentit, segons el primer pacte del conveni, aquest objecte és “dur a terme la prestació del servei de menjador” a l'escola. S'adverteix expressament, en aquest sentit, que “la responsabilitat en la gestió del menjador és de l'AMPA” de l'escola “en la seva totalitat”. El CCG es reserva les facultats de supervisió, inclosa la inspecció del servei, “perquè presti correctament el servei de menjador”.

Els convenis també descriuen el contingut del servei: “El servei de menjador escolar, a més de proporcionar l'àpat als alumnes i tenir-ne cura, inclou l'atenció als alumnes durant el període interlectiu del migdia, és a dir, el comprès entre la finalització de les activitats lectives ordinàries en horari de matí i l'inici de les que es desenvolupen en horari de tarda o fins a la finalització del període de prestació del servei de menjador, en el supòsit d'horari intensiu al matí” (pacte quart).

És competència del Consell Escolar de l'escola aprovar el pla de funcionament del servei de menjador. Aquest pla ha d'especificar el funcionament i l'organització del servei i, en concret, ha d'incloure necessàriament la determinació del "tipus de gestió d'acord amb l'article 10 del Decret 160/1996" (pacte sisè).

Els convenis estableixen regles sobre la modalitat de gestió del servei. En concret, disposa que "l'AMPA gestionarà preferentment el servei de menjador mitjançant la seva concessió a una empresa del sector, degudament acreditada, i d'acord amb la normativa vigent de contractació administrativa". I s'hi afegeix: "En cas de gestió directa del servei, l'AMPA actuarà com a part empresarial en les relacions amb el personal al servei del menjador escolar. El personal al servei del menjador no mantindrà cap vincle laboral ni amb el Consell Comarcal ni amb el Departament d'Ensenyament" (pacte tercer).

VII.3. El règim jurídic de les AMPA

L'article 5.1 de la Llei orgànica 8/1985, de 3 de juliol, reguladora del dret a l'educació, reconeix i garanteix als pares d'alumnes la llibertat d'associació en l'àmbit educatiu. Entre d'altres finalitats, aquestes associacions de pares poden col·laborar en les activitats educatives del centre i promoure la participació dels pares en la gestió del centre (article 5.2). Aquesta Llei orgànica es remet al reglament a l'efecte d'establir les característiques específiques de les associacions de pares d'alumnes (article 5.6).

En Catalunya, en virtut de l'esmentada habilitació reglamentària, s'ha aprovat el Decret 201/1987, de 19 de maig, pel qual es regulen les associacions de pares d'alumnes.

L'article 26 de la Llei 12/2009, de 10 de juliol, d'educació, regula les "Associacions de mares i pares d'alumnes" (AMPA). La seva finalitat "essencial" és "facilitar la participació de les mares i els pares en les activitats del centre" (article 26.2).

En el que ara interessa, l'AMPA és una associació privada sense ànim de lucre. Es preveu que pot ésser declarada d'utilitat pública (article 26.4 de la Llei 12/2009). I, en relació amb el seu règim jurídic, "es regeixen per les lleis reguladores del dret a l'educació, [...] per les disposicions establertes per aquesta llei i les normes de desplegament i pels estatuts de l'associació" (article 26.1 de la Llei 12/2009). Aquesta regulació es concreta principalment en l'esmentat Decret 201/1987, i s'aplica supletòriament el llibre tercer del Codi civil de Catalunya, relatiu a les persones jurídiques, i la Llei orgànica 1/2002, de 22 de març, reguladora del dret d'associació.

VII.4. La normativa de contractes del sector públic

En matèria de contractes, atesa la data dels actes administratius objecte de revisió (10 de novembre de 2016 i 19 d'octubre de 2017), no resulta d'aplicació la vigent Llei 9/2017, de 8 de novembre, de contractes del sector públic (LCSP), sinó el text refós de la Llei de contractes del sector públic, aprovat pel Reial decret legislatiu 3/2011, de 14 de novembre (TRLCSF).

VII.5. La normativa de règim jurídic i procediment administratiu comú

En matèria de règim jurídic de les administracions públiques i de procediment comú, resulten d'aplicació, tant des de la perspectiva procedimental com la

substantiva o material, l'LPAC i la Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic (LRJSP).

VIII. Consideracions sobre el fons de la qüestió: anàlisi de la causa de nul·litat invocada

VIII.1. Informe jurídic previ i acord d'inoació del procediment de revisió

L'informe jurídic de la secretària del CCG, de 20 de març de 2019, conclou d'una manera favorable a la inoació del procediment de revisió d'ofici. Segons el seu raonament, atesa la normativa aplicable en el moment de subscriure els convenis de col·laboració objecte de revisió, el servei de menjador escolar “és una prestació inclosa dins dels contractes de servei i que, per tant, quan no es presta de forma directa, cal recórrer a les fórmules de contractació que preveu la normativa de contractes, quedant descartat que es pugui prestar mitjançant la fórmula de conveni amb entitats privades”.

Aquest mateix informe jurídic reconeix que el Decret 160/1996 permet que el servei de menjador escolar es pugui prestar a través de convenis amb altres establiments oberts al públic, entitats o institucions que ofereixin garantia suficient de la correcta prestació del servei. No obstant això, s'adverteix que “aquest Decret és de l'any 1996 i que des d'aleshores el marc normatiu ha canviat substancialment, especialment en matèria de contractació i també de convenis, ja des de l'aprovació de la Llei 30/2007, de contractes del sector públic i, en matèria de convenis, la recent Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic”.

D'entrada, en relació amb la normativa reguladora de convenis, l'informe jurídic recorda que l'article 47.1, paràgraf tercer, de l'LRJSP "exclou del règim dels convenis totes aquelles relacions que tinguin per objecte prestacions pròpies dels contractes i les subjecta per tant pel que fa a la seva naturalesa com al seu règim jurídic a la legislació de contractes del sector públic". A més, es posa en relleu que "la derogada Llei 30/1992, de 26 de novembre, de règim jurídic de les administracions públiques i de procediment administratiu comú, no contenia cap regulació similar al respecte".

En segon lloc, i en referència a la normativa de contractes, l'informe jurídic afirma que la mateixa idea es recull en l'article 4.1 del TRLCSP "quan exclou de l'àmbit d'aplicació de la llei els convenis que, d'acord amb les normes específiques que els regulen, subscrigui l'Administració amb persones físiques o jurídiques subjectes al dret privat, sempre que el seu objecte no estigui comprès en el dels contractes que regula aquesta Llei o en normes administratives especials".

Fetes aquestes consideracions jurídiques, l'informe de la secretària del CCG arriba a la conclusió que "l'any 2016, quan es van signar els convenis amb les AMPES per a la prestació del servei de menjador, ja s'havia d'haver sotmès al corresponent procediment de contractació pública garantint els principis de publicitat i concurrència que estableix el TRLCSP". En conseqüència, "aquests convenis són nuls de ple dret per no haver-se tramitat la prestació del servei de menjador escolar segons el procediment legalment previst". La causa de nul·litat invocada és la prevista en l'article 47.1.e) de l'LPAC, és a dir, la manca total i absoluta del procediment establert legalment.

L'acord d'incoació del procediment de revisió d'ofici, adoptat pel Ple del CCG en data 21 de març de 2019, reproduïx l'informe previ de la secretària i, per tant, en comparteix la fonamentació jurídica.

VIII.2. L'escrit d'al·legacions

La representant de l'AMPA de l'Escola Verntallat, mitjançant un escrit de data 2 de maig de 2019, va presentar un escrit d'al·legacions en què s'oposava a la revisió. En síntesi, les observacions formulades són les següents.

D'entrada, s'afirma que el Decret 160/1996 permet a les AMPA assumir la gestió del servei de menjador escolar. En efecte, entre les modalitats de gestió possibles s'inclou la subscripció de convenis amb altres establiments oberts al públic, entitats o institucions que ofereixin garantia suficient de la correcta prestació del servei. L'AMPA de l'escola és una d'aquestes altres "entitats", que, a més, ha demostrat "que oferim la garantia suficient que exigeix aquest article". Com a prova d'això es posa en relleu que, "des de fa ja molts anys, l'AMPA de l'escola [...] gestiona el menjador en aquest centre i en cap moment el Consell Comarcal ha manifestat que aquesta gestió no fos correcte o es prestés indegudament".

En segon lloc, s'indica que les diferents lleis de contractes que s'han anat aprovant sempre indiquen que els contractes subjectes a aquesta normativa són només els contractes onerosos. Per tant, "l'onerositat és un element important per determinar quan una relació entre una administració pública i una entitat privada ha d'estar sotmesa a la normativa de contractació". En aquest sentit, "cal dir que l'AMPA en cap moment no ha rebut cap prestació econòmica per part del Consell Comarcal, per tant, no hi ha onerositat". Més endavant, i d'una manera complementària, s'afegeix que "les AMPES són entitats sense ànim de lucre" i que "vetllen pels

interessos dels nens i nenes de les escoles, interès que també és concorrent amb el de l'administració pública". En definitiva, "en cap cas són una empresa privada que busca en les seves relacions mercantils uns interessos econòmics".

A l'últim, l'escrit d'al·legacions recorda que l'article 4.d) del TRLCSP exclou del seu àmbit d'aplicació els convenis que, d'acord amb les normes específiques que els regulen, celebrin les administracions públiques amb persones físiques o jurídiques subjectes al dret privat. I també que, en el cas que s'examina, aquestes "normes específiques" són les contingudes en el Decret 160/1996. Amb la conseqüència que, per tant, "el conveni tenia la cobertura suficient que venia determinada per aquesta norma específica".

VIII.3. L'informe de valoració de les al·legacions i la proposta de resolució

En informe conjunt dels Serveis d'Educació i de la Gerència del CCG, de 12 de juny de 2019, es van valorar i desestimar les al·legacions formulades. En resum, aquest informe arriba a les conclusions següents.

En primer terme, que no és possible el recurs al conveni en el supòsit examinat: "En el cas dels convenis entre administracions i entitats amb personalitat jurídica privada (AMPA, en aquest cas) no es compleix la condició relativa al contingut del conveni, ja que el servei de menjador és un servei típic establert en l'LCSP <sic> i, per tant, no es pot utilitzar la fórmula d'un conveni de col·laboració."

En segon lloc, tampoc no es pot utilitzar la tècnica de l'encàrrec de gestió: "En el cas dels encàrrecs de gestió, per una banda, una AMPA no és una personificació pública on el Consell Comarcal hi exerceixi un control directe o indirecte, anàleg al que ostenta respecte als seus propis serveis i, per tant, aquest tipus d'encàrrec de

gestió jurídicament no és viable. I, per altra banda, la llei estableix que es poden encarregar la realització d'activitats de caràcter material o tècnic entre diferents administracions públiques o entitats públiques. Una AMPA no és un ens de dret públic, sinó que és una entitat de dret privat, que es regeix pel dret civil.”

A l'últim, l'informe exclou també la possibilitat de la delegació de competències del Consell Comarcal a l'AMPA: “Tampoc pot delegar la competència a les AMPES, ja que l'article 9 de la Llei 40/2015 estableix que la delegació de competències és una figura administrativa, que opera entre administracions públiques i entitats de dret públic. Aquest no és el cas de les AMPES, que són entitats privades que no poden dictar actes administratius i resolucions en l'àmbit d'una competència delegada.” I s'hi afegeix seguidament: “A més, l'article 9 de la Llei 40/2015 estableix una altra limitació: no es pot delegar el que ha estat delegat, per tant, un consell comarcal, que rep la delegació de la gestió del servei de menjador escolar per part del Departament d'Ensenyament, no pot, de nou, delegar aquesta competència, i menys fer-ho a un ens privat.”

D'una manera coherent amb el fonament de l'informe jurídic previ i del posterior informe de valoració de les al·legacions formulades, la proposta de resolució acordada per la secretària del CCG, de 23 de juliol de 2019, es manifesta favorablement a la revisió dels convenis signats amb les AMPA.

VIII.4. El parer de la Comissió Jurídica Assessora

La qüestió controvertida consisteix a determinar si la prestació del servei de menjador escolar pot ser vàlidament objecte dels convenis de col·laboració entre el CCG i les AMPA o, per contra, s'ha de seguir el procediment de contractació corresponent previst en la normativa de contractes del sector públic.

En el fonament VII d'aquest Dictamen s'ha descrit el complex règim jurídic aplicable. Interessa destacar ara els aspectes següents d'aquest marc normatiu:

a) Normativa sectorial relativa a la gestió del servei de menjador escolar. L'article 10.1.e) del Decret 160/1996 inclou, dins de les modalitats de gestió possibles d'aquest servei, la subscripció "de convenis amb altres establiments oberts al públic, entitats o institucions que ofereixin garantia suficient de la correcta prestació del servei". En aquest supòsit, és necessari que en el conveni s'estableixi "la fórmula de prestació del servei" (article 10.3 del mateix Decret).

D'altra banda, l'article 15.d) del Reglament de funcionament del servei de menjadors escolars del Consell Comarcal de la Garrotxa inclou, dins de les modalitats de gestió, la possibilitat de "gestionar directament el servei pel centre educatiu, per si mateix o mitjançant les associacions de mares i pares". Aquest mateix precepte adverteix que, "en el supòsit que sigui prestat mitjançant les AMPA, aquestes hauran de subscriure un conveni de delegació i gestió del servei amb el Consell Comarcal, en el qual figurarà l'obligació de l'òrgan competent de contractar el personal laboral necessari per la prestació del servei, adquirir els corresponents subministraments i utilitzar els seus propis medis instrumentals".

A l'últim, els convenis de col·laboració subscrits entre el CCG i les AMPA que són objecte de revisió tenen com a objecte l'"encàrrec de gestió" del servei de menjador escolar (antecedents). En altres paraules, aquest objecte és "dur a terme la prestació del servei de menjador" a l'escola. S'adverteix que la "la responsabilitat en la gestió del menjador és de l'AMPA" de l'escola "en la seva totalitat" (pacte primer). En relació amb la modalitat de gestió del servei, els convenis disposen que "l'AMPA gestionarà preferentment el servei de menjador

mitjançant la seva concessió a una empresa del sector, degudament acreditada, i d'acord amb la normativa vigent de contractació administrativa". I s'hi afegeix: "En cas de gestió directa del servei, l'AMPA actuarà com a part empresarial en les relacions amb el personal al servei del menjador escolar" (pacte tercer).

b) Normativa reguladora dels convenis de col·laboració. Els convenis de col·laboració són regulats en l'LRJSP, aplicable al cas que s'examina. En concret, el primer paràgraf de l'article 47.1 de l'LRJSP preveu la possibilitat de convenis entre administracions públiques i subjectes de dret privat per a assolir una finalitat comuna, com és el cas d'un conveni acordat entre el CCG i les AMPA de les escoles. Com a límit important, el paràgraf tercer d'aquest mateix precepte legal estableix el següent: "Els convenis no poden tenir per objecte prestacions pròpies dels contractes. En aquest cas, la seva naturalesa i règim jurídic s'ha d'ajustar al que preveu la legislació de contractes del sector públic."

c) Normativa reguladora dels contractes del sector públic. L'article 4.d) del TRLCSP, que és la norma aplicable per raons temporals, exclou del seu àmbit d'aplicació "els convenis que, d'acord amb les normes específiques que els regulen, subscriu l'Administració amb persones físiques o jurídiques subjectes al dret privat, sempre que el seu objecte no estigui comprès en els dels contractes regulats en aquesta Llei o en normes administratives especials".

Aquest conjunt de disposicions normatives ha de fonamentar jurídicament la resposta a la qüestió plantejada.

La finalitat dels convenis objecte de revisió és formalitzar la col·laboració entre el CCG i les AMPA de les escoles en relació amb el servei de menjador escolar. Segons els termes dels convenis, aquesta col·laboració es concreta en el trasllat pel

CCG a l'AMPA de la "responsabilitat en la gestió del menjador [...] en la seva totalitat". D'aquesta manera, el CCG només es reserva la facultat de supervisió per a garantir la correcta prestació del servei (pacte primer dels convenis). Cal entendre, en conseqüència, que el CCG ha pres la decisió de no gestionar directament el servei de menjador escolar, sinó de prestar-lo mitjançant les AMPA; decisió que es formalitza a través d'un conveni de col·laboració. Aquest mateix conveni, per la seva banda, habilita l'AMPA a decidir la forma de prestació del servei. En efecte, l'AMPA pot decidir prestar-lo directament o bé "mitjançant la seva concessió a una empresa del sector, degudament acreditada". S'afegeix que, en aquest cas, haurà de fer-lo "d'acord amb la normativa vigent de contractació administrativa". En tot cas, aquesta segona possibilitat té caràcter preferent (pacte tercer dels convenis). És oportú recordar, en aquest punt, que les AMPA no són entitats públiques, sinó associacions privades, i que, per tant, la seva contractació no es troba sotmesa a la normativa de contractes del sector públic.

La Comissió Jurídica Assessora constata que la subscripció d'aquest tipus de convenis de col·laboració entre el CCG i les AMPA té una cobertura normativa sectorial específica; en concret, en el Decret 160/1996 (article 10.1.e)) i en el Reglament de funcionament del servei de menjador escolar aprovat pel CCG (article 15.d)). No obstant això, en el sentit indicat en els informes jurídics que consten en l'expedient, la Comissió vol també recordar que aquesta normativa de rang infralegal ha d'ésser conforme amb la normativa de rang legal i, en particular, amb la nova LRJSP i la legislació de contractes del sector públic, en concret, el TRLCSP, que és l'aplicable al cas examinat per raons temporals. En conseqüència, les disposicions contingudes en aquelles normes reglamentàries s'hauran d'entendre derogades en la mesura que contradiguin una normativa legal posterior. Tot això apunta la necessitat d'aclarir i millorar el marc normatiu en aquest sector, amb identificació d'un model de gestió del servei de menjador escolar, dins del

ventall d'opcions possibles, que sigui compatible amb la legislació actualment vigent, especialment en matèria de contractació pública.

Els informes jurídics del CCG consideren que el servei de menjador escolar es correspon amb la prestació d'un contracte administratiu típic, en concret, del contracte de serveis. Aquesta argumentació es recolza en l'informe jurídic emès pel secretari general i el cap de contractació de la Diputació de Girona, de 4 de maig de 2018, sobre si el Consell Comarcal del Gironès pot fer un conveni sobre el servei de menjador escolar amb les AMPA corresponents o bé el Consell Comarcal s'ha de subjectar a la llei de contractes del sector públic i tramitar aquest servei mitjançant els corresponents establerts en la legislació contractual i si existeix la possibilitat de realitzar una delegació directa del servei. Aquest informe conclou que el Consell Comarcal no pot adjudicar directament la prestació del servei de menjador escolar a una AMPA mitjançant un conveni ni a través d'un encàrrec de gestió, sinó que ha d'utilitzar les modalitats i els procediments establerts en la normativa de contractes del sector públic, i que tampoc no els pot delegar aquesta competència.

Mitjançant el Reglament CE 2195/2002, del Parlament Europeu i del Consell, de 5 de novembre de 2002, s'aprova un sistema de classificació únic aplicable als contractes públics denominat "*Vocabulario común de contratos públicos (CPV)*". Dins de la llista de nomenclatures, s'inclou expressament "*Servicios de comidas para escuelas*" (55523100-3) i "*Servicios de suministro de comidas para escuelas*" (55524000-9).

L'article 10 del TRLCSP defineix els contractes de serveis com aquells l'objecte dels quals són prestacions de fer consistents en el desenvolupament d'una activitat o dirigides a l'obtenció d'un resultat diferent d'una obra o subministrament. S'hi

afegeix que, a l'efecte de l'aplicació del TRLCSP, “els contractes de serveis es divideixen en les categories enumerades a l'annex II”.

D'altra banda, l'annex II, sota la rúbrica “Serveis a què es refereix l'article 10”, recull dins la categoria 17 els “Serveis d'hostaleria i restaurant” i hi considera com a tals tots els serveis compresos entre els codis 55100000-1 a 55524000-9 i 98340000-8 a 98341100-6. Per tant, estan inclosos els serveis de menjars per a escoles (55523100-3) i els serveis de subministrament de menjars per a escoles (55524000-9).

Cal concloure, doncs, que el servei de menjador escolar és una prestació típica objecte del contracte administratiu de serveis. Per tant, quan l'Administració titular del servei pren la decisió d'utilitzar una modalitat de gestió indirecta, ha de recórrer a les fórmules i els procediments de contractació previstos en la normativa de contractes del sector públic. Això no s'ha fet en el cas que s'examina i, per tant, cal informar favorablement sobre la concurrència de la causa de nul·litat invocada de l'article 47.1.e) de l'LPAC. Aquesta conclusió és compatible amb la necessitat de reconèixer l'important funció que ha de correspondre a les AMPA en el conjunt de les activitats escolars, inclosa la gestió del servei de menjador escolar. Així, en el marc de la reglamentació d'aquest servei i en la hipòtesi de la seva prestació per una empresa, la seva col·laboració pot estar present tant en la primera fase de selecció del contractista com en la posterior de supervisió de l'execució del contracte (en aquest sentit, el segon informe jurídic, de 23 de maig de 2018, d'ampliació del primer, de 4 de maig de 2018, emès pel secretari general i el cap de contractació de la Diputació de Girona).

CONCLUSIÓ

S'informa favorablement sobre la revisió d'ofici instruïda pel Consell Comarcal de la Garrotxa amb la finalitat de declarar la nul·litat de ple dret dels convenis de col·laboració per a la prestació del servei de menjador escolar amb les AMPA de les escoles Volcà Bisarroques, Joan Roura i Parella, Malagrida, Pla de Dalt i Verntallat i el Parvulari d'en Bas.

Albert Lamarca i Marquès

President