



Roj: **STS 2458/2020 - ECLI:ES:TS:2020:2458**

Id Cendoj: **28079140012020100542**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/06/2020**

Nº de Recurso: **3380/2017**

Nº de Resolución: **551/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación para la unificación de doctrina**

Ponente: **IGNACIO GARCIA-PERROTE ESCARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ AND 9625/2017,**
STS 2458/2020

UNIFICACIÓN DOCTRINA núm.: 3380/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Jesús Escudero Cinca

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Social

Sentencia núm. 551/2020

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D^a. María Luisa Segoviano Astaburuaga

D^a. María Lourdes Arastey Sahún

D. Ángel Blasco Pellicer

D^a. María Luz García Paredes

D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín

En Madrid, a 30 de junio de 2020.

Esta Sala ha visto los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por la JUNTA DE ANDALUCÍA, representada y asistida por el letrado D. Julio Yun Casalilla, CELEMIN&FORMACIÓN S.L., representado por la Procuradora María del Mar Hornero Hernández y asistido por el letrado D. Angel Gómez Martínez y por la mercantil CLECE, S.A., representada y asistida por el Letrado D. Manuel Martínez Torres, contra la sentencia de fecha 31 de mayo de 2017 dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, en el recurso de suplicación núm. 322/2017, formulado frente a la sentencia de fecha 23 de noviembre de 2016, dictada en autos 799/2015 por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Málaga, seguidos a instancia de Doña Micaela , contra AGENCIA PÚBLICA ANDALUZA DE EDUCACIÓN Y FORMACIÓN, DELEGACIÓN TERRITORIAL DE LA CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, FEDERACIÓN ALMERIENSE DE ASOCIACIONES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD, CELEMIN Y FORMACIÓN S.L., CLECE S.A., FEPAMIC SERVICIOS DE ASISTENCIA S.L., y GRUPO CORPORATIVO FAMF S.L.U., sobre cesión ilegal de trabajadores.

Ha comparecido ante esta Sala en concepto de parte recurrida Doña Micaela , representada y asistida por la letrada D^a María José Pardo Rodríguez.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Garcia-Perrote Escartín.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 23 de noviembre de 2016, el Juzgado de lo Social núm. 3 de Málaga, dictó sentencia cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal: "FALLO: Que DESESTIMANDO las excepciones de caducidad (opuesta por Celemin&Formación S.L.), de falta de legitimación pasiva y falta de acción (esgrimidas por Celemin&Formación S.L., Clece S.A. y Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación) y de prescripción (alegada por Clece S.A.) y DESESTIMANDO la demanda formulada por Dña. Micaela contra Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación, Celemin&Formación S.L., Clece S.A., Delegación Territorial en Málaga de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, Federación Almeriense de Personas con Discapacidad, Grupo Corporativo Famf S.L.U. y Fepamic Servicios de Asistencia S.L., SE ACUERDA:

1.- Absolver a la parte demandada de las pretensiones ejercitadas en la demanda.

2.- No haber lugar a la imposición de costas por temeridad a la parte actora".

En dicha sentencia se declararon probados los siguientes hechos:

I.- Dña. Micaela (DNI NUM000) ha prestado servicios en el centro público IES Luis Barahona de Soto (Archidona) durante los cursos escolares 2009/2010 a 2014/2015, con la categoría profesional de monitora de educación especial (auxiliar técnico educativo, a jornada parcial.

II.- La Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación es una entidad de derecho público de la Junta de Andalucía, con personalidad jurídica y patrimonio propios y plena capacidad jurídica y de obrar para el cumplimiento de sus fines, teniendo como objeto llevar a cabo la gestión de las infraestructuras educativas y servicios complementarios de la enseñanza cuya competencia corresponda a la Comunidad Autónoma, atendiendo siempre al respeto del principio de igualdad de oportunidades entre hombre y mujeres.

III.- El 1 de enero de 2009 Celemin&Formación S.L. (CIF B04366787) suscribió contrato de arrendamiento de despacho profesional con D. Mario respecto al local sito en calle Salvador Noriega 7, entreplanta derecha, despacho n° 4 (Málaga).

IV.- Dña. Micaela ha estado en situación de alta por cuenta de Celemin&Formación S.L. del 15 de septiembre de 2009 al 23 de junio de 2010 en virtud de contrato de duración determinada a tiempo parcial (75%) para obra o servicio determinado (212 días). La remuneración en junio de 2010 (17 días) fue de 562,44 euros mensuales.

V.- Celemin&Formación S.L. dispone de un dossier RRHH de necesidades educativas especiales que cuyo contenido obra como documento n.º 3 de su ramo de prueba y se da por reproducido y que fue entregado a algunos trabajadores, realizando visitas a algunos centros de trabajo.

VI.- Para el curso escolar 2012/2013 se adjudicó a Clece S.A. la ejecución del contrato de servicio de apoyo y asistencia escolar a alumnos/as con necesidades educativas especiales en los centros docentes públicos de la provincia de Málaga dependientes de la Consejería de educación, expediente número NUM001 .

VII.- Dña. Micaela ha estado en situación de alta por cuenta de Clece S.A. (CIF A80364243) en los siguientes periodos: del 15 de septiembre al 23 de diciembre de 2010 (contrato fijo discontinuo con jornada 75% -30 horas semanales-) del 10 de enero al 15 de abril de 2011 (contrato fijo discontinuo con jornada 75%), del 25 de abril al 24 de junio de 2011 (contrato fijo discontinuo con jornada 75%), del 15 de septiembre al 23 de diciembre de 2011 (contrato fijo discontinuo con jornada 75%), del 9 de enero al 30 de marzo de 2012 (contrato fijo discontinuo con jornada 75%), del 9 de abril al 22 de junio de 2012 (contrato fijo discontinuo con jornada 75%), del 17 de septiembre al 15 de noviembre de 2012 (contrato fijo discontinuo con jornada 75%). La remuneración ascendió en octubre de 2011 a 798 euros y durante el año 2012 fue la recogida en el documento n.º 4 del ramo de prueba de Clece S.A.

VIII.- El 15 de noviembre de 2012 Clece S.A. comunicó a la trabajadora la finalización del contrato fijo discontinuo y subrogación a partir del 16 de noviembre de 2012 en la nueva adjudicataria FAMF.

IX.- El 9 de noviembre de 2012 se adjudicó a Grupo Corporativo FAMF S.L.U. la ejecución del contrato de servicio de apoyo y asistencia escolar a alumnos/as con necesidades educativas especiales en los centros docentes públicos de la provincia de Málaga dependientes de la Consejería de educación, expediente número NUM002 y el 15 de noviembre de 2012 el Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios Educativos suscribió con Grupo Corporativo FAMF S.L. U. documento administrativo de formación del contrato de servicio de apoyo y asistencia escolar a alumnos/as con necesidades educativas especiales en los centros docentes públicos de la provincia de Málaga dependientes de la Consejería de educación, expediente número NUM002 . Ello, con sujeción al pliego de prescripciones técnicas y al pliego de cláusulas administrativas particulares.

X.- Dña. Micaela ha estado en situación de alta por cuenta de Grupo FAMF S.L. U. (CIF B92145705) en los siguientes periodos: del 16 de noviembre al 30 de diciembre de 2012 (contrato fijo discontinuo con jornada



del 76.9%), del 8 al 31 de enero de 2013 (contrato fijo discontinuo con jornada del 76.9%), del 1 de febrero al 25 de junio de 2013 (contrato fijo discontinuo con jornada del 76.9%), del 16 de septiembre de 2013 al 24 de junio de 2014 (contrato fijo discontinuo con jornada del 76.9%), del 15 de septiembre de 2014 al 10 de abril de 2015 (contrato fijo discontinuo con jornada del 76.9%). El salario ascendió a 823,14 euros mensuales en 2013 y 2014.

XI.- El 1 de enero de 2015 Federación Almeriense de Asociaciones de Personas con Discapacidad y Dña. Inés firmaron contrato de arrendamiento de local de negocio sito en avenida de Andalucía, 59 bajo (Estepona) durante un año, lugar donde aquélla ha ubicado una oficina.

XII.- Dña. Micaela ha estado en situación de alta por cuenta de Federación Almeriense de Asociaciones de Personas con Discapacidad en virtud de contrato indefinido fijo discontinuo (75%) del 13 de abril al 10 de junio de 2015, percibiendo un salario en mayo de 2015 de 823,59 euros. Dicho contrato se celebró para prestar servicios como auxiliar técnico educativo (monitor social) en el IES Luis Barahona de Soto (Archidona), con jornada de 30 horas semanales.

XIII.- El 29 de mayo de 2015 la Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación y Federación Almeriense de Asociaciones de Personas con Discapacidad (CIF G04054425) suscribieron documento administrativo de formalización del contrato de servicio de apoyo y asistencia al alumnado con necesidades educativas de apoyo específico en los centros docentes públicos de la provincia de Málaga dependientes de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte, expediente n.º 00130/ISE/2014/MA .

XIV.- Federación Almeriense de Asociaciones de Personas con Discapacidad desarrolló su actividad conforme al protocolo recogido en el documento n.º 9 de su ramo de prueba, cuyo contenido se da por reproducido.

XV.- El 30 de abril de 2015 Fepamic Servicios de Asistencias S.L. y la Confederación de Entidades para la Economía Social de Andalucía suscribió el contrato de arrendamiento de local contenido en el documento n. (r) 9 del ramo de prueba de Fepamic, cuyo contenido se da por reproducido.

XVI.- El 10 de junio de 2015 se suscribió entre Fepamic Servicios de Asistencia S.L. y Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación el documento administrativo de formalización del contrato de servicio de apoyo y asistencia escolar para alumnado con necesidades educativas de apoyo específico en los centros docentes públicos de la provincia de Málaga dependientes de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía. Expediente número NUM003 . Ello, con sujeción al pliego de prescripciones técnicas para la contratación de apoyo y asistencia a alumnado con necesidades educativas de apoyo específico en los centros docentes públicos de la provincia de Málaga dependientes de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía mediante procedimiento abierto y al pliego de cláusulas administrativas particulares de la Agencia Pública de Educación y Formación para la contratación del Servicio de Apoyo y Asistencia Escolar a alumnado con necesidades educativas de apoyo específico en los centros docentes públicos de la provincia de Málaga dependientes de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, mediante procedimiento negociado sin publicidad.

XVII.- Dña. Micaela está en situación de alta por cuenta de Fepamic Servicios de Asistencia S.L. desde el 11 al 23 de junio 2015 (contrato fijo discontinuo, con jornada de 76,9%), y desde el 10 de septiembre de 2015 (contrato fijo discontinuo, con jornada de 64,1%), percibiendo una retribución en mayo de 2015 de 680,07 euros, incluida parte proporcional de pagas extraordinarias. Los contratos obran como documentos nº 1 del ramo de prueba de Fepamic y su contenido se da por reproducido.

XVIII.-Dña. Micaela ha prestado servicios por cuenta de Fepamic Servicios de Asistencia S.L. en los centros de trabajo IES Luis Barahona de Soto (Archidona), CEIP El Tejar (Fuengirola) y CEIP Virgen de la Candelaria (Colmenar).

XIX.- Fepamic Servicios de Asistencia S.L. dispone, en el marco del expediente NUM003 , un programa de trabajo para el servicio de apoyo y asistencia escolar al alumnado con necesidades educativas de apoyo específico en los centros docentes públicos de la provincia de Málaga dependientes de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte de la provincia de Málaga. El programa obra como documento n.º 10 del ramo de prueba de Fepamic y su contenido se da por reproducido.

XX.- El 9 de junio y el 7 de septiembre de 2015 la actora recibió de Fepamic Servicios de Asistencia S.L. dos petos como uniformidad para el trabajo, una placa identificativa, de uso obligatorio, y teléfono.

XXI.-El 9 de junio de 2015 la actora recibió de Fepamic Servicios de Asistencia S.L. normas para el buen desempeño de la labor de "cuidador", que recoge la obligación de enviar parte mensual firmada y sellado por el centro de trabajo, de rellenar parte diario, de comunicar las incidencias a la coordinadora así como bajas



médicas y justificantes de faltas de asistencia así como normas sobre comunicación de ausencias del centro de trabajo.

XXII.-La actora recibió de Fepamic Servicios de Asistencia S.L. el 10 de junio de 2015 manual de acogida, anexo de asociaciones, manual de acogida en prevención de riesgos laborales, formación e información riesgos generales y específicos en PRL para su puesto de trabajo y listado de centros médicos.

XXIII.- El 7 de septiembre de 2015 Fepamic Servicios de Asistencia S.L. entregó a la actora normas para el buen desempeño de su puesto y el 19 de noviembre de 2015 protocolo de elaboración del parte de trabajo.

XXIV.-Fepamic Servicios de Asistencia S.L controlaba la asistencia, entrada y salida de la actora del centro de trabajo mediante un teléfono móvil PDA con sistema de geolocalización.

XXV.-Fepamic Servicios de Asistencia S.L mantenía reuniones de trabajo con la actora y otras trabajadoras en las que se trataban temas como las vacaciones, incidencias del servicio, listas de asistencia, formación, etc, y visitaba mediante un coordinador los centros de trabajo en la provincia de Málaga, llevando un registro de visitas de control a los centros de trabajo.

XXVI.-Fepamic Servicios de Asistencia S.L. tiene un coordinador del servicio en Málaga que controla las incidencias del servicio, permisos, horarios, visita los centros de trabajo y es a quien se le solicita el material de trabajo necesario como guantes.

XXVII.-La actora acudió a reconocimiento médico durante la vigencia de su relación laboral con Fepamic Servicios de Asistencia S.L.

XXVIII.-Durante la vigencia de la relación con Grupo Corporativo FAMF S.L.U. y Federación Almeriense de Personas con Discapacidad existía un control de asistencia (diario/mensual) con visitas al centro de trabajo.

XXIX.-La actora como monitora de necesidades especiales ha desarrollado en el IES Luis Barahona de Soto (Archidona) en los cursos académicos 2009/2010, 2010/2011, 2011/2012, 2012/2013, 2013/2014 y 2014/2015, las siguientes funciones de lunes a viernes horario de 8:15 a 14:15 horas: recibir a los alumnos/as con necesidades educativas especiales desde su llegada al centro y acompañamiento a las distintas dependencias, atender bajo la supervisión del profesorado especialista o equipo técnico la realización de actividades escolares realizadas por los alumnos con necesidades especiales en las distintas dependencias del centro, instruir y atender a los alumnos/as con necesidades educativas especiales en conductas sociales, comportamientos de autoalimentación, hábitos de aseo e higiene personal, colaborar en la vigilancia de los recreos, colaborar con la supervisión del profesorado o del equipo técnico en las relaciones centro-familia, integración en el equipo de orientación para colaborar con los tutores y el resto del profesorado en el apoyo y la comprensión de las materias impartidas, en las adaptaciones de las mismas y en la elaboración y utilización del material didáctico y facilitar la movilidad por el centro de los/as alumnos/as con necesidades educativas especiales en las distintas actividades establecidas y a los distintos especialistas.

XXX.- Durante los cinco primeros cursos que la actora prestó servicios en el IES Luis Barahona de Soto (Archidona) la actora no estuvo incluida en el sistema de gestión Séneca.

XXXI.- La actora ha percibido sus retribuciones de las diferentes empresas contratistas.

XXXII.- El centro educativo IES Luis Barahona de Soto (Archidona) sólo ha proporcionado a la actora el espacio físico para desarrollar su labor, no ejerciendo potestad disciplinaria sobre la actora.

XXXIII.-En la relación de puestos de trabajo del IES Luis Barahona de Soto Archidona) no está creado el puesto de monitor/a de educación especial.

XXXIV.-La actora a petición de Federación Almeriense de Asociaciones de Personas con Discapacidad fue sometida a reconocimiento médico por Premap siendo considerada apta para su puesto de trabajo.

XXXV.-Durante la vigencia de la relación laboral con Federación Almeriense de Asociaciones de Personas con Discapacidad la actora recibió formación sobre riesgos y medidas preventivas en el puesto de monitor escolar.

XXXVI.- La jornada del personal laboral de la Junta de Andalucía es de 35 horas semanales.

XXXVII.- El convenio colectivo que se ha aplicado por las entidades precitadas es el XIV Convenio Colectivo de Centros y Servicios de Atención a personas con discapacidad.

XXXVIII.- El 9 de junio de 2015 la actora interpuso denuncia ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, delegación provincial el Málaga, en materia de cesión ilegal de trabajadores, contra Grupo Corporativo Famf S.L., Clece S.A., Federación Almeriense de Asociaciones de personas con discapacidad, Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación, Celemín Formación S.L. y Delegación Territorial de la Consejería de



Educación, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía. El 11 de febrero de 2016 la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, delegación provincial el Málaga, redactó informe contestando a la denuncia de algunas trabajadoras por hechos similares a los contenidos en la demanda, en los términos contenidos en el documento n.º 13 del ramo de prueba de la parte actora cuyo contenido se da por reproducido. En dicho expediente no se dio audiencia a la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, Federación Almeriense de Asociaciones de Personas con Discapacidad, Celemín&Formación S.L y Clece S.A.

XXXIX.- El 28 de septiembre de 2015 la trabajadora presentó reclamación previa, no constando resolución expresa de la misma.

XL.-El 28 de septiembre de 2015 la trabajadora presentó papeleta de conciliación dirigida y el 15 de octubre de 2015 se celebró sin avenencia el acto de conciliación ante el Centro de Mediación, Arbitraje y Conciliación respecto Femamic Servicios de Asistencia S.L y se intentó sin efecto el acto de conciliación respecto de las restantes.

XLI- El 20 de octubre de 2015 se interpuso demanda".

SEGUNDO.- Interpuesto recurso de suplicación contra la anterior resolución, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede de Málaga, dictó sentencia con fecha 31 de mayo de 2017, en la que consta la siguiente parte dispositiva: "FALLO: I.- Se estima el recurso de suplicación interpuesto por Doña Micaela y se revoca la sentencia del Juzgado de lo Social número tres de Málaga, de 23 de noviembre de 2016, dictada en el procedimiento 799/2015.

II.- Se estima sustancialmente la demanda formulada por Doña Micaela frente a Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación, Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía, Celemín&Formación S.L., Federación Almeriense de Personas con Discapacidad, Clece y Femamic Servicios de Asistencia S.L declarando que la demandante es personal laboral indefinido de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía, con la categoría profesional de personal técnico de integración social, con efectos de 15 de septiembre de 2009, y condeno a las demandadas a estar y pasar por esta resolución".

TERCERO.- Formalizados los presentes recursos de casación para la unificación de doctrina por las partes recurrentes, fue alegada contradicción existente entre la sentencia recurrida y las siguientes que se citan a continuación: en el caso de la La Junta de Andalucía sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada de fecha 3 de noviembre de 2016, rec. 2004/16; en el recurso formalizado por Celemín&Formación S.L., sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada de fecha de 14 de septiembre de 2016, rec. 1475/16 y en el formalizado por CLECE, S.A. sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 12 de julio de 2002, rec. 2533/02.

CUARTO.- Por providencia de esta Sala de fecha 12 de marzo de 2018, se admitieron a trámite los presentes recursos, dándose traslado de los mismos a las partes contrarias para que formalizaran su impugnación en el plazo de quince días.

QUINTO.- Evacuado el trámite de impugnación, pasó todo lo actuado al Ministerio Fiscal para informe, dictaminando en el sentido de considerar los recursos improcedentes. Instruido el Excmo. Sr. Magistrado Ponente, se declararon conclusos los autos.

SEXTO.- Por Providencia de fecha 27 de abril de 2020 y por necesidades del servicio se designó como nuevo Ponente al Magistrado Excmo. Sr. D. Ignacio García-Perrote Escartín, señalándose para votación y fallo del presente recurso el día 30 de junio de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Objeto de los recursos de casación para la unificación de doctrina, hechos relevantes y la sentencia recurrida

1. La Junta de Andalucía y las empresas Celemín Formación S.L y Clece S.A. han interpuesto sendos recursos de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, de 31 de mayo de 2017 (rec. 322/2017).

Tras estimar el correspondiente recurso de suplicación, la sentencia de la Sala de lo Social del TSJ estimó la demanda, inicialmente desestimada por el Juzgado de lo Social núm. 3 de Málaga, formulada por doña Micaela (en adelante, "la trabajadora") contra la Junta de Andalucía (concretamente la Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación y la Consejería de Educación y Ciencia), Celemín Formación S.L., Federación Almeriense de Personas con Discapacidad, Clece y Femamic Servicios de Asistencia S.L. (en adelante, "Femamic"). Apreciando cesión ilegal, la sentencia de la Sala de Málaga declaró que la trabajadora



es personal laboral indefinido de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía, condenando a las demandadas a estar y pasar por esta resolución.

2. Los hechos (con las adiciones fácticas estimadas por la sentencia de suplicación) dan cuenta de los diversos contratos de la trabajadora por cuenta de diversas entidades, para prestar servicios en un IES de la provincia de Málaga durante los cursos escolares 2009/2010 (concretamente desde el 15 de septiembre de 2009) a 2014/2015, con la categoría profesional de monitora de educación especial (auxiliar técnico educativo) a jornada parcial. La trabajadora ha estado contratada por la citada Fedamic del 11 al 23 de junio de 2015 y desde el 10 de septiembre de 2015. Con Fepamic ha prestado servicios, además de en el IES de la provincia de Málaga, en dos CEIP de la misma provincia.

La prestación de servicios se realiza en el marco de un contrato de servicio de apoyo y asistencia al alumnado con necesidades educativas especiales concertado entre las diversas entidades empleadoras y la Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación. La primera entidad que la contrata es Celemín Formación el 15 de septiembre de 2009; el 15 de septiembre de 2010 comienza a prestar servicios para Clece; el 16 de noviembre de 2012 por cuenta de Grupo FAMF S. L. U.; a partir del 13 de abril de 2015 la prestación es para la Federación Almeriense de Asociaciones de personas con Discapacidad y, como ya se ha dicho, del 11 al 23 de junio de 2015 y desde el 10 de septiembre de 2015 para Femapic.

3. El relato fáctico da cuenta de que Celemín Formación dispone de un dossier de recursos humanos de necesidades educativas especiales que fue entregado a algunos trabajadores y que realizó visitas a algunos centros de trabajo. También da cuenta de que durante la vigencia de la relación laboral con Federación Almeriense de Asociaciones de Personas con Discapacidad la actora recibió formación sobre riesgos y medidas preventivas en el puesto de monitor escolar y también que la trabajadora recibió de Femapic prendas de trabajo, una placa identificativa de uso obligatorio y un teléfono, normas para el buen desempeño de la labor de "cuidador", que recoge obligaciones que la trabajadora debe cumplir con la empresa respecto de partes, comunicación de incidencias, entre otras; que dicha entidad le entregó diversos manuales de acogida sobre cuestiones como formación y prevención de riesgos; que controlaba la asistencia, entrada y salida de la actora del centro de trabajo mediante un teléfono móvil PDA con sistema de geolocalización; que mantenía reuniones de trabajo con la trabajadora y otras trabajadoras sobre vacaciones, incidencias del servicio, listas de asistencia, formación y visitaba mediante un coordinador los centros de trabajo en la provincia de Málaga. También consta que no han existido prácticamente visitas de los responsables de las empresas adjudicatarias al IES.

Las funciones realmente realizadas por la trabajadora se reflejan en el hecho probado XXIX. El centro educativo IES donde presta servicios sólo ha proporcionado a la trabajadora el espacio físico para desarrollar su labor, no ejerciendo potestad disciplinaria sobre ella. En la relación de puestos de trabajo del IES no está creado el puesto de monitor/a de educación especial.

El 9 de junio de 2015 la trabajadora interpuso denuncia ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Málaga en materia de cesión ilegal contra las entidades demandadas. El informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Málaga de 11 de febrero de 2016 contestó a la denuncia de algunas trabajadoras por hechos similares.

4. El 28 de septiembre de 2015 la trabajadora presentó papeleta de conciliación, celebrándose el acto de conciliación sin avenencia respecto de Fedamic e intentándose sin efecto respecto de las restantes entidades.

Interpuesta demanda por la trabajadora, la demanda fue desestimada por la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Málaga de 23 de noviembre de 2016.

La sentencia desestimó las excepciones de falta de legitimación pasiva *ad causam* o falta de acción esgrimida por Celemín Formación S.L, Clece y la Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación por la vinculación laboral que existió entre la trabajadora y Celemín Formación S.L y Clece y por la intervención en el proceso de adjudicación Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación, añadiendo que "cuestión distinta es que, existiendo dicha legitimación, la demanda no prospere analizado el fondo del asunto". Por lo que se refiere al fondo del asunto, la sentencia del juzgado de lo social rechazó que se hubiera incurrido en la cesión legal contemplada en el artículo 43 ET.

5. La trabajadora interpuso recurso de suplicación contra la sentencia del juzgado de lo social y el recurso fue estimado por la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, de 31 de mayo de 2017 (rec. 322/2017). El recurso de suplicación de la trabajadora instaba determinadas modificaciones fácticas y denunciaba la infracción de los artículos 43 y 44 ET. El recurso fue impugnado de contrario.



La sala de Málaga, tras acceder a las modificaciones fácticas solicitadas, analiza la normativa aplicable al profesorado y personal cualificado para atender al alumnado con necesidades educativas especiales y llega a la conclusión de que se trata de personal estructural de los centros públicos de educación, y de que, en consecuencia, la competencia para su contratación corresponde a la Consejería de Educación, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía. Seguidamente, entiende que la demandante ha sido sujeto de cesión ilegal por parte de Femapic a esa Consejería y que esa cesión ilegal se prolonga desde el inicio de su relación laboral, si bien a través de otras empresas; que en dicha cesión actúa de intermediaria la Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación; y considera que la cesión no queda desvirtuada por el hecho de que Femapic haya proporcionado a la trabajadora prendas y útiles de trabajo, le haya impartido órdenes e instrucciones o haya controlado su asistencia, pues considera que esas atribuciones formales de Femapic vienen condicionadas o son consecuencia del Informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de 11 de febrero de 2016, referido a una anterior contrata.

Añade la sentencia de suplicación que la finalidad de la cesión ilegal es evitar que la relación laboral de la trabajadora se rija por el VI Convenio Colectivo del personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía, más favorable que el XIV Convenio Colectivo General de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad que se le viene aplicando. De esa cesión ilegal se deriva, además, a juicio de la sala de Málaga, un perjuicio para el Servicio Público de Empleo Estatal que, por la dinámica de dicha cesión, viene obligado a abonar a la demandante prestaciones por desempleo más o menos durante los meses de julio y agosto de todos los años. Considera también que con independencia de la categoría profesional que figura en las nóminas de la demandante, las labores que desempeña son las correspondientes a la categoría profesional de personal técnico de integración social, denominación que tiene la categoría profesional de monitor de educación.

La sentencia de la sala de Málaga razona que, en procedimientos en los que se planteaba la existencia de cesión ilegal, la Sala había venido rechazando que existiera dicha cesión ilegal, pero que "esa decisión fue revisada en la sentencia de 14 de diciembre de 2016, dictada por el Pleno de la Sala en el rollo de suplicación 1686/2016, en que apreció la existencia de cesión ilegal".

La sentencia del TSJ concluye estimando el recurso de la trabajadora, revoca la sentencia de instancia y estima "sustancialmente" la demanda formulada por la trabajadora frente a la Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación, Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía, Celemín, Federación Almeriense de Personas con Discapacidad, Clece y Femapic, declara que la demandante es personal laboral indefinido de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía, con la categoría profesional de personal técnico de integración social, con efectos de 15 de septiembre de 2009, y condena a las entidades demandadas a estar y pasar por esta resolución.

SEGUNDO. - Los recursos de casación para la unificación de doctrina, su impugnación y el informe del Ministerio Fiscal

1. El recurso de casación para la unificación de la doctrina de la Junta de Andalucía propone como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, el 3 de noviembre de 2016 (rec. 2004/2016) y denuncia la infracción del artículo 43 ET, en relación con el artículo 52 del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público y con la doctrina sobre la potestad general de la autotutela de la Administración en el ámbito específico de la contratación pública. La Junta de Andalucía ha presentado alegaciones a los recursos de casación para la unificación de doctrina que se mencionan en los apartados siguientes, adhiriéndose al recurso de Celemín Formación y afirmando que nada tiene que alegar a la pretensión de Clece.

2. El recurso de casación para la unificación de doctrina de Celemín Formación invoca como referencial la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada de 14 de septiembre de 2016 (rec. 1475/2016) y denuncia la infracción de los artículos 42.2 y 42.4 ET.

3. Finalmente, el recurso de casación para la unificación de doctrina de Clece invoca como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 12 de julio de 2002 (rec. 2533/2002) y denuncia la infracción del artículo 43 ET y de la doctrina de la sentencia de contraste.

4. Los recursos se han impugnado por la representación de la trabajadora, en un único escrito de impugnación, alegando falta de contradicción y de contenido casacional y que la sentencia recurrida ha aplicado correctamente el artículo 43 ET.

5. El Ministerio Fiscal informa en el sentido de -en la actual fase procesal- que se desestimen los tres recursos de casación para la unificación de doctrina.



El de la Junta de Andalucía por no ser firme la sentencia esgrimida de contraste. El de Celemín Formación, por falta de contradicción entre la sentencia recurrida y la de contraste. Y el de Clece, en fin, por suscitar una cuestión nueva no examinada en suplicación.

TERCERO. - La desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina de la Junta de Andalucía

1. El recurso de casación para la unificación de la doctrina de la Junta de Andalucía propone como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, el 3 de noviembre de 2016 (rec. 2004/2016).

2. Ocurre que la citada sentencia de la Sala de Granada de 3 de noviembre de 2016 no es idónea a los efectos del recurso unificador, por no ser firme a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso, toda vez que fue recurrida en casación para la unificación de doctrina ante esta Sala Cuarta (rcud 1513/2017). En efecto, el auto de inadmisión del recurso de casación para la unificación de la doctrina núm. 1513/2017 se dictó el 12 de diciembre de 2017 y, dado que el plazo para interponer el recurso en el presente supuesto terminaba en julio de 2017, la sentencia no era firme en esa fecha, como consta expresamente en la certificación de la misma que es de fecha 28 de junio de 2017, unida a las actuaciones.

De acuerdo con lo establecido en los artículos 221.3 y 224.3 LRJS, las sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso y así lo viene exigiendo esta Sala en numerosas resoluciones, entre otras, SSTS 5 de diciembre de 2013 (rcud 956/2012), 4 de junio de 2014 (rcud 1401/2013) y 8 junio 2017 (rcud 1365/2015), habiendo sido declarado este requisito conforme a la Constitución por el Tribunal Constitucional en sus sentencias 132/1997, de 15 de julio y 251/2000, de 30 de octubre, al estar justificado en la necesidad de comparar la sentencia recurrida con otra que contenga doctrina consolidada.

3. En consecuencia y de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, en la actual fase procesal, el recurso de casación para la unificación de doctrina de la Junta de Andalucía debe ser desestimado.

CUARTO. - La desestimación del recurso de casación para la unificación de doctrina de Celemín Formación

1. El recurso de Celemín Formación combate la existencia de cesión ilegal e invoca como referencial la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Granada, de 14 de septiembre de 2016 (rec. 1475/2016), que desestima el recurso del trabajador contra la sentencia de instancia que había desestimado su demanda de cesión ilegal.

En la sentencia referencial, el trabajador presta servicios para la entidad Celemín Formación con categoría de auxiliar no docente en el marco de un contrato que esta empresa tiene concertado con el Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios educativos. Los hechos hacen referencia a los objetivos, las competencias y potestades y las funciones del citado Ente. Asimismo, la sentencia referencial señala que Celemín Formación cuenta con su plantilla para cumplir y ejecutar el servicio contratado, a cuyo fin destina una serie de responsables de coordinación, supervisión e interlocutores de la empresa. Se mencionan igualmente los informes que se deben remitir a Celemín Formación rubricados por el director del centro donde imparte servicios, haciendo constar el tiempo trabajado y las observaciones. Consta igualmente que Aprompsi resultó adjudicataria del servicio y sucedió a Celemín Formación a partir del 10 de septiembre de 2015 y que el trabajador suscribió documento de liquidación y finiquito el 22 de junio de 2015.

2. El artículo 219 LRJS exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser -a salvo del supuesto contemplado en el número 2 de dicho artículo- una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales" [sentencias, entre otras muchas, 31 de enero de 2017 (rcud 2147/2015), 30 de marzo de 2017 (rcud 3212/2015), 31 de mayo de 2017 (rcud 1280/2015) y 5 de julio de 2017 (rcud 2734/2015)].

La contradicción no surge, en consecuencia, de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales, [sentencias 8 de febrero de 2017 (rcud 614/2015), 6 de abril de 2017 (rcud 1869/2016) y 4 de mayo de 2017 (rcud 1201/2015)].



Por lo demás, en materia de cesión ilegal, venimos diciendo que "la comparación de supuestos de las sentencias cuando se trata de resolver sobre la existencia de cesión ilegal de trabajadores, para establecer el presupuesto de contradicción entre las sentencias comparadas, suele presentar la dificultad de que se produzcan situaciones substancialmente iguales, ya que la calificación de cesión ilegal se funda en una valoración individualizada de circunstancias variables, que normalmente no permite la generalización de las decisiones fuera de su ámbito específico" (STS 17 de enero de 2007, rcud 4039/2005).

3. En el presente supuesto, no puede considerarse que estemos ante hechos sustancialmente iguales.

En la sentencia de contraste consta que el trabajador ha prestado servicios, como auxiliar no docente, para la empresa contratista, que dicha empresa verifica la prestación realizada por el trabajador y que este suscribió un documento de liquidación y finiquito. Nada de esto sucede en la sentencia recurrida en casación para la unificación doctrina, en la que se refiere que la trabajadora ha trabajado en el mismo IES durante muchos cursos por cuenta de las diversas adjudicatarias del servicio, que las tareas de control de la prestación que realiza la última de las adjudicatarias son en realidad una respuesta formal al informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social sobre cesión ilegal de la anterior adjudicataria y que las tareas realizadas se corresponden con la categoría profesional de personal técnico de integración social, lo que implica -concluye la sentencia recurrida en casación para la unificación de la doctrina- que la trabajadora realiza las funciones de personal estructural de los centros públicos de educación.

En consecuencia, por una parte, mientras en la sentencia de contraste la prestación se realiza en el marco de una única contrata, en la recurrida consta que la trabajadora realiza la misma prestación para varias contratistas. Por otra parte, mientras en la de contraste se constatan labores de vigilancia y control de la prestación por parte de la contratista, en la recurrida las mismas se ponen bajo sospecha ante la existencia de un informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social que señala la existencia de cesión ilegal. Y es decisivo, por último, para descartar la existencia de contradicción que, mientras en la de contraste nada se dice del carácter estructural de la prestación realizada por el trabajador en los centros públicos de educación, en la recurrida se constata y afirma dicho carácter estructural.

4. En consecuencia y de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, en la actual fase procesal, el recurso de casación para la unificación de doctrina de Celemín Formación debe ser desestimado.

QUINTO. - La desestimación del recurso de casación para la unificación de la doctrina de Clece

1. El recurso de Clece denuncia la falta de acción de la trabajadora e invoca como sentencia de contraste la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid el 12 de julio de 2002 (rec. 2533/2002).

2. La sentencia referencial de la sala de Madrid desestima el recurso de suplicación del trabajador y estima el de la empresa por entender que el trabajador carece de acción para demandar por cesión ilegal.

En los hechos queda reflejado que la prestación de servicios del trabajador se desarrolló entre abril de 1997 y junio de 2001, en el marco de la contrata que la empresa para la que trabajaba había concertado con TVE y consta acta de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de 14 de diciembre de 2000 en la que se hace referencia a la existencia de cesión ilegal entre ambas empresas. El trabajador interpone la papeleta de conciliación el 7 de noviembre de 2011 y la demanda el 11 de diciembre siguiente. La sentencia de instancia rechazó la falta de acción en los términos invocados por TVE, estimó parcialmente la demanda, declaró que el trabajador fue contratado por la contratista para ser ilegalmente cedido a TVE, y condenó a ambas demandadas a que, por el período de contratación, respondieran solidariamente de las obligaciones de naturaleza laboral y de seguridad social que en su caso no hubieran sido satisfechas, absolviendo a ambas demandadas de la petición de condena relativa a reconocer al actor como fijo de TVE.

La sala de Madrid estima el recurso de suplicación de la empresa por entender que el trabajador demandante carece de acción y revoca la sentencia de instancia por esta razón, absolviendo a las demandadas. Entiende, de acuerdo con la jurisprudencia que cita, que sería posible formular demanda relativa a una cesión anterior y obtener además una condena a diferencias salariales u otras responsabilidades comprendidas en el artículo 43.2 ET, cuando no se tratara de dos empresas reales, sino de una sola y una aparente o ficticia, supuesto que no es el presente. Y lo que en ningún caso sería viable, aun aceptando como hipótesis la desintegración del suplico en varias acciones diferenciadas, es un planteamiento meramente declarativo para que se reconozca que ha existido en el pasado una cesión sin anudar a esa declaración ninguna consecuencia real, tal como se ha articulado el suplico, pues no se solicita condena alguna derivada de aquellas responsabilidades, sino que la demanda se limita a reproducir el texto legal pero sin concretar ninguna obligación de la que las empresas demandadas debieran responder solidariamente.



3. Como se acaba de ver, en el recurso de suplicación que dio lugar a la sentencia referencial el centro del debate estuvo precisamente en la falta de acción de la trabajadora, declarando la Sala de Madrid que, en efecto, la trabajadora carecía de acción.

Nada de lo anterior ocurrió en el recurso de suplicación que dio lugar a la sentencia de la Sala de Málaga recurrida en casación para la unificación de la doctrina. Al contrario de lo que sucedió en el supuesto de la sentencia de contraste, en la sentencia ahora recurrida en casación para la unificación de doctrina no se debatió en ningún momento en el recurso de suplicación la cuestión de la posible falta de acción de la trabajadora. Y aunque, como se viene diciendo, lo relevante es lo sucedido en suplicación, ni siquiera consta que Clece alegara en la instancia la falta de acción con el significado y alcance que ahora lo hace en el recurso de casación para la unificación de la doctrina.

En este contexto, plantear ahora en el recurso de casación para la unificación de la doctrina, cabe decir que *per saltum*, una cuestión que no se suscitó en momento alguno en el recurso de suplicación, no puede calificarse de otra manera que de cuestión nueva que, por no haber formado parte del debate de suplicación, no puede examinarse ahora, ya decimos que *per saltum*, en el presente recurso.

4. En efecto, nuestra jurisprudencia es reiterada y particularmente insistente en que lo que se tiene que tener en cuenta son los términos en que la controversia se planteó en suplicación, de suerte que una cuestión no suscitada en la sustanciación de la suplicación impide que la contradicción pueda ser apreciada. Si una de las sentencias aborda una cuestión y la otra no lo hace (en nuestro caso, la falta de acción -sí examinada por la sentencia referencial-, pero en momento alguno abordada por la sentencia recurrida en casación para la unificación de la doctrina), es claro que el debate no fue el mismo en y otro supuestos y que una sentencia (la referencial) sentó doctrina sobre la cuestión de la falta de acción de la trabajadora, mientras que la otra (la aquí recurrida) no enjuició en ningún momento esa cuestión de la falta de acción de la trabajadora. Y no resulta posible unificar doctrina sobre una cuestión que no fue tomada en consideración, y ni siquiera abordada, por la sentencia recurrida en casación para la unificación de doctrina.

Remitimos, entre muchas, a nuestras sentencias de 13 de julio de 2000 (rcud 1883/1999); 22 de junio de 2004 (rcud 3967/2003); 17 de marzo de 2005 (rcud 990/2014); 3 noviembre 2005 (rcud 1584/2004) ("no es posible unificar doctrina sobre algo que fue tomado en consideración expresa por la sentencia recurrida"); 14 de mayo de 2008 (rcud 2119/2007); 18 de julio de 2008 (rcud 1917/2007); 4 de febrero de 2009 (rcud 1536/2008); 13 de noviembre de 2012 (rcud 4017/2011); 15 de abril de 2013 (rcud 772/2012) ("nada hay que unificar, objeto de este recurso extraordinario, cuando no existen doctrinas contrapuestas, porque una de las sentencias comparadas no abordó el problema"); 16 de abril de 2013 (rcud 1331/2012) ("la identidad de la controversia debe establecerse teniendo en cuenta los términos en que esta ha sido planteada en suplicación, de suerte que la contradicción basada en una cuestión no suscitada en la sustanciación de la suplicación impide que dicha contradicción pueda ser apreciada"); y 30 de marzo de 2016 (rcud 2797/2014) ("si el objeto de la casación es revisar los posibles errores de enjuiciamiento de la sentencia recurrida, mal puede atenderse a tal finalidad sometiendo a revisión aquello que no pudo haber sido enjuiciado -en tanto que no planteado- por la decisión recurrida").

5. En consecuencia y de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, en la actual fase procesal, el recurso de casación para la unificación de doctrina de Clece debe ser desestimado.

SEXTO. - La desestimación de los recursos de casación para la unificación de la doctrina

1. Conforme a lo razonado y de conformidad con lo informado por el Ministerio Fiscal, en la actual fase procesal, los tres recursos de casación para la unificación de la doctrina deben ser desestimados, declarándose la firmeza de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, de 31 de mayo de 2017 (rec. 322/2017).

2. De conformidad con lo previsto en los artículos 228.3 y 235.1 LRJS, procede imponer las costas a las entidades recurrentes por un importe total de 1.500 euros, a razón de 500 euros cada una de ellas. Como se ha señalado en el fundamento de derecho tercero, apartado 4, los recursos se han impugnado por la representación de la trabajadora en un único escrito de impugnación alegándose falta de contradicción y de contenido casacional de forma global y conjunta, sin realizar análisis específico de las sentencias referenciales esgrimidas ni de los motivos de cada recurso.

Se decreta, asimismo, la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir.

FALLO

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



:

- 1.** Desestimar los recursos de casación para la unificación de doctrina interpuestos por la JUNTA DE ANDALUCÍA, representada y asistida por el letrado D. Julio Yun Casalilla, CELEMÍN FORMACIÓN S.L., representada por la procuradora Dña. María del Mar Hornero Hernández, y CLECE, representada y asistida por el letrado Manuel Martínez Torres, contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, de 31 de mayo de 2017 (rec. 322/2017).
- 2.** Declarar la firmeza de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, con sede en Málaga, de 31 de mayo de 2017 (rec. 322/2017), que estimó el recurso de suplicación interpuesto por Doña Micaela contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de Málaga de 23 de noviembre de 2016 (p. 799/2015).
- 3.** Se condena en costas a las entidades recurrentes por la suma total de 1.500 euros, a razón de 500 euros cada una de ellas, y a la pérdida de los depósitos constituidos para recurrir.

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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ