LAS RELACIONES LABORALES DEL PERSONAL DOCENTE EN LA ENSEÑANZA PRIVADA CONCERTADA

PEDRO GÓMEZ CABALLERO

Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Córdoba

EXTRACTO

Palabras clave: Libertad de enseñanza, enseñanza privada concertada, conciertos educativos, publificación de la relación laboral

Las relaciones laborales en el sector de la enseñanza privada presenta características propias, que no concurren en otros ámbitos, amparadas por la regulación que de la libertad de enseñanza se realiza en el art. 27 CE. En cuanto manifestaciones de esta libertad, el derecho a la creación de centros y el de su titular a dotarlo de un ideario o carácter propio, por un lado, y el derecho del profesorado a la libertad de cátedra, por otro, constituyen dos factores de extraordinaria relevancia en el desarrollo de la relación laboral que mantienen ambos sujetos. Por otra parte, la posibilidad, también prevista en el at. 27 CE, de subvencionar la enseñanza privada total o parcialmente con fondos públicos, ha dado lugar a una regulación de legalidad ordinaria que permite, a los titulares de los centros privados, acogerse a un régimen de conciertos educativos que produce lo que puede ser entendido como «publificación» de las relaciones laborales en el ámbito de la enseñanza privada concertada, que condiciona la autonomía de la voluntad de las partes tanto desde una perspectiva individual como colectiva.

ABSTRACT

Keywords: Academic freedom, private education subsidised, educational concerts, publification of labour relations

Labour relations in the private education sector have their own characteristics, which not compete in other areas, covered by the regulation of the academic freedom in Article 27 CE. Regarding expressions of this freedom, the right to the creation of educational institutions and the holder to provide it with an ideology or character on the one hand, and the right of teachers to academic freedom, on the other, are two factors of extraordinary importance in the development of the employment relationship that is maintained by both subjects. Furthermore, the possibility, also provided in Article 27 CE, of fully or partially subsidize private education with public funds, has led to a regulation of ordinary law that allows the holders of private schools to benefit from a system of educational concerts, which produces what could be understood as the "publification" of the labour relations in the field of private education, which affects the autonomy of the parties from an individual to collective perspective.

Recepción del original: 18.07.2016 Aceptación original: 27.07.2016

Índice

1. INTRODUCCIÓN
2. EL SISTEMA DE FUENTES DE REGULACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES EN LOS CENTROS DE ENSEÑANZA PRIVADA CONCERTADA
3. EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DE LAS RELACIONES LABORALES EN EL ÁMBITO DE LA ENSEÑANZA PRIVADA CONCERTADA
   3.1. El derecho del titular del centro a establecer el carácter o ideario propio
      3.1.1. Límites del derecho a establecer el carácter o ideario propio del centro derivado del respeto a los derechos de los profesores
      3.1.2. Límites del derecho a la libertad de cátedra derivado del respeto al derecho del titular del centro a establecer el carácter o ideario propio
   3.2. El poder de dirección como manifestación de la libertad de enseñanza
   3.3. Límites al poder directivo del titular del centro: el derecho de los profesores a intervenir en el control y la gestión de los centros privados concertados
4. LA «PUBLIFICACIÓN» DE LAS RELACIONES LABORALES EN LA ENSEÑANZA PRIVADA CONCERTADA
   4.1. Límites a las facultades organizativas del titular del centro
   4.2. Límites al derecho a realizar actividades y prestar servicios a título lucrativo
   4.3. Límites de las facultades del titular del centro concertado para la selección y el despido del profesorado.
      4.3.1. Límites a las facultades de selección del profesorado
      4.3.2. Inexistencia de procedimiento legal específico de despido
   4.4. La «publificación» del régimen salarial del profesorado
      4.4.1. El módulo económico como límite máximo de responsabilidad de las Administraciones Públicas en materia salarial
      4.4.2. La paga extraordinaria de antigüedad y su problemática
5. PECULIARIDADES EN MATERIA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA
   5.1. Estructura de la negociación colectiva
   5.2. Legitimación para negociar y la condición de tercero de la Administración educativa
   5.3. Sometimiento del Convenio Colectivo al principio de jerarquía normativa
   5.4. La «publificación» del convenio colectivo
      5.4.1. La provisión de vacantes del personal docente
      5.4.2. La jornada de trabajo del personal docente
      5.4.3. Salarios y alcance de la responsabilidad de la Administración en el pago delegado
   5.5. Acuerdos autonómicos para el mantenimiento del empleo

1. INTRODUCCIÓN

La regulación de la libertad de enseñanza que se realiza en el art. 27 CE tiene una de sus manifestaciones en el derecho a la creación de centros y en el derecho de su titular a dotarlos de un ideario o carácter propio. Al mismo tiempo, es también manifestación de la libertad de enseñanza, el derecho a la libertad de cátedra del profesorado que se regula en el art. 20.1.c) CE. Estos derechos por sí mismos tienen virtualidad suficiente para dotar de características propias las relaciones laborales que se dan en el ámbito de la enseñanza privada. El derecho a la creación de centros, que es también manifestación de la libertad de empresa, legitima al titular del centro a establecer el carácter propio del mismo

que debe ser, previa su publicidad por el titular del centro, conocido y respetado por todos los miembros de la comunidad escolar. Se trata de un derecho que tiene sus límites, entre otros, el derivado del respeto a la libertad de cátedra que dota de garantías al profesorado, incidiendo en el ámbito de la dependencia jurídica.

Por otro lado, el art. 27 CE posibilita que la enseñanza privada pueda ser financiada total o parcialmente con fondos públicos, lo que ha dado lugar al establecimiento de un régimen de conciertos educativos, en la actualidad, tras diversas modificaciones, se regula por la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, del Derecho a la Educación (LODE) y Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE). Estas normas prevén que, junto a los centros públicos, los centros privados concertados presten el servicio público de la educación. El decisión del titular de un centro privado concertado de adscribirse al régimen de conciertos para prestar el servicio público de la educación, conlleva el sometimiento del mismo y de las relaciones laborales que mantiene con sus trabajadores, particularmente, con el profesorado, a un conjunto de normas que permiten afirmar que se produce una "publificación" de las relaciones laborales, en la medida en que están condicionadas por las decisiones que se adoptan por el legislador y por las Administraciones Públicas por prestar el servicio público de la educación. Con ello la autonomía de la voluntad de las partes queda condicionada tanto desde la perspectiva individual como colectiva, condicionantes o limitaciones que no se registran en otras relaciones laborales privadas. En la articulación del sistema de fuentes hay que tener en cuenta las regulaciones que se realizan en las leyes educativas, pero también aquellas normas que pueden dictar los legisladores de las Comunidades Autónomas y decisiones de sus respectivas Administraciones.

En el presente trabajo nos hemos ocupado de la problemática que se plantea en las relaciones laborales del profesorado de la enseñanza privada concertada, que está sostenida total o parcialmente con fondos públicos. En los centros privados concertados existen, obviamente, otras categorías de trabajadores además del profesorado, incluso profesores sin relación contractual de carácter laboral, pero el trabajo se centra en la relación laboral por cuenta ajena que deriva de un contrato de trabajo.

No hemos ocupado en primer lugar de aquellos aspectos que tienen relevancia constitucional, para a continuación entrar a examinar los aspectos que consideramos pueden constituir lo que hemos denominado "publificación" de la relación laboral desde la perspectiva individual y también desde la colectiva, ámbito éste en el que se pueden detectar un conjunto de peculiaridades que no se registran en otras relaciones laborales privadas. El análisis de las cuestiones planteadas se ha realizado con el apoyo de la jurisprudencia del Tribunal

Constitucional y del Tribunal Supremo y de algunos trabajos realizados por la doctrina científica.

2. El SISTEMA DE FUENTES DE REGULACIÓN DE LAS RELACIONES LABORALES EN LOS CENTROS DE ENSEÑANZA PRIVADA CONCERTADA

Antes de continuar con el desarrollo del trabajo conviene tener presente cómo se configura el sistema de fuentes que regula las relaciones laborales en el ámbito de la enseñanza privada concertada. El art. 3.1, a) E.T. prevé que los derechos y obligaciones concernientes a la relación laboral se regulan por las disposiciones legales y reglamentarias del Estado. Este segmento normativo está integrado por normas promulgadas por el Estado que pueden ser de diversa naturaleza jurídica, no estrictamente laboral, que pueden tener repercusión en el desarrollo de las relaciones laborales. En el caso concreto de las relaciones laborales en la enseñanza privada concertada hay que tener en cuenta las normas legales y reglamentarias que regulan el derecho a la educación. En la actualidad son normas legales con vigencia en el desarrollo de las relaciones laborales en el ámbito de la enseñanza privada concertada la Ley Orgánica 8/1985, de 3 de julio, reguladora del Derecho de la Educación (LODE), y la ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE). A nivel reglamentario, hay que tener en cuenta el Real Decreto 2377/1985 de 28 de diciembre, que aprueba el Reglamento de Normas Básicas sobre Conciertos Educativos (RCE). Son normas dictadas en desarrollo de las previsiones que se contienen en el art. 27 CE, que establecen disposiciones específicas aplicables a las relaciones laborales que nos ocupan, que han sido objeto de diversas modificaciones normativas.

Hay que tener en cuenta que las prescripciones que se contienen en el art. 29 CE, condicionan de manera relevante la regulación del sistema de fuentes aplicable a las relaciones laborales en la enseñanza privada concertada y, por tanto, el desarrollo de las mismas. Este precepto constitucional además de consagrar el derecho de todos a la educación y la libertad de enseñanza, establece también una serie de derechos y garantías que inciden, en mayor o menor medida, en el ámbito de las relaciones laborales que nos ocupan. Así: el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias creencias, que debe ser garantizado por los poderes públicos; el carácter obligatorio y gratuito de la enseñanza básica; el deber de los poderes públicos de garantizar el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con la participación efectiva de todos los sectores afectados; la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales; y el reconocimiento a los profesores, padres y,

en su caso, a los alumnos del derecho a intervenir en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca.

Incide también en el desarrollo de las relaciones laborales en el ámbito de la enseñanza privada concertada la normativa que puedan dictar las Comunidades Autónomas para hacer aplicable el régimen de los conciertos educativos; y, además, los acuerdos a los que puedan llegar las Administraciones Públicas de las Comunidades Autónomas con las organizaciones empresariales y sindicales para hacer efectiva no solamente la aplicación de los conciertos educativos, sino también el cumplimiento de los pactado en los convenios colectivos. En la legislación vigente está previsto en la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo de Educación (LOE), que corresponde a las Comunidades Autónomas dictar las normas necesarias para el desarrollo del régimen de conciertos educativos.

Son los conciertos educativos otro instrumento de regulación que incide también en las relaciones laborales existentes en los centros de enseñanza privada concertados. Los centros privados que accedan al régimen de concertación educativa deberán formalizar con la Administración educativa que proceda el correspondiente concierto [art. 116.1 LOE]. Los conciertos son el resultado de una manifestación de voluntad de las partes, limitada por las prescripciones que el legislador considera necesarias para prestar un servicio público que garantice el derecho de todos a la educación consagrado en el art. 27 CE, para impartir enseñanzas declaradas gratuitas. El concierto va a delimitar el ámbito concreto al que se aplica el particular sistema de fuentes reguladoras de las relaciones laborales en sector de la enseñanza privada concertada.

Junto a este bloque normativo, las relaciones laborales en los centros de enseñanza privada concertada se rigen también por los restantes instrumentos de regulación previstos en el art. 3.1 E.T.: los convenios colectivos; la voluntad de las partes plasmada en el contrato de trabajo; y, en su caso, por los usos y costumbres.

3. EL CONTENIDO CONSTITUCIONAL DE LAS RELACIONES LABORALES EN EL ÁMBITO DE LA ENSEÑANZA PRIVADA CONCERTADA

La configuración del ámbito de las relaciones laborales en la enseñanza privada concertada está condicionada por la regulación que se realiza en el art. 27 CE de determinadas libertades y derechos que se consagran en el mismo. La interpretación que pueda darse a la libertad de enseñanza, al derecho a la creación

de centros docentes, o el derecho que se reconocer a los profesores, padres y alumnos a intervenir en la gestión y control de los centros sostenidos con fondos públicos, es de extraordinaria importancia porque estos derechos van a modular las relaciones laborales de una forma peculiar o específica, que no se encuentra en otros sectores. Estas prescripciones constitucionales afectan tanto al empresario o titular del centro de enseñanza como a los profesores, en ambos casos en cuanto titulares de determinados derechos que consagra la Constitución. Pero, al mismo tiempo, en cuanto sujetos titulares de derechos que pueden resultar limitados en su ejercicio también por imperativo constitucional.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de pronunciarse sobre determinados aspectos contenidos en el art. 27 CE[1], abordando cuestiones que encuentran acomodo en el referido precepto y que tienen una incidencia relevante en el desarrollo de las relaciones laborales en los centros privados concertados. En cuanto a la libertad de enseñanza, considera el Alto Tribunal que "implica, de una parte, el derecho a crear instituciones educativas [art, 27.6] y, de otra, el derecho de quienes llevan a cabo personalmente la función de enseñar, a desarrollarla con libertad dentro de los límites propios del puesto docente que ocupan [art.20.1.c)]" [STS 5/1981, de 13 de febrero, FJ. nº 7]. Con esta primera aproximación se está indicando la existencia de derechos constitucionalmente consagrados que surten efecto directo en las relaciones laborales de los centros privados concertados, con independencia de otros derechos fundamentales o de otros derechos de naturaleza laboral previstos en la Constitución. Así, entendida la libertad de enseñanza como derecho a la creación de instituciones educativas tiene la virtualidad de dotar al titular del centro o empresario, como titular del derecho, de una serie de garantías que obligan al legislador a respetar su contenido; y entendida como derecho a la libertad de cátedra [art. 20.1.c)], la libertad de enseñanza tiene la virtualidad de dotar al profesor de protección frente al titular del centro, en el ejercicio de su actividad docente. No obstante, estos derechos que ampara la libertad de enseñanza no son ilimitados, "tienen límites necesarios que resultan de su propia naturaleza, con independencia de los que se producen por su articulación con otros derechos o de los que, respetando siempre su contenido esencial, pueda establecer el legislador" [STS 5/1981, FJ. nº 7].

[1] Fundamentalmente en la STC 5/1981, de 13 de febrero, que resolvió recurso de inconstitucionalidad presentado contra la Ley Orgánica 5/1980, de 19 de junio, reguladora del Estatuto de Centros Escolares; y en la STC 77/1985, de 27 de junio, que resolvió recurso previo de inconstitucionalidad presentado contra proyecto de Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación.

3.1. El derecho del titular del centro a establecer el carácter o ideario propio

La Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE) recoge el derecho de los titulares de los centros privados a establecer el carácter propio de los mismos que, en todo caso, deberá respetar los derechos garantizados a los profesores (padres y alumnos) en la Constitución y en las Leyes [art. 115]. En el caso de los profesores el derecho del titular del centro de establecer su carácter propio debe respetar la libertad de cátedra de los mismos, derecho constitucionalmente garantizado tanto en el art. 20.1,c) CE como en el art. 3 LODE. El derecho a establecer el carácter propio del centro ampara también a los titulares de los centros privados concertados, aunque en la normativa vigente no haya previsión específica al respecto cuando se ocupa de regular esta clase de centros, como había en regulaciones anteriores[2].

"Carácter propio" o "ideario educativo propio" son términos equivalentes[3]. Por tanto, el ideario determina el carácter propio del centro. El reconocimiento de los titulares de los centros privados del derecho a establecer un ideario educativo propio dentro del respeto a los principios y declaraciones constitucionales forma parte de la libertad de creación de centros, en cuanto que equivale a la posibilidad de dotar a estos de un carácter u orientación propios [STC 5/1981, FJ. nº 8]. Señala el Tribunal Constitucional que el derecho a establecer el carácter u orientación propios constituye una "especificidad" que explica la garantía constitucional de creación de centros docentes que, en otro caso, no sería más que la expresión concreta del principio de libertad de empresa que también la Constitución consagra en el art.38 [STC 5/1981, FJ nº 8]. Esta afirmación nos parece reveladora de que existen peculiaridades o especificidades que concurren en las relaciones laborales de los centros concertados amparadas constitucionalmente. La libertad de creación de centros docentes es una manifestación de la libertad de empresa prevista en el art. 38 CE, pero es el derecho a establecer el carácter propio del centro, el que justifica la recepción en el art. 27 CE del derecho a la creación de centros docentes.

El derecho a establecer un ideario propio no está limitado a los aspectos religiosos y morales de la actividad educativa, pues en cuanto se trata de centros

[2] Así sucedía en el art 52.1 LODE el derecho de los titulares de los centros privados concertados a establecer su carácter propio, como se reconocía con carácter general para los centros privados en el art. 22 de la misma Ley. Pero estos preceptos fueron derogados por Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación, ley también fue derogada posteriormente por la Ley Orgánica 2/2006.

[3] STC 5/1981, de 13 de febrero, FJ nº 8; STC 77/1985, de 27 de junio FJ. nº 8.

que hayan de dispensar enseñanzas regladas, el ideario educativo propio de cada centro puede extenderse a distintos aspectos de su actividad [STC 5/1981, FJ nº 8][4]. Ahora bien, este "derecho del titular del centro no tiene carácter absoluto y está sujeto a límites y posibles limitaciones, quedando a salvo siempre, de acuerdo con el art. 53 de la CE, su contenido esencial" [STC 77/1985, FJ nº 9]. En este sentido, de una parte, hay que tener en cuenta que en algún aspecto puede que el respeto a los derechos de los padres, profesores y alumnos, suponga una restricción del derecho del titular de fijar el carácter propio; y, de otra, sin embargo, el ejercicio por el titular de su derecho a establecer el carácter propio actúa necesariamente como límite a los derechos que ostentan los demás miembros de la comunidad universitaria. Es decir, se producen limites recíprocos. Trasladando la anterior doctrina al ámbito de las relaciones laborales en los centros de enseñanza privada concertada el ejercicio del derecho del titular del centro a establecer su carácter propio limita el ejercicio de los derechos reconocidos a los profesores, pero al propio dicho ejercicio es acorde con la constitución cuando en su ejercicio respeta también el contenido esencial de los derechos reconocidos a los profesores[5].

3.1.1 Límites del derecho a establecer el carácter o ideario propio del centro derivado del respeto a los derechos de los profesores

El derecho de los titulares de los centros privados a establecer un ideario educativo propio se mueve dentro de los límites de la libertad de creación de centros que son, según señala la doctrina del Tribunal Constitucional, además de los derechos fundamentales, el "respeto a los principios constitucionales que, como los del Título Preliminar de la Constitución (libertad, igualdad, justicia, pluralismo, unidad de España, etc.) no consagran derechos fundamentales y la muy importante, derivada del art. 27.2 de la Constitución, de que la enseñanza ha de servir determinados valores (principios democráticos de convivencia, etcétera) que no cumplen una función meramente limitativa, sino de inspiración positiva" [STC 5/1981, FJ. nº 7]. Dicho más brevemente y también en palabras del Tribunal Constitucional: el derecho a establecer un ideario no es un derecho

[4] Sin embargo, en el voto particular formulado por el Magistrado Don Francisco Tomás y Valiente, al que se adhirieron los Magistrados Don Ángel Latorre Segura, Don Manuel Díez de Velasco y Don Plácido Fernández Viagas, en su apartado 7 se señala que "el ideario de un centro hace referencia a su carácter propio, pero no a cualquiera de sus características, tales como las de índole pedagógica, lingüística, deportiva u otras semejantes, sino que, muy en concreto, el ideario es expresión del carácter ideológico propio del centro".

[5] Cfr. sobre el problema de ideario del centro y libertad de cátedra, Calvo Gallego, F.J., "Contrato de trabajo y libertad ideológica. Derechos fundamentales y organizaciones de tendencia", CES, Madrid, 1995, págs. 114-125.

ilimitado[6], sino que tiene sus límites en el respeto a los principios y declaraciones de la Constitución. De ahí que el respeto de los derechos de los profesores (padres y alumnos) pueda suponer una restricción del derecho a establecer el carácter propio del centro.

Este es el caso de la libertad de cátedra [art 20. 1, c) CE], que "la tienen reconocida todos los docentes, sea cual fuere el nivel de enseñanza en el que actúan" [STC 5/1981, FJ. nº 9]. Forma parte de la libertad de enseñanza el derecho de quienes llevan a cabo personalmente la función de enseñar, a desarrollarla con libertad dentro de los límites propios del puesto de trabajo que ocupan. Ahora bien, la existencia de un ideario, que debe ser conocido por el profesor antes de incorporarse al centro o aceptarla cuando el centro se dota de ideario después de su incorporación, no le obliga "ni a convertirse en apologista del mismo, ni a transformar la enseñanza en propaganda o adoctrinamiento, ni a subordinar a ese ideario las exigencias que el rigor científico impone a su labor" [STC 5/1981, FJ. nº 10; STC 77/1985, FJ. nº 9][7].

Quedan también al margen del ideario las actividades o conducta lícita de los profesores al margen de su función docente en un centro dotado con ideario propio. En estos casos pueden surgir eventualmente situaciones de conflicto cuando el titular del centro considere que el profesor con sus actuaciones viola su obligación de respetar el ideario. En estos casos será la jurisdicción competente y, en último término, el Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo los que resuelvan los conflictos que se produzcan.

La regulación infraconstitucional vigente está en consonancia con la doctrina anterior. Se reconoce el derecho del titular del centro a establecer el carácter propio del mismo, con respeto a los derechos garantizados a los profesores por la Constitución y las leyes en el art. 115.1 LOE; y el derecho a la libertad de cátedra de los profesores en el art. 3 LODE.

[6] STC 5/1981, FJ. nº 11 dice el Tribunal Constitucional "aunque ciertamente la relación de servicio entre el profesor y el centro no se extiende en principio a las actividades que al margen de ella lleve a cabo, la posible notoriedad y la naturaleza de estas actividades, e incluso su intencionalidad, pueden hacer de ellas parte importante e incluso decisiva de la labor educativa que le está encomendada"

[7] Cfr. al respecto Maldonado Montoya, J.P., "Significación laboral del ideario de una institución educativa", Civitas, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 142/2009, págs. 339-373.

3.1.2 Límites del derecho a la libertad de cátedra derivado del respeto al derecho del titular del centro a establecer el carácter o ideario propio

Ya se ha dicho que la libertad de enseñanza implica también el derecho de quienes llevan a cabo profesionalmente la función de enseñar a desarrollarla con libertad –libertad de cátedra, art. 20.a, c) CE- dentro de los límites propios del puesto de trabajo. Este derecho tiene límites necesarios que resultan de su propia naturaleza, con independencia de los que se producen por su articulación con otros derechos o de los que respetando siempre su contenido esencial, pueda establecer el legislador. En este sentido, hay que recordar que el ejercicio por el titular de su derecho a establecer el carácter propio del centro actúa necesariamente como límite de los derechos que ostentan los demás miembros de la comunidad escolar, entre ellos, los profesores, pues de otro modo quedaría privado de todo contenido real dicho derecho [STC 77/1985, FJ nº 9].

La libertad de cátedra la atribuye la Constitución de 1978 a todos los docentes sea cual fuere el nivel de enseñanza en el que actúen. Pero se trata de una libertad cuyo contenido se ve necesariamente modulado por las características propias del puesto docente; características que vienen determinadas, fundamentalmente, por dos factores: la naturaleza pública o privada del centro docente, y el nivel o grado educativo al que el puesto docente corresponde [STC 5/1981, FJ. nº 9].

En los centros privados la definición del puesto docente viene dada, además de por las características propias del puesto del nivel educativo, por el ideario que en uso de la libertad de enseñanza haya dato a aquél su titular. La libertad de enseñanza en los centros privados es tan plena como la de los profesores en los centros públicos[8] y no se viola al imponer como límite de la libertad de enseñanza de los profesores el respeto al ideario del centro [STC 5/1981, FJ. nº 10].

El profesor es libre como profesor en el ejercicio de su actividad específica. Pero "su libertad es, sin embargo, libertad en el puesto docente que ocupa, es

[8] A pesar de esa afirmación del Tribunal Constitucional, en la definición que hace de la noción de la libertad de cátedra en los centros públicos hay notables diferencias con la que inmediatamente después hace de la misma libertad en los centros privados. Después definirla como "una libertad frente al Estado o, más generalmente, frente a los poderes públicos", señala: "En los centros públicos de cualquier grado o nivel la libertad de cátedra tiene un contenido negativo en cuanto habilita al docente para resistir cualquier mandato de dar a su enseñanza una orientación ideológica determinada [….] La libertad de cátedra es, en ese sentido, noción incompatible con la existencia de una ciencia o una doctrina oficiales [……] todas las instituciones públicas y muy especialmente los centros docentes, han de ser, en efecto, ideológicamente neutrales. Esta neutralidad […..] es una característica necesaria de cada uno de los puestos docentes integrados en el centro…..".

decir, en un determinado centro y ha de ser compatible por tanto con la libertad del centro, del que forma parte el ideario" [STC 5/1981, FJ. nº 10]. En este sentido, "la libertad del profesor no le faculta, por tanto, para dirigir ataques abiertos o solapados contra el ideario sino sólo para desarrollar su actividad en los términos que juzgue más adecuados y que, con arreglo a un criterio serio y objetivo, no resulten contrarios a aquél" [STC 5/1981, FJ. nº 10; STC 77/1985, FJ. nº 9]. Es decir, la existencia del carácter propio del centro obliga al profesor a una actitud de respeto y de no ataque a dicho carácter [STC 77/1985, FJ. nº 9][9]. Por ello, "una actividad docente hostil o contraria al ideario de un centro docente privado puede ser causa legítima de despido del profesor al que se le impute una conducta o tal hecho singular, con tal de que los hechos o el hecho constitutivos de "ataque abierto o solapado" al ideario del centro resulten probados por quien los alega como causa de despido, esto es, por el empresario" [STC 47/1985, de 27 de marzo, FJ. nº. 3].

3.2. El poder de dirección como manifestación de la libertad de enseñanza

Los titulares de los centros docentes privados tienen la potestad de dirección de constitucionalmente protegida. Señala el Tribunal Constitucional que "es forzoso reconocer la existencia de un derecho de los titulares de los Centros docentes privados a la dirección de los mismos, derecho incardinado en el derecho a la libertad de enseñanza de los titulares de dichos Centros" [STC 77/1985, FJ. nº 20].

El contenido esencial del derecho a la dirección puede precisarse desde un punto de vista positivo y desde una delimitación negativa. Desde el punto de vista positivo implica "el derecho a garantizar el respeto al carácter propio y de asumir en última instancia la responsabilidad de la gestión, especialmente mediante el ejercicio de facultades decisorias en relación con la propuesta de Estatutos y nombramiento y cese de los órganos de dirección administrativa y pedagógica y del Profesorado". Desde el punto de vista negativo "ese contenido exige la ausencia de limitaciones absolutas o insalvables, o que lo despojen de la necesaria protección" [STC 77/1985, FJ. nº 20]. Por tanto, el contenido del derecho a la dirección puede ser objeto de limitaciones pero deben dejar a salvo el contenido

[9] Señala el Tribunal Constitucional, con sentido aclaratorio, que "la virtualidad limitante del ideario será sin duda mayor en lo que se refiere a los aspectos educativos o formativos de la enseñanza, y menor en lo que toca a la simple transmisión de conocimientos terreno en el que las propias exigencias de la enseñanza dejan muy estrecho margen a las diferencias de idearios" [STC 5/1981, FJ. nº 10].

esencial del mismo[10]. Una de estas limitaciones es, precisamente, la que resulta de la intervención estatal, respaldada por el art. 27.9 CE, para el caso de centros que reciben ayuda de los poderes públicos mediante la financiación total o parcial de su actividad [STC 77/1985, FJ nº 20]. De acuerdo con lo expuesto el art 21.1 LODE el derecho a la dirección de centros docentes privados, dentro del respeto la Constitución y a lo establecido dicha ley.

En el ámbito de las relaciones laborales de los centros privados concertados hablar de derecho a la dirección del centro es hablar del poder de dirección del empresario. En este ámbito se trata de un derecho derivado de la libertad de enseñanza que le permite al titular del centro el ejercicio de facultades decisorias en relación con la organización, el funcionamiento y el personal a su servicio, que puede ser sometido a limitaciones cuando los centros tienen financiación total o parcial de la actividad procedente de los presupuestos de las Administraciones Públicas. Estas limitaciones se instrumentalizan a través del régimen de conciertos educativos legalmente previsto, que se imponen al poder de dirección del empresario titular del centro docente por recibir la ayuda financiera conforme a lo estipulado en el art. 27.9 CE. Se trata de limitaciones propias y específicas que concurren en el ámbito de las relaciones laborales en la enseñanza privada concertada, que afectan al poder directivo del empresario sometiéndolo a lo establecido en la ley, en aspectos importantes como la organización, el funcionamiento de la actividad docente y la relación con el profesorado; limitaciones que también encuentran una justificación en la prestación del servicio público de la educación del que se responsabilizan los centros privados que asumen el régimen de los conciertos.

3.3. Límites al poder directivo del titular del centro: el derecho de los profesores a intervenir en el control y la gestión de los centros privados concertados

Prescribe el art. 27 CE que los profesores (padres y, en su caso, los alumnos) intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos en los términos que la ley establezca. Este derecho a la intervención debe considerarse como una variedad del derecho de participación previsto en el art. 27.5 y 7 CE. Señala el Tribunal Constitucional que este derecho puede revestir, en principio, las modalidades propias de toda

[10] Continúa el razonamiento del Tribunal Constitucional "el titular no puede verse afectado por limitación alguna que, aun respetando aparentemente un suficiente contenido discrecional a sus facultades decisorias con respecto a las materias organizativas esenciales, conduzca en definitiva a una situación de imposibilidad o grave dificultad objetiva para actuar en sentido positivo ese contenido discrecional".

participación, tanto informativa como consultiva, de iniciativa, incluso decisoria, dentro del ámbito propio del control y gestión, sin que deba limitarse necesariamente a los aspectos secundarios de la administración de los Centros" [STC 77/1985, FJ. nº 21]. Este derecho de participación de los profesores está sujeto a límites consistentes en el respeto al contenido esencial del derecho garantizado y de otros mandatos constitucionales, de manera que "el límite máximo del derecho a la intervención en el control y gestión de los Centros sostenidos con fondos públicos estaría, …[…]…en el respeto al contenido esencial de los derechos de los restantes miembros de la comunidad escolar y, en todo caso, del derecho del titular a la creación y dirección del Centro docente" [STC 77/1985, FJ. nº 21].

Se trata de una modalidad de participación interna de naturaleza distinta a la se propicia por las vías de representación de los trabajadores en la empresa mediante los órganos de representación unitaria, amparadas en el art 129 CE, y de representación sindical, con respaldo constitucional en el art. 28.1 CE. La participación de los profesores prevista en el art. 27.7 CE se regula entre los art. 55 y 57 LODE y en el art. 119.1 LOE, para los centros privados concertados. Se articula esta participación a través del Consejo Escolar del Centro [art. 55], órgano colegiado de cuya composición forman parte cuatro representantes del profesorado [art. 56.1,c)], estableciéndose un sistema de renovación por mitades cada dos años, conforme a un procedimiento de renovación parcial que regulan las Administraciones educativas [art. 56.3]. Al Consejo Escolar se le atribuyen funciones de diversa índole -informativas, consultivas, decisorias, etc.- que en cuyo ejercicio, en ocasiones, puede entrar en conflicto con el ejercicio de facultades que corresponde al titular del centro para dirigir la gestión del mismo. El derecho de los profesores a intervenir en el control y gestión de los centros privados concertados, amparado constitucionalmente, limita las potestades de dirección que tiene el titular del centro, también amparadas constitucionalmente, y, en ambos casos, debe respetarse el contenido esencial de cada derecho.

Por otro lado, en el art. 119.2 LOE se reconoce a los profesores un derecho a participar en la toma de decisiones pedagógicas que corresponden al Claustro, a los órganos de coordinación docente y a los equipos de profesores y profesoras que impartan clase en el mismo curso. Esta modalidad de participación ofrece dudas, a nuestro juicio, de que pueda tener conexión con la intervención prevista en el art. 27.7 CE, pues está más relacionada con el ámbito de cualificación profesional que se requiere al profesor, que con el ámbito de la gestión del centro como organización que recibe para su funcionamiento fondos públicos. No debe olvidarse que, en el plano de la dependencia jurídica que debe tener el profesor en relación con el titular del centro puede quedar limitado su poder de dirección

por las reglas de carácter técnico-profesional que deba aplicar el profesor para un adecuado ejercicio de sus funciones.

4. LA «PUBLIFICACIÓN» DE LAS RELACIONES LABORALES EN LA ENSEÑANZA PRIVADA CONCERTADA

Establece el art. 108.4 LOE que la prestación del servicio público de la educación se realizará a través de los centros públicos y de los centros privados concertados. A la vista de esta prescripción, con la decisión del titular de un centro privado de acogerse al régimen de los conciertos educativos se está produciendo la "publicación" de la actividad docente que realizan los centros privados concertados, y, como consecuencia, de las relaciones laborales que mantiene los titulares de estos centros con los profesores que desarrollan su actividad laboral para los mismos.

El acceso al régimen de conciertos debe hacerse "en los términos legalmente establecidos" [art. 116.1 LOE]; esto es, a los efectos que aquí interesan, someterse a las normas establecidas en el Titulo IV de la LODE y asumir las obligaciones derivadas del correspondiente concierto en los términos establecidos reglamentariamente [art. 5 RD 2377/1985, de 18 de noviembre (RCE)]. Obligaciones fundamentales que deben observarse por imperativo legal, y así debe estar contemplado en el correspondiente concierto, para el titular del centro, ofrecer e impartir enseñanzas que sean declaradas gratuitas por ley[11], y para la Administración con la que formaliza el concierto, dotarlo de los fondos económicos necesarios para el centro docente cumpla con el servicio público de la educación.

Estas prescripciones normativas modulan el ejercicio por el empresario-titular del centro privado concertado de sus poderes empresariales. Resultan afectadas sus facultades organizativas, pues la ley impone una determinada estructura de organización institucional y su funcionamiento; resulta afectada también la capacidad del titular del centro para establecer el precio con los usuarios de la actividad docente que desarrolla al prestar el servicio público de la educación gratuitamente; y, por último, debe ajustarse por imperativo legal, en algunos aspectos, a normas específicas aplicables a las relaciones laborales que mantienen los titulares de los centros privados concertados con los profesores que les prestan servicios.

[11] Este requisito aparece previsto en las leyes con distinta redacción, aunque hay que interpretarlo en el sentido indicado: "Los centros privados que ofrezcan enseñanzas declaradas gratuitas por esta ley" [art. 116.1 LODE]; y "el régimen de conciertos educativos…[…]…implica…[…]…, la obligación de impartir las enseñanzas objeto de los mismos".

4.1. Límites a las facultades organizativas del titular del centro

El sometimiento del titular del centro al régimen establecido para los conciertos educativos implica la aceptación por el mismo de unos límites a su poder de organización del centro que afecta, tanto a las posibilidades de dotar el centro de órganos de gobierno y gestión, a su funcionamiento y a la atribución de las funciones que corresponde desempeñar a dichos órganos. La LODE obliga a que los centros privados concertados tengan, al menos, dos órganos colegiados: Consejo Escolar y Claustro de Profesores [art. 5.1.1]. Y lo mismo indica la LOE al regular la participación en el funcionamiento y gobierno de los centros privados concertados [art. 119.5]. El Consejo Escolar y el Claustro de Profesores son considerados órganos colegiados de gobierno[12] y también de participación del Profesorado [art. 119 LOE]. Igualmente, la ley establece la composición del Consejo Escolar, reglas de funcionamiento de renovación parcial [art. 56 LODE], y funciones que le corresponde [art. 57], preceptos que deben ser observados por el titular.

Por otro lado, viene impuesto al titular del centro el establecimiento de la figura del director del centro, como órgano de gobierno unipersonal con sus correspondientes funciones [art. 54. 1 y 2 LODE]. Establece la ley la duración (tres años) del mandato del director de los centros concertados, precisando informe previo del Consejo Escolar para su nombramiento por el titular del centro, que también dispone de potestad para su destitución cuando existan razones justificadas de lo que dará cuenta a dicho órgano colegiado [art. 59 LODE].

La regulación vigente del cargo de director del centro respeta el contenido esencial del derecho del titular del centro a dirigir el centro docente. Esta regulación ha sido retocada en sucesivas modificaciones[13] siendo la de mayor

[12] Así hay que deducirlo del art. 54.3 LODE cuando se refiere "a los demás órganos colegiados, tanto unipersonales como colegiados", pues no hay en el precepto actualmente una mención expresa y directa a que son órganos de gobierno. En la versión original de la LODE si se establecía en el art. 54.1 que eran "órganos de gobierno", pero en la nueva redacción del precepto dada por la disposición final 1ª.3 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación (hoy derogada), que dio nueva redacción a dicho precepto, se suprimió la expresión "órganos colegiados".

[13] En su primera redacción el art. 59 establecía lo siguiente: "1. El Director de los centros concertados será designado previo acuerdo entre el titular y el consejo escolar, de entre profesores del centro con un año de permanencia en el mismo o tres de docencia en otro centro docente de la misma entidad titular. El acuerdo del consejo escolar del centro será adoptado por mayoría absoluta de sus miembros. 2. En caso de desacuerdo, el director será designado por el Consejo Escolar del centro de entre una terna de Profesores propuesta por el titular. Dichos profesores deberán reunir las condiciones establecidas en el apartado anterior. El acuerdo del Consejo Escolar del centro será

calado la efectuada por la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la mejora de la calidad educativa, que ha ampliado de manera considerable las facultades de actuación del titular del centro en lo que se refiere al nombramiento y cese del director, al no tener que depender para que se ejecute su voluntad del acuerdo con el Consejo Escolar como sucedía con las anteriores regulaciones ni exigirse al director requisitos específicos.

4.2. Límites al derecho a realizar actividades y prestar servicios a título lucrativo

Tiene declarado el Tribunal Constitucional que el establecimiento de un módulo económico para los centros concertados no coarta ni limita la libertad de enseñanza -ni en su manifestación de libertad de creación de centros-, pues contribuye a crear un mecanismo favorable a su ejercicio; y, por la misma razón, tampoco resulta vulnerada la libertad de empresa reconocida en el art. 38 CE, pues la creación de centros educativos resultaría favorecida por la posibilidad de opción de acogerse o no al régimen de conciertos [STC 77/1985, FJ. nº 12].

Con ser cierto tal razonamiento, lo que no es menos cierto es que la opción del titular de un centro privado por el régimen de conciertos produce también la sujeción a unos límites de las potestades que tiene como empresario de la determinación de unos precios por la prestación de servicios, que le reporten un beneficio económico. Por imperativo legal el régimen de conciertos obliga a impartir gratuitamente las enseñanzas objeto de los mismos [art. 51.1 LODE].

Los límites que se imponen a las potestades empresariales del titular del centro privado concertado alcanzan también a otras actividades o servicios de los centros que no están financiadas por el concierto, como son las actividades

adoptado por mayoría absoluta de sus miembros. 3. El mandato del Director tendrá una duración de tres años. 4. El cese del Director requerirá el acuerdo entre la titularidad y el Consejo Escolar del centro". Esta regulación fue considerada constitucional y respetuosa con el contenido esencial del derecho del titular del centro a dirigir el mismo [STC 77/1985, FJ. nº 22]. Tanto en lo que se refiere a la designación y cese del director al salvaguardar la capacidad decisoria del titular - y a pesar de que se exigía el acuerdo como el Consejo Escolar-; como en lo que se refiere a las condiciones que debía reunir el director, al garantizarse cualificación pedagógica y experiencia docente, exigencia acorde con los fines constitucionalmente señalados a la actividad educativa; como a la duración del mandato por garantizar una mínima continuidad y estabilidad, lo que está también de acuerdo con la consecución de los fines de la actividad educativa.

Posteriormente, este articulo ha tenido nuevas redacciones con las modificaciones efectuadas por la disposición final 1.6 de la Ley Orgánica 9/1995, de 20 de noviembre, de la participación, la evaluación y el gobierno de los centros docentes, y la disposición final 1.7 de la Ley Orgánica 10/2002, de 23 de diciembre, de Calidad de la Educación.

complementarias, las actividades extraescolares y los servicios escolares. Actividades y servicios que, por su prestación, no pueden tener carácter lucrativo [art. 51.2 LODE]. A tales efectos, el cobro de cualquier actividad complementaria deberá ser autorizada por la Administración educativa correspondiente, a propuesta del Consejo Escolar; órgano que también tiene atribuida la función de aprobar, a propuesta del titular del centro, las aportaciones de las familias para la realización de actividades extraescolares y servicios escolares [art. 51.3 y art. 57 g) e i) LODE]. Por tanto, no solamente se limita el derecho a la obtención de un beneficio económico, sino que también se somete, a la aprobación de otros sujetos distintos al titular del centro, el establecimiento de las correspondientes cuotas para prestar actividades complementarias, extraescolares y servicios escolares. Se considera que estas actividades constituyen un conjunto que hace posible la formación total del alumno, o bien de modo directo o bien con carácter instrumental [STC 77/1985, FJ. nº 13].

La imposición legal del carácter no lucrativo por la prestación de este tipo de actividades y servicios, no las considera el Tribunal Constitucional contrarias a la Constitución, pues a través del sistema de conciertos, el legislador, al mismo tiempo que garantiza que la enseñanza se imparte en condiciones de gratuidad, puede imponer el carácter no lucrativo de las actividades indicadas. No puede invocarse derecho alguno basado en derechos fundamentales o en normas constitucionales de otro género en favor de un supuesto beneficio empresarial derivado de actividades en los centros concertados [STC 77/1985, FJ. nº 13]. Ahora bien, la imposibilidad de tener carácter lucrativo no puede entenderse de una manera absoluta para todas las actividades que pueda prestar el centro concertado, pues "un Centro que haya aceptado el régimen de conciertos sí podrá desempeñar otras actividades docentes con carácter lucrativo fuera del nivel de enseñanza sometido a concierto" [STC 77/1985, FJ. nº 13].

4.3. Límites de las facultades del titular del centro concertado para la selección y el despido del profesorado

Previene el art. 60.5 LODE que "la Administración educativa competente verificará que los procedimientos de selección y despido del profesorado se realice de acuerdo con lo dispuesto en los apartados anteriores y podrá desarrollar las condiciones de aplicación de estos procedimientos". Por otro lado, establece el art. 62.2, d) LODE que es causa de incumplimiento grave del concierto por parte del titular "separarse del procedimiento de selección y despido del profesorado establecido en los artículos precedentes". Esta causa de incumplimiento ya estaba prevista en el texto original de la LODE y la modificación realizada por

la disposición final 1.10 de Ley Orgánica 2/2006 lo que hizo fue calificar los distintos incumplimientos que estaban previsto de forma general.

Llama poderosamente la atención el mantenimiento en la ley de estos dos preceptos, porque son absolutamente ineficaces y no tienen sentido alguno. Podrían tenerlos con la regulación original de la LODE, pero no en la actualidad. Como se tendrá ocasión de comprobar a continuación carecen de referencia normativa para ser aplicados, dado que los procedimientos a los que se refieren no existen en la norma actualmente. Más exactamente hay una mínima regulación aplicable a la selección del profesorado, y ninguna regulación que pueda ser aplicable a los despidos.

La última reforma legislativa realizada por la Ley Orgánica 8/2013, de 9 de diciembre, para la reforma de la calidad educativa, ha ampliado notablemente las potestades del titular del centro en la aplicación de las mencionadas instituciones (selección y despido).

4.3.1 Límites a las facultades de selección del profesorado

La práctica totalidad de las limitaciones que la legislación vigente impone al titular del centro concertado para la selección del profesorado se reducen al anuncio público de la existencia de las vacantes que se produzcan [art. 60.1 LODE] y a la observancia de los principios de mérito y capacidad en su provisión, a los que atenderán los criterios de selección que tienen que establecer mediante acuerdo el Consejo Escolar del centro y el titular del mismo [art. 60.2 LODE]. Una vez hecha la selección por el titular del centro, junto con el director, dará cuenta al Consejo Escolar. Estas reglas son las que impone en la actualidad el art. 60 LODE para la selección del profesorado en los centros privados concertados. Si se observa, los principios que rigen la selección del profesorado para la provisión de las vacantes son los mismo que impone la Constitución para la cobertura de los puestos de trabajo en el ámbito del empleo público.

La facultad de seleccionar al profesorado que se estime más idóneo forma parte del derecho a crear y dirigir centros docentes que nuestra Constitución consagra [STC 77/1985, FJ. nº 24]. Este derecho puede ser limitado por el legislador al tener que garantizar el derecho de los profesores (padres y, en su caso, los alumnos), a intervenir en el control y gestión de los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos [STC 77/1985, FJ. nº 24]. La regulación que puede hacer el legislador puede ser más o menos restrictiva, pero siempre tendrá que respetar el contenido esencial de los derechos el titular del centro y de los miembros de la comunidad educativa. En este sentido, se puede afirmar

que el hecho de que la ley obligue, para establecer los criterios de selección, a alcanzar un acuerdo entre el Consejo Escolar y el titular del centro, en modo alguno puede suponer una limitación contraria a la Constitución, pues "siempre que tal concurrencia de voluntades se produzca, la facultad del titular se habrá visto condicionada y restringida en su ejercicio pero en modo alguno suprimida" [STC 77/1985, FJ. nº 24]. La posible privación de la facultad del titular se dará sólo si, en contra de su voluntad, se acordara la contratación o se le impidiese llevarla a cabo.

Esta doctrina se formuló por el Tribunal Constitucional con ocasión de la resolución del recurso previo de inconstitucionalidad de que fue objeto el proyecto de Ley Orgánica reguladora del Derecho a la Educación (LODE), que, ciertamente, contenía una regulación mucho más restrictiva de las facultades del titular del centro concertado que la vigente en la actualidad. En la primera versión de la LODE, los poderes del empresario titular del centro concertado en la selección del profesorado estaba más condicionada pues además de las limitaciones señaladas, era preciso que el Consejo Escolar designara una Comisión de Selección (integrada por el Director, dos profesores y dos padres de alumnos) para seleccionar a los candidatos más idóneos y realizar al titular del centro una propuesta motivada. Y si existía desacuerdo entre el Consejo Escolar y el titular del centro respecto de los criterios de selección o disconformidad fundada entre la propuesta realizada por la Comisión de Selección y el titular, podría actuar la Comisión de Conciliación, regulada en el art 61 LODE, que debe adoptar sus acuerdos por unanimidad.

Como se ha podido comprobar, las reglas legales que rigen para la selección del profesorado son escasamente relevantes como para poder hablar de la existencia de procedimientos de selección del profesorado que debe verificar la Administración educativa competente, tal como se indica en el art. 60.5 LODE, y para que pueda sancionarse como incumplimiento del concierto, el hecho de no haber seguido el procedimiento de selección del profesorado. Lo que puede entenderse como procedimiento se limita a observar unos principios -publicidad, mérito y capacidad- conforme a unos criterios pactados entre el Consejo Escolar y el titular del centro, que es el que tiene la facultad para proceder a la selección del profesorado, junto con el Director, dando cuenta la Consejo Escolar.

4.3.2 Inexistencia de procedimiento legal específico de despido

Algo similar a lo visto con la selección del profesorado sucede en lo que se refiere al despido. Aunque el art. 60.5 LODE establezca que la Administración educativa competente verificará que los procedimientos de despido del

profesorado se realicen de acuerdo con lo previsto en los apartados anteriores, en estos no existe ni rastro de procedimiento alguno de despido.

Someter a la facultad del titular de despedir al profesorado a un procedimiento como el que inicialmente se regulaba en la LODE no desnaturaliza las facultades del titular si se respeta su decisión en último término [STC 77/1985, F: nº 25]. La redacción de norma anterior a la vigente establecía que para poder realizar el despido de los profesores se requería el pronunciamiento previo del Consejo Escolar del centro mediante acuerdo motivado, adoptado por la mayoría absoluta de sus miembros; y, en caso de que dicho acuerdo fuera desfavorable, debía reunirse inmediatamente la Comisión de Conciliación que se regula en el art. 61 LODE, que debe adoptar sus acuerdos por unanimidad. La intervención del Consejo Escolar y de la Comisión de Conciliación no impedía la decisión del titular de despedir, que posteriormente podía ser revisada por la jurisdicción laboral.

La única protección específica -e indirecta- que puede actuar frente al despido de los profesores en centros concertados es la tipificación como incumplimiento leve del concierto, "proceder a los despidos del profesorado cuando aquéllos hayan sido declarados improcedentes por sentencia de la jurisdicción competente" [art. 62.1, c) LODE]. Prescripción que, a nuestro juicio, en una correcta interpretación requiere tener en cuenta que no solamente haya sido declarado improcedente el despido sino que el empresario haya optado por la indemnización y no por la readmisión.

Como sucede en el caso de la selección del profesorado en el despido no se puede hablar de procedimiento para los despidos como se indica en el art 60.5 LODE, sencillamente por no existe nada previsto.

4.4. La publificación del régimen salarial del profesorado

Con independencia de que mediante convenio colectivo se pueda determinar y su estructura, el sometimiento al régimen de conciertos conlleva la aplicación de normas que afectan al régimen salarial en diversos aspectos. Por una parte, supone una garantía para el titular del centro y para el profesorado en cuanto al cumplimiento de las prestaciones económicas derivadas del contrato de trabajo, al estar prevista legalmente la financiación pública del mismo y el pago delegado del salario por las Administraciones Públicas. Por otra parte, el módulo económico fija el gasto máximo que pueden atender los fondos públicos, limitando la responsabilidad de las Administraciones Públicas. Por último, la publificación del régimen salarial se observa cuando se toma como referencia la remuneración

del profesorado de la enseñanza pública, a la que se debe tender con la finalidad de su equiparación, pero también para fijar límites a los incrementos retributivos que pueden afrontar los presupuestos de las Administraciones Públicas.

4.4.1 El módulo económico como límite máximo de responsabilidad de las Administraciones Públicas en materia salarial

La financiación de los centros privados concertados con fondos públicos se viabiliza mediante la determinación del importe de un módulo económico por unidad escolar en los Presupuestos Generales del Estado y, en su caso, en los de la Comunidades Autónomas [art. 117.2 LOE][14]. El módulo está integrado por tres apartados que incluyen[15], en relación con el profesorado, los salarios, incluidas las cotizaciones por cuota patronal a la Seguridad Social, y otros gastos de diversa índole que alcanzan incluso al coste del crédito horario que como garantía para el ejercicio de la función representativa se establece en el art. 68 E.T..

Prescribe la ley que las cantidades correspondientes a los salarios del personal docente posibilitarán la equiparación gradual de su remuneración con las del profesorado público de las respectivas etapas [art. 117.3 LOE]. Esta

[14] Art. 14.4, párrafo 1º, Ley 48/2015, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016: "En el ámbito de sus competencias, las Administraciones Públicas educativas podrán fijar las relaciones profesor/unidad concertada adecuadas para impartir el plan de estudios de cada nivel objeto del concierto, calculadas en base a jornadas de profesor con veinticinco horas lectivas semanales". Esta disposición está predeterminando o condicionando la distribución de la jornada que pueda pactarse para el profesorado de los centros privados concertados. Idéntica previsión legal se puede encontrar en las anteriores leyes presupuestarias del Estado. Así, art. 15.3, párrafo 1º, Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de PGE para 2014; art. 15.3, párrafo 1º, Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de PGE para 2015.

[15] Los apartados que conforme al art. 117.3 LOE integran el módulo económico son: a) Los salarios del personal docente, incluidas las cotizaciones por cuota patronal a la Seguridad Social que correspondan a los titulares de los centros. b) Las cantidades asignadas a otros gastos, que comprenderán las de personal de administración y servicios, las ordinarias de mantenimiento, conservación y funcionamiento, así como las cantidades que correspondan a la reposición de inversiones reales. Asimismo, podrán considerarse las derivadas del ejercicio de la función directiva no docente. En ningún caso, se computarán intereses del capital propio. Las citadas cantidades se fijarán con criterios análogos a los aplicados a los centros públicos. c) Las cantidades pertinentes para atender el pago de los conceptos de antigüedad del personal docente de los centros privados concertados y consiguiente repercusión en las cuotas de la Seguridad Social; pago de las sustituciones del profesorado y los derivados del ejercicio de la función directiva docente; pago de las obligaciones derivadas del ejercicio de las garantías reconocidas a los representantes legales de los trabajadores según lo establecido en el artículo 68 del Estatuto de los Trabajadores. Tales cantidades se recogerán en un fondo general que se distribuirá de forma individualizada entre el personal docente de los centros privados concertados, de acuerdo con las circunstancias que concurran en cada profesor y aplicando criterios análogos a los fijados para el profesorado de los centros públicos.

previsión legal constituye un mandato que no implica la equiparación inmediata, sino en la medida en que los presupuestos de las Administraciones Públicas vayan contemplando los incrementos necesarios para alcanzar dicha equiparación. Tal es así que el legislador impone límites que garantizan que no se va a producir alteración en el importe de los módulos económicos previstos anualmente en los presupuestos de las Administraciones Públicas[16]. En este sentido, el art. 117.6 LOE establece la imposibilidad de que la Administración pueda asumir alteraciones de los gastos de personal y costes laborales del profesorado, derivados de convenios colectivos que superen el porcentaje de incremento global de las cantidades correspondientes a salarios. En consonancia con ello las sucesivas Leyes de Presupuestos Generales del Estado vienen recogiendo en su articulado la imposibilidad de que la Administración asuma los incrementos retributivos, la reducciones horarias, o cualquier otra circunstancia que conduzca a superar lo previsto en los módulos económicos; y, asimismo, la Administración no asumirá los incrementos retributivos, fijados por convenio colectivo, que supongan un porcentaje superior al incremento establecido para el profesorado de la enseñanza pública en los distintos niveles de la enseñanza, salvo que, en aras a la consecución de la equiparación gradual antes señalada en el art. 117.4 LOE, se produzca su reconocimiento expreso por la Administración y la consiguiente consignación presupuestaria[17].

La jurisprudencia se ha venido pronunciando desde hace tiempo sobre la naturaleza jurídica que corresponde a la responsabilidad de la Administración Pública respecto de los salarios de los profesores de los centros concertados. De forma unánime y reiterada afirma que la Administración Pública responde frente a los profesores de las deudas salariales generadas por la actividad laboral y docente de éstos, aun cuando no asuma el papel de empresario y no sea parte de la relación laboral limitándose su obligación a una suerte de pago delegado. Pero esta responsabilidad no es absoluta sino que está limitada por la cuantía de la que están dotados los módulos, a cuyo pago se compromete la Administración y aceptan los centros privados que deciden acogerse al régimen de conciertos; de forma que las posibles alteraciones salariales que se puedan producir mediante pactos colectivos entre empresas y trabajadores, bien por incrementar los conceptos salariales ya regulados por la norma convencional, bien por crear otros nuevos, solo podrán ser asumidos por la Administración en tanto no superen el

[16] Salvo supuestos de centros privados concertados que escolaricen alumnos con necesidad específica de apoyo educativo, en los que la LOE permite incrementar los módulos en proporción mayor a la establecida con carácter general o para la zona en la que se ubiquen [art. 117.7].

[17] Cfr. Art. 14.4, párrafos 2º y 3º, Ley 48/2015, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016; art. 15.3, párrafos 2º y 3º, Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de PGE para 2014; art. 15.3, párrafos 2º y 3º, Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de PGE para 2015.

citado límite legal [SSTS, Social, 18-5-2005, Rec. 149/2002; 21-12-2011, Rec. 2/2011; 24-9-2012, Rec. 127/2011, 12-11-2012, Rec. 84/2011, entre otras]. Así pues, el legislador ha determinado, a través de los módulos, el límite máximo de la responsabilidad que incumbe a la Administración; y dicho límite no puede ser alterado por una decisión tomada por las partes negociadoras del convenio colectivo [STS, Social, 21-12-2011, Rec. 2/2011][18].

El límite máximo de responsabilidad salarial derivado del módulo económico opera aun en el caso de que se haya producido una reducción del mismo por vía presupuestaria, con posterioridad a la negociación del convenio colectivo. En este supuesto queda eximida la Administración Pública de asumir las cantidades pactadas en convenio colectivo que superen el módulo, pues "la responsabilidad del pago por parte de la Administración Pública no deriva del convenio, sino de las disposiciones legales…" [SSTS, Social, 18-5-2005, Rec. 149/2002; 21-12-2011, Rec. 2/2011; 24-9-2012, Rec. 127/2011, 12-11-2012, Rec. 84/2011, entre otras]. Por tanto, para esta doctrina, las partes son libres de pactar las modificaciones retributivas que estimen oportunas cualquiera que sea el momento en que se produzca la negociación colectiva, pero sabiendo que los acuerdos a los que lleguen llevarán implícitos, en todo caso, la obligación de la empresa empleadora de asumir en exclusiva las cantidades que excedan de los módulos legales, al no existir norma que obligue a la Administración a ampliar el límite presupuestario establecido [SSTS, Social, 18-5-2005, Rec. 149/2002; 21-12-2011, Rec. 2/2011; 24-9-2012, Rec. 127/2011, 12-11-2012, Rec. 84/2011, entre otras[19]].

Esta doctrina fue posteriormente modificada siendo mayoritaria la jurisprudencia que somete el contenido del convenio colectivo a lo que disponga la ley aunque sea posterior, destacando la vinculación existente entre los módulos económicos previstos en los presupuestos y lo pactado en el convenio colectivo

[18] Cfr. García-Nuñez Serrano, F., "La responsabilidad de la Administración Pública en el pago de los salarios a los profesores de centros de enseñanza concertados", Revista Doctrinal Aranzadi Social, nº 2/2003, págs., 2907-2911.

[19] La SSTS, Social, 24-9-2012, Rec. 127/2011 y 12-11-2012, Rec. 84/2011, se dictan en litigios en los que la Administración de la Comunidad Autónoma del País Vasco, redujo el importe de los salarios del profesorado pactados en convenio colectivo anterior a la Ley 3/2010, de 24 de junio, dictada por el Parlamento autonómico, cuya disposición adicional séptima determinó la minoración del módulo económico de los centros educativos concertados.

Cfr. Al respecto Camas Roda, F., "La afectación de los recortes legales presupuestarios a las retribuciones del personal de los centros de enseñanza concertados", Revista Doctrinal Aranzadi Social nº 5/2011, págs.. 77-86; y Marín Correa, J.M., "Negociación colectiva y medidas de restricción del gasto público. Empresas privadas que gozan de subvención(1), Actualidad Laboral, Tomo I, 2011, págs.. 1456-1458.

[STS, Social, 31-1-12, Rec. 184/2010, entre otras]. En esta cuestión nos detendremos más adelante.

4.4.2 La paga extraordinaria de antigüedad y su problemática

Se trata de una remuneración que no ha dejado de generar litigios desde que aparece pactada en el convenio colectivo. Si inicialmente la polémica giraba en torno a su naturaleza salarial, posteriormente se ha trasladado a otros aspectos como sometimiento al acuerdo con las Comunidades Autónomas para su percepción. Con ocasión de aplicación de lo previsto en el IV Convenio Colectivo de Empresas de Enseñanza Privada sostenidas total o parcialmente con Fondos Públicos, se planteó el problema de tener que determinar la naturaleza jurídica de la "paga extraordinaria de antigüedad" en la empresa, al existir discrepancias en cuanto a su carácter salarial. El art. 61 de este convenio establecía que "los trabajadores que cumplan 25 años de antigüedad en la empresa tendrán derecho a una paga cuyo importe será equivalente al de una mensualidad extraordinaria por cada quinquenio cumplido". El Tribunal Supremo resolvió la cuestión concluyendo en su naturaleza salarial que procede no solo de su inclusión o regulación en el título de convenio correspondiente a las retribuciones, sino también por su perfecto encuadre en los arts. 25 y 26 del Estatuto de los Trabajadores, conforme a los cuales el salario retribuye la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena y, el trabajador, en función del trabajo desarrollado, tratándose de un complemento salarial fijado en función del tiempo de la prestación de servicios por cada trabajador [STS, Social, 9-5-2003, Rec. 90/2002][20].

20 Cfr. Valverde Asencio, A.J., "La peculiar relación de trabajo de los profesores de enseñanza privada concertada: en particular sobre su régimen salarial. La paga extraordinaria de antigüedad", Temas Laborales, nº 72/2004, págs.. 291-309. Este autor criticó en su momento la STS, Social, de 9-5-2003, porque no entra a analizar más que el carácter salarial de dicha paga para atribuir la condición de responsable de su pago a la Administración, sin detenerse en cuestiones realmente sustanciales como la responsabilidad de los centros, los condicionantes que puede tener la misma en el necesario sometimiento a los límites presupuestarios que afectan a los módulos del concierto o la dinámica de la propia paga.

Con posterioridad, los Convenios Colectivos V[21] y VI[22], continúan recogiendo la paga extraordinaria de antigüedad si bien la disposición adicional 8ª de estos convenios establece que para su percepción se precisan suscribir Acuerdos con las Comunidades Autónomas o estar previsto en Instrucciones o Resoluciones de la Administración competente. Por tanto, no es suficiente con la previsión contenida en el convenio colectivo. Si no se produce una asunción de la responsabilidad en el pago por parte de la Administración autonómica correspondiente, actualmente por la vía del Acuerdo o, en su caso, de manera unilateral (porque exista una norma que la vincule), no es posible su precepción. De tal forma, que en el supuesto de que una Ley Presupuestaria Autonómica prohíba suscribir acuerdos o dictar Instrucciones o Resoluciones para el abono de la paga extra de antigüedad en la empresa, no es posible en vía judicial declarar el derecho de los trabajadores a dicha paga, previa habilitación de la oportuna partida presupuestaria[23].

[21] Publicado en el BOE de 17-enero-2007, en cuyo art 61 se establece que "los trabajadores que cumplan 25 años de antigüedad en la empresa, tendrán derecho a una única paga cuyo importe será equivalente al de una mensualidad extraordinaria por cada quinquenio cumplido. Sin perjuicio del derecho establecido en el párrafo anterior, el procedimiento y calendario de abono de esta paga respecto al personal en régimen de pago delegado en los niveles concertados, será conforme a los Acuerdos autonómicos que se suscriban conforme a lo establecido en la Disposición Adicional octava del presente Convenio o en las Instrucciones o resoluciones que dicte la Administración educativa competente sobre dicho régimen". En este convenio la paga se contempla sin distinción de si se trata o no de personal que percibe su salario mediante pago delegado.

[22] Publicado en el BOE de 17-agosto-2013. Este convenio regula específicamente en el art. 62 bis la "Paga Extraordinaria por antigüedad en la empresa del personal docente en pago delegado" estableciendo que "Sin perjuicio del derecho establecido en el artículo anterior, el personal en régimen de pago delegado percibirá este salario directamente de las Administraciones educativas a través del pago delegado en función de las disponibilidades presupuestarias de los módulos de conciertos. Para facilitar el abono se estará a lo dispuesto en la disposición adicional octava, apartado 3.b), y disposición transitoria octava. El abono estará condicionado a que el mismo sea efectuado por la Administración educativa correspondiente Las empresas, por tanto, no abonarán cantidad alguna por este concepto. En todo caso, las resoluciones o instrucciones de la Administración competente o los acuerdos suscritos respetarán los derechos de los trabajadores que se hayan generado durante el periodo de aplazamiento".

[23] Así sucedió con el litigio de resolvió, en procedimiento de conflicto colectivo, la STSJ Galicia, 22-6-2012, que declaró el derecho de los trabajadores a la paga extraordinaria de antigüedad, previa habilitación de la oportuna partida presupuestaria. Dicha sentencia resultó revocada por la STS, Social, 11-6-2013, Rec. 65/2012, que tuvo en cuenta que la Administración educativa no podía contravenir la prohibición establecida por la Ley Presupuestaria Autonómica, con independencia de que el convenio colectivo no puede imponer una obligación a un tercero, la Administración educativa, no presente en la negociación. Esta misma doctrina es la seguida por las SSTSJ Galicia, A Coruña, 14-5-2015, Rec. 3585/2013; 12-6-2015, Rec 4707/2013; 12-6-2015, Rec. 4729/2013; 12-6-2015, Rec. 54/2014: 11-3-2016, Rec. 922/2015. Este mismo TSJ de Galicia dictó sentencias contradictorias, en asuntos idénticos en cuanto al objeto del litigio, sobre la posibilidad de pronunciar condena de futuro: la STSJ Galicia, A Coruña, 12-6-2015, Rec. 15/2014, en contra de la

Se ha planeado alguna discrepancia en cuanto al plazo de prescripción que tienen los profesores para solicitar la paga extraordinaria de antigüedad, cuando la Administración responsable del pago establece un plazo específico en la resolución que dicta para regular el procedimiento para su percepción. Las decisiones de los Tribunales Superiores de Justicia que hemos analizado resuelven mayoritariamente el asunto aplicando el plazo de prescripción que se establece en el art. 59.2 ET y no el determinado por la Administración. Considera la posición mayoritaria, con la que coincidimos, que se estaría vulnerando dicho precepto estatutario que es el que rige para el ejercicio de acciones en reclamación de cantidad, con independencia de que el hecho de que el convenio colectivo prescriba para el abono de la citada paga que se suscriba un Acuerdo con la Comunidad Autónoma, ello solo afecta al procedimiento y al calendario de abono[24]. Recientemente el Tribunal Supremo ha venido a ratificar la posición mayoritaria indicada, considerando que el plazo para reclamar la paga extraordinaria de antigüedad en la empresa es el establecido en el art. 59 ET desde que la acción pudiera ejercitarse [STS, Social, 1-4-2016, Rec. 3392/2014][25].

En el convenio colectivo vigente de la paga extraordinaria de antigüedad en la empresa del personal docente que percibe sus salarios mediante pago delegado regula esa retribución de forma específica y separada del resto del personal. Por otra parte, trata de garantizar el derecho de los profesores a su percepción, pues al tiempo que condiciona su abono a las limitaciones presupuestarias de los módulos de conciertos, prescribe la obligación de las Administraciones de respetar los derechos de los trabajadores generados durante su aplazamiento [art. 62.bis][26].

doctrina ya conocida del Tribunal Supremo, pronunció condena de futuro para la Administración educativa, a cumplir cuando la "Ley de Presupuestos de la Comunidad Autónoma habilite partida presupuestaria para su abono, en el caso de que se produzca"; contrariamente, la STSJ Galicia, A Coruña, 12-6-2015, Rec. 164/2014, revocó la sentencia de instancia recurrida al considerar que no era factible en derecho una condena de futuro al ser contrario a los principios de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva.

[24] STSJ Andalucía, Málaga, 22-10-2015, Rec. 1147/2015; STSJ Andalucía, Granada, 24-5-2012, Rec. 682/2012: STSJ Andalucía, Sevilla 11-12-2014, Rec. 2004/2013. En sentido contrario, admitiendo como plazo de prescripción el determinado por la Administración, STSJ Andalucía, Sevilla, 5-3-2014, Rec. 5/2013, porque, entiende esta sentencia que "ni la Administración es la empleadora del actor, ni le es aplicable el convenio, estando obligada al cumplimiento de sus propias resoluciones"-

[25] Se dicta esta sentencia en recurso se casación para la unificación de doctrina contra la STSJ Andalucía, Sevilla, 11-6-2016, Rec. 910/2014.

[26] No obstante, previsión como la que se indica pueden está en la línea y pueden ayudar a resolver situaciones como la que se ocupa la STSJ Galicia, A Coruña, 28-3-2016, Rec. 3303/2015, asunto en el que la actora teniendo derecho en el año 2011 a su percepción, no le fue abonada la paga por la Administración por haberse agotado la partida presupuestaria que no llegó a alcanzar el orden de prelación de la demandante, habiéndola solicitado de nuevo en el año 2014. La sentencia

Cláusula que, obviamente, no vincula a las Administraciones competentes más allá de lo que puedan pactar en el Acuerdo autonómico que tenga que suscribir con las organizaciones empresariales para su abono, al no ser parte en el convenio colectivo.

5. PECULIARIDADES EN MATERIA DE NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Se puede afirmar que en la negociación colectiva en el ámbito de la enseñanza privada concertada concurren una serie de peculiaridades que afectan al contenido de la negociación, que no se identifican en otros ámbitos de la actividad productiva, y que derivan, por una parte, de la existencia de una normativa legal que impone y, en todo caso, orienta el resultado de la negociación, y, de otra, de la voluntad de las partes a la hora de diseñar las unidades de negociación. Si atendemos a las disposiciones legales aplicables, a la hora de negociar las partes deben tener en cuenta, entre otros aspectos, el importe de los módulos económicos afectos a los conciertos que figuran en las Leyes de Presupuestos del Estado y, en su caso, en las Leyes de Presupuestos de la Comunidades Autónomas, el pago delegado de los salarios por la Administración, la posibilidad de equiparación gradual de la remuneración del personal docente con el profesorado de la enseñanza pública, lo que puede llevar a que se desarrolle una estructura de la negociación colectiva que requiere de la intervención de un tercero (Administración Pública Educativa) para que puedan aplicarse los pactos concluidos en los convenios colectivos. Si atendemos a la capacidad de las partes para determinar libremente el ámbito de negociación del convenio colectivo, encontramos que, en un mismo convenio, se pueden regular aspectos de las relaciones laborales aplicables al personal docente que está afectado en el desempeño de su función por el concierto educativo, con aquellos que se refieren al profesorado y resto de personal que no tiene vinculación al concierto. Así, se puede comprobar como el Convenio Colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, incluye en su ámbito funcional a las empresas de titularidad privada que al menos impartan un nivel educativo sostenido total o parcialmente con fondos públicos; y en el ámbito personal incluye a quienes estén en régimen de contrato de trabajo y presten servicios por cuenta ajena para una empresa educativa cualquiera que sea la titularidad privada de la misma. No queda, pues, limitado su ámbito de aplicación solamente al profesorado que esté afectado por el concierto educativo para el que existen frecuentes previsiones específicas.

condiciona la condena de que fue objeto la Administración en la instancia, a que ésta acredite, en ejecución de sentencia, que la partida presupuestaria quedó agotada antes de llegar al orden de prelación de la actora.

El análisis que hemos realizado ha tomado como referencia el VI Convenio Colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, publicado en el BOE de 17 de agosto de 2013[27].

5.1. Estructura de la negociación colectiva

El ámbito territorial de negociación por excelencia en las empresas de enseñanza privada concertada es el estatal. No obstante, se pueden constituir otras unidades de negociación que se correspondan con ámbitos territoriales inferiores y, de hecho, el VI Convenio Colectivo, prevé la posibilidad de que en aquellas Comunidades Autónomas que tengan competencias exclusivas o competencias plenas transferidas en materia de educación podrán negociarse convenios colectivos para aplicarlos en su ámbito territorial. Rige también, y así está previsto en el VI Convenio Colectivo, la regla del art. 84.2 E.T., sobre la prioridad aplicativa del convenio colectivo de empresa o de grupos de empresas.

Con independencia de estos ámbitos de negociación está previsto en el Convenio Colectivo la posibilidad de pactar Acuerdos Autonómicos sobre materias concretas para hacer posible la aplicación de lo previsto en el mismo[28].

[27] Este Convenio Colectivo ha sido objeto de impugnación por el sindicato CC.OO, habiéndose seguido procedimiento ante la Audiencia Nacional que dictó sentencia el 24-4-2013, que ha sido publicada en el BOE de 7-3-2015.

[28] La disposición adicional octava de VI Convenio Colectivo establece: "En virtud de lo establecido en al artículo 1 del presente Convenio, en las Comunidades y Ciudades Autónomas se podrán alcanzar acuerdos sobre las siguientes materias:1. Complementos retributivos para todo el personal afectado por este Convenio. El abono de estos complementos, para los profesores incluidos en la nómina de pago delegado, estará condicionado a que sea hecho efectivo por la Administración educativa correspondiente. Las empresas no abonarán directamente cantidad alguna por estos conceptos y en consecuencia no estarán obligadas a ello. 2. Configuración de las funciones directivas temporales y su correspondiente financiación. 3. Paga extraordinaria por antigüedad en le empresa: a) Procedimiento y calendario de abono de la Paga Extraordinaria por antigüedad en la empresa. Los posibles calendarios de abono que se pacten en los ámbitos autonómicos con las respectivas Administraciones educativas respecto al personal en pago delegado, podrán superar el ámbito temporal fijado para este Convenio, previo acuerdo entre las organizaciones empresariales y sindicales que alcancen la mayoría de su representatividad. En estos acuerdos podrá hacerse coincidir el devengo de los derechos con los calendarios de abono que se pacten. b) En el supuesto de aplazamiento de los efectos de la paga contemplada en el artículo 62 bis de este Convenio colectivo, se habilita a la Comisión Paritaria para proceder conforme a la legislación vigente a dicho aplazamiento, a la mayor brevedad y previa comunicación de alguna de las organizaciones firmantes de este Convenio colectivo legitimadas en el ámbito autonómico, así como al seguimiento y estudio de los acuerdos que se pudieran alcanzar en las CC.AA. En este caso en las CC.AA. las organizaciones patronales y sindicales más representativas del sector deberán firmar acuerdos sobre la Paga Extraordinaria por antigüedad en la empresa con las Administraciones educativas. Dichos acuerdos establecerán los términos en los que se adaptará la aplicación del artículo 62 en el ámbito autonómico para que la Administración educativa haga efectivo este abono. Estos acuerdos serán

Son acuerdos que pueden negociar las organizaciones empresariales y sindicales, legitimadas en los ámbitos de negociación, que alcancen la mayoría de su respectiva representatividad; y en relación con los que el convenio colectivo de ámbito estatal opera como derecho supletorio dispositivo respecto a las materias no negociadas en el ámbito autonómico. La DA 8ª relaciona una serie de materias sobre las que se pueden suscribir Acuerdos Autonómicos, que unas veces se han pactado incluyendo en el mismo acuerdo distintas materias y otras pactando sobre una sola materia.

Ahora bien, cuando estos Acuerdos Autonómicos afectan a personal que recibe sus retribuciones mediante pago delegado, se contienen previsiones específicas, que obligan a las organizaciones patronales y sindicales de mayoría representativa, a obtener la aceptación de la Administración educativa competente para que puedan ser aplicados. A estos efectos se prevé, en el VI Convenio Colectivo, la firma de acuerdos sobre procedimiento y calendario de pago de la paga extraordinaria por antigüedad en la empresa y, en su caso, para el supuesto de aplazamiento [DA 8ª.3]; e igualmente, se requiere acuerdo previo o conformidad de la Administración educativa competente, para los Acuerdos Autonómicos sobre jornada que tiendan a la reducción de la carga lectiva sin rebasar los máximos previstos en el convenio [DA 8ª.8]. Además de estos acuerdos, como después se verá, la Administración educativa puede estar presenten también en los Acuerdos sobre Mantenimiento del empleo para centros que extinguen unidades para la no renovación de los conciertos educativos.

remitidos a la Comisión Paritaria. El abono de esta paga, para los profesores incluidos en la nómina de pago delegado, estará condicionado a que sea hecho efectivo por la Administración educativa correspondiente. Las empresas no abonarán directamente cantidad alguna por estos conceptos y en consecuencia no estarán obligadas a ello. 4. Acuerdos de Mantenimiento del empleo para centros que extinguen unidades por la no renovación de conciertos educativos. 5. Acuerdos sobre Equipos Educativos. 6. Acumulación de horas por lactancia. 7. Medidas que favorezcan la jubilación, tanto parcial como total, de los trabajadores. 8. Las partes negociadoras del presente Convenio colectivo, consideran un signo de calidad la reducción progresiva de la carga lectiva del profesorado, por ello, en el marco de lo establecido en esta disposición, también podrán alcanzarse acuerdos sobre jornada, sin que en ningún caso, se rebasen los máximos previstos en el artículo 26 de este Convenio. En aquellos territorios en los que no exista acuerdo sobre esta materia, será de aplicación el artículo 26 de este Convenio. Estos acuerdos que formarán parte de este Convenio, para su efectividad deberán ser tomados por las organizaciones empresariales y sindicales por mayoría de su respectiva representatividad y deberán contar con el acuerdo previo o conformidad de la Administración educativa competente. Dichos acuerdos deberán ser enviados a la Comisión Paritaria del Convenio, para que proceda a depositarlos ante el organismo competente y su posterior publicación en el BOE".

5.2. Legitimación para negociar y la condición de tercero de la Administración educativa

Son de aplicación las reglas que se establecen en los arts. 87, 88 y 89 E.T., si bien hay que tener en cuenta que el cómputo de la representatividad se realiza sobre ámbito constituido por las empresas que impartan, al menos, un nivel educativo sostenido total o parcialmente con fondos públicos. Por consiguiente, aquellas organizaciones empresariales o sindicales que reúnan los requisitos de legitimación podrán ser partes en la negociación de acuerdo con los preceptos estatutarios indicados. Lo mismo se requerirá para el supuesto de que el convenio colectivo que pueda firmarse es de empresa o grupo de empresas.

En ningún caso es parte del convenio colectivo la Administración educativa, lo que no impide que pueda resultar afectada con lo que se pacte en el convenio colectivo, y ostentar la condición de "tercero" a efectos de poder impugnar el mismo por causa de lesividad. No en vano, la Administración tiene que cumplir con la obligación de pago delegado que le impone la ley. Esta cuestión ha sido examinada por el Tribunal Supremo que recuerda que para tener la condición de tercero, " lo importante no es tanto el concepto de trabajador o empresa como el de estar incluido dentro del ámbito de aplicación del convenio, de manera que la condición de tercero se limita a quienes son externos a la unidad de negociación por no ser firmantes ni estar por ellos representados; o lo que es igual, a quienes son ajenos al convenio pero resultan afectados por el mismo al invadirles el marco de sus intereses" [STS, Social, 21-10-10, Rec. 59/2009]. En el caso de la enseñanza privada concertada, la Administración ni es parte del convenio colectivo ni es destinataria de la regulación pactada, sin embargo, tiene interés en lo que se pacta en el mismo, aunque sea la Administración de una Comunidad Autónoma en relación con un convenio colectivo estatal[29].

[29] La STS, Social, 21-10-10, Rec. 59/2009, resolvió un procedimiento de conflicto colectivo en el que la Administración del Principado de Asturias demandó por causa de lesividad a las partes firmantes del V Convenio Colectivo de Empresas de Enseñanza Privada sostenidas total o parcialmente por fondos públicos. La Audiencia Nacional en Sentencia de 24-3-2009, desestimó la demanda porque apreció falta de legitimación activa. El Tribunal Supremo revocó esta sentencia y estimó la legitimación activa del Principado de Asturias, para ser demandante por causa de lesividad pues la "obligación de pago delegado es precisamente la que justifica su legitimación para combatir por vía de lesividad los pronunciamientos salariales del convenio colectivo".

5.3. Sometimiento del Convenio Colectivo al principio de jerarquía normativa

Una de las cuestiones que ha dado lugar a mayor número de litigios deriva de las reducciones salariales que con motivo de la crisis económica han tenido que soportar, como otros colectivos profesionales, el profesorado de la enseñanza concertada. Con ocasión del Real Decreto Ley 8/2010, de 20 de marzo, sobre medidas extraordinarias para la reducción del déficit público, las Comunidades Autónomas, con la finalidad de implementar esta norma, tuvieron que aprobar las correspondientes normas con rango de Ley para reducir el gasto público, afectando a las partidas presupuestarias de los módulos económicos previstos para la financiación de los conciertos suscritos con los centros privados. A consecuencia de estas medidas, las Administraciones públicas competentes para el pago delegado, procedieron a reducir los salarios del profesorado.

Con la excepción de dos sentencias [STS, Social, 24-9-2012, Rec. 127/2011; STS, Social, 12-11-2012, Rec. 8/2011[30]], el Tribunal Supremo ha sentado jurisprudencia en la que se considera constitucional las reducciones salariales practicadas al profesorado de la enseñanza privada concertada. Con apoyo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional [STC 210/1990, 20-12; ATC 85/2011, 7-6, por todas], el Tribunal Supremo señala la prevalencia de la ley sobre lo pactado en convenio colectivo, de manera que las Leyes de Presupuestos de las Comunidades Autónomas pueden afectar al contenido del convenio colectivo. Opera, por tanto, el principio de jerarquía normativa. Ni se vulnera el derecho fundamental a la libertad sindical, ni se vulnera el derecho a la negociación colectiva: "el respeto al derecho de la negociación colectiva no implica...[…]…la intangibilidad de los contenidos normativos de los convenios colectivos, los cuales pueden ser modificados por la Ley" [SSTS, Social, 31-1-12, Rec. 184/2010; 30-3-116, Rec. 3/2015[31]]. Por tanto, lo pactado en el Convenio Colectivo de las empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos, puede ser modificado por una ley u otra norma con rango de ley posterior, disponiendo una reducción salarial, aunque la norma sea de una Comunidad Autónoma dictada en el ejercicio de sus competencias legislativas.

[30] Recuérdese que, como ya se ha indicado con anterioridad, la doctrina que contiene estas sentencias consideran que la responsabilidad del empresario alcanza a lo pactado en convenio colectivo, aunque haya una ley posterior que reduzca el importe de los módulos económicos para atender la enseñanza privada concertada.

[31] En el mismo sentido, SSTS, Social, 18-12-12, Rec. 195/2011; 26-6-2013, Rec. 165/2011; 11-12-2013, Rec. 21/2012; 24-4-2014, Rec. 2609/2012.

Por otra parte, la jurisprudencia pone de relieve la vinculación que existe entre los módulos económicos presupuestarios y el convenio colectivo. No cabe desligar la Ley de lo dispuesto en el Convenio Colectivo con el argumento de que la Administración no firmó el convenio que obliga siempre a la empresa aunque reciba menos subvención. Hay una estrecha conexión de las retribuciones del convenio con los módulos económicos presupuestarios [STS, Social, 30-4-2014, Rec. 2609/2012].

Con fundamento en la anterior doctrina se considera ajustada a la legalidad la reducción del 5% en los salarios de los profesores de la enseñanza concertada, cuando, además, existen pactos o previsiones presupuestarias de "analogía retributiva" con los profesores de la enseñanza pública: "si el salario de los trabajadores públicos a los que ha de igualarse se disminuye en un 5%, la disminución correlativa ha de producirse en los trabajadores de centros concertados, precisamente para mantener la analogía retributiva" [SSTS, Social, 18-12-2012, Rec. 195/2011; 26-6-2013, Rec. 165/2011; 30-3-2016, Rec. 3/2015]. Esta doctrina viene a avalar lo que nosotros denominamos "publificación" de las relaciones laborales en la enseñanza concertada, que tienen un respaldo legal específico [art. 117.4 LOE], y que somete al profesorado de los centros privados concertados a la misma dinámica que al profesorado de la enseñanza pública. Se viene a decir, si se pretende la igualdad con el profesor de la enseñanza pública, igual vicisitud de soportar en su retribución el profesor de enseñanza privada concertada.

5.4. La «publificación» del convenio colectivo

La negociación del convenio colectivo está condicionada por las normas legales específicas que regulan el régimen de los conciertos educativos y por las Leyes Presupuestarias. Como ya se ha expuesto en otro apartado de este trabajo, son distintos los aspectos de las relaciones laborales que resultan afectados por la adscripción del titular del centro privado al régimen de los conciertos educativos, y ello tiene su reflejo en el resultado de la negociación. La provisión de vacantes, las retribuciones y su pago delegado por las Administraciones educativas y, en menor medida, la jornada de trabajo, son aspectos respecto de los que las partes negociadoras deben tener en cuenta que existen límites y condicionantes legales que deben respetar. Al mismo tiempo, se observa que las partes negociadoras ponen especial énfasis en dejar claro el alcance de la responsabilidad de las Administraciones Públicas que, en todo caso, para que pueda resultar efectiva debe ser admitida por estas mediante acuerdo o resolución administrativa.

5.4.1 La provisión de vacantes del personal docente

Prescribe el convenio colectivo que se entiende por vacante la situación producida en una empresa por baja de un trabajador como consecuencia de la extinción de la relación laboral. La regulación que se contiene para la provisión de las vacantes del personal presenta el problema de encontrar una aplicación que sea compatible con las reglas establecidas en la LODE. Se establece que para los niveles concertados la cobertura de las vacantes que se produzcan se hará a tenor de lo establecido en la legislación vigente; para agregar a continuación que *se podrá* contemplar como criterio preferente estar incluido en la lista de recolocación de centros afectados por supresión de unidades concertadas [art. 23.1,b)]. Sin perjuicio de este criterio, como norma general se establece que el personal perteneciente a los grupos 2, 3 y 4 de la empresa, *tendrán* preferencia a ocupar vacante docente, siempre que reúnan los requisitos legales, así como aptitudes y capacidad a juicio de la empresa [art. 23.4]. Y, por último, se establece, también como criterio general, que en caso de nueva contratación o producción de vacante, y siempre que no pudiera acceder el personal fijo de plantilla, *tendrá* preferencia el personal con contrato temporal o a tiempo parcial y quienes estén contratados como interinos [art. 23.5]. La situación se hace más compleja si se tiene en cuenta lo que se puede pactar en los Acuerdos Autonómicos sobre Mantenimiento del Empleo.

Esta reglas de preferencia tienen que compatibilizarse para su aplicación con lo previsto en la legislación vigente que exige [art. 60 LODE]: a) que la vacantes se anuncien públicamente; y b) que es el Consejo Escolar del centro, de acuerdo con su titular, el que establecerá los criterios de selección, que atenderán básicamente a los principios de mérito y capacidad. En cuanto a la publicidad de la vacantes puede encontrarse compatibilidad en la observancia de este principio con la finalidad que persigue la regulación del convenio en la que prima la promoción profesional y el mantenimiento del empleo. En cuanto a los criterios de selección se plantea el problema de que atribuyendo la ley al Consejo Escolar la competencia para establecer los criterios de selección de acuerdo con el titular del centro, las preferencias que se establecen en el convenio colectivo o puedan establecerse en los acuerdos autonómicos, pueden ser entendidas como imperativas para el Consejo Escolar a la hora de establecer los criterios de selección en los que deben operar básicamente el mérito y la capacidad.

5.4.2 La jornada de trabajo del personal docente

En la regulación que se realiza en el convenio colectivo de la jornada de trabajo del personal docente también se detectan indicios de publificación.

En efecto, el art. 26 establece que el tiempo de trabajo dedicado a actividades lectivas, como máximo, será de 25 horas semanales, que se distribuirán de lunes a viernes. El parámetro de las 25 horas lectivas es el que vienen utilizando las Leyes de Presupuestos Generales del Estado, que debe servir de base de cálculo para fijar las relaciones profesor/unidad concertada adecuadas para impartir el plan de estudios en cada nivel objeto de concierto[32].

Por otro lado, la DA 8º.8 prevé la posibilidad de alcanzar acuerdos de reducción progresiva de la carga lectiva del en el ámbito territorial de las Comunidades Autónomas; pero se indica, al mismo tiempo, que para que puedan ser efectivos deberán contar con el acuerdo previo o conformidad de la Administración educativa competente. Cláusulas como la indicada están en estrecha conexión con la previsiones que recogen las leyes presupuestarias en el sentido de que la Administración no asumirá los incrementos retributivos, las reducciones horarias, o cualquier otra circunstancia que conduzca a superar lo previsto en los módulos económicos[33].

5.4.3 Salarios y alcance de la responsabilidad de la Administración en el pago delegado

La vinculación existente entre lo establecido en el convenio colectivo en materia retributiva y lo previsto en los módulo económicos aprobados en las leyes presupuestarias, así como el alcance la responsabilidad para el pago delegado son elementos que, a nuestro modo de ver, inciden también en que se pueda hablar de una publicación del convenio colectivo. Son diversas la cláusulas del convenio colectivo que se refieren a los aspectos indicados.

Así, las reglas sobre el pago de salarios y las tablas salariales de diversos años, hacen referencia a que para el establecimiento de éstas se tenga en cuenta lo previsto en las respectivas Leyes de Presupuestos del Estado [art. 53]. Igualmente, el pago de la paga extraordinaria por antigüedad en la empresa requiere la aceptación por la Administración mediante acuerdo o decisión unilateral de la misma [art. 62,bis]. Otro tanto sucede con la cláusula que regula el abono del complemento de incapacidad temporal al profesorado que percibe sus retribuciones a través de la Administración mediante pago delegado, cuyas condiciones pueden modificarse en función de los presupuestos de las Comunidades Autónomas o de decisiones administrativas [art. 69].

[32] Cfr. al respecto art. 15.3, parf. 1º , LPGE para 2014; art. 15.3, parf. 1º LPGE para 2015; art. 14.3, párf. 1º LPGE para 2016.

[33] Cfr. al respecto art. 15.3, parf. 2º, LPGE para 2014; art. 15.3, parf. 2º, LPGE para 2015; art. 14.3, párf. 2º, LPGE para 2016.

Por otra parte, el convenio colectivo contiene cláusulas que hacen referencia al alcance de la responsabilidad de la Administración en el pago delegado. Una cosa es que la Administración educativa abone los salarios del personal docente como pago delegado y en nombre de la entidad titular del centro por estar así previsto en la ley [art. 117.5 LOE], y otra distinta, que el convenio colectivo pueda disponer lo que tiene que hacer la Administración. En este sentido, las previsiones del convenio colectivo que hacen referencia a actuaciones de las Administraciones para el cumplimiento de lo estipulado del mismo, requiere su aceptación por éstas mediante acuerdo o resolución administrativa.

Supuestos que encajan en ese contexto son: las reglas sobre periodicidad y tiempo del pago del salario[art. 53.3, párf. 3º]; el abono al trabajador de anticipos del salario [art. 56]; o el abono del complemento por incapacidad temporal hasta el 100% del salario durante los siete primeros meses ampliables un mes más por cada trienio [art. 69.3º]. Más llamativa es la cláusula relativa a la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador, si la causa de la extinción es el acceso a la función pública, que puede generar responsabilidad administrativa en cuanto al pago de indemnizaciones, por el retraso del empresario en abonar al trabajador la liquidación correspondiente al término de la relación laboral, si el empresario ha comunicado de inmediato el cese del profesor a la Administración[34].

Aunque en distintos artículos del convenio se recoge la responsabilidad del pago delegado por la Administración, la disposición adicional segunda contiene una cláusula general referida a este aspecto en la que se establece que, en los niveles concertados, la Administración educativa competente es responsable de cuantas obligaciones legales y salariales le correspondan, quedando condicionado su abono a que sea efectuado por ella. Las empresas, por tanto, no abonarán cantidad alguna por dichas obligaciones y, en consecuencia, no estarán obligadas

[34] En el art. 24 se establece lo siguiente: "En el caso de acceso a la función pública, el preaviso al empresario deberá hacerse dentro de los siete días siguientes a la publicación de las listas definitivas de aprobados. El incumplimiento del trabajador de la obligación de preavisar con la indicada antelación, dará derecho al empresario a descontarle de la liquidación el importe del salario de dos días por cada día de retraso en el preaviso. Si el empresario recibe el preaviso, en tiempo y forma, vendrá obligado a abonar al trabajador la liquidación correspondiente al término de la relación laboral. El incumplimiento de esta obligación, llevará aparejado el derecho del trabajador a ser indemnizado con el importe del salario de dos días por cada día de retraso en el abono de la liquidación. En el caso de los trabajadores incluidos en pago delegado, en el que la Administración educativa es responsable de esta obligación, el empresario quedará exonerado del pago de la indemnización, siempre y cuando hubiera dado traslado inmediato del cese del trabajador a dicha Administración>>.

a ello. Los trabajadores que consideren lesionados estos derechos, deberán reclamarlos ante las instancias pertinentes, dirigiéndose conjuntamente contra la Administración educativa correspondiente y contra el empresario.

Por último, se puede recordar también que similar situación se produce con la cláusula pacta en la disposición adicional cuarta conforme a la que las Administraciones educativas mantendrán durante la vigencia del presente Convenio, la ratio profesor/unidad que venían abonando mediante la nómina de pago delegado a la fecha del comienzo de vigencia del mismo y el incremento de la misma que se pueda producir por la Ley de Presupuestos Generales del Estado, por la normativa equivalente de las Comunidades Autónomas y/o por los acuerdos específicos adoptados en dichas Comunidades. Obviamente, esta estipulación carece de eficacia alguna y no es vinculante para la Administración educativa, y siempre quedará condicionada a lo que se establezca por el legislador correspondiente en las leyes presupuestarias.

5.5. Acuerdos autonómicos para el mantenimiento del empleo

Sin pretender ser exhaustivos queremos, finalmente, dejar constancia de este tipo de acuerdos que, a nuestro juicio, pueden presentar una problemática propia, de la que dejaremos constancia reflejando algunas pinceladas extraídas de un reducido número de acuerdos suscritos en algunas Comunidades Autónomas para distintos períodos de tiempo.

De los diversos acuerdos que pueden firmarse al amparo de la DA 8ª del VI Convenio Colectivo, están los "Acuerdos de Mantenimiento del empleo para centros que extinguen unidades por la no renovación de conciertos educativos". Se trata de un tipo de acuerdos de larga tradición en el ámbito de la enseñanza privada concertada que se pueden firmar a nivel autonómico, como su propia denominación indica, para procurar el mantenimiento del empleo cuando por modificación de los conciertos educativos se pierden puestos de trabajo y queda el personal docente afectado en situación de desempleo. Siendo acuerdos de carácter autonómico, no resulta extraño que encontremos diversas formas de abordarlos tanto en lo que se refiere a las partes que lo suscriben, como a la formalización del mismo y a su contenido. Son acuerdos que se firman para una vigencia temporal corta, que pueden ser prorrogados o, en su caso renovados, por haber cambiados las circunstancias.

En lo que se refiere a las partes que suscriben los acuerdos, se pueden encontrar acuerdos firmados solamente por las organizaciones empresariales y sindica-

les como sujetos legitimados[35], y también acuerdos en los que encontramos tres partes firmantes: las organizaciones empresariales, las organizaciones sindicales y la Administración Pública competente[36]. Mientras que los primeros pueden tener la naturaleza del convenio colectivo, los segundos pueden predicar dicha naturaleza respecto de las organizaciones empresariales y sindicales. La idea de estos últimos acuerdos de presentar una composición tripartita de sujetos firmantes es una cuestión de economía negocial; y lo que se pretende, seguramente, es conseguir la conformidad de la Administración competente que todo caso es precisa para alcanzar la eficacia de los pactos alcanzados por los interlocutores sociales.

La formalización del contenido de estos acuerdos también es diversa. En unos casos su contenido específico se corresponde estrictamente con la búsqueda del mantenimiento del empleo[37]; y en otros casos el contenido de los acuerdos

[35] Así, el "Acuerdo para apoyar el mantenimiento de empresas y empleo en el ámbito de los Centros de Formación Profesional de Grado Superior afectados por la no renovación de conciertos a partir del Curso 2013/2014", para la Comunidad Autónoma de Madrid, de 24 de julio de 2013 (BOE 20-12-2013); y el "Acuerdo en el sector de la enseñanza concertada afectada por el VI Convenio Colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos", para la Comunidad Autónoma de Navarra, de 23 de julio de 2013, (BOE 22-1-2014).

[36] Así, el "Acuerdo de 2006, entre la Consejería de Educación de la Junta de Extremadura y las organizaciones patronales y sindicales de la enseñanza concertada de la Comunidad Autónoma de Extremadura, sobre medidas para la mejora de la calidad de la educación"; el "Acuerdo entre la Consejería de Educación del Gobierno de Cantabria y las organizaciones empresariales y sindicales del sector de la enseñanza privada concertada para la revisión de las dotaciones de los centros concertados y sobe otros aspectos" de 14 de enero de 2008 (BOE 22-4-2008); el "Acuerdo entre la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, los sindicatos FSIE, FETE-UGT, CCOO y USO y las organizaciones patronales y de titulares de Escuelas Católicas, CECE-Andalucía, ACES y SAFA, para la creación de la lista de recolocación del profesorado de los centros afectados por supresión de unidades concertadas", de 29 de julio de 2013; y "Acuerdo de 29 de enero de 2016, para la mejora de la calidad de la enseñanza, el mantenimiento del empleo en el sector y la gradual dotación de los equipos docentes en los centros concertados" para la Comunidad Autónoma de Castilla-León (BOE 10-2-2016).

[37] Es el caso del "Acuerdo entre la Consejería de Educación del Gobierno de Cantabria y las organizaciones empresariales y sindicales del sector de la enseñanza privada concertada para la revisión de las dotaciones de los centros concertados y sobe otros aspectos" de 14 de enero de 2008 (BOE 22-4-2008); el "Acuerdo entre la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, los sindicatos FSIE, FETE-UGT, CCOO y USO y las organizaciones patronales y de titulares de Escuelas Católicas, CECE-Andalucía, ACES y SAFA, para la creación de la lista de recolocación del profesorado de los centros afectados por supresión de unidades concertadas", de 29 de julio de 2013; y, el "Acuerdo para apoyar el mantenimiento de empresas y empleo en el ámbito de los Centros de Formación Profesional de Grado Superior afectados por la no renovación de conciertos a partir del Curso 2013/2014", para la Comunidad Autónoma de Madrid, de 24 de julio de 2013 (BOE 20-12-2013); y el "Acuerdo de 29 de enero de 2016, para la mejora de la calidad de la enseñanza, el mantenimiento del empleo en el sector y la gradual dotación de los equipos docentes en los centros concertados" para la Comunidad Autónoma de Castilla-León (BOE 10-2-2016).

responde a la regulación de diversas materias sobre las que se pueden suscribir acuerdos autonómicos[38].

En casi todos los acuerdos examinados aparece como medida central para el fin perseguido la creación de una lista o bolsa de recolocación, siendo similares los requisitos que se exigen al profesorado que quiera formar parte de las mismas y el procedimiento de gestión[39]. Llama la atención en algún caso que las medidas que se pactan por las partes para el mantenimiento del empleo son medidas de regulación de empleo las previstas en el art 47 ET o de modificación de las condiciones de trabajo del art. 41 ET[40].

Por lo demás, se puede cuestionar la legalidad de alguna de las cláusulas. Así, se observa, en algunos acuerdos, la inclusión del profesorado que sea trabajador autónomo[41] entre los que beneficiarios de la lista de recolocación, lo que puede plantear dudas, si tenemos en cuenta que los acuerdos autonómicos derivan del Convenio Colectivo estatal y tienen la naturaleza del convenio colectivo. Y también algunas cláusulas que se refieren a las indemnizaciones que tienen reconocidas los trabajadores en el ET. En este sentido podemos constatar, en algún acuerdo, que entre los requisitos que debe reunir el profesorado, que vea extinguido su contrato de trabajo, para estar incluido en la lista de recolocación, se encuentra la renuncia expresa al cobro de la indemnización que pudiera corresponderle como consecuencia del despido o resolución de su contrato de

[38] Así, el "Acuerdo de 2006, entre la Consejería de Educación de la Junta de Extremadura y las organizaciones patronales y sindicales de la enseñanza concertada de la Comunidad Autónoma de Extremadura, sobre medidas para la mejora de la calidad de la educación"; el "Acuerdo en el sector de la enseñanza concertada afectada por el VI Convenio Colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos", para la Comunidad Autónoma de Navarra, de 23 de julio de 2013, (BOE 22-1-2014).

[39] Salvo en algún caso en el que se salva el problema de la recolocación con una cláusula genérica de síntesis como en el "Acuerdo en el sector de la enseñanza concertada afectada por el VI Convenio Colectivo de empresas de enseñanza privada sostenidas total o parcialmente con fondos públicos", para la Comunidad Autónoma de Navarra, de 23 de julio de 2013, (BOE 22-1-2014).

[40] "Acuerdo para apoyar el mantenimiento de empresas y empleo en el ámbito de los Centros de Formación Profesional de Grado Superior afectados por la no renovación de conciertos a partir del Curso 2013/2014", para la Comunidad Autónoma de Madrid, de 24 de julio de 2013 (BOE 20-12-2013).

[41] "Acuerdo entre la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, los sindicatos FSIE, FETE-UGT, CCOO y USO y las organizaciones patronales y de titulares de Escuelas Católicas, CECE-Andalucía, ACES y SAFA, para la creación de la lista de recolocación del profesorado de los centros afectados por supresión de unidades concertadas"; y "Acuerdo de 29 de enero de 2016, para la mejora de la calidad de la enseñanza, el mantenimiento del empleo en el sector y la gradual dotación de los equipos docentes en los centros concertados" para la Comunidad Autónoma de Castilla-León (BOE 10-2-2016).

trabajo[42]; o la exigencia de un periodo de carencia, de permanencia en las listas sin ser contratado, para poder percibir la indemnizaciones previstas en la legislación vigente por el despido o la extinción del contrato de trabajo. A nuestro juicio, este tipo de cláusulas incurren en ilegalidad.

[42] "Acuerdo entre la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, los sindicatos FSIE, FETE-UGT, CCOO y USO y las organizaciones patronales y de titulares de Escuelas Católicas, CECE-Andalucía, ACES y SAFA, para la creación de la lista de recolocación del profesorado de los centros afectados por supresión de unidades concertadas".