

AUDIENCIA NACIONAL

Sala de lo Social

Letrada de la Administración de Justicia
D^a MARTA JAUREGUIZAR SERRANO

SENTENCIA N^o19/2023

Fecha de Juicio: 14/2/2023

Fecha Sentencia: 21/2/2023

Tipo y núm. Procedimiento: IMPUGNACION DE CONVENIOS 359/2022

Ponente: ANA SANCHO ARANZASTI

Demandante/s: ASOCIACION DE CENTROS INDEPENDIENTES Y FAMILIARES DE LA ENSEÑANZA (ACIFE)

Demandado/s: ACADE, CECE, USO, CCOO, FSIE, UGT SERVICIOS PUBLICOS, CIG

MINISTERIO FISCAL

Resolución de la Sentencia: DESESTIMA

Breve Resumen de la Sentencia: *Se desestima la demanda interpuesta por ACIFE impugnando el art. 17 bis del XI Convenio Colectivo Nacional de Centros de Enseñanza Privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado ni subvencionado, que no permite utilizar la modalidad de contrato fijo discontinuo para docentes del Grupo I que imparten actividades curriculares. La Sala, en contra del criterio de la asociación demandante, entiende que no concurre una vulneración del principio de jerarquía normativa (art. 16 ET-Convenio Colectivo) sino que lo que colisiona es la libertad de empresa y de contratación, que se limita sólo para un supuesto muy concreto: los docentes que imparten actividad curricular. La redacción del art. 17 bis es acorde a la finalidad de la nueva regulación del art. 16 ET por el RD Ley 32/2021, de 28 de diciembre y a la jurisprudencia constitucional que se cita. Y a mayor abundamiento, la actividad de dichos docentes no se corresponde con una actividad estacional como pretende la demandante, pues aquélla no termina en el mes de junio y se inicia de nuevo en septiembre, como ocurre con la actividad del alumnado. Se cita jurisprudencia del TS al respecto y se impone multa por temeridad, al pretender la demandante que el tribunal convalide un evidente fraude de ley, anteponiendo los intereses económicos de los centros a los derechos laborales y salariales del personal afectado.*



AUD.NACIONAL SALA DE LO SOCIAL

-
GOYA 14 (MADRID)
Tfno: 914007258
Correo electrónico:
Equipo/usuario: MAD
NIG: 28079 24 4 2022 0000368
Modelo: ANS105 SENTENCIA

IMC IMPUGNACION DE CONVENIOS 0000359 /2022

Procedimiento de origen: /
Sobre: IMPUG.CONVENIOS

Ponente Ilma. Sra.: ANA SANCHO ARANZASTI

SENTENCIA 19/2023

ILMO. SR.PRESIDENTE:

D. JOSE PABLO ARAMENDI SANCHEZ

ILMOS/AS. SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS :

D. RAMÓN GALLO LLANOS
D^a ANA SANCHO ARANZASTI

En MADRID, a veintiuno de febrero de dos mil veintitrés.

La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional compuesta por los Sres./as. Magistrados/as citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

Han dictado la siguiente

SENTENCIA

En el procedimiento IMPUGNACION DE CONVENIOS 359 /2022 seguido por demanda de la ASOCIACION DE CENTROS INDEPENDIENTES Y FAMILIARES DE LA ENSEÑANZA (ACIFE) (Letrado D. José Manuel Gómez Cobo) contra ACADE (Letrada D^a M.^a Jesús García Alonso), CECE (Letrada D^a Basilia Cuellar Gragera), USO (Letrado D. Carlos Quirós Bohórquez), CCOO (Letrado D. Pablo Cervera Pitarch), FSIE (Letrada D^a Ana María Grijalbo de Cabo), UGT SERVICIOS PUBLICOS (Letrada D^a Patricia Gómez Gil), CIG (Letrada D^a Marta Carretero Martín), con la intervención del MINISTERIO FISCAL sobre IMPUG.CONVENIOS. Ha sido Ponente la Ilma. Sra. Dña. ANA SANCHO ARANZASTI.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El 16-11-2022 fue interpuesta demanda por la representación letrada de la Asociación de Centros Independientes y Familiares de la Enseñanza (ACIFE) frente a ACADE, CECE, USO, CC.OO, FSIE, UGT SERVICIOS PÚBLICOS Y CIG, con intervención del Ministerio Fiscal, en materia de impugnación del Convenio Colectivo Nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado en la que, con base en los hechos y fundamentos de derecho que en la misma se exponían suplicaba se dictase sentencia declarando la nulidad del art. 17 bis del citado convenio.

SEGUNDO.- Admitida a trámite la demanda por Decreto de 17-11-2022, las partes fueron citadas a los actos de conciliación y juicio, a celebrar el día 7-2-2023. Comparecidas las mismas ante este tribunal y no alcanzándose acuerdo en conciliación, pasaron cada una de ellas a exponer sus posiciones en el siguiente sentido:

1.- ACIFE ratificó la demanda argumentando que el acuerdo que se firmó por los negociadores del convenio, incluyendo el art. 17 bis, es lesivo para las empresas del sector porque hasta ahora, la mayoría de las contrataciones se hacían con contrato a tiempo parcial, distribuyendo la jornada. En la jornada anual, cuando termina el curso escolar, empiezan las vacaciones y no se realizan actividades en verano. Como el curso termina y son docentes y no se imparte actividad, el contrato fijo discontinuo se ajusta a su relación laboral, conforme al art. 16 ET. En este caso, se suprime la posibilidad de contratación de fijos discontinuos reconocida en el art. 16 ET por una negociación posterior y una norma inferior no puede ir en contra de una norma superior. El convenio no puede prohibir la contratación de fijos discontinuos por aplicación del principio de jerarquía normativa.

Concluyó que todo ello hace que lo acordado sea lesivo para los miembros de la asociación y también en contra del principio de jerarquía normativo. Ratificó que el convenio se impugna tanto por ilegalidad como por lesividad: por ir en contra del ET y por lesividad porque les perjudica. Añadió que la asociación no ha negociado la inclusión en el convenio del art. 17 bis, porque se constituyó con posterioridad y que es cierto que las empresas demandantes forman parte de ACADE, que sí fue firmante el acuerdo.

2.- ACADE se opuso a la demanda alegando que la actividad del personal docente es la relativa a la actividad curricular, siendo que la doctrina del Tribunal Supremo no sujeto a actividad escolar, no se amolda a requisitos del art. 16 ET. Inspección de trabajo también lo ha dicho. Inadecuación de los fijos discontinuos a la contratación de dichos docentes. A su juicio, no existe del principio de jerarquía normativa del art. 37 CE ni título III del ET. La actividad curricular no cumple requisitos del art. 16. No se prohíbe la contratación de fijos discontinuos, sino solo respecto a los que ejecutan actividad curricular.

3.- CECE se opuso a la demanda. Argumentó que: el sector de la enseñanza, aunque sea privada, es un sector “reglado” y sometido al principio de autorización, que avala el cumplimiento de los requisitos para impartir las enseñanzas. En cuanto a la regulación de la jornada, la administración prevé el calendario escolar para el alumno, no para el personal. El contrato del personal es de un año y con el acuerdo se ha excluido a los docentes que imparten materia curricular pero no a otras materias como extraescolares o refuerzo. Esa actividad curricular está integrada por parte lectiva y no lectiva complementaria (preparación clases, atención tutorías, corrección de exámenes). La opción de los negociadores al prever

la excepción, mejora y protege a los trabajadores y a las empresas. No se quiebra el principio de jerarquía normativa. La autonomía del centro está dentro de los límites de la ley.

4.- USO: Se opuso a la demanda y alegó la excepción de falta de legitimación activa de la demandante, pues los colegios que integran la asociación están integrados en ACADE, que ha integrado la negociación y firmado el acuerdo. En cuanto a los hechos de la demanda:

H1º.- Contrario a la doctrina de los actos propios.

H2º.- El demandante pretende accionar: el cc se firma en diciembre de 2021, luego reforma laboral, y en febrero, se requiere la revisión del capítulo de contratos. Se convoca la mesa negociadora y se realiza la revisión de los contratos de los docentes de enseñanza curricular. Arts. 40 y 42 del convenio: un mes de vacaciones. En el otro mes, actividades propias de los centros de enseñanza. Si no hay actividades, como se sostiene por la parte actora, tendrían dos semanas adicionales de vacaciones. STS 3-6-1994: trabajo fijo discontinuo de los docentes. Fraude de ley en el contrato de los docentes si se acude al contrato fijo discontinuo.

H4º.- No vulneración del principio de jerarquía, el art. 85 remite a la negociación colectiva. No hay retroactividad de norma más favorable: no es disposición sancionadora y la reforma laboral precisamente pretendió evitar los abusos.

H6º.- Las patronales no son competentes, cuando las que han negociado no lo han impugnado.

5.- CCOO: Se adhiere a la excepción. El acuerdo fue tratado de forma individualizada dentro del convenio colectivo, siendo concedora ACADE de lo negociado. Añadió que no hay lesividad, no son partes terceras, forman parte del propio conflicto. Se adhiere a manifestaciones anteriores.

6.- UGT: Se opuso a la demanda. Añadió que hay falta de legitimación activa en caso de mantenerse la impugnación del convenio por lesividad, pues la Asociación demandante se encuentra dentro del ámbito de aplicación del convenio que ahora se impugna.

En cuanto a la ilegalidad: no concurre. Los docentes curriculares no cumplen los requisitos del contrato fijo discontinuo. Lo contrario, sería fraude de ley.

7.- FSIE: Se opuso a la demanda y se adhirió a todas las contestaciones.

8.- CIG: Se adhirió a la demanda.

Contestadas las excepciones procesales por ACIFE, instando su desestimación, fue propuesta prueba, que se circunscribió a la documental aportada en autos, reconociendo la actora la prueba documental presentada de adverso y las demandadas únicamente los documentos oficiales, formulando las partes sus conclusiones, en el mismo sentido que sus alegaciones previas.

Conferida la palabra al Ministerio Fiscal, solicitó:

1.- Estimar la falta de legitimación activa para impugnar el convenio por lesividad al no ostentar la demandante la condición de "terceros perjudicados".

2.- Desestimar la falta de legitimación activa en cuanto a la impugnación del convenio por ilegalidad.

3.- Y en cuanto al fondo, instó la desestimación de la demanda, argumentando que la cuestión debatida no versa sobre jerarquía normativa sino si existe una limitación a la libertad de contratación y si está justificada. El MF entendió que concurre una limitación a la libertad empresarial en cuanto a los modos de contratación, pero está sometida a los límites de rango constitucional. Esta limitación se realiza a través de la negociación colectiva, y en el caso examinado, responde a una finalidad legítima que es garantizar el derecho a un trabajo de calidad, evitando los fraudes que se han venido dando antes de la revisión del fijo discontinuo. La medida además es idónea para alcanzar el fin: evitar el fraude, y es necesaria, evitando la aplicación de medidas más restrictivas.

Dicho lo anterior, los autos quedaron conclusos para dictar sentencia.

TERCERO.- En la tramitación del procedimiento se han cumplido todas las previsiones legales.

Quedan acreditados y así se declaran los siguientes

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- Por Resolución de 27-10-2022 del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales se anunció la constitución de la Asociación de Centros Independientes y Familiares de la Enseñanza (ACIFE), demandante en el presente procedimiento, de la que forman parte: Almuñecar International School S.L, Licemar Educación S.L, Sunny View School S.L, CDP Atalaya Enseñanza S.L, Arruzafa Educación SAL, Espacios Montessori S.L, Centro Educativo Los Rosales S.L, Colegio Los Molineros S.A y Centro Educativo Agave S.L.

Descriptor 2.

SEGUNDO.- El 30-12-2021 fue publicado en el BOE el Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, cuyo artículo primero, modificaba entre otros, el art. 16 del Texto Refundido de la ley del Estatuto de los Trabajadores (RDLegvo 2/2015, de 23 de octubre) regulador del contrato fijo discontinuo.

TERCERO.- El 12-04-2022 fue publicada en el BOE Resolución de 28-03-2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el XI Convenio Colectivo Nacional de Centros de Enseñanza Privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado ni subvencionado, suscrito el 17-12-2021 de un lado por ACADE Y CECE y de otro, por USO, CC.OO, FSIE Y UGT SERVICIOS PÚBLICOS.

Descriptor 3.

CUARTO.- El 10-06-2022 tuvo lugar reunión de la mesa negociadora del XI convenio colectivo nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado, compareciendo por la parte empresaria ACACE y CECE y por la representación de los trabajadores USO, CC.OO, FSIE, UGT Servicios Públicos y CIG, levantándose acta que obra al descriptor en el que consta lo siguiente:

“En Madrid, a 10 de junio de 2022, se reúnen en la sede de ACADE los reseñados al margen en representación de sus respectivas organizaciones con el objeto de proceder a la adaptación del XI convenio Colectivo Nacional de Centros de Enseñanza Privada de

régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado a los cambios introducidos por la reforma laboral -Real Decreto Ley 32/2021 de 28 de diciembre-, así como proceder a regular el registro diario de la jornada.

Tras analizar patronal y sindicatos los cambios que la reforma laboral ha introducido en el Estatuto de los Trabajadores, especialmente en materia de contratación, se consensua un texto con las modificaciones necesarias para la adaptación del Convenio Colectivo a los nuevos criterios y requisitos que el Real Decreto Ley 32/2021 de 28 de diciembre ha introducido al respecto.

Además, también se aprueba introducir un anexo al texto del Convenio que contempla la regulación del registro diario de la jornada, de acuerdo con el texto que adjuntamos. Los acuerdos alcanzados en la presente reunión son suscritos por las patronales y sindicatos componentes de la mesa negociadora, a excepción del sindicato CIG”.

QUINTO.- Consecuencia del acuerdo anterior, se introdujo en el convenio colectivo el art. 17 bis, incluyendo un párrafo tercero que dice lo siguiente: “*No obstante, no se podrá contratar bajo esta modalidad a personal del Grupo I, personal docente, para impartir actividades curriculares”.*

La redacción del citado precepto, junto con el resto de variaciones del convenio, que se dan por reproducidas en su integridad, fueron publicadas en el BOE en fecha 11 de agosto de 2022, a través de la Resolución de 28-7-2022 de la Dirección General de Trabajo por la que se registra y publica la modificación del XI Convenio colectivo nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado.

Descriptores 4 y 5.

SEXTO.- La Asociación de Centros Independientes y Familiares de Enseñanza dirigió comunicación a la Dirección General de Trabajo y Economía Social por la que solicitaba se procediera a iniciar la tramitación de oficio de la impugnación del convenio ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional, ante la nueva regulación del contrato fijo discontinuo. No consta contestación de la citada Dirección General a la solicitud antedicha.

Descriptor 6.

SÉPTIMO.- Los centros docentes que forman parte de ACIFE, están integrados en la asociación ACADE.

Hecho no controvertido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sala de lo Social de la Audiencia Nacional es competente para conocer del presente proceso de conformidad con lo dispuesto en los artículos 9, 5 y 67 de la Ley Orgánica 6/85, de 1 de julio, del Poder Judicial, en relación con lo establecido en los artículos 8.1 y 2 h) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

SEGUNDO.- De conformidad con lo dispuesto en el art. 97.2 LRJS, los hechos declarados probados se sustentan en cada una de las pruebas documentales que se hacen constar en

los ordinales que conforman el relato fáctico, con expresión concreta de su situación en autos.

TERCERO.- La cuestión que plantea a este tribunal la asociación demandante ACIFE pasa por analizar la impugnación, tanto por ilegalidad como por lesividad, del XI Convenio colectivo nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado, y en concreto de su artículo 17 bis regulador del contrato fijo discontinuo. En concreto, se muestra disconforme dicha asociación con el párrafo introducido en la nueva regulación, que fue consensuada por ACADE Y CECE y de otro, por USO, CC.OO, FSIE Y UGT SERVICIOS PÚBLICOS, y en el que expresamente se dispone lo siguiente: *“No obstante, no se podrá contratar bajo esta modalidad a personal del Grupo I, personal docente, para impartir actividades curriculares”*. El objeto de debate es eminentemente jurídico, pues no ha existido controversia en relación al relato fáctico, si bien, antes de abordar el fondo del asunto, debemos pronunciarnos sobre las excepciones procesales opuestas en el acto de juicio, y que son las siguientes:

1.- Falta de legitimación activa de ACIFE, pues los centros docentes que conforman dicha asociación son partes integrantes de la asociación ACADE, que fue firmante del acuerdo que motivó la nueva redacción del art. 17 bis del convenio, que ahora se impugna.

2.- Falta de legitimación activa de ACIFE para impugnar el convenio por lesividad, pues no es tercero perjudicado, sino que son parte del propio conflicto, al resultarles de aplicación la norma convencional que ahora impugnan.

Para la resolución de ambas excepciones, debe partirse de la doctrina ya consolidada atinente a los presupuestos necesarios para impugnar un convenio colectivo por ilegalidad y por lesividad, reflejados en STS de 6-4-2022, rco. 119/2020 (ROJ: STS 1430/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1430), en la que el Alto Tribunal, realiza las siguientes consideraciones:

“2.- El artículo 165.1 a) LRJS confiere legitimación para impugnar un convenio por ilegalidad, entre otros sujetos, a las asociaciones empresariales interesadas. Tal expresión alude a que “tengan una relación directa con el objeto del conflicto” (STC 70/1982). Nuestra jurisprudencia ha reiterado (Por todas: STS de 27 de septiembre de 2016, Rec. 203/2015) que para constatar la existencia de dicha relación directa, esto es, para obtener la condición de interesado resulta necesario que la demandante ostente un interés legítimo en el pleito o, lo que es lo mismo, que el órgano de representación colectivo se vea afectado por el convenio que se trata de impugnar, al existir representados que se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación del convenio cuestionado (SSTS de 14 de abril de 2000, Rec. 982/1999, de 20 de marzo de 2007, Rec. 30/2006 y de 11 de noviembre de 2009, Rec. 38/2008). Existe, por tanto, una reserva de legitimación a los sujetos colectivos que fue tempranamente avalada por el Tribunal Constitucional que consideró que tal legitimación restringida es acorde con la CE y no vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva por cuanto que esta reserva no cierra la posibilidad de que los sujetos individuales (trabajadores o empresarios) acudan al procedimiento ordinario o al proceso de conflicto colectivo para conseguir del órgano judicial la inaplicación de la cláusula del convenio que se considere ilegal, si bien no se podrá declarar en la sentencia la nulidad erga omnes del convenio en estos casos (SSTC 4/1987; 47/1988 y 145/1991, entre otras). Y es que la lista del precepto legal (artículo 165.1.a LRJS) es cerrada, hasta el punto de que ningún otro sujeto, aunque acreditara interés en ello, podría promover este tipo de procesos”

Y en cuanto a la impugnación del convenio por lesividad, tras reproducir la redacción del apartado b) del art. 165.1 LRJS apunta lo siguiente:

“En efecto, como ha recordado la STS de 23 de enero de 2020, Rec. 157/2018, la jurisprudencia de esta Sala (STS de 15 de marzo de 1993, R. 1730/1991), ha precisado que la impugnación del convenio por lesividad requiere, para su viabilidad, la existencia de un daño con tal origen, no potencial o hipotético, sino verdadero y real, de entidad grave, no necesariamente causado con "animus nocendi", que afectare a un interés de aquel, jurídicamente protegido, o que se le hubiera producido por quienes negociaron el convenio, usando abusivamente de sus derechos o contraviniendo de otro modo el ordenamiento jurídico, para lo cual procederá determinar si el interés así lesionado se halla o no jurídicamente protegido o si la lesión causada deriva de un acuerdo que excede de lo permitido por el ordenamiento jurídico. - En la misma dirección, la STS de 6 de junio de 2001, R. 4769/2000, ha identificado como requisito constitutivo para la nulidad del convenio por lesividad que el tercero acredite la concurrencia de lesión grave e ilegítima en el contenido del convenio impugnado. Y, más recientemente, la STS de 31 de marzo de 2022, Rec. 59/2020, confirmó la legitimación por lesividad ya admitida en la instancia. De ello se deduce que resulta necesario que, para poder acreditar la concurrencia de la lesión, a la asociación en cuestión debe reconocérsele la condición de parte legitimada, siempre que acredite ser tercero y que las circunstancias que alegue ofrezcan un prudente grado de verosimilitud y su eventual derecho aparezca mínimamente fundado”.

Atendiendo a la doctrina expuesta, debe desestimarse la falta de legitimación activa para impugnar el convenio por ilegalidad, pues con independencia de que los centros integrantes de la asociación demandante lo fueran en su momento de la asociación ACADE, firmante del acuerdo, nada impide a aquéllos impugnar la nueva redacción del art. 17 bis del convenio colectivo que les resulta aplicable de forma directa, si lo estiman contrario a la legalidad vigente, máxime cuando ACIFE no se hallaba constituida al momento de firmarse el acuerdo del que partió la redacción del precepto y entiendan los centros afectados que pueda resultar lesivo a sus intereses, por conculcar los principios y normas que constituyen la base de su reclamación.

Sí debe estimarse por el contrario la excepción de falta de legitimación activa de la asociación demandante para impugnar el convenio por lesividad, pues su condición de afectado de forma directa por la aplicación de la norma convencional, excluye su condición de tercero perjudicado que exige el ejercicio de la acción por el trámite de lesividad, no entrando a conocer este tribunal de la pretensión ejercitada en dichos términos.

CUARTO.- Centrándonos ya en el fondo del asunto, impugna la asociación ACIFE el XI Convenio colectivo nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado, en lo que respecta a la redacción que del art. 17 bis (contrato fijo discontinuo) se publicó en el BOE de fecha 11 de agosto de 2022.

No son hechos controvertidos que:

1.- El 30-12-2021 fue publicado en el BOE el Real Decreto Ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, cuyo artículo primero, modificaba entre otros, el art. 16 del Texto Refundido de la ley del Estatuto de los Trabajadores (RDLegvo 2/2015, de 23 de octubre) regulador del contrato fijo discontinuo (ordinal segundo)

2.- El 12-04-2022 fue publicada en el BOE Resolución de 28-03-2022, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el XI Convenio Colectivo Nacional de Centros de Enseñanza Privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado ni subvencionado, suscrito el 17-12-2021 de un lado por ACADE Y CECE y de otro, por USO, CC.OO, FSIE Y UGT SERVICIOS PÚBLICOS (ordinal tercero).

3.- Que ante la entrada en vigor de la citada reforma laboral, ACACE y CECE por la parte empresarial y por la representación de los trabajadores USO, CC.OO, FSIE, UGT Servicios Públicos y CIG, llevaron a cabo reunión el 10-6-2022 al objeto de adecuar el texto convencional a la citada reforma. De dicho acuerdo, partió la nueva redacción del art. 17 bis del convenio, ahora impugnado, que dice lo siguiente:

“Artículo 17 bis.–Contrato fijo-discontinuo.

Se podrá contratar bajo esta modalidad para la realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada, o para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados.

Se podrá concertar bajo esta modalidad contractual tanto a tiempo completo como a tiempo parcial.

No obstante, no se podrá contratar bajo esta modalidad a personal del Grupo I, personal docente, para impartir actividades curriculares.

Se podrá concertar bajo esta modalidad contractual para el desarrollo de actividades que tengan la naturaleza descrita en el apartado primero de este artículo, con la excepción establecida en el párrafo tercero, que tengan un plazo mínimo de interrupción en el llamamiento de dos meses.

Cuando los trabajos que justifiquen la contratación mediante la modalidad de fijodiscontinuo se prolonguen durante los días previos y posteriores a los periodos sin actividad de Navidad y Semana Santa-Pascua, la empresa mantendrá el alta efectiva de las personas fijas discontinuas durante los expresados periodos con todos los derechos inherentes a la misma.

El contrato se formalizará por escrito conforme a los criterios objetivos y formales exigidos en la legislación vigente. Necesariamente será por escrito y deberá reflejar los elementos esenciales de la actividad laboral, entre otros, la duración del período de actividad, la jornada y su distribución horaria, si bien estos últimos podrán figurar con carácter estimado, sin perjuicio de su concreción en el momento del llamamiento.

Los criterios objetivos y formales por los que se regirá el llamamiento de las personas en situación de inactividad serán determinados de común acuerdo entre la empresa y la representación legal de las personas trabajadoras de la misma. En caso de falta de acuerdo, se establece que el llamamiento se realizará por orden de mayor a menor antigüedad en el puesto de trabajo.

En todo caso, el llamamiento se podrá realizar mediante correo electrónico o a cualquier otro medio escrito que permita dejar constancia de la debida notificación a la persona interesada. La notificación se realizará con una antelación mínima de 7 días al inicio de la actividad. En caso de que el preaviso sea inferior, si la persona trabajadora lo acepta, será válido.

Las personas trabajadoras fijas-discontinuas no podrán sufrir perjuicios por el ejercicio de los derechos de conciliación, ausencias con derecho a reserva de puesto de trabajo y otras causas justificadas en base a derechos reconocidos en la ley o en el presente convenio colectivo.

Siempre y cuando lo establezca la legislación vigente, las personas trabajadoras fijas-discontinuas tienen derecho a que su antigüedad se calcule teniendo en cuenta toda la duración de la relación laboral y no el tiempo de servicios efectivamente prestados, con la excepción de aquellas condiciones que exijan otro tratamiento en atención a su naturaleza y siempre que responda a criterios de objetividad, proporcionalidad y transparencia.

La empresa deberá informar a las personas fijas-discontinuas y a la representación legal de las personas trabajadoras sobre la existencia de puestos de trabajo vacantes de carácter fijo ordinario, de manera que aquellas puedan formular solicitudes de conversión voluntaria, en los términos que establece el artículo 26 de este convenio colectivo.

Al inicio del curso escolar, la empresa deberá trasladar a la representación legal de las personas trabajadoras, con la suficiente antelación, un calendario con las previsiones de llamamiento anual, o, en su caso, semestral, así como los datos de las altas efectivas de las personas fijas discontinuas una vez se produzcan”.

La asociación demandante impugna el citado precepto, y en concreto su párrafo tercero, por el que se dispone que, “no se podrá contratar bajo esta modalidad a personal del Grupo I, personal docente, para impartir actividades curriculares”. Los motivos de impugnación son dos en concreto:

1.- El primero, que se conculca el principio de jerarquía normativa, pues en virtud de una negociación colectiva posterior se deja sin efecto la facultad prevista en el art. 16 del ET para contratar a través de la modalidad contractual fijo discontinuo, conculcándose por ende una norma de carácter superior según prevé el art. 3 del texto estatutario.

2.- Se añade además, que se cumplen los presupuestos para poder acudir a dicha modalidad contractual, pues las características de la relación laboral de los docentes se ajusta a las características del fijo discontinuo, al iniciarse el curso escolar el septiembre, terminar en junio y existir un periodo de dos meses sin actividad alguna en época estival.

Conforme a STC 16 de julio de 2014 (ROJ: STC 119/2014 - ECLI:ES:TC:2014:119), Recurso: 5603/2012, “(e)ntre otros, y por lo que ahora interesa, el derecho al trabajo puede entrar en conflicto con el reconocimiento en el art. 38 CE de la libertad de empresa y el mandato a los poderes públicos de garantizar y proteger su ejercicio y la defensa de la productividad (...)”, confirmando que “el derecho al trabajo reconocido en el art. 35.1 CE puede entrar en conflicto con otros bienes y derechos constitucionales, lo que podría justificar ciertas restricciones en su reconocimiento. No obstante, conforme a nuestra reiterada jurisprudencia, tales posibles limitaciones, además de tener que gozar de justificación legítima, “no pueden ser absolutas ... ni obstruir el derecho fundamental más allá de lo razonable” (SSTC 195/2003, de 27 de octubre, FJ 4 ; 110/2006, de 3 de abril , FJ 3), debiendo en todo caso “ser proporcionadas al fin perseguido con ellas” (STC 292/2000, de 30 de noviembre , FJ 15; o SSTC 196/1987, de 11 de diciembre, FJ 6 ; 37/1989, de 15 de febrero, FJ 8 ; 112/2006, de 5 de abril , FFJJ 8 y ss.).

A lo anterior debe añadirse que conforme a STC de 20 de diciembre de 1990 (ROJ: STC 210/1990 - ECLI:ES:TC:1990:210), Recurso: 834/1985 “es cierto que la incidencia inmediata

sobre un convenio colectivo en vigor de lo establecido en una ley posterior al mismo puede alterar lo que se ha dado en llamar el equilibrio interno del convenio y la concepción de este como un conjunto integrado de prestaciones y contraprestaciones que se explican unas en función de las otras. Ahora bien, y al margen de lo anterior, si se pudiera razonablemente concluir que el equilibrio interno del convenio ha quedado sustancialmente trastocado tras la posterior promulgación de una ley que afectara a sus contenidos reguladores, ello, como recuerda el Abogado del Estado con cita de jurisprudencia constitucional, no tendría como consecuencia la invalidación y/o inaplicación de la ley, sino, en su caso, la readaptación del convenio a la vista del cambio del contexto legal en el que aquel fue suscrito (...)”.

Aplicando la doctrina expuesta, y en consonancia con la argumentación del Ministerio Fiscal en fase de conclusiones, no nos encontramos ante una vulneración del principio de jerarquía normativa, en virtud del cual *“es el convenio colectivo el que debe respetar y someterse no sólo a la ley formal, sino, más genéricamente, a las normas de mayor rango jerárquico y no al contrario (en el mismo sentido, SSTC 177/1988 , de 10 de octubre, FJ 4 ; 171/1989 , de 19 de octubre, FJ 2 ; 92/1994 , de 21 de marzo, FJ 2 ; y 62/2001 , de 1 de marzo , FJ 3; ATC 34/2005, de 31 de enero , FJ 5).”*

De la lectura de la redacción que del art. 17.bis se instauró tras el acuerdo de las partes negociadoras no se desprende que el citado precepto prohíba de forma incondicionada acudir al contrato fijo discontinuo. Es más, lo que verdaderamente se infiere de dicho acuerdo es que las partes pretendieron amoldar o ajustar la regulación que de dicha modalidad contractual contenía el convenio colectivo, previo a la entrada en vigor de la reforma laboral, posibilidad acorde con la doctrina constitucional expuesta. Lo que ocurre es que, dentro de la citada posibilidad, el precepto contiene una restricción a su uso, limitado a los docentes que imparten actividades curriculares. Es esta limitación que conecta con el derecho a la libertad del empresario a elegir la modalidad de contratación que emplee para sustanciar las relaciones con sus empleados, la que debe analizarse, al objeto de decidir si la misma se encuentra justificada y resulta proporcionada a un fin legítimo.

La respuesta que ha de darse a este interrogante, pasa por desestimar los argumentos de la asociación demandante. La exposición de motivos del RD Ley 32/2021, de 28 de diciembre pone el acento en la necesidad de simplificar las modalidades contractuales utilizadas hasta la fecha, en orden a paliar las deficiencias estructurales apreciadas, que ahondaban en un mercado laboral afectado fuertemente por la temporalidad y la inestabilidad en el empleo. En concreto, se dice literalmente que *“(l)a reforma en este ámbito aborda, en primer lugar, la simplificación y reordenación de las modalidades de contratación laboral. El objetivo es diseñar adecuadamente estos nuevos tipos de contratos para que el contrato indefinido sea la regla general y el contrato temporal tenga un origen exclusivamente causal, evitando una utilización abusiva de esta figura y una excesiva rotación de personas trabajadoras”*. Y en su artículo primero, apartado cuatro, modifica la regulación del contrato fijo discontinuo, que se concertará para la realización de trabajos de naturaleza estacional o vinculados a actividades productivas de temporada, o para el desarrollo de aquellos que no tengan dicha naturaleza pero que, siendo de prestación intermitente, tengan periodos de ejecución ciertos, determinados o indeterminados, previsión exacta a la contenida en el párrafo primero del art. 17 bis del convenio impugnado.

La limitación de la contratación de personal docente que imparte actividades curriculares a través de la modalidad de fijo discontinuo no persigue sino conseguir la estabilidad en el empleo de dicho personal, garantizando así la continuidad de un personal especialmente

dedicado a impartir las enseñanzas básicas en cada una de las etapas educativas, comprendiendo los objetivos, competencias, contenidos, métodos pedagógicos y criterios de evaluación de cada una de las enseñanzas reguladas en la Ley Orgánica de Educación, y que conforman la definición de currículo prevista en el art. 6 de la citada norma.

Se dice por la asociación demandante que la actividad de dichos docentes se corresponde con la contratación fija discontinua, al interrumpirse su actividad laboral durante la época estival, desde junio a septiembre, sin que este tribunal pueda compartir dicha conclusión. Y ello aplicando la doctrina que en Sentencia de 3-6-1994 que aportan las demandadas fija el Tribunal Supremo, confirmando el criterio mantenido en la instancia por el que se dice que *“la actividad de la enseñanza general básica es en si misma una actividad permanente y no cíclica, que goza de unas vacaciones superiores a las previstas como mínimas en el artículo 38 del Estatuto, vacaciones que en el personal administrativo son siempre más reducidas que en el docente por tener que hacerse cargo al comienzo del curso de las tareas de matriculación previas al inicio de la docencia y al final del mismo igualmente ha de prolongar su trabajo con actas, certificaciones, etc, más allá de la terminación del curso escolar”*.

Por otro lado, la propia regulación convencional de las vacaciones del personal docente no permite corroborar la tesis de la parte actora, pues en virtud del art. 40 del convenio colectivo, el personal afectado por el mismo tiene derecho a una vacación retribuida de un mes, preferentemente en verano, lo que casa mal con la afirmación de que desde junio hasta septiembre no se ejerce actividad alguna (siempre hablando del personal docente que imparte enseñanza curricular). De hecho, el art. 42 añade dos periodos vacacionales en Semana Santa y Navidad coincidentes con las vacaciones escolares que se fijan para los alumnos, atendiendo al calendario escolar aprobado, lo que no hace sino confirmar que a los efectos pretendidos en la presente reclamación, la asociación demandante pretende equiparar vacaciones y calendario escolar del alumnado con el del profesorado, que esencialmente no tienen por qué coincidir.

De todo lo anteriormente expuesto se desprende que la limitación del uso de la contratación fija discontinua al personal docente que imparte actividades curriculares es legítima y se encuentra justificada, siendo proporcional a los fines pretendidos como es, la búsqueda de la estabilidad en el empleo de dicho personal. De ello no puede afirmarse con carácter genérico que el convenio colectivo pueda separarse de lo previsto en la ley, debiendo cumplir en su caso los cánones de justificación y proporcionalidad que exige la jurisprudencia constitucional. Y de ningún modo podría este tribunal justificar, como así pretende la asociación demandante, la concurrencia de un evidente fraude de ley, pues bajo el paraguas de una finalidad legítima planteada como inocua (la defensa de los intereses económicos de los miembros de la asociación afectada), se corrobora un evidente perjuicio de los docente afectados, a los que se pretende la aplicación de una modalidad contractual que no se ajusta a las características de su actividad, con las consecuencias que ello supondría en la estabilidad de sus relaciones contractuales y en sus derechos salariales.

En consecuencia la demanda ha de ser desestimada.

QUINTO.- Atendiendo a la naturaleza de la reclamación, de conformidad con lo dispuesto en el art. 97.3 LRJS, este tribunal impone a la asociación demandada una multa por temeridad de 1.000 euros, pretendiéndose convalidar un evidente fraude de ley, en perjuicio de los posibles trabajadores afectados por la tesis de la demandante, que verían mermados de forma evidente sus derechos, conforme a lo ya expuesto.



SEXTO.- La presente resolución no es firme y contra la misma cabe interponer recurso de casación ordinario ante la Sala Cuarta del Tribunal Supremo (art. 206.1 LRJS).

En virtud de lo expuesto

FALLAMOS

Previa estimación de la falta de legitimación activa de la demandante para impugnar el convenio colectivo por lesividad y desestimación de la falta de legitimación activa para impugnar el convenio colectivo por ilegalidad, desestimamos íntegramente la demanda interpuesta por la representación letrada de la ASOCIACIÓN DE CENTROS INDEPENDIENTES Y FAMILIARES DE LA ENSEÑANZA (ACIFE) frente a ACADE, CECE, USO, CC.OO, FSIE, UGT SERVICIOS PÚBLICOS Y CIG, con intervención del Ministerio Fiscal; y en consecuencia, declaramos conforme a derecho la redacción del art. 17 bis del XI Convenio Colectivo Nacional de Centros de Enseñanza Privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado ni subvencionado.

Se impone a la asociación demandante una multa por temeridad de mil euros (1.000€).

Notifíquese la presente sentencia a las partes advirtiéndoles que, contra la misma cabe recurso de Casación ante el Tribunal Supremo, que podrá prepararse ante esta Sala de lo Social de la Audiencia Nacional en el plazo de **CINCO DÍAS** hábiles desde la notificación, pudiendo hacerlo mediante manifestación de la parte o de su abogado, graduado social o representante al serle notificada, o mediante escrito presentado en esta Sala dentro del plazo arriba señalado.

Al tiempo de preparar ante la Sala de lo Social de la Audiencia Nacional el Recurso de Casación, el recurrente, si no goza del beneficio de Justicia Gratuita, deberá acreditar haber hecho el depósito de 600 euros previsto en art. 229.1.b de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, y, en el caso de haber sido condenado en sentencia al pago de alguna cantidad, haber consignado la cantidad objeto de condena de conformidad con el art. 230 del mismo texto legal, todo ello en la cuenta corriente que la Sala tiene abierta en el Banco de Santander Sucursal de la Calle Barquillo 49, si es por transferencia con el nº 0049 3569 92 0005001274 haciendo constar en las observaciones el nº 2419 0000 00 0359 22 (IBAN ES55) ; si es en efectivo en la cuenta nº 2419 0000 00 0359 22 (IBAN ES55), pudiéndose sustituir la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario, en el que conste la responsabilidad solidaria del avalista.

Llévese testimonio de esta sentencia a los autos originales e incorpórese la misma al libro de sentencias.

Así por nuestra sentencia lo pronunciamos, mandamos y firmamos.



La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.