



Roj: **STSJ AND 2004/2018 - ECLI: ES:TSJAND:2018:2004**

Id Cendoj: **41091340012018101189**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **12/04/2018**

Nº de Recurso: **1227/2017**

Nº de Resolución: **1148/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **JOSE JOAQUIN PEREZ-BENEYTO ABAD**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso nº 1227/17-C, sentencia nº 1148/18

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, MELILLA, CEUTA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

ILTMOS. SRES.:

D^a. M^a ELENA DÍAZ ALONSO

D^a. M^a BEGOÑA GARCÍA ÁLVAREZ

D. JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ BENEYTO ABAD

En Sevilla, a doce de Abril de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Iltmos. Sres. citados al margen.

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚMERO 1148 /18

En el recurso de suplicación interpuesto por D^a Piedad , representado por el Sr. Letrado D. Ricardo Sánchez Moreno, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Huelva en sus autos núm. 1.230/14; ha sido **Ponente el Iltmo. Sr. DON JOSÉ JOAQUÍN PÉREZ BENEYTO ABAD, Magistrado**, quien expresa el parecer de esta Sala sobre la resolución que merece el presente recurso.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, la recurrente fue demandante contra la CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, CELEMÍN Y FORMACIÓN S.L. y ENTE PÚBLICO ANDALUZ DE INFRAESTRUCTURAS Y SERVICIOS EDUCATIVOS, en demanda de fijeza electiva, se celebró el juicio y el 2 de diciembre de 2015 se dictó sentencia por el referido Juzgado, desestimando la pretensión.

SEGUNDO.- En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

"I.- Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios Educativos (en adelante, ISE) es una entidad de derecho público de la Junta de Andalucía de las previstas en el art. 6.1.b) de la Ley 5/1983 de 19 de julio que goza de personalidad jurídica propia, plena capacidad jurídica y de obrar para el cumplimiento de sus fines, patrimonio propio y administración autónoma quedando adscrito a la Consejería que tenga atribuidas las competencias en materia de educación no universitaria.



Constituyen fines de dicho ente el ejercicio de las actuaciones que correspondan a la Consejería que tenga atribuidas las competencias en materia de educación no universitaria, para llevar a cabo la gestión de las infraestructuras educativas y servicios complementarios de la enseñanza no universitaria cuya competencia corresponda a la Comunidad Autónoma.

En orden al cumplimiento de sus fines, procurará, la consecución de los siguientes objetivos:

- a) El desarrollo y ejecución de las políticas de infraestructuras educativas y de los servicios complementarios de la enseñanza no universitaria.
- b) La organización y gestión del conjunto de instalaciones educativas no universitarias, dependientes de la Consejería que tenga atribuidas las competencias en materia de educación no universitaria.
- c) La gestión de los recursos financieros y del patrimonio asignados, buscando en todo momento la calidad de las instalaciones y servicios complementarios de la enseñanza que dependen de su administración.
- d) La cooperación con administraciones, corporaciones, entidades y demás personas físicas y jurídicas cuya relación o actividades guarden conexión con los fines asignados al Ente Público para la mejora de la gestión o ampliación del patrimonio.

En orden al cumplimiento de sus fines y objetivos, el Ente Público ejercerá las funciones que se enumeran a continuación:

- a) El control continuo de los parámetros de calidad de las construcciones educativas y servicios complementarios de la enseñanza no universitaria.
- b) La vigilancia del cumplimiento de las cláusulas y condiciones impuestas en las concesiones y autorizaciones que eventualmente se produzcan, así como la adopción de cuantas medidas sean necesarias para la protección del dominio público.
- c) La ejecución e inspección de las instalaciones y obras de construcción, así como la inspección del mantenimiento y conservación de las mismas que, de acuerdo con la legislación aplicable, le corresponda.
- d) La adopción de las medidas disciplinarias respecto a su personal de acuerdo con lo que disponga el ordenamiento jurídico.
- e) La cooperación con las autoridades competentes en materia de infraestructuras.
- f) La colaboración con las Direcciones Generales y demás centros directivos de la Consejería que tenga competencias en educación no universitaria.
- g) La formalización de convenios con otras administraciones o instituciones privadas sin ánimo de lucro para el establecimiento de servicios complementarios de la enseñanza, de conformidad con las normas administrativas generales de aplicación.
- h) Cualquier otra función que le sea atribuida por la Consejería que tenga las competencias en materia de educación no universitaria, en orden al cumplimiento de los fines y objetivos del Ente Público.

En relación con el ejercicio de competencias y potestades públicas le corresponden las siguientes:

- a) El ejercicio de la función de inspección y tutela sobre el dominio público adscrito al Ente.
- b) La programación anual de las inversiones correspondientes a todos los niveles y modalidades educativas no universitarias.
- c) La adquisición o alquiler del mobiliario para su uso docente.
- d) La gestión y contratación de los proyectos y de la obra de construcción, adaptación, reparación y conservación precisas, en ejecución de los programas aprobados.
- e) La gestión y contratación de las instalaciones y equipamiento para toda clase de centros docentes dependientes de la Consejería que tenga las competencias en educación no universitaria, incluidas las residencias escolares.
- f) La gestión y contratación de las instalaciones y equipamiento, así como el mantenimiento, el soporte técnico y la logística de los programas relativos a la utilización e integración de las tecnologías de la información y la comunicación en el ámbito educativo no universitario, en coordinación con la Consejería a la que está adscrito.
- g) La instrucción, seguimiento y evaluación de las medidas de seguridad en los centros docentes dependientes de la Consejería que tenga las competencias en educación no universitaria, sin perjuicio de la organización de los servicios de prevención de riesgos laborales que se establezcan para los centros docentes públicos.



h) La elaboración y actualización del catálogo de los inmuebles afectados a uso docente que, por cualquier título, utilice la Consejería, sin perjuicio de las que correspondan a la Dirección General de Patrimonio de la Consejería de Economía y Hacienda.

i) La elaboración de normas técnicas sobre edificaciones escolares, instalaciones y equipos materiales, métodos constructivos y de ensayo y cuantos estudios y trabajos se estimen necesarios para el cumplimiento de las funciones encomendadas.

j) La supervisión de los proyectos de obras.

k) La realización de los informes técnicos sobre las instalaciones de los centros docentes privados que soliciten autorización para su apertura y/o funcionamiento así como las inspecciones pertinentes, de acuerdo con la normativa en vigor.

l) El seguimiento de la ejecución de las obras en centros docentes no universitarios construidos por las Corporaciones Locales en virtud de los convenios suscritos con la Consejería de Educación con anterioridad a la aprobación de los presentes Estatutos.

m) La gestión del transporte, comedores, aulas matinales y actividades extraescolares y, en general, la relativa a los servicios complementarios de la enseñanza no universitaria, con excepción de aquellos comedores que gestiona directamente la Consejería que tenga las competencias en materia de educación no universitaria.

Se rige por sus Estatutos contenidos en el Decreto de 11.10.2005 (BOJA 17.10.05).

La plantilla del ISE desde la Gerencia en Almería hasta los servicios centrales, por categorías profesionales y tipos de contratos es la que se relaciona a los folios 74 y ss (por reproducidos).

El ISE está dado de alta en TGSS en la casilla nº 4299 "Construcciones de otros proyectos de ingeniería".

II.- Celemín y Formación SL (CIF B4366787) es una sociedad domiciliada en la Calle Cuatro Vientos de El Ejido (Almería) constituida por tiempo indefinido mediante escritura pública otorgada ante el notario de Almería D. Francisco de Asís Fernández Guzmán el 09.10.00.

Celemín y Formación SL suscribió el 01.09.10 contrato de arrendamiento de despacho en las oficinas propiedad de IDA Eurosega SL sita en la calle Velázquez López, nº 25-27 semisótano de Huelva en los términos del documento a los folios 338 y ss. que damos por reproducidos. La duración de dicho contrato se estipuló desde el 01.09.10 al 31.08.11, prorrogable tácitamente por anualidades.

Posteriormente, el 01.09.14 Celemín y Formación SL e IDA EU SL suscribieron el contrato de arrendamiento de despacho de la Calle Velázquez López, nº 25 -27 semisótano de Huelva (folios 342 y ss, por reproducidos).

III.- Celemín y Formación SL resultó adjudicataria del servicio de apoyo y asistencia escolar a alumnado con necesidades educativas de apoyo específico en los centros docentes públicos de la provincia de Huelva dependientes de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía conforme al pliego de cláusulas administrativas particulares del ISE a los folios 196 y ss que damos por reproducidos, servicios que viene prestando al menos desde el curso académico 2011/12.

El 01.10.14 ambas partes formalizaron el documento administrativo de contrato de servicio de apoyo y asistencia escolar a alumnos con necesidades educativas especiales en los centros docentes públicos de la provincia de Huelva dependientes de la Consejería de Educación (expediente nº NUM000) a los folios 101 y ss (por reproducidos).

Celemín y Formación SL cuenta con su plantilla para cumplir y ejecutar el servicio contratado. A tal fin designó una serie de responsables de coordinación y supervisión, interlocutores de la empresa, localizados mediante teléfono móvil y correo electrónico de manera permanente. Dicho personal está integrado por una supervisora de zona (diplomada en Magisterio de Educación Especial) y un director de departamento de proyectos y servicios (diplomado en Magisterio de Educación Física). Asimismo, contrató a técnicos educativos de necesidades educativas especiales que asisten a las clases dentro del horario correspondiente y atienden a los alumnos con necesidades educativas especiales en el día a día y en los desplazamientos por el centro educativo.

IV.- La demandante D^a Piedad , mayor de edad, con DNI NUM001 , viene prestando servicios como técnico educativo de necesidades educativas especiales (monitoria de educación especial) en el centro de CEIP Príncipe de España en Huelva, desde el 10.10.11 figurando de alta en TGSS a nombre de Celemín y Formación SL.

V.- Celemín y Formación SL y D^a Encarna formalizaron el 05.11.12 por escrito la relación laboral mediante contrato temporal, acordando su conversión a indefinido el 01.06.13 (folios 276 y ss, por reproducidos).



VI.- Antes de iniciar la actora la prestación de servicios, Celemín y Formación SL le hizo entrega de un dossier de formación inicial, de funciones y responsabilidades y de condiciones particulares, a los folios 240 y ss que damos por reproducidos.

La demandante recibió cursos de formación en materia de prevención de riesgos laborales, protección de datos de carácter personal y técnico en atención de alumnos en IES.

VII.- Celemín y Formación SL viene abonando las nóminas de la trabajadora desde el inicio de la relación profesional.

VIII.- La demandante debe remitir de manera mensual un certificado de horas en modelo preestablecido por Celemín y Formación SL (folios 280 y ss por reproducidos) rubricado por el director del centro donde imparte sus servicios, haciendo constar número de días y horas trabajados. Igualmente, debe hacer constar en "Observaciones" los días festivos que no abre el centro, días de libre disposición, valoración del trabajo de la actora, etc.

IX.- La demandante presta sus servicios en horario de 09:00 a 14:00 horas, de lunes a viernes, a diferencia del personal de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte que cumple una jornada diaria de lunes a viernes de 08.30 a 15.00 horas.

X.- Como control horario Celemín y Formación SL tiene impuesto un sistema de contact center de tal suerte que la trabajadora en sus entradas y salidas de su centro de trabajo debe verificar una llamada que se registra en la sede principal de la empresa Celemín y Formación SL. Tiene un margen de 10 minutos antes de la entrada y 10 minutos después del horario de salida de su centro de trabajo. En caso en que dicho sistema falle, deben comunicar la entrada y salida por correo electrónico. De esta forma se registra los fichajes de personal que presta sus servicios en los diversos centros educativos.

XI.- La demandante tiene acceso al sistema operativo informático de la Consejería demandada, llamado Séneca. Este sistema ofrece cursos de formación si bien la actora no puede acceder a ellos como destinataria de los mismos. No obstante, el Director del centro escolar D. Evaristo dio de alta a la demandante a fin de que pudiera ser destinataria de los cursos referidos sin dar cuenta a Celemín y Formación SL de ello.

XII.- Los medios materiales y recursos técnicos en los centros educativos dependientes de la Consejería demandada son dispensados por ésta, si bien algunos recursos que precisan los alumnos del centro que son atendidos por la actora se los dispensan sus propios familiares (toallitas, pañales, silla de ruedas, etc) e, incluso, por el propio centro escolar.

XIII.- D^a Pura , supervisora de zona de Celemín y Formación SL en la provincia de Huelva, se encarga de la supervisión de la ejecución de los servicios por el personal de Celemín y Formación SL en los diversos centros educativos onubenses, incluido, el centro de trabajo de la demandante, mediante visitas presenciales mensuales y llamadas telefónicas.

La supervisora mantiene contactos con el equipo directivo del centro (director, jefe de estudios, secretaría) para obtener información de cómo se desarrolla el servicio por la monitora a fin de valorar los ítems y comprobar si se han alcanzado los objetivos marcados, informando de ello a la dirección del departamento de servicios de Celemín y Formación SL.

D^a Pura impartió al principio de la relación laboral instrucciones y directrices a la trabajadora.

Cualquier duda o consulta en el desarrollo de la prestación de servicios, la actora puede formularla a la supervisora. Asimismo, debe comunicarle cualquier ausencia, licencia, baja o permiso a fin de cubrir el puesto de la actora con otra monitora a fin de que el servicio siempre esté cubierto.

XIV.- Las vacaciones de la demandante coinciden con las vacaciones escolares durante las cuales el centro permanece cerrado.

XV.- La actora debe cumplimentar un cuaderno de trabajo semanal en modelo preestablecido por Celemín y Formación SL (folios 280 y ss por reproducidos) que remite a Celemín y Formación SL indicando la organización del servicio y las actividades desarrolladas semanalmente en el centro educativo correspondiente. Este cuaderno lo analiza la supervisora en las visitas presenciales que verifica mensualmente.

XVI.- Cualquier salida del centro de un alumno con necesidades educativas especiales debe ser autorizada por Celemín y Formación SL. Para ello, la monitora presenta la oportuna solicitud con la firma y sello del Director del centro escolar, registrando la hora de salida, el día, horario, actividad, lugar, ...



XVII.- Cada centro escolar formula un protocolo de actuación para dar a conocer los recursos materiales y personales que necesita. Respecto de los primeros y en materia de infraestructuras, los remiten directamente al ISE.

XVIII.- El 05.12.14 la demandante presentó reclamación previa contra los organismos públicos demandados sosteniendo la existencia de cesión ilegal. Posteriormente, el 05.12.14 presentó demanda iniciadora de este procedimiento en el Decanato de los Juzgados de Huelva."

TERCERO.- La demandante recurrió en suplicación contra tal sentencia, siendo impugnado por los codemandados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Frente a la sentencia desestimatoria de la pretensión de fijeza electiva, se alza la demandante por el cauce de los apartados b) y c) del art 193 LRJS , proponiéndose redacción alternativa de los hechos probados, el 8º, 10º, 11º , 12º y 13º; como la infracción del art. 43 ET con el argumento que al ser un alumnado de necesidades educativas especiales "es un competencia propia de la Junta, que la actora lo ha llegado a desarrollar solo ella, como la única monitora inclusive un curso escolar, que todas las instrucciones, ordenes y supervisión se realiza por el centro, que además facilita sus infraestructuras y sus materiales propios y que la única actuación de la concesionaria, se limita a facilitar un dossier inicial, recibir cuadernos de trabajo genéricos y certificados mensuales de horas" (sic).

SEGUNDO.- La recurrente pretende revisar los siguientes hechos probados.

1. El OCTAVO para que se adicione "No consta la periodicidad de entrega de esos cuadernos semanales ni instrucción, o indicación alguna respecto de los mismos de la empresa CELEMIN hacia la actora o centro, asimismo el registro de jornadas de CELEMIN no se encuentra firmado por la actora".

Lo apoya en el informe de inspección a los f. 71 y 72.

No se accede a tal adición en cuanto en el hecho probado debe incluir lo que se afirma o niega que haya sucedido, siendo relevante, pero expresiones del tipo "no consta..." por sí mismas ni afirman ni niegan la existencia de aquello a lo que se refieren, por lo que no cumplen con la finalidad del hecho probado que es dar certeza judicial de si algún hecho trascendente al objeto del proceso, y de este recurso, ha sucedido o no y es por ello que se ha considerado que los así referidos no son "hechos probados", sino su antítesis: los denominados "no hechos". Corresponde en exclusiva al juzgador de instancia efectuar la valoración probatoria (art. 97.2 LRJS) y declarar expresamente los hechos que considere probados, "y ello tanto si son positivos como negativos, pues la ley no establece distingo alguno a este respecto, ni es lógico que lo establezca" (SSTS de 16-03-99 rec. 2881/1998 ; 30-09-10 rec 186/2009). Si el hecho es trascendente y está necesitado de prueba, las dudas acerca de si se produjo o no deben llevar al silencio en el relato fáctico, y no a afirmar que "no consta", para extraer luego las consecuencias jurídicas de tal insuficiencia probatoria en función de a quién esté atribuida la carga de la prueba.

2. El DÉCIMO para que se le adicione el que "al margen de lo anterior la actora si accede es controlada diariamente al Sistema de control de presencia automatizada de la Junta a través del registro de su huella dactilar, asumimos, el control de la actora en su registro de jornadas como trabajadora a tiempo parcial de CELEMIN no esta firmado por la actora".

Lo apoya en el informe de inspección al f. 72.

No se accede dado que la redacción alternativa amen de confusa de lo que de ella inferimos, resulta intrascendente al sentido del fallo al ser lo relevante el control ejercido por la empleadora CELEMIN. Se suma el que es una obviedad que el acceso a un centro público, de estas características, el titular ejerza un control.

3. El UNDÉCIMO para que se le adicione el que "...El Director del Centro dio de alta a la actora y esta ha realizado actividades y cursos formativos a través de esa plataforma".

Lo apoya en los doc de los f. 37 a 42.

No se accede dado que lo pretendido adicionar es una conjetura. El estar dado de alta no implica el que se hayan realizados cursos, o que haya utilizado el programa; mas, en ningún lugar consta la potestad del Director del Centro para obligar a la recurrente a realizar curso alguno.

4. El DUODÉCIMO para que conste "el centro proporciona todo el material necesario para que la actora pueda ejercer su labor como Monitora de Necesidades Educativas y aporta factura de compra de dichos materiales".

Lo apoya en los doc de los f. 60 y 69.



No se accede a tal revisión dado lo que se nos dice con valor de hecho en el FDº 5º "Los medios materiales y recursos técnicos en los centros educativos dependientes de la Consejería demandada son dispensados por ésta, si bien los algunos recursos que precisan los alumnos del centro que son atendidos por la actora se los dispensan sus propios familiares (toallitas, pañales, silla de ruedas, etc).".

5. El DÉCIMOTERCERO para que conste que "La actora es la única monitora de educación especial que presta servicios en el mismo centro, tanto por Celemín, como por la propia Junta, que no provee de personal propio a este centro hasta este curso, y que cuenta con alumnado de necesidades educativas que precisa de ello, para estas funciones la actora accede con contraseña propia al SENECA programa educativo interno de la Junta, y es, en todo momento, supervisada, controlada y dirigida en sus funciones por el personal propio del centro y por ende de la JUNTA en sus respectivas puestos (Director, Equipo de Orientación, etc...) utilizando los materiales, medios e infraestructura del propio centro, incluida expresamente en el horario de trabajo del personal no docente del centro, la actora no tiene firmados las jornadas de trabajo como trabajadora a tiempo parcial y las visitas al centro de la supervisora semestrales, sin que conste la periodicidad de entrega o corrección de los mismos."

Lo apoya en los doc de los f. 48, 44, 380, 54, 60, 68 y ss, 72 y ss, 43 y ss.

No se accede dado que lo pretendido nada tiene que ver con el HP 13º, tampoco se nos dice que ese texto sustituye al que obra en la sentencia; se incumplen los requisitos para el éxito de la revisión fáctica.

6. El décimocuarto arguyendo que carece de valor.

Se incumplen los requisitos para el éxito de la revisión fáctica.

TERCERO.- La recurrente denuncia la infracción del art. 43 ET con el argumento de que al ser un alumnado de necesidades educativas especiales "es un competencia propia de la Junta, que la actora lo ha llegado a desarrollar solo ella, como la única monitora inclusive un curso escolar, que todas las instrucciones, ordenes y supervisión se realiza por el centro, que además facilita sus infraestructuras y sus materiales propios y que la única actuación de la concesionaria, se limita a facilitar un dossier inicial, recibir cuadernos de trabajo genéricos y certificados mensuales de horas" (sic).

Hemos de rechazar el que se hayan producido las infracciones denunciadas, sino mas bien al contrario, dado el inalterado relato histórico incluido aquellos que son presupuesto de la litis pero no figuran en el apartado fáctico propiamente dicho, sino en el fundamento cuarto y quinto de la sentencia de instancia, circunstancia que no les priva de valor y tratamiento procesal de hecho declarado probado (SSTS 07-02-92 ; 12-05-09 ; 12-7-10 y 21-12-10) de manera que se trata de conclusiones fácticas que la Sala necesariamente ha de respetar y de la que en todo caso ha de partir, al no haber sido rectificadas en este trámite de Suplicación y en donde se nos expresa los siguientes **hechos relevantes** a esta causa y así.

1º. ".../...ISE carece de competencias en materia de gestión educativa .../... quedando limitada su gestión a la realización de contrataciones sometidas al régimen administrativo por delegación de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía titular de los diversos centros educativos. .../..."

2º. " que Celemín y Formación SL es una sociedad domiciliada en la Calle Cuatro Vientos de El Ejido (Almería) constituida por tiempo indefinido mediante escritura pública otorgada ante el notario de Almería D. Francisco de Asís Fernández Guzmán el 09.10.00. Suscribió el 01.09.10 contrato de arrendamiento de despacho en las oficinas propiedad de IDA Eurosega SL sita en la calle Velázquez López, nº 25 -27 semisótano de Huelva. La duración de dicho contrato se estipuló desde el 01.09.10 al 31.08.11, prorrogable tácitamente por anualidades. Posteriormente, el 01.09.14 Celemín y Formación SL e IDA EU SL suscribieron el contrato de arrendamiento de despacho de la Calle Velázquez López, nº 25 -27 semisótano de Huelva."

3º. "Celemín y Formación SL resultó adjudicataria del servicio de apoyo y asistencia escolar a alumnado con necesidades educativas de apoyo específico en los centros docentes públicos de la provincia de Huelva dependientes de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía conforme al pliego de cláusulas administrativas particulares del ISE, servicios que viene prestando al menos desde el curso académico 2011/12. El 01.10.14 ambas partes formalizaron el documento administrativo de contrato de servicio de apoyo y asistencia escolar a alumnos con necesidades educativas especiales en los centros docentes públicos de la provincia de Huelva dependientes de la Consejería de Educación (expediente nº NUM000)."

4º. "Celemín y Formación SL cuenta con su plantilla para cumplir y ejecutar el servicio contratado. A tal fin designó una serie de responsables de coordinación y supervisión, interlocutores de la empresa, localizados mediante teléfono móvil y correo electrónico de manera permanente. Dicho personal está integrado por una supervisora de zona (diplomada en Magisterio de Educación Especial) y un director de departamento



de proyectos y servicios (diplomado en Magisterio de Educación Física). Asimismo, contrató a técnicos educativos de necesidades educativas especiales que asisten a las clases dentro del horario correspondiente y atienden a los alumnos con necesidades educativas especiales en el día a día y en los desplazamientos por el centro educativo."

5º. " La demandante Dª Piedad viene prestando servicios como técnico educativo de necesidades educativas especiales (monitoria de educación especial) en el centro de CEIP Príncipe de España en Huelva) desde 2011 figurando de alta en TGSS a nombre de Celemín y Formación S.L. Celemín y Formación SL y Dª Piedad formalizaron por escrito la relación mediante conversión de contrato temporal en indefinido a indefinido el 01.06.13. Antes de iniciar la actora la prestación de servicios, Celemín y Formación SL le hizo entrega de un dossier de formación inicial, de funciones y responsabilidades y de condiciones particulares."

6º. "Celemín y Formación SL viene abonando las nóminas de la trabajadora. La demandante debe remitir de manera mensual un certificado de horas en modelo preestablecido por Celemín y Formación SL rubricado por el director del centro donde imparte sus servicios, haciendo constar número de días y horas trabajados. Igualmente, debe hacer constar en "Observaciones" los días festivos que no abre el centro, días de libre disposición, valoraciones del centro, etc."

7º. " La actora presta sus servicios en horario de 09.00 a 14.00 horas, de lunes a viernes, a diferencia del personal de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte que cumple una jornada diaria de lunes a viernes de 08.30 a 15.00 horas. Como control horario Celemín y Formación SL tiene impuesto un sistema de contact center de tal suerte que la trabajadora en sus entradas y salidas de su centro de trabajo debe verificar una llamada que se registra en la sede principal de la empresa Celemín y Formación SL. Tiene un margen de 10 minutos antes de la entrada y 10 minutos después del horario de salida de su centro de trabajo. En caso en que dicho sistema falle, deben comunicar la entrada y salida por correo electrónico. De esta forma se registra los fichajes de personal que presta sus servicios en los diversos centros educativos."

8º. " La demandante tiene acceso al sistema operativo informático de la Consejería demandada, llamado Séneca. Este sistema ofrece cursos de formación si bien la actora no puede acceder a ellos por no ser destinataria de los mismos. Los medios materiales y recursos técnicos en los centros educativos dependientes de la Consejería demandada son dispensados por ésta, si bien los algunos recursos que precisan los alumnos del centro que son atendidos por la actora se los dispensan sus propios familiares (toallitas, pañales, silla de ruedas, etc)."

9º. " Dª Pura , supervisora de zona de Celemín y Formación SL en la provincia de Huelva, se encarga de la supervisión de la ejecución de los servicios por el personal de Celemín y Formación SL en los diversos centros educativos onubenses, incluido, el centro de trabajo de la demandante, mediante visitas presenciales mensuales y llamadas telefónicas. La supervisora mantiene contactos con el equipo directivo del centro (director, jefe de estudios, secretaria) para obtener información de cómo se desarrolla el servicio por la monitora a fin de valorar los ítems y comprobar si se han alcanzado los objetivos marcados, informando de ello a la dirección del departamento de servicios de Celemín y Formación SL. Dª Pura impartía, al inicio de la relación laboral, instrucciones y directrices a la trabajadora. Cualquier duda o consulta en el desarrollo de la prestación de servicios, la actora puede formularla a la supervisora. Asimismo, debe comunicarle cualquier ausencia, licencia, baja o permiso a fin de cubrir el puesto de la actora con otra monitora a fin de que el servicio siempre esté cubierto. Las vacaciones de la demandante coinciden con las vacaciones escolares durante las cuales el centro permanece cerrado. La actora debe cumplimentar un cuaderno de trabajo semanal en modelo preestablecido por Celemín y Formación SL que remite a Celemín y Formación SL indicando la organización del servicio y las actividades desarrolladas semanalmente en el centro educativo correspondiente. Este cuaderno lo analiza la supervisora en las visitas presenciales que verifica mensualmente. Cualquier salida del centro de un alumno con necesidades educativas especiales debe ser autorizada por Celemín y Formación SL. Para ello, la monitora presenta la oportuna solicitud con la firma y sello del Director del centro escolar, registrando la hora de salida, el día, horario, actividad, lugar, .../..." hechos de los que es lógico inferir, de este relato, como del extenso transcrito, la afirmación de la sentencia de que **no existía una cesión ilegal de trabajadores, sino una externalización de servicios ex art. 42 ET** , a la que el empresario puede recurrir para desarrollar su actividad, lo que supone que, con carácter general, la denominada descentralización productiva es lícita.

Si la principal se limita a recibir el resultado de la ejecución por la contratista, en la que ésta aporta sus medios personales y materiales, con la consiguiente organización y dirección, es válida la externalización; pero en la medida en que esta diferenciación es inexistente, la contrata se desnaturaliza y trastoca en simple provisión de mano de obra, integrando una cesión ilícita de trabajadores (TS 27-10-94, EDJ 24199; 4-3-08, EDJ 31215) situación que no acaece cuando la empresa cedente CELEMIN, reiteramos, ejerce las funciones inherentes a su condición de empresario; es decir, pone al servicio de la cesionaria, la CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN, la organización empresarial que posee que a fin de cuentas es lo que en tan extenso relato se hizo constar.



Si a tan prolija relación de hechos añadimos el que nada de lo alegado por la actora ha sido acreditado, **el recurso fracasa**, tanto como que ni ella era la única **monitora de educación especial** que presta servicios en el centro, CEIP "Príncipe de España" de Huelva, puesto que hay mas monitoras de educación especial de plantilla de la Junta de Andalucía, y las labores que realiza la actora es una **competencia de la Junta de Andalucía** pero eso, como ya hemos dicho, **no impide la externalización de ese concreto servicio ni sirve siquiera como indicio de una cesión ilegal**. Todo lo que actúa la Administración, bien directa bien indirectamente, o es competencia propia o lo hace por encargo de otra Administración, mediante distintas figuras jurídicas: delegación, convenio, etc... pues lo contrario estaría viciado de incompetencia, y si hay una empresa con existencia real, Celemín y Formación SL, con la que la actora ha mantenido relación laboral en el periodo al que se refiere la demanda, y si la actora ha desempeñado funciones relativas al apoyo y complemento del alumnado con necesidades educativas especiales, y no otras, el que hoy afirmemos que no hay circunstancia alguna de la que inferir la existencia de cesión ilícita ex art. 43.2 ET es una obviedad.

Se nos ha relacionado en la sentencia, por activa y por pasiva, que la empresa Celemín y Formación S.L., tiene una organización propia y estable, y una actividad acorde con el objeto del contrato administrativo celebrado, para cuyo desarrollo tiene los medios adecuados y que la actora presta servicios para aquella, con lo que la actora no ha salido nunca de la órbita empresarial de la empresa Celemín y Formación S.L.

Frente a los abrumadores hechos, el recurso se limita a exponer criterios doctrinales generales conocidos, y a la cita, con transcripción, de sentencia que recuerda la doctrina jurisprudencial en aplicación del art. 43 ET, pero que para nada vale a este recurso en cuanto las circunstancias del caso concreto que se resuelve ahí son muy distintas a las nuestras.

En fin, lo único que se nos pone de manifiesto es que la solución de la cuestión en cada caso resulta, principalmente, de la actuación empresarial realizada, lo que exige un análisis pormenorizado de cuantos elementos fácticos se dispongan en el supuesto enjuiciado, **enseñanza que la recurrente obvia para argüir con base a conjeturas, al margen de los tozudos hechos**, en los que constan circunstancias que rebasan la consideración de indicios y que acreditan la inexistencia de esa supuesta pérdida de poder del empresario y así, en el HP 15º consta la remisión mensual por la actora, a la supervisora de la empresa Celemín y Formación SL, de un informe sobre las actividades y los trabajos efectivamente realizados, y en el HP 8º se relaciona la remisión con periodicidad semanal de un certificado, por la trabajadora y el CEIP, de días y horas trabajadas, y en el HP 10º, consta la utilización de sistema col center por la empresa citada para el control de la jornada diaria de la trabajadora. Todos estos hechos y los anteriormente citados ponen de relieve que la empresa Celemín y Formación S.L. nunca ha dejado de ejercer las funciones inherentes a su condición de empleador y por ende nunca ha perdido tal condición de empleador, y mucho menos que la Consejería demandada haya adquirido tal condición.

En conclusión, al probarse la existencia de una empresa real, con medios y organización propios y suficientes para el desarrollo del servicio contratado administrativamente, mas la no concurrencia de las otras dos circunstancias, existencia de mera puesta a disposición de la trabajadora y pérdida de las funciones inherentes a su condición de empresario por la empresa cedente, solo cabe confirmar la sentencia, tras el fracaso del motivo del recurso.

Vistos los precedentes preceptos legales y los de general aplicación.

FALLAMOS

Con **desestimación del recurso** de suplicación interpuesto por D^a Piedad, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social nº 2 de Huelva en sus autos núm. 1.230/14, en los que la recurrente fue demandante contra la CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, CELEMÍN Y FORMACIÓN S.L. y ENTE PÚBLICO ANDALUZ DE INFRAESTRUCTURAS Y SERVICIOS EDUCATIVOS, en demanda de fijeza electiva, y como consecuencia **confirmamos dicha sentencia**.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 LRJS.



En tal escrito de preparación del recurso deberá constar: a) exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos"; b) "referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción"; c) que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

Así por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ