



ORDEN DE 20 DE OCTUBRE DE 2020 DE LA VICELEHENDAKARI SEGUNDA Y CONSEJERA DE TRABAJO Y EMPLEO POR LA QUE SE GARANTIZA EL MANTENIMIENTO DE LOS SERVICIOS ESENCIALES A LA COMUNIDAD QUE PRESTAN LAS EMPRESAS QUE REALIZAN LOS SERVICIOS SUBCONTRATADOS DE LOS COMEDORES ESCOLARES DE CENTROS PÚBLICOS Y CONCERTADOS.

Las organizaciones sindicales ELA, LAB, CCOO y UGT han convocado huelga para los días 21, 27 y 29 de octubre de 2020 para el personal que presta servicios en las empresas que realizan los servicios subcontratados de los comedores escolares de centros públicos y concertados.

El objetivo de la huelga, según sus convocantes, es *“reivindicar un servicio de comedores escolares de centros públicos y concertados seguro y consensuado y proteger la salud de las personas trabajadoras de los servicios, así como el mantenimiento del empleo y las condiciones laborales, ante la falta de información y ausencia de consulta con la representación legal de las personas trabajadoras en relación con el retorno de tal personal a sus puestos de trabajo.”* Pretenden, así mismo, *“forzar al Departamento de Educación a iniciar un verdadero proceso de negociación con las organizaciones sindicales en el sector, al objeto de negociar y acordar las condiciones tanto de seguridad como de mantenimiento de empleo o laborales de las trabajadoras/as de los servicios de comedores escolares”*.

El artículo 28.2 de la Constitución reconoce el derecho de huelga de las y los trabajadores para la defensa de sus intereses, como uno de los derechos fundamentales sobre los que se constituye el actual Estado social y democrático de Derecho. La Constitución, en consecuencia, otorga al derecho de huelga idéntica protección que la dispensada a los derechos más relevantes que relaciona y protege, tales como la vida, la integridad física, la salud, la educación, el trabajo... Derechos todos ellos que, junto con el de huelga, gozan de la máxima tutela constitucional.

Por tanto, dado que el ejercicio del derecho a la huelga puede colisionar con el resto de derechos de carácter fundamental de la ciudadanía, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 28 y 37 de la Constitución, resulta imprescindible dictar las medidas oportunas encaminadas a asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad, de manera que no quede vacío de contenido ninguno de los derechos fundamentales en conflicto.

Ahora bien, deducida la premisa anterior, es evidente que la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales ha de venir determinada por una estricta observancia del principio de proporcionalidad, cuyo juicio se superará si la

medida cumple o supera tres requisitos o condiciones: si su aplicación es susceptible de conseguir el objetivo propuesto, o “juicio de idoneidad”; si observado el supuesto se ha deducido que no existe otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia, o “juicio de necesidad” y, por último, si la medida o solución dada es ponderada o equilibrada por derivarse de su aplicación más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, y entonces estaremos ante el “juicio de proporcionalidad en sentido estricto”. Cuestión sobre la que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado en distintas ocasiones, entre otras: 122/1990, 123/1990, 8/1992, y 126/2003.

De estos pronunciamientos debemos extraer que la limitación que supone para el ejercicio del derecho de huelga el aseguramiento de la prestación de servicios esenciales de la comunidad, hace necesario e imprescindible establecer una ponderación entre los intereses en juego. Para ello el aseguramiento ha de actuar como garantía que deriva de una necesaria coordinación de los derechos contrapuestos, entendiendo que el derecho de las y los huelguistas deberá limitarse - ceder, en palabras del Tribunal Constitucional – cuando el ejercicio de defensa de sus intereses, a través de una huelga, ocasione o pueda ocasionar un mal más grave a la o el destinatario o titular del derecho a la prestación del servicio esencial, que la hipotética falta de éxito de sus reivindicaciones o pretensiones. Es por ello, que en virtud de lo anterior, y ante la presente convocatoria de huelga, se habrán de tomar en consideración las características concretas de su convocatoria.

Como decíamos antes, se trata de una huelga convocada para los días 21, 27 y 29 de octubre de 2020, es decir, tres días no consecutivos, distribuidos en las dos últimas semanas de octubre, estando afectada por la convocatoria una jornada, miércoles, en la primera semana y dos jornadas, martes y jueves, en la siguiente semana. En el ámbito de actividad, se llama a la huelga al personal que presta servicios en las empresas que realizan los servicios subcontratados de comedores escolares en los centros de enseñanza públicos y concertados.

El número de alumnos y alumnas afectadas por la convocatoria de la huelga, en lo que a comedores escolares de centros de la red pública se refiere, es de alrededor de 75.000 que, distribuidos en 512 comedores, son atendidos aproximadamente por 3.816 monitoras y monitores, de la siguiente manera:

Niveles	Comensales	Monitores/as
2 años	4.100	550
E.I (4 y 5 años)	19.207	1.400
E.Primaria	45.745	1.600
ESO	6.384	200

A estos datos, hay que añadir los alumnos y alumnas afectadas en los comedores de la red concertada.

Los servicios que se prestan son, por una parte, elaboración de menús, distribución y office, y, por otra, el servicio de monitores en comedor. Las tareas desempeñadas por cada colectivo son las mismas para todos los niveles educativos, la diferencia estriba en el grado de atención que necesita el alumnado en función de su edad (a menor edad, mayor nivel de atención y ayuda precisan) u otras circunstancias, tales como la educación especial. Efectivamente, y dentro de la tendencia actual de integración de estos colectivos, existen tanto aulas estables de educación especial cuanto aulas “ordinarias” en las que se escolarizan alumnas y alumnos que, por sus especiales circunstancias, personas con discapacidad y altos grados de dependencia, requieren apoyos generalizados que precisan una atención muy individualizada y recursos intensivos y continuados, por lo que deberán ser tenidas en cuenta en la fijación de servicios mínimos.

Los derechos constitucionales a la vida, a la integridad física y moral, a la educación y al trabajo, entre otros, contemplados en los artículos 15, 27 y 35.1 de la Constitución, y el artículo 18 de la Convención sobre los Derechos del Niño, ratificada por el Estado español mediante el **Instrumento de Ratificación de 30 de noviembre de 1990 de la Convención de 20 de noviembre de 1989 sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas**, cuya garantía compete a los poderes públicos a través de medidas preventivas y de aseguramiento de la prestación de los servicios necesarios, no pueden quedar sin la debida protección frente al legítimo ejercicio del derecho a la huelga. Protección esta, por otra parte, que en modo alguno puede llegar a vaciar de contenido el derecho de huelga, dado el carácter restrictivo que debe presidir su establecimiento a tenor de la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional.

La esencialidad de estos servicios derivada de la condición de fundamentales de los derechos afectados –educación y aquellos relacionados con la protección y el desarrollo integral de la infancia y adolescencia- se plasma también en la normativa estatal, así 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, y ya en el ámbito de la Comunidad Autónoma del País Vasco, por la Ley 3/2005, de 18 de febrero, de atención y protección a la infancia y la adolescencia. Aspectos refrendados por jurisprudencia, ya señaladas de forma reiterada en anteriores Ordenes, del Tribunal Supremo: STS de 20 de mayo de 1994 y STS de 14 de abril de 2009. La primera de las mencionadas Sentencias establece «que privar a los escolares del almuerzo al mediodía de forma total, vulnera los derechos constitucionales a la salud y a la educación». Igualmente, el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, ante convocatorias territoriales ha reconocido este carácter esencial, véanse al respecto sentencias de 22 de diciembre de 2010 y 13 de enero de 2011.

Los citados derechos constitucionales a la vida y a la integridad física y moral, junto al derecho a la salud, consagrados en los artículos 15 y 43 de la Constitución Española, cobran especial transcendencia en el momento actual. No se puede obviar

que la huelga convocada se enmarca dentro de la crisis sanitaria provocada por la COVID-19 y de las medidas y recomendaciones que las autoridades sanitarias y gubernativas han ido adoptando. Así, ha de tenerse en cuenta, el cumplimiento de la Orden de 19 de agosto de 2020, de la Consejera de Salud, de cuarta modificación del Anexo de la Orden de 18 de junio de 2020, de la Consejera de Salud, sobre medidas de prevención necesarias para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, una vez superada la Fase 3 del Plan para la transición hacia una nueva normalidad, modificado por las órdenes de 28 de julio y 7 de agosto de 2020. Dicha Orden, en su punto 5 señala que *“Toda la actividad educativa, de formación y de investigación presencial se llevará a efecto respetando las normas de prevención, salud e higiene, respetando las normas de protección y la distancia interpersonal, y mediando el empleo de mascarillas”*.

Por su parte, el Departamento de Educación ha elaborado diferentes documentos, en permanente revisión, en los que se detallan las medidas y las recomendaciones ante el coronavirus SARS-Cov-2 en centros educativos. Entre ellos, con carácter general, está el “Protocolo complementario de actuaciones ante el inicio de curso 2020-2021, y actuaciones ante la aparición de casos de COVID-19 en centros educativos”; y con carácter específico para comedores escolares, las “Medidas Preventivas frente a la COVID-19 en comedores escolares”, de fecha 22 de septiembre de 2020, en el que, entre las consideraciones generales, se señala que *“se respetará en la utilización de esos espacios el mantenimiento de los grupos de convivencia estable, de forma que no se mezclen y se mantenga la distancia de seguridad entre ellos. Además, para disminuir la posibilidad de contagio y facilitar el rastreo de contactos, el alumnado deberá sentarse en la mesa todos los días en el mismo lugar.”*

Con motivo de la huelga convocada para el pasado 25 de septiembre en el sector educativo, que también afectó a los comedores escolares, se solicitó a la Dirección de Salud Pública del Departamento de Salud del Gobierno Vasco, un informe sobre la situación de la pandemia. En dicho informe se indicaba que las medidas recogidas en el “Protocolo complementario de actuaciones ante el inicio de curso 2020-2021, y actuaciones ante la aparición de casos de COVID-19 en centros educativos” debían cumplirse durante la huelga, y concluía diciendo que se deberá contar con el personal necesario para mantener las medidas preventivas frente a la COVID-19 previstas en los protocolos de actuación vigentes del Departamento de Educación y en los planes de contingencia de los centros educativos:

- Mantenimiento de grupos estables.
- Ordenamiento de los flujos de personas.
- Mantenimiento de distancias.
- Vigilancia del uso de la mascarilla.
- Higiene de manos limpieza y desinfección de las instalaciones.
- Gestión de casos.

Respecto a este último punto los centros deberán contar con la información y las personas necesarias para facilitar el que se lleve a cabo el estudio de contactos de casos COVID-19 positivos, así como para implementar las actuaciones derivadas. El director del centro y la persona responsable referente para los aspectos relacionados con COVID-19 deberán permanecer en el centro.

A parte de la mencionada convocatoria en el sector educativo para el pasado día 25 de septiembre de 2020, el ejercicio del derecho de huelga realizado en anteriores convocatorias si bien alejado en el tiempo (las últimas se desarrollaron en 2010, 26 y 28 de enero; 9 y 11 de marzo; y 15, 17, 24 y 25 de marzo, las cuales dieron lugar a las Ordenes de servicios mínimos de 25 de enero, 5 de marzo y 11 de marzo de 2010, respectivamente), dada la similitud tanto funcional, territorial y temporal como de los colectivos de personas afectados –empresas, personas que han secundado la huelga y alumnado–, sin constituir una premisa jurídica para fijar los servicios mínimos en la presente huelga –inferencia vedada por la doctrina constitucional–, sí permite constatar los efectos positivos o negativos que las salvaguardas establecidas por los servicios mínimos de esas convocatorias han producido sobre los derechos y bienes constitucionalmente protegibles –incluido el de huelga– que pretende salvaguardar la presente Orden.

Otra circunstancia a ser tenida en cuenta es el hecho de que el llamamiento se realiza en jornadas ordinarias en la que es previsible la asistencia habitual del alumnado, a diferencia de las jornadas en que existen otros llamamientos tales como huelgas de profesionales de la educación o huelgas generales.

En la determinación de los servicios mínimos habrá de ponderarse, igualmente, el carácter socioeducativo de los comedores escolares, la atención integral que precisa el alumnado que se vería afectado por su falta, la territorialidad de la huelga, que afecta a todos los centros públicos y concertados de la CAPV y su ámbito temporal: tres jornadas, no consecutivas, la primera de ellas un miércoles, es decir, solo un día en esa la semana, pero las otras dos jornadas un martes y un jueves, afectando por tanto a dos días de la misma semana.

También se considera necesario, como viene siendo habitual en las Ordenes de Servicios Esenciales dictadas en convocatorias anteriores, establecer diferencias según la etapa educativa. Por tanto, se garantizará el servicio de comedor, mediante la preparación de alimentos de fácil y sencilla elaboración, tanto en los propios centros como en las cocinas centrales de las empresas subcontratadas por los centros, debiéndose garantizar en este último caso la distribución a los mismos. A estos efectos se considera adecuado establecer como servicio mínimo en la presente huelga, y para este menester un porcentaje equivalente al 10% de su personal de cocina.

Es evidente la esencialidad de atender el servicio de comedor de las niñas y niños de dos y tres años, así como el del alumnado con necesidades especiales; colectivos especialmente vulnerables y necesitados de que se les preste de un modo

personalizado, una alimentación específica y adecuada. La razón de la fijación de servicios mínimos para garantizar sus derechos fundamentales se halla en su corta edad (2 y 3 años), su falta de autonomía y en la atención, vigilancia y cuidados que de forma intensa e integral se les ha de prestar. Para ello, se vienen fijando como servicios mínimos la asistencia de personal de cocina, de office y de monitoras y monitores, en unos ratios de asistencia de 1 monitor/a por cada grupo de 9 niños y niñas para los de edad de 2 años; y de 1 monitor/a por cada grupo de 15 niños y niñas para los de edad de 3 años.

Además, de lo acaecido en anteriores convocatorias de huelga, se ha observado que dentro del colectivo de la Educación Infantil –que comprende la educación de 2 a 5 años, y cuyo número de usuarios del servicio de comedor es de más de 19.000 en la CAV–, el nivel de dependencia del colectivo de los niños y niñas de 4 y 5 años a la hora de comer es importante ya que sin una debida atención (que de normal debe ser intensa) no realizan las ingestas o de hacerlo, no lo hacen en unos adecuados niveles de higiene y salubridad, lo cual pone en riesgo su derecho fundamental a la salud, e incluso a la integridad física en caso de ausencia de vigilancia y cuidado.

Consecuentemente con ello, y en aras de proteger a este colectivo se han de fijar unos servicios mínimos en la categoría de monitoras y monitores, para lo cual habrá de tenerse en cuenta tanto las cargas de trabajo de las y los trabajadores como la atención merecida por las niñas y niños.

A estos efectos se considera adecuado establecer como servicio mínimo en la presente huelga, y para este menester un porcentaje equivalente al 10% de personal de monitoras y monitores.

Por lo que se refiere al montaje, recogida de las mesas y limpieza, es de aplicación lo establecido en el documento elaborado por el Departamento de Educación, mencionado anteriormente, “Medidas Preventivas frente a la COVID-19 en comedores escolares”, de fecha 22 de septiembre de 2020, del Departamento de Educación. En dicho documento, en los apartados referidos a las medidas de higiene se indica que *en caso de que diferentes grupos estables necesiten compartir mesa, se deberá mantener la distancia de seguridad de 1,5 m entre grupos estables*. Así mismo, y por lo que se refiere a las labores de limpieza se indica:

“3. Se realizará una limpieza, desinfección y ventilación frecuente de todas las instalaciones asociadas a comedor escolar. Con especial atención se desinfectarán superficies, pomos de puertas, mobiliario, lavabos, suelo, etc.,...

Particularmente, entre cada turno de comida se debe realizar una limpieza y desinfección de las superficies e instalaciones de contacto (mesas, sillas, ...) Tras la finalización de un turno de comidas y antes de la incorporación del siguiente, se procederá tanto a la limpieza y desinfección de las principales superficies que han estado en contacto con el alumnado como a la ventilación del recinto de comedor.”

Para atender estas determinaciones, se considera necesario establecer un porcentaje del personal habitual dedicado al servicio de limpieza suficiente para el cumplimiento de estas medidas, lo que hace inevitable cuantificarlo en el 100% del personal habitual.

Por lo que antecede, y ante la evidencia de que en una huelga como la convocada sin la fijación de unos servicios mínimos que preserve las funciones esenciales podrían ocasionarse unos perjuicios notablemente superiores al objetivo que se pretende alcanzar con la misma, esta Autoridad Gubernativa viene a establecer los servicios mínimos que quedan concretados en la presente Orden.

El artículo 10.2 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 marzo, sobre Relaciones de Trabajo, dispone que «cuando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de cualquier género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad y concurren circunstancias de especial gravedad, la autoridad gubernativa podrá acordar las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios» y que «el Gobierno, asimismo, podrá adoptar a tales fines las medidas de intervención adecuadas».

En dicha norma, de constitucionalidad reconocida (STC 11/1981, de 8 abril [RTC 1981\11]), en concordancia con el artículo 28.2 de la Constitución, relativo al derecho de huelga, en el que se establece que «la Ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad», se atribuye, en suma, a la autoridad gubernativa la posibilidad de adoptar medidas de garantía, de diversa naturaleza que aseguren el mantenimiento de los servicios esenciales en caso de huelga, siendo una de dichas medidas el establecimiento, mediante resolución administrativa, de los servicios mínimos indispensables para el mantenimiento de la actividad, y la consiguiente llamada para su realización a un número determinado de trabajadoras y trabajadores, cuya prestación laboral es debida.

Por este motivo se ha instruido el procedimiento a que alude el artículo 10.2 del Real Decreto-Ley 17/1977, de 4 de marzo, sobre Relaciones de Trabajo, habiéndose dado por escrito audiencia a las partes afectadas, organizaciones sindicales, asociaciones empresariales, empresas y Departamento de Educación, a fin de que expusieran sus propuestas sobre servicios y personal que habrán de verse afectados por la decisión gubernativa.

El artículo 2 del Decreto 18/2020, de 6 de septiembre, del Lehendakari, de creación, supresión y modificación de los Departamentos de la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco y de determinación de funciones y áreas de actuación de los mismos crea el Departamento de Trabajo y Empleo y en su artículo 6 establece entre sus funciones la ejecución de la legislación laboral en materia de relaciones laborales. Por otro lado, su Disposición Transitoria Única dice que en tanto se lleve a efecto lo previsto en la Disposición Final Primera, conservarán su vigencia las

normas orgánicas que determinan la estructura y funciones de la Presidencia del Gobierno y de los Departamento del Gobierno, por lo que se mantiene en vigor el Decreto 84/2017, de 11 de abril, por el que se establece la estructura orgánica y funcional del Departamento de Trabajo y Justicia que tiene entre sus funciones, y por competencia delegada por Decreto 139/1996, de 11 de junio la de determinar las medidas necesarias para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la Comunidad en supuestos de huelga que afecten a empresas, entidades e instituciones encargadas de la prestación de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad.

Por todo lo expuesto, la Vicelehendakari Segunda y Consejera de Trabajo y Empleo por delegación del Gobierno Vasco:

RESUELVE:

Primero.- El ejercicio del derecho de huelga del personal que presta servicios en las empresas que realizan los servicios subcontratados de los comedores escolares de centros públicos y concertados para los días 21, 27 y 29 de octubre de 2020, se entenderá condicionado al mantenimiento de los servicios mínimos que a continuación se señalan:

1.- Se garantizará el servicio de comedor, mediante la preparación de alimentos de fácil y sencilla elaboración, tanto en los propios centros como en las cocinas centrales de las empresas afectadas, debiéndose garantizar en este último caso también su distribución a dichos centros. Las funciones que anteceden serán realizadas por el 10% del personal de cocina. Si el 10% fuera inferior a 1 persona, la misma está llamada a realizar el servicio mínimo establecido.

2.- Para la administración de la alimentación al alumnado se deberá utilizar material desechable.

3.- En el montaje, recogida de las mesas y limpieza, se garantiza tanto el servicio ordinario como el cumplimiento de las recomendaciones recogidas en los Planes de Contingencia de los centros educativos, siguiendo las recomendaciones sanitarias y del Departamento de Educación publicadas. Estas labores serán realizadas por el 100% del personal que habitualmente presta estos servicios y sin que en ningún momento conlleve una jornada superior a la habitual diaria.

4.- Para la atención al alumnado y mantener abiertos los comedores durante el periodo en que este personal se ocupa del mismo, se establece el siguiente porcentaje de monitoras y/ o monitores según ciclos y etapas educativas:

4.1. Alumnado de Educación Infantil (1^{er} Ciclo: 2 y 3 años):

- 1 monitor por cada 9 comensales de las aulas de 2 años
- 1 monitor por cada 15 comensales de las aulas de 3 años.

4.2. Alumnado de Educación Infantil (2^o Ciclo: 4 y 5 años):

- 10% de las monitoras o monitores del Centro. Si el 10 % fuera inferior a una persona, la misma está llamada a realizar el servicio mínimo establecido.

4.3. Alumnado con necesidades educativas especiales: el número de monitores mínimo indispensable para cubrir sus necesidades de alimentación.

Segundo.- 1. En los casos en que en la realización de los servicios mínimos coincida personal convocado a la huelga y personal que no lo esté, el cálculo de los porcentajes establecidos en la presente Orden se realizará sobre el total de personas de ambos colectivos que de habitual realizan dichas tareas. Dentro del personal llamado a la huelga, los servicios antedichos se prestarán preferentemente por el personal que no ejercite el derecho a la huelga.

2. Corresponderá a la Dirección de las empresas, oída preceptivamente la representación de las y los trabajadores, la asignación de funciones al personal correspondiente, respetando en todo caso las limitaciones contenidas en el artículo anterior y en la legislación vigente.

Tercero.- Los servicios mínimos recogidos en los apartados anteriores de esta Orden no podrán ser perturbados por alteraciones o paros del personal designado para su prestación. Caso de producirse, serán considerados ilegales y quienes los ocasionen incurrirán en responsabilidad, que les será exigida de acuerdo con el ordenamiento jurídico vigente.

Cuarto.- Lo dispuesto en los apartados anteriores no significará limitación alguna de los derechos que la normativa reguladora de la huelga reconoce al personal en esta situación, ni respecto a la tramitación y efectos de las peticiones que la motivan.

Quinto.- La presente Orden entrará en vigor a la fecha de su notificación.

Sexto.- Notifíquese esta Orden a las personas interesadas en la forma establecida por el artículo 40 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, haciéndoles saber que la misma pone fin a la vía administrativa y que contra ella cabe interponer Recurso Contencioso-Administrativo ante la Sala correspondiente del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, en el plazo de 2 meses desde la fecha de su notificación, de conformidad con lo dispuesto en Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Asimismo, y de conformidad con lo previsto en los artículos 123 y 124 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, notifíquese también, que contra la presente Orden podrá interponerse ante esta Autoridad Laboral el pertinente Recurso Potestativo de Reposición, en el plazo de un mes contado desde el día siguiente al de su notificación.

En Vitoria-Gasteiz, a 20 de octubre de 2020

Idoia Mencia Cueva

**VICELHENDAKARI SEGUNDA Y
CONSEJERA DE TRABAJO Y EMPLEO**