



Roj: **STS 810/2021 - ECLI:ES:TS:2021:810**

Id Cendoj: **28079140012021100216**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **05/03/2021**

Nº de Recurso: **94/2019**

Nº de Resolución: **274/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **MARIA LUZ GARCIA PAREDES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAN 138/2019,**
STS 810/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 274/2021

Fecha de sentencia: 05/03/2021

Tipo de procedimiento: CASACION

Número del procedimiento: 94/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 03/03/2021

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Luz García Paredes

Procedencia: AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

Transcrito por: TDE

Nota:

CASACION núm.: 94/2019

Ponente: Excm. Sra. D.^a María Luz García Paredes

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Margarita Torres Ruiz

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 274/2021

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D.^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D.^a. María Lourdes Arastey Sahún

D.^a. María Luz García Paredes

D. Juan Molins García-Atance D. Ricardo Bodas Martín



En Madrid, a 5 de marzo de 2021.

Esta Sala ha visto el recurso de casación interpuesto por el letrado D. Ángel Martín Aguado, en nombre y representación de la Federación de Enseñanza de Comisiones Obreras, contra la sentencia de 11 de febrero de 2019, dictada por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en el procedimiento núm. 299/2018, seguido a instancia de la Federación de Enseñanza de Comisiones Obreras, contra Unión General De Trabajadores - Fesp-Ugt-, Confederación Española de Centros De Enseñanza - CECE-, Confederación Intersindical Galega -CIG-, Unión Sindical Obrera - USO-, Asociación de Centros Autónomos de Enseñanza Privada - ACADE-, Federación de Sindicatos Independientes de Enseñanza - FSIE- y el Ministerio Fiscal, sobre impugnación de convenios.

Han comparecido como recurridos la Federación de Enseñanza de USO (FEUSO), la Federación de Empleados de Servicios Públicos de UGT (FeSP-UGT) y la Federación de Sindicatos Independientes de Enseñanza (FSIE), representados por Don Juan Ramón, Dña. Fátima y Don Pedro Antonio.

Ha sido ponente la Excm. Sra. D.ª María Luz García Paredes.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por la representación de la Federación estatal de Enseñanzas de Comisiones Obreras, se presentó demanda de conflicto colectivo de la que conoció la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, y en la que tras exponer los hechos y motivos que estimaron de aplicación terminó suplicando se dictara sentencia por la que se declare: «la Nulidad de los contenidos y preceptos del convenio impugnado, que se relacionan y concretan en los hechos segundo a sexto -ambos incluidos- de la presente demanda y referidos a los siguientes preceptos y contenidos convencionales: El término " *Clasificación Profesional*" del art. 5, párrafo primero.- El inciso o párrafo " *las demás materias serán consideradas como condiciones indisponibles por los convenios de empresa o grupo de empresas, que incurran en concurrencia de convenios en caso de regular de forma distinta lo dispuesto en el presente convenio sectorial*", del párrafo segundo del art. 5.- El párrafo 3º del art. 5 " *Estas condiciones restrictivas se mantendrán en todos los convenios colectivos que puedan negociarse*".- El párrafo "Denunciado el Convenio colectivo, las partes firmantes, se comprometen a iniciar conversaciones" del art. 7 del convenio impugnado.- La relación incorporada al párrafo segundo del art. 17 sobre actividades que pueden cubrirse con el contrato de obra o servicios. - El párrafo cuarto del art. 17, que establece "La Comisión Paritaria podrá determinar en el ámbito convencional cualquier otra actividad -docente o no docente- que pudiera ser considerada análoga y, por tanto, susceptible de aplicar esta modalidad de contratación." - El párrafo o inciso " *De ser concedida, empezará a disfrutarse dentro de los meses de julio y agosto, salvo acuerdo en contrario*" del párrafo segundo del art. 54 del convenio. - Los párrafos primero y segundo del art. 73. - Los párrafos antepenúltimo, penúltimo, y último del art. 73 del convenio impugnado. - Se condene a las demandadas a estar y pasar por dicha declaración».

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda se celebró el acto del juicio, con la intervención de las partes y el resultado que se refleja en el acta que obra unida a las actuaciones. Recibido el pleito a prueba se practicaron las propuestas por las partes y declaradas pertinentes.

TERCERO.- En fecha 11 de febrero de 2019, se dictó sentencia por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en la que consta el siguiente fallo: «Previo desestimación de la excepción de cosa juzgada, estimamos parcialmente la demanda presentada por FEDERACIÓN DE ENSEÑANZA DE COMISIONES OBRERAS contra UNIÓN GENERAL DE TRABAJADORES - FESP-UGT-, CONFEDERACION ESPAÑOLA DE CENTROS DE ENSEÑANZA - CECE-, CONFEDERACION INTERSINDICAL GALEGA -CIG-, UNION SINDICAL OBRERA - USO-, ASOCIACION DE CENTROS AUTONOMOS DE ENSEÑANZA PRIVADA - ACADE-, FEDERACION DE SINDICATOS INDEPENDIENTES DE ENSEÑANZA - FSIE- y el MINISTERIO FISCAL, y declaramos la nulidad del art. 17 del X Convenio colectivo nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado, exclusivamente en cuanto a la mención de la "Vigilancia de ruta escolar y/o comedor", desestimando la demanda en los restantes pedimentos».

CUARTO.- En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

«PRIMERO.- Por resolución de la Dirección General de Trabajo de 2 de julio de 2018 se dispuso la inscripción en el Registro y la publicación del X Convenio colectivo nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado, suscrito por las Asociaciones Patronales ACADE y CECE de una parte, y por las organizaciones sindicales USO, FeSP-UGT y FSIE de otra. (BOE de 11 de julio de 2018).

SEGUNDO.- El 11 de diciembre de 2018, la Mesa negociadora del citado convenio acordó su modificación parcial, con el resultado que obra en BOE de 24 de enero de 2019.



En virtud del mismo, los artículos controvertidos presentan el siguiente contenido: "Artículo 17. Contrato de obra o servicio.- Tienen por objeto la realización de una obra o servicio determinado, con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa y cuya ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta. - En el ámbito de este convenio podrán cubrirse con contratos de esta naturaleza, sin perjuicio de cualquier otra aplicación o utilización permitida legalmente, los que tengan por objeto:

- Impartir asignaturas de Planes de Estudios a extinguir o no contempladas en los nuevos Planes.
- Impartir docencia en niveles que la empresa ha decidido su extinción y hasta el total cierre de los mismos.
- Impartir actividades extraescolares.
- Vigilancia de ruta escolar y/o comedor.

Para la contratación del personal de administración y servicios generales podrá utilizarse esta modalidad siempre que se trate de prestación de servicios con autonomía y sustantividad propia dentro de la actividad de la empresa. - En estos contratos deberá determinarse con claridad el carácter de la contratación y especificar la tarea o tareas que constituyan su objeto. Su duración será la exigida para la realización de la tarea o servicio, no pudiendo superar en ningún caso los 4 años. - El trabajador, a la finalización del contrato, tendrá derecho a recibir la indemnización económica que establezca en cada momento la legislación vigente."

"CAPÍTULO III.- Inaplicación del Convenio Colectivo.- Artículo 73. - 1. Cuando en un centro concurren causas económicas, técnicas, organizativas o de producción en los términos establecidos en el artículo 82.3 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, se podrá proceder a inaplicar las condiciones de trabajo previstas en el presente Convenio que afecten a las materias, en los términos y de acuerdo con los procedimientos que se determinen por la normativa vigente en el momento en el que dichas causas concurren.

- 2. Cuando la inaplicación se limite exclusivamente al abono de las subidas salariales previstas en las tablas para cada año, se entenderá especialmente que concurre causa productiva en el caso de aquellos centros educativos que hayan tenido una pérdida de matrícula igual o superior al 6 % en el periodo comprendido entre el curso 2015/2016 y el curso 2017/2018, calculada sobre los datos oficiales de matrícula aportados a la Administración Educativa competente cada uno de estos años, si bien en este caso la inaplicación se limitará a no abonar las subidas salariales previstas en las tablas de 2018, aplicando las retribuciones del año anterior de conformidad con lo previsto en este apartado. - Igualmente, para los cursos 2018/2019 y 2019/2020, se entenderá especialmente que concurre causa productiva en el caso de aquellos centros que acrediten una pérdida de alumnos igual o superior al 5 % con respecto al curso inmediatamente anterior, de acuerdo con los criterios y procedimiento establecidos en el presente apartado si bien en este caso la inaplicación se limitará solo a no aplicar la subida salarial acordada para los años 2019 y 2020 respectivamente, aplicando las retribuciones del año anterior. - El empresario afectado, en el plazo máximo de treinta días, a contar desde la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» del presente Convenio o desde la fecha de la aplicación de las revisiones salariales anuales previstas, iniciará un período de consultas, a cuyo efecto comunicará a los representantes de los trabajadores legalmente previstos, su intención de acogerse a la inaplicación prevista en este artículo. - A tal efecto presentará a dichos representantes los datos del alumnado matriculado, recogidos en los documentos de organización del centro (DOC) o cualquier otro documento oficial acreditativo que el centro entrega cada curso académico a la administración competente. - Las negociaciones del período de consulta deberán finalizar en el plazo máximo de quince días desde su inicio y su resultado se comunicará a la Comisión Paritaria del Convenio. En caso de desacuerdo podrán someter la discrepancia a la Comisión Paritaria.- La decisión de la Comisión Paritaria será adoptada en su propio seno en el término de siete días a contar desde que la discrepancia le fuera planteada. - El procedimiento se iniciará mediante solicitud de parte dirigida a la Comisión Paritaria, acompañada de la documentación señalada en este apartado indicando el motivo de la discrepancia y la pretensión que desea. - La Comisión comprobará que reúne los requisitos establecidos, dirigiéndose, en caso contrario, al solicitante a efectos de que complete su solicitud en el plazo de dos días con la advertencia de que, si así no lo hiciese, se le tendrá por desistido de su solicitud, con archivo de las actuaciones. Cuando se subsanen las deficiencias, el plazo para resolver comenzará a contarse desde la fecha en que se completó la solicitud. - Se remitirá inmediatamente a la otra parte de la discrepancia comunicación de inicio del procedimiento para que efectúe las alegaciones que considere procedentes en el plazo de dos días. - La Comisión Paritaria analizará si concurren las circunstancias de la inaplicación solicitada según lo establecido en este apartado. En caso afirmativo, considerará acorde la inaplicación. El acuerdo de la Comisión tendrá la eficacia de los acuerdos alcanzados en el periodo de consultas y sólo será recurrible conforme al Estatuto de los Trabajadores. - En caso de desacuerdo, la Comisión Paritaria podrá someter la discrepancia a arbitraje a cuyo efecto cada una de las dos partes integrantes de la Comisión Paritaria propondrá una relación de dos árbitros. De la lista resultante de cuatro árbitros, cada uno descartará por sucesivas votaciones, cuyo orden se decidirá por sorteo, el nombre del árbitro que tenga por conveniente hasta que quede uno solo. - Una vez designado el árbitro, se formalizará el encargo, trasladándole la solicitud y la documentación



y se señalará el plazo máximo en que debe ser dictado el laudo.- El árbitro podrá requerir la comparecencia de las partes o solicitar documentación complementaria. - El laudo, que será motivado, comprobará los datos aportados, tras cuyo análisis, resolverá en consecuencia. Se dictará, y se comunicará a los solicitantes, dentro del plazo máximo establecido de acuerdo con lo indicado en el artículo 82.3 del Estatuto de los Trabajadores.- El laudo arbitral será vinculante e inmediatamente ejecutivo".

TERCERO.- No todos los Centros tienen servicio de comedor, vigilancia de ruta escolar o actividades extraescolares.

CUARTO.- El incremento salarial previsto en el Convenio para el año 2018 fue del 0,75%. Para el año 2019 es del 2%, y para el 2020 del 2,25%. - Se han cumplido las previsiones legales».

QUINTO.- Contra dicha resolución se interpuso recurso de casación por la representación legal la Federación estatal de Enseñanzas de Comisiones Obreras, siendo admitido a trámite por esta Sala.

SEXTO.- Impugnado el recurso por la representación de la Federación de Enseñanza de USO (FEUSO), la Federación de Empleados de Servicios Públicos de UGT (FeSP-UGT) y la Federación de Sindicatos Independientes de Enseñanza (FSIE), se emitió informe por el Ministerio Fiscal en el sentido de considerar que el recurso debía ser desestimado, instruida la Excm. Sra. Magistrada Ponente se declararon conclusos los autos, señalándose para votación y fallo el día 3 de marzo de 2021, en que tuvo lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional (AN) ha dictado sentencia, el 11 de febrero de 2019, en el proceso de impugnación de convenio colectivo seguido bajo el número 299/2018, en la que, previa desestimación de la excepción de cosa juzgada, estima parcialmente la demanda, declarando la nulidad del artículo (art.) 17 del X Convenio colectivo nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado, exclusivamente en cuanto a la mención de la "vigilancia de ruta escolar y/o comedor", desestimando la demanda en el resto de sus pedimentos.

Frente a dicha resolución judicial se ha interpuesto por la parte actora, Federación de Enseñanza de Comisiones Obreras (CCOO), planteando como primer motivo del recurso, al amparo del art. 207 e) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) la infracción del art. 15.1 a) del Estatuto de los Trabajadores (ET).

Según la recurrente, la sentencia de instancia vulnera el citado precepto legal al desnaturalizar la modalidad contractual a la que se refiere dado que lo que caracteriza el contrato para obra o servicio determinado es la autonomía o sustantividad propia de las tareas, dentro de la actividad de la empresa, y que se traten de tareas de duración incierta, aunque limitadas en el tiempo, aceptándose con excepcionalidad que dichas actividades puedan integrarse en niveles de permanencia, en casos de encomienda concreta o concesiones administrativas, como en el caso de la sentencia de Tribunal Supremo (STS) de 20 de julio de 2017. Esto es, no es posible atender tareas permanentes o fijas discontinuas bajo la modalidad de obra o servicio determinado. Llevada esa doctrina al caso, la impugnación del convenio colectivo se realiza por incluirse actividades docentes que carecen de autonomía y sustantividad propia, no obedeciendo a actividad que tengan una duración incierta. Considera que la doctrina recogida en la STS de 27 de septiembre de 2016, en que se ampara la Sala de instancia, no puede ser aplicada al caso presente, al no estar aquí ante tareas a extinguir por causa legal. En definitiva, entiende que las tareas docentes, sean o no propias de los planes educativos oficiales, son actividades cuya duración es cierta y no tienen autonomía y sustantividad propia dentro del centro, con cita de las SSTS de 21 de abril de 2010, 20 de julio de 2017 y 29 de julio de 2018. Igualmente, se citan las SSTS de 15 de septiembre de 2009 y 27 de septiembre de 2016.

El Fiscal ante la Sala de lo Social de la AN, en respuesta a este motivo, considera que las SSTS que se invocan en el recurso afectan a supuestos en los que se conocen todos los elementos y características de la actividad contratada, siendo que en el presente caso, la estimación de lo pretendido por la parte actora llevaría a impedir que se acuda al contrato para obra o servicio determinado en actividades de nuevos planes o extraescolares, siendo acertada la decisión de la Sala de instancia.

La Confederación Española de Centros de Enseñanza (CECE) y la Asociación de Centros Autónomos de Enseñanza Privada (ACADE) han impugnado conjuntamente el recurso y en respuesta a lo planteado en el motivo de casación que nos ocupa, manifiesta que por la parte recurrente se pretende sustituir la interpretación que acertadamente ha alcanzado la sentencia recurrida por la suya propia, cuando se considera legal lo establecido en el convenio colectivo en orden a la figura del contrato para obra o servicio respecto de actividades no contempladas en los nuevos planes, en equiparación a los casos de asignaturas a extinguir. Lo mismo acontece con las actividades extraescolares en las que la nota de autonomía y sustantividad propia



es consustancial, siendo de ejecución limitada en el tiempo, tal y como acertadamente contempla el convenio colectivo.

La Federación de Enseñanza de USO (FEUSO), la Federación de Empleados de Servicios Públicos de UGT (FESP-UGT) y la Federación de Sindicatos Independientes de la Enseñanza (FSIE), también en escrito conjunto de impugnación, interesan la desestimación del motivo al considerar que las actividades no contempladas en los nuevos planes y las extraescolares no son de carácter permanente y son escindibles de las actividades docentes y lectivas. Así, las que no están en los nuevos planes, no se integran en los currículos básicos obligatorios que tanto a nivel estatal como autonómico se establecen, siendo su oferta una opción, y atienden a razones de oportunidad o presupuestarias. Y las extraescolares no son una enseñanza propia si no voluntaria y complementaria de la ordinaria, por todo lo cual, acierta la sentencia recurrida al encauzar la contratación de esas actividades por la vía del contrato para obra o servicio determinado que contempla el convenio colectivo.

El Ministerio Fiscal ha emitido informe en el que, entendiendo que procede la desestimación del recurso. Respecto de este motivo manifiesta que debe ser rechazado porque, por un lado, no puede prevalecer la interpretación que pretende la parte recurrente sobre la que alcanzó la Sala de instancia y menos cuando no se justifica que la realizada por ésta no haya respetado las reglas hermenéuticas del Código Civil.

El motivo debe ser estimado por las razones que seguidamente pasamos a exponer, previa referencia a la concreta normativa convencional y a lo que se ha argumentado en la sentencia recurrida en relación con lo que ahora se plantea.

Como ya recordara la STS de 21 de abril de 2010, rcud 2526/2009, que se invoca por la parte recurrente, y en lo que ahora interesa, son requisitos para la validez del contrato de obra o servicio determinado, del art. 15.1.a) ET que la obra o servicio que constituya su objeto presente autonomía y sustantividad propia dentro de lo que es la actividad laboral de la empresa y que su ejecución, aunque limitada en el tiempo, sea en principio de duración incierta, debiendo concurrir estas exigencias de forma conjunta para que la contratación temporal por obra o servicio determinado pueda considerarse ajustada a derecho. Criterio que fue recordado en las posteriores sentencias de esta Sala, como la que también invoca el recurso, STS de 20 de julio de 2017, rcud 3442/2015, en la que, por cierto, se validó la contratación temporal, al no atender el objeto del contrato a tareas comunes o propias del SPEE. Es más, la reciente sentencia de esta Sala, de 29 de diciembre de 2020, rcud 240/2018, recuerda aquella doctrina que se invoca por la parte recurrente, en orden a la exigencia de que los requisitos que precisa la contratación para obra o servicio determina concurren conjuntamente. Pero las sentencias que ahora se invocan, realmente, aunque refieren la exigencia de los requisitos derivados del propio régimen legal, no solo se está refiriendo a unas situaciones muy concretas sino que deben ser contextualizadas en el sentido de no obviar la actividad a la que se refiere, al ser elemento fundamental para poder solventar el debate. Y en ese sentido, no podemos dejar de referirnos a otras resoluciones de esta Sala, relativas a la actividad que aquí está afectada.

En efecto, en relación con la actividad de enseñanza, como ya recordara la STS de 26 de octubre de 1999, rcud 818/1999, la previsión del art. 15 del ET, en orden a que los convenios colectivos pueden identificar aquellos trabajos o tareas con sustantividad propia, dentro de la actividad normal de la empresa que puedan cubrirse con la modalidad temporal de contrato que en él se regula, no impide el control jurisdiccional de la adecuación de dicha regulación a las previsiones legales que constituyen derecho necesario indisponible por las partes. Curiosamente, en dicha resolución judicial se hace mención del sector de actividad que aquí nos ocupa, recordando en ella la previsión convencional que ahora es objeto de impugnación. Ya en esta sentencia se vino a calificar como inadecuada la contratación de obra o servicio determinado de profesores de enseñanza que atendían actividades cotidianas, normales y permanentes del centro (en aquel caso se impartían materias obligatorias y comunes). Criterio que se reiteró en otras posteriores, como la STS de 8 de noviembre de 2005, rcud 3779/2004 y 22 de febrero de 2007, rcud 4969/2004, relativa a un profesor de música contratado por un Ayuntamiento para prestar servicios en el Conservatorio Profesional de Música.

La STS de 30 de octubre de 2007, rcud 2585/2006 también relativo a un profesor de música que prestaba servicios en un conservatorio de la Fundación Cultural de un Ayuntamiento, si bien reconocía que aunque la música se integra en el ámbito cultural ello no implica que su actividad sea la de impartir clases de música de forma que, en ese caso, esta última actividad podría catalogarse de autónoma y con sustantividad propia. No obstante, se añade que en ese supuesto no concurren el elemento de duración limitada en el tiempo porque " Téngase en cuenta que difícilmente puede ponerse en relación la temporalidad del contrato con el número de matrículas existentes en cada curso escolar, pues se trata de un dato que no afecta la propia esencia o naturaleza de esa actividad, sino a la mera conveniencia o no de prestarla, lo cual podría justificar, en el caso de que no se lograsen matrículas suficientes, acudir a la extinción contractual que permite el art. 52-e del ET , pero difícilmente puede constituirse en razón determinante de que la actividad de que se trate, tenga "per se" carácter temporal".



En esa línea del elemento temporal, la sentencia de esta Sala que anteriormente hemos citado, de 29 de diciembre de 2020, nos dice que "La duración determinada del mismo está justificada por la particularidad de la obra o servicio, en la medida en que ésta pueda claramente definirse y delimitarse respecto del volumen ordinario o habitual y surgir, precisamente por ello, como un elemento destacado y no permanente respecto del ritmo de la actividad de la empresa. Nada de ello puede afirmarse cuando toda la actividad empresarial consiste, precisamente, en desarrollar servicios para terceros. Éstos, como tales, estarán sujetos a una determinada duración en atención al nexo contractual entablado con la empresa cliente, pero tal delimitación temporal en su ejecución no puede permear la duración de la relación laboral de la plantilla de la empresa si no se atienen a las notas estrictas del art15.1 a) ET". Es más, en ella se indica que " La Sala es consciente de que determinadas actividades empresariales están sujetas a flujos variables de demanda. Ahora bien, tales situaciones no pueden paliarse a través de una política de contratación que no se ajusta a la regla esencial de nuestro sistema de relaciones laborales, cual es la de indefinición del contrato de trabajo y la limitación de los supuestos de relaciones laborales de duración determinada. La previsión de variabilidad de las necesidades de la demanda y las decisiones sobre la dimensión de la plantilla pueden y deben ser atendidas a través de otros mecanismos que el legislador ha diseñado a tal efecto y que están al alcance de todos los empleadores; tanto en relación con una delimitación contractual respecto de las jornadas y tiempos de trabajo (tiempo parcial y sus varias posibilidades de distribución, fijo-discontinuo,...), como la adaptación de las condiciones de trabajo o, incluso, de las plantillas en supuestos de afectación en la actividad de la empresa (la Sala ha consagrado la posibilidad de acudir a las extinciones por causas objetivas derivadas de la pérdida de la contrata, así, por ejemplo, STS/4ª de 1 febrero 2017 -rcud. 1595/2015-)" (no ignoramos que este pronunciamiento se enmarca en el ámbito de las contrata pero da luz sobre el concepto de duración determinada que justifica la contratación para obra o servicio)

Partiendo de estas consideraciones jurisprudenciales, se hace necesario pasar a analizar si las actividades de impartir asignaturas no contempladas en nuevos planes y las actividades extraescolares permiten suscribir un contrato para obra servicio determinado con quién vaya a impartirlas.

El art. 2 del Convenio Colectivo define su ámbito funcional, describiendo las actividades que pueden impartirse en los centros de enseñanza privada, comprendiendo más de una enseñanza o nivel educativo, desde la educación infantil hasta el bachillerato y la formación profesional del sistema educativo.

El art. 15, en relación con la conversión automática a contrato indefinido, dispone que " Expirada la duración máxima legalmente establecida o realizada la obra y servicio objeto del contrato, si no hubiera denuncia y se continuara en la prestación laboral, el contrato se considerará prorrogado tácitamente por tiempo indefinido, salvo prueba en contrario que acredite la naturaleza temporal de la prestación", en consonancia con lo que recoge el art. 15.1ª) del ET.

Por su parte, el art. 17 del citado Convenio Colectivo, relativo al contrato para obra o servicio, tras expresar su objeto, en términos similares a los definidos en el art. 15.1 a) del ET, con amparo en lo que dispone el párrafo segundo de este apartado, identifica unas concretas tareas que pueden cubrirse bajo esa modalidad contractual, entre las que incluye: "asignaturas de Planes de Estudios a extinguir o no contempladas en los nuevos Planes", "asignaturas optativas y/o de libre configuración", "docencia en niveles que la empresa ha decidido su extinción y hasta el total cierre de los mismos", "docencia en niveles no obligatorios de duración anual como Programas de Cualificación Profesional Inicial, Programas de diversificación curricular, y otros de similares características" y "actividades extraescolares".

Del mismo modo, no debemos olvidar que el propio convenio colectivo pretende respetar las limitaciones a la contratación de duración determinada, al regular el nivel de plantilla fija de trabajadores docentes en su art. 24.

La Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho a la Educación, recuerda que la libertad de enseñanza es un concepto que, según expresa, abarca todo el conjunto de libertades y derechos en el terreno de la educación. Incluye, sin duda, la libertad de crear centros docentes y de dotarlos de un carácter o proyecto educativo propio, que se halla recogida y amparada en el Capítulo III del Título I.

En efecto, en su art. 15 , como disposiciones generales de los centros docentes, señala que " En la medida en que no constituya discriminación para ningún miembro de la comunidad educativa, y dentro de los límites fijados por las leyes, los centros tendrán autonomía para establecer materias optativas, adaptar los programas a las características del medio en que estén insertos, adoptar métodos de enseñanza y organizar actividades culturales escolares y extraescolares".

Igualmente, en el art. 23, dentro del Título I, dentro de Capítulo III, destinado a los centros privados, dispone que "La apertura y funcionamiento de los centros docentes privados que impartan enseñanzas, tanto de régimen general como de régimen especial, se someterán al principio de autorización administrativa. La autorización se concederá siempre que reúnan los requisitos mínimos que se establezcan de acuerdo con lo dispuesto en



el artículo 14 de esta ley. Estos centros gozarán de plenas facultades académicas. La autorización se revocará cuando los centros dejen de reunir estos requisitos".

Más específicamente, respecto de los centros privados no concertados, el art. 25 dice lo siguiente: "Dentro de las disposiciones de la presente Ley y normas que la desarrollan, los centros privados no concertados gozarán de autonomía para establecer su régimen interno, seleccionar su profesorado de acuerdo con la titulación exigida por la legislación vigente, elaborar el proyecto educativo, organizar la jornada en función de las necesidades sociales y educativas de sus alumnos y alumnas, ampliar el horario lectivo de áreas o materias, determinar el procedimiento de admisión del alumnado, establecer las normas de convivencia y definir su régimen económico"

En la misma línea, la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en su art. 114 y 115 se recoge la denominación y el carácter propio de los centros privados, introduciendo la reforma del art. 25 de la Ley Orgánica del Derecho a la Educación.

Dentro de esa condición que tienen los centros privados de enseñanza no concertada, y en lo relativo a las asignaturas no contempladas en los nuevos planes, partiendo de la anterior jurisprudencia no podemos mantener el criterio de la sentencia recurrida.

La sentencia recurrida, atendiendo a lo que esta Sala argumentó en la sentencia de 27 de septiembre de 2016, respecto de las asignaturas integradas en planes de estudios a extinguir, considera que su doctrina es trasladable al supuesto de asignaturas no contempladas en nuevos planes de estudios, al estar referidas a contenidos docentes no obligatorios, no estructurales, cuya duración incierta viene determinada en atención a la demanda y necesidades de los alumnos, formando parte de la decisión empresarial, dentro del poder organizativo del empleador, el ofertar o no dicho contenido docente.

Pues bien, no se cuestiona en este proceso la modalidad del contrato de obra o servicio para aquellas asignaturas de planes de estudios en proceso de extinción pero ello es lógico porque el supuesto no es asimilable al que aquí se está cuestionando, referido a asignaturas que no están en nuevos planes de estudios.

Así es, el concepto de duración determinada está claramente presente en aquellas asignaturas que están abocadas a su desaparición al estar inmersas en un proceso de extinción conocido y fijado por mandato normativo, consecuencia de haberse modificado el plan de estudios al que está vinculado. No sucede lo mismo con aquellas asignaturas que, aunque estén afectadas por la implementación de nuevos planes de estudios no se califican como asignaturas a extinguir y, por tanto, se mantienen de futuro por propia decisión del centro privado que, con plenas facultades académicas, goza de autonomía para configurar su proyecto educativo y adaptar los programas a las características del medio en que estén inserto y adoptar métodos de enseñanza y organizar actividades culturales escolares y extraescolares.

Es cierto que el poder de dirección del centro educativo, además de someterse al régimen legal educativo, puede configurar su proyecto de una determinada manera, impartiendo materias docentes o no docentes que considere de interés para sus alumnos, en atención a los fines educativos o ideario que inspire el centro, pero ello no significa que los medios humanos a los que acuda para atenderlas puedan someterse a normativa en materia de contratación que no se ajusten a las exigencias legales que les sean propias.

Desde luego que la naturaleza reglada de la asignatura es relevante para ver si una contratación para impartir la misma puede ser de naturaleza temporal, pero ello no significa que, en todo caso, las demás materias que no tengan o dejen de tener ese carácter deban ser atendidas necesariamente por un contrato para obra o servicio determinado y menos cuando estamos ante centros privados de enseñanza no concertada, cuya autonomía para atender sus fines, con respeto y sometimiento a la legislación educativa, es plena de forma que si un centro decide mantener una oferta de determinada enseñanza, por cierto en origen estructural y que debería estar atendida por personal fijo, no convierte a esa actividad en una actividad de duración incierta ya que la mera decisión del empleador de continuarla no determina el carácter temporal. Lo contrario dejaría a su voluntad la consecución del contrato, sin olvidar que, en todo caso, dicha contratación tiene marcado el propio límite temporal de tres años.

Es más, como ha venido recogiendo la doctrina antes referida, la temporalidad del contrato no puede venir determinada por el mayor o menor número de alumnos que vayan a recibir en cada curso escolar esa enseñanza pues se trata de un dato que no afecta la propia esencia o naturaleza de la actividad, sino a la mera conveniencia empresarial de prestarla, lo cual podría justificar, en el caso de que no se lograsen matrículas suficientes, acudir a la extinción contractual que permite el art. 52 e) del ET, pero difícilmente puede constituirse en razón determinante de que la actividad de que se trate, tenga "per se" carácter temporal.

Y lo mismo debemos concluir en relación con las actividades extraescolares que, para la sentencia recurrida, sirve el mismo argumento que dio para las asignaturas no contempladas en los nuevos planes de estudios.



Las actividades extraescolares que un centro educativo privado, que es el caso que nos ocupa, decida impartir, aunque no está incluida dentro de lo que es la programación reglada docente o del contenido esencial de la misma, no se configuran como actividad con autonomía y sustantividad propia en tanto que no deja de ser una enseñanza que se proporciona a los alumnos de forma voluntaria, sin límite temporal, no pudiendo venir determinado éste por el número de los matriculados ya que, como se ha dicho anteriormente, el número de asistentes a esas actividades extraescolares no afecta a la esencia de la actividad para la que se contrata al trabajador que va a llevarla a cabo.

Algo similar ocurre con los servicios complementarios que puede ofrecer el centro educativo, como los relativos al comedor o transporte escolar, cuya puesta en marcha es también decisión voluntaria empresarial que no es de duración limitada, tal y como aprecia la sentencia recurrida, al margen de la infraestructura que ello lleve aparejado ya que la inversión no es elemento que configure la temporalidad sino la actividad en sí misma que, en este caso, complementa el objeto empresarial que viene constituido por la educación en determinados niveles de la enseñanza.

Como bien refiere la parte recurrente, llegar a la conclusión alcanzada en la sentencia recurrida sería dejar la temporalidad del contrato en manos del empleador cuando, en el marco de la educación en el que se integra su actividad permanente, decide atender determinadas áreas de formación de sus alumnos acudiendo a contrataciones temporales cuando la actividad carece de tal condición.

Ello no significa que no se pueda acudir a la modalidad contractual para obra o servicio determinado del art. 15.3 del ET en ningún caso, sino que los términos en los que el convenio colectivo identifica las actividades que aquí se están cuestionando son tan generales que no hay atisbo en las descritas de la naturaleza temporal que justifique aquella modalidad contractual.

SEGUNDO.- El siguiente motivo del recurso, con igual amparo procesal, denuncian la infracción de los arts. 41.4, 82.3 y 85.1 del ET, en relación con el art. 37.1 de la CE y de la doctrina constitucional recogida en las SSTC 112/2017 y 119/2014.

Según la recurrente, en relación con el art. 73 del Convenio Colectivo que también es objeto de la demanda, las previsiones de sus párrafos segundo y tercero constituyen un supuesto causal -bajada en los niveles de matriculación- para inaplicar las subidas salariales, alterando las vías negociadoras en ámbitos empresariales, con elusión de periodos de consultas, cuando los supuestos de inaplicación del convenio debe ser excepcionales y amparados en el marco de la negociación. Además, sigue diciendo el motivo, la norma legal no habilita a la negociación colectiva para modificar el proceso del art. 82.3 del ET. En definitiva, se está imponiendo una nueva causa organizativa que se escapa del control legalmente establecido.

La Confederación Española de Centros de Enseñanza (CECE) y la Asociación de Centros Autónomos de Enseñanza Privada (ACADE) se oponen al motivo considerando que lo recogido en el art. 73 tiene amparo en el art. 85.1 del ET, que faculta a la Comisión negociadora del convenio a regular las materias que le son propias y, en concreto, los procedimientos para resolver discrepancias con motivo de los procedimientos de consulta, como los previstos en el art. 41 del ET. Además, no comparte el automatismo que se invoca en el recurso ya que el desacuerdo en el periodo de consultas lo que facultad es acudir a la Comisión Paritaria del Convenio para resolver la discrepancia, con todas las garantías de audiencia y contradicción. Sigue diciendo que en aquel precepto no se está introduciendo una nueva causa sino una presunción de la existencia de la causa productiva que solo debe limitarse en su alcance salarial a los incrementos del año en cuestión.

La Federación de Enseñanza de USO (FEUSO), la Federación de empleados de Servicios Públicos de UGT (FESP-UGT) y la Federación de Sindicatos Independientes de la Enseñanza (FSIE), se oponen al motivo por similares razones, si bien destacan que en la pretensión de la demanda, respecto del referido art. 73, no se impugna el resto de su contenido, en el que se recoge el prolijo y garantista procedimiento aplicativo de la cláusula de descuelgue salarial lo que dista de poder ser calificado como mecanismo automático de aplicación de aquel efecto. Además, considera que las previsiones del art. 73 del convenio en orden a la causa productiva, se atiene al mandato del art. 82.3 del ET, al referirse a las causas productivas, debiendo calificarse como tal los cambios en los servicios que se pretende colocar en el mercado, que en este caso serían las plazas escolares que oferta el centro escolar.

El Fiscal ante la AN se opone al motivo remitiéndose, esencialmente, al contenido de la sentencia recurrida, discrepando de las conclusiones alcanzadas en el recurso porque no se está estableciendo ninguna causa organizativa al margen de los sujetos colectivos dado que se somete a la negociación en el periodo de consultas.

El Ministerio Fiscal, en su informe, manifiesta que la merma de matrícula sin duda es causa productiva de las previstas en el art. 41 del ET que se prevé un periodo de consultas, pudiendo someterse el desacuerdo a la



Comisión Paritaria y, en su caso, a un arbitraje, sin que se hayan desvirtuado en el motivo las razones dadas por la Sala de instancia al respecto.

El Convenio Colectivo, en el Capítulo III del Título V, vigente al momento de presentarse la demanda, bajo la rúbrica "cláusula de descuelgue para los centros deficitarios", recoge el art. 73, titulado "sobre inaplicación salarial por descenso del alumnado", que se desarrolla en ocho párrafos, siendo objeto de la sentencia recurrida, en atención a la pretensión articulada en demanda, los párrafos segundo y tercero.

El contenido del párrafo primero permite que los centros educativos no abonen las subidas salariales de la tablas de 2018, que afecten al curso escolar 2015/2016 y 2017/2018, aplicando en su caso la retribución del año anterior, cuando se acredite ante los representantes legales de los trabajadores o previa información a su trabajadores, una pérdida de matrícula en determinados porcentajes en aquellos cursos escolares. Este párrafo no ha sido objeto de la demanda.

El párrafo segundo, en relación con los dos siguientes cursos escolares, se dice que los centros escolares podrán no aplicar la subida salarial de los años 2019 y 2020 cuando acrediten una determinada pérdida de alumnos, de acuerdos con los criterios y procedimientos establecidos en dicho preceptos.

El párrafo tercero y siguientes imponen un procedimiento. Así, en el párrafo tercero se obliga al centro escolar afectado a comunicar a los representantes legales de los trabajadores, en un determinado plazo, su intención de acogerse a la inaplicación de la subida salarial, con la necesidad de aportar los datos del alumnado matriculado, según documento oficial (según el párrafo cuarto), y enviar a la Comisión Paritaria dichos documentos (según el párrafo quinto), permitiendo que pueda subsanar cualquier defecto en el cumplimiento de lo que se estipula (según el párrafo sexto), tras lo cual la Comisión Paritaria se reunirá a tal efecto para comprobar la situación (así lo dispone el párrafo séptimo) y podrá considerar acorde la inaplicación solicitada (según el párrafo octavo).

A la vista de este contenido, la sentencia recurrida ha rechazado lo pedido en demanda porque no considera que tal mecanismo sea una alternativa al art. 82.3 del ET ni que se puede considerar que opera de forma automática. Y ello porque es un mecanismo con un procedimiento acordado, en el que hay un periodo de consultas que, de no existir acuerdo, remite a la Comisión Paritaria.

Lo primero que debemos aclarar es que ese precepto ha sido objeto de modificación por Acuerdo alcanzado entre los mismos negociadores, el 11 de diciembre de 2018, siendo publicada por resolución de 8 de enero de 2019, de la Dirección General de Trabajo (BOE 24 de enero de 2019). Esto es, después de plantearse la demanda.

Esta corrección del art. 73 ha supuesto un cambio en el contenido del precepto que se impugna. Ese contenido ahora se distribuye en la forma que figura en el relato fáctico lo que significa que existe un primer apartado, novedoso y ajeno al presente debate, y otro apartado con quince párrafos (con un desarrollo más exhaustivo, describiéndose un procedimiento con alusión expresa a periodos de consulta y sometimiento de las discrepancias a la Comisión Paritaria, con posibilidad de audiencia a la otra parte, y decisión de la Comisión Paritaria, con los efectos que allí se establecen o, en caso de desacuerdo, poder someterse a arbitraje).

En la sentencia recurrida se recogía que la parte actora impugnaba los párrafos 2º y 3º del artículo 73 sin expresar si son del precepto vigente al momento de presentarse la demanda o el que quedó finalmente configurado. El caso es que nada de esto se aclara en la sentencia de instancia a la hora de poder valorar, incluso, la carencia sobrevenida de objeto si el centro de atención de la ilegalidad se ubicaba en que el mecanismo de inaplicación de la subida salarial era meramente automático, sin atender, por tanto, al más preciso y de intervención de las partes y otros órganos que se introdujo, tras presentarse la demanda por el Acuerdo antes referido, que desvanecería la automaticidad que se invoca por falta de procedimientos de negociación.

En todo caso, no sería posible atender a lo pretendido por la parte recurrente porque, el análisis que ha realizado la sentencia recurrida, con base en la vigente redacción del art. 73, en la que se mantienen los párrafos 2º y 3º que contenía el citado precepto antes de la modificación, es ajustada a derecho y no incurre en ilegalidad.

En efecto, no se está ampliando las causas objetivas que pueden incidir en las condiciones de trabajo ni se está eludiendo o modificando el procedimiento del art. 82.3 del ET. Tan solo se ha identificado por las partes negociadoras una situación que se entiende comprendida dentro del concepto de causa productiva, como es la pérdida de negocio. El art. 82.3 del ET define la causa productiva "cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado" y eso es lo que han identificado las partes negociadoras del convenio a la hora de fijar el nivel de pérdida de negocio. Junto a ello, la necesidad de un periodo de consultas y, en caso de desacuerdo, acudir a la comisión del convenio colectivo, son previsiones que se han recogido en el precepto convencional impugnado.



Por tanto, no se está eludiendo de ninguna manera la negociación efectiva y de buena fe ni se está ante un mero paso formal, porque los periodos de consulta no se dibujan como mero trámite cuando cualquiera de las partes puede llevar a esa negociación sus pretensión y, en caso de no alcanzar acuerdo, someter las discrepancias a la decisión de la Comisión Paritaria, con la petición que deseen, e incluso, ante la imposibilidad de acuerdo ante dicha Comisión, ésta podrá llevarlo al arbitraje. Sin olvidar que todo ello lo es solo para inaplicar la subida salarial en el año de referencia y no otras efectos más gravosos o perversos.

En consecuencia, no cabe estimar este motivo al ajustarse la sentencia recurrida a los mandatos de los preceptos que se invocan en el recurso.

TERCERO.- En atención a lo expuesto, oído el Ministerio Fiscal, procede estimar parcialmente el recurso y, con revocación parcial de la sentencia recurrida, estimar parcialmente la demanda en el sentido de declarar la nulidad del artículo 17 del X Convenio Colectivo Nacional de Centros de Enseñanza Privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado a subvencionado en cuanto a la mención de impartir asignaturas "no contempladas en los nuevos Planes", "impartir actividades extraescolares" y "vigilancia de ruta escolar y/o comedor", confirmando la desestimación de la demanda en el resto de sus pretensiones.

Conforme dispone el art. 166 .3 de la LRJS, no habiéndose acordado nada al respecto en la sentencia recurrida y siendo que la misma ha sido casada en parte, procede publicar la presente sentencia en el Boletín Oficial del Estado.

Todo ello sin imposición de costas, a tenor del art. 235 de la citada ley procesal.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta Sala ha decidido :

- 1.- Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por el letrado D. Ángel Martín Aguado, en nombre y representación de la Federación de Enseñanza de Comisiones Obreras.
- 2.- Casar parcialmente la sentencia recurrida, dictada el 11 de febrero de 2019 por la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, en el proceso de impugnación de convenio colectivo, seguido bajo el número 299/2018, y, en consecuencia, con estimación parcial de la demanda, se declara la nulidad del artículo 17 del X Convenio Colectivo Nacional de Centros de Enseñanza Privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado a subvencionado en cuanto a la mención que en él se hace de impartir asignaturas "no contempladas en los nuevos Planes", "impartir actividades extraescolares" y "vigilancia de ruta escolar y/o comedor", con desestimación de la demanda en el resto de sus pretensiones que ha realizado la sentencia recurrida.
- 3.- Publíquese esta resolución en el Boletín Oficial del Estado.
- 4.- Sin imposición de costas.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.