



Roj: **STSJ AND 12358/2016 - ECLI:ES:TSJAND:2016:12358**

Id Cendoj: **29067340012016101791**

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

Sede: **Málaga**

Sección: **1**

Fecha: **21/12/2016**

Nº de Recurso: **1686/2016**

Nº de Resolución: **2040/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MANUEL MARTIN HERNANDEZ-CARRILLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA**

**SALA DE LO SOCIAL CON SEDE EN MÁLAGA**

**Avda. Manuel Agustín Heredia nº 16**

N.I.G.: 2906744S20150008107

Negociado: **MA**

**Recurso: Recursos de Suplicación 1686/2016**

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº6 DE MALAGA

Procedimiento origen: Despidos / Ceses en general 574/2015

Recurrente: Tania

Representante: MARIA JOSE PARDO RODRIGUEZ

Recurrido: CONSEJERIA DE EDUCACION DE LA JUNTA DE ANDALUCIA, MINISTERIO FISCAL, FUNDACION SAMU, GRUPO CORPORATIVO FAMF S.L., AGENCIA PUBLICA DE EDUCACION Y FORMACION, FEDERACION ALMERIENSE DE ASOCIACIONES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD y FOGASA

Representante: ELISARDO SANCHEZ PEÑA y JUSTO MONTOYA MARTINEZ

**Sentencia Nº 2040/2016**

**ILTMO. SR. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES, PRESIDENTE**

**ILTMO. SR. D. RAMÓN GÓMEZ RUIZ**

**ILTMO. SR. D. JOSÉ LUIS BARRAGAN MORALES**

**ILTMO. SR. D. ERNESTRO UTRERA MARTÍN**

**ILTMO. SR. D. MANUEL MARTÍN HERNÁNDEZ CARRILLO**

**ILTMO. SR. D. RAÚL PÁEZ ESCÁMEZ**

En la ciudad de Málaga a veintiuno de diciembre de dos mil dieciséis

La Sala de lo Social en Málaga del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen y

**EN NOMBRE DEL REY**

ha dictado la siguiente:

**S E N T E N C I A**



En el Recurso de Suplicación interpuesto por DOÑA Tania contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Seis de Málaga en autos 574-15, que ha tenido entrada en esta Sala el 27 de septiembre de 2016, ha sido Ponente el Magistrado Don MANUEL MARTÍN HERNÁNDEZ CARRILLO.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO:** Según consta en autos se presentó demanda por DOÑA Tania, bajo la dirección de la letrada doña María José Pardo Rodríguez, en autos sobre DESPIDO, siendo demandadas FUNDACIÓN SAMU, bajo la dirección del letrado don Enrique Yrazusta Martínez, AGENCIA PÚBLICA ANDALUZA DE EDUCACIÓN Y FORMACIÓN, bajo la dirección del letrado don Elisardo Sánchez Peña, CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, bajo la dirección del Letrado don Rafael L. Bermúdez González. FEDERACIÓN ALMERIENSE DE ASOCIACIONES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD, bajo la dirección del letrado don Justo Montoya Martínez, y GRUPO CORPORATIVO FAMF S.L., en los que se ha dado intervención a FONDO DE GARANTÍA SALARIAL y MINISTERIO FISCAL, y se ha dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 9 de febrero de 2016, cuyo Fallo es del siguiente tenor literal: <Que desestimando la demanda interpuesta por doña Tania frente a la entidad Grupo Corporativo Famf S.L.U., Federación Almeriense de Asociaciones de personas con discapacidad, Fundación Samu, Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación y Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía, debo absolver y absuelvo a las demandadas de las acciones formuladas en su contra por falta de acción por despido>.

**SEGUNDO:** En la sentencia aludida se declararon como hechos probados los siguientes:

Primero.- La actora, provista de DNI nº NUM000, viene prestando servicios en el Centro Público IES Santiago Ramón y Cajal, de Fuengirola, con la categoría profesional de auxiliar técnico educativo (monitora de educación especial) desde 10.09.2013.

Segundo.- La actora estuvo en situación alta por cuenta de la Junta de Andalucía en los siguientes períodos: desde el 19.01.2010 a 27.01.2010, en virtud de contrato temporal de interinidad para sustituir a trabajadora en situación de IT como monitora de educación especial en CEIP El Tomillar; desde el 26.09.2012 a 20.02.2013, en virtud de contrato temporal de interinidad para sustituir a trabajadora en situación de IT como monitora de educación especial en CEIP San Sebastián; en certificación expedida por el Secretario de dicho centro consta que estuvo prestando servicios hasta 31.08.2013 (documento 1 de la parte actora).

Tercero.- La actora estuvo en situación de alta en Seguridad Social por cuenta de la entidad Grupo Corporativo Famf S.L. en los siguientes períodos de tiempo en los que prestó servicios para dicha entidad en centro público IES Santiago Ramón y Cajal, en Fuengirola: entre 10.0.2013 y 24.06.2013; entre 15.09.2014 y 10.04.2014 (documentos 3, 4 y 1 de la parte actora. El día 13.06.2013 estuvo en alta para dicha empresa pero no consta ni la categoría ni el centro).

Cuarto.- Con fecha 15.11.2012 se suscribe documento administrativo de formalización de contrato de servicios de apoyo y asistencia escolar a alumnos con necesidades educativas especiales en los centros docentes públicos de la provincia de Málaga, dependientes de la Consejería de Educación, expediente número 00101/ISE/2012/MA, entre el Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios y la empresa Grupo Corporativo Famf S.L.U., y la empresa se compromete a la ejecución del contrato de servicio de apoyo y asistencia escolar a alumnos con necesidades educativas especiales en los centros docentes públicos de la provincia de Málaga, dependientes de la Consejería de Educación que se relacionan en el anexo, incluyéndose el CEIP Los Morales, con estricta sujeción al pliego de cláusulas administrativas particulares y a las prescripciones técnicas, en las que se establece régimen de personal vinculado al adjudicatario las categorías del personal serán de responsable de contrato, coordinador, monitor de apoyo y asistencia para alumnos con necesidades educativas de apoyo específico (documental Agencia Pública).

Quinto.- En fecha 13.04.2015 la actora y la entidad Federación Almeriense de personas con discapacidad suscriben contrato de trabajo temporal para obra o servicio determinado a tiempo parcial de 25 horas a la semana, con categoría auxiliar técnico educativo a tenor de las cláusulas generales y adicionales suscritas, y en el que se hace constar que se formaliza el contrato para dar cumplimiento al programa 00121/ISE/2015/MA para atender a niños con necesidades educativas especiales en el IES Santiago Ramón y Cajal. En la nómina correspondiente al mes de mayo de 2015 la actora percibe la cantidad de 686,32 euros brutos (documento 2 y 5 de la Federación).

Sexto.- Con fecha 01.10.2015 la entidad Federación Almeriense de personas con discapacidad suscribe contrato de arrendamiento de local de negocio en los términos que se detallan en el documento nº 6 que aporta dicha entidad. En fecha 02.06.2015 se extiende por el Ayuntamiento de Estepona informe sanitario favorable sobre dicho local (documento número 7). La citada empresa, a fecha 02.02.2016, tiene en alta en Seguridad



Social a 16 trabajadores. Durante los últimos años ha tenido en alta una media de 166,69 trabajadores (documentos 9 y 10). La Entidad Federación Almeriense de personas con discapacidad ha realizado edición de memoria de actividades, cuyo contenido se da por reproducido (documento 1).

Séptimo.- En fecha 23.06.2015 la entidad da de baja en Seguridad Social a la actora (documento 3 de la empresa).

Octavo.- En expediente número 285/ISE/2014/MA, se concierta entre en Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios y la empresa Fundación Samu la ejecución de contrato de servicio de apoyo y asistencia escolar a alumnos con necesidades educativas especiales en los centros docentes públicos de la provincia de Málaga, entre el que se encuentra en Centro IES Santiago Ramón y Cajal, de Fuengirola, en el que se establece el personal a subrogar, concretamente aparece la actora con el nº 14, contrato de obra y servicio, 5 horas diarias, 20,5 semanales, antigüedad desde 10.09.2013 y salario bruto anual de 6.769,20 euros, con sujeción al pliego de cláusulas administrativas particulares y a las prescripciones técnicas, en las que se establece régimen del personal vinculado al adjudicatario, las categorías del personal serán responsable del contrato, coordinador, monitor de apoyo y asistencia para alumnos con necesidades educativas de apoyo específico (documento 19 de la parte actora).

Noveno.- En fecha 15.09.2015 la actora y la entidad Fundación Samu suscriben contrato de trabajo temporal para la realización de obra o servicio determinado a tiempo parcial con categoría de auxiliar técnico educativo a tiempo parcial cuyo objeto y duración se pactan: "Servicio Auxiliar Técnico Educativo en el curso escolar 15/16 por contrato menor entre Fundación Samu temporalmente afecto a resolución de concurso EXP 276/ISE/2015/MA para prestar servicios en el IES Santiago Ramón y Cajal, la forma establecida en el documento nº 1 de Fundación Samu. En enero de 2016 la citada entidad procede a convertir el contrato de la actora en indefinido fijo discontinuo a tiempo parcial, y así consta en el informe de vida laboral que la parte actora aporta, en el hace constar el alta el 15.09.2015, contrato identificado con el código 389 (documento nº 1 de Samu y 1 de la parte actora). Dicha entidad viene abonando las nóminas a la actora de conformidad con el bloque de documentos nº 2 que aporta la referida Fundación.

Décimo.- La entidad Fundación Samu dispone de un programa de trabajo del 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, exp. 01305/ISE/2013/MA (documento 6), cuyo contenido se da por reproducido. Dispone igualmente de un programa de acción social, cuyo contenido se da por reproducido (documento 6 Samu).

Undécimo.- La Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación es una entidad de derecho público de la Junta de Andalucía, goza de personalidad jurídica propia, quedando adscrita a la Consejería que tenga atribuidas competencias en materia de educación no universitaria, constituyen sus fines generales el ejercicio de las actuaciones que correspondan a la Consejería que tenga atribuidas competencias en materia de educación no universitaria, para llevar la gestión de infraestructuras y servicios complementarios de la enseñanza no universitaria cuya competencia corresponda a la Comunidad Autónoma, atendiendo siempre al principio de igualdad entre hombres y mujeres.

Décimo Segundo.- En la RPT del IES Santiago Ramón y Cajal no aparece una plaza de monitor de educación especial. Aparece una plaza de personal técnico de integración social (documento nº 7 de la parte actora y RPT aportada por la Consejería). En Anexo I de concurso de traslado convocado por Orden 12/07/2004 aparece D<sup>a</sup> Carlota como monitora de educación es especial y centro de destino IES Santiago Ramón y Cajal (documento 7 de la parte actora).

Décimo Tercero.- En la programación anual "aula específica 2" del IES Santiago Ramón y Cajal del curso 2014/2015 aparece como monitora de educación especial la actora (documento 10 de la parte actora).

Décimo Cuarto.- Las funciones desarrolladas por la actora como monitora de necesidades educativas especiales son recibir al alumnado con NEE desde su llegada al centro y acompañarlo por las distintas dependencias; atención y colaboración en vigilancia de recreos, clase, entradas y salidas, acompañamiento en las actividades complementarias y extraescolares del alumnado con NEE; atención en actividades de la vida diaria, instruir y atender al alumnado en conductas sociales, comportamientos autoalimentación, salud y seguridad, hábitos de higiene, vestido y aseo personal cuando el alumno lo requiera; atender bajo la supervisión del profesorado especialista la realización de actividades escolares realizadas por el alumnado con necesidades en las distintas dependencias del centro; colaborar con la supervisión del profesorado en las relaciones centro-familia; integración en el equipo de orientación para colaborar con tutores y el resto del profesorado en el apoyo y la comprensión de las materias impartidas, en las adaptaciones curriculares y en la elaboración y utilización de material didáctico del alumnado con NEE; colaborar en el desarrollo de las capacidades del alumnado con NEE en los aspectos físicos, afectivos, cognitivos y comunicativos,



promoviendo el mayor grado posible de autonomía personal y de integración social (documento 9 de la parte actora).

Décimo Quinto.- El director del centro educativo remite los partes de asistencia de la actora a las distintas empresas que la contratan, con el visto bueno de su actividad (documental Consejería).

Décimo Sexto.- Los medios materiales fungibles han sido facilitados por el centro. Ha recibido por parte del centro 117 euros en concepto de ropa de trabajo en fecha 14/01/2015 (valoración conjunta de informe emitido por la directora del centro, aportado por la Consejería de Educación, y documento 20 de la parte actora).

Décimo Séptimo.- La entidad Federación Almeriense de personas con discapacidad contaba con una coordinadora de monitores de centro que organizaba cursos de formación, prevención de riesgos y realizaba visitas a los centros y aunque entre abril y junio de 2015 no realizó ninguna visita al IES Santiago Ramón y Cajal. Proveía las sustituciones del personal (testifical sra. Tania ).

Décimo Octavo.- Cuando se extinguió la contrata sobre los centros, entre ellos el de la actora, dieron de baja a todo el personal adscrito a dichos centros.

Décimo Noveno.- La actora está incluida en el programa Séneca como monitora de educación especial, contratada por el ISE entre 16/09/2013 a 30/06/2014, desde 01/09/2014 a 30/06/2015. Igualmente figura con fecha de alta desde 01/09/2015 a 31/08/2016. En estos períodos no consta contratación por el IES (detalle del personal adicional, documento 18 de la actora e informe emitido por la directora del centro, aportado por la Consejería).

Vigésimo.- El convenio colectivo que se le viene aplicando a la actora por las distintas empresas es el de centros y servicios de atención a personas con discapacidad.

Vigésimo Primero.- En fecha 28/05/2015 la actora formula denuncia ante la Inspección de Trabajo, haciendo constar en el apartado "si actúa en nombre de otros trabajadores, indique nombre y apellidos" que ostento la condición de abogada de algunas trabajadoras que, en igual situación, vienen formulando estas denuncias (documento 17 de la parte actora).

Vigésimo Segundo.- En fecha 2/10/2014 por la Inspección de Trabajo de Sevilla se emite informe de actuación respecto a la entidad Celemín & Formación S.L., cuyo contenido se da por reproducido. En fecha que no consta se emite informe por la Inspección de Trabajo de Granada, en relación a visita de inspección a la sede de la empresa grupo Norte S.L. (documento 19 de la parte actora).

Vigésimo Tercero.- Se ha agotado la vía administrativa y conciliación previa.

**TERCERO:** Contra dicha sentencia anunció Recurso de Suplicación la parte demandante, recurso que formalizó, no siendo impugnado de contrario. Recibidos los autos en este Tribunal se proveyó el pase de los mismos al Ponente, para el examen y resolución del recurso, señalándose para Votación y Fallo la audiencia del catorce de diciembre de dos mil dieciséis.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO:** La demandante ha venido prestando servicios en el IES Santiago Ramón y Cajal con la categoría profesional de auxiliar técnico educativo (monitora de educación especial) siendo cesada el 24 de junio de 2015, por cuenta de diferentes empresas, la última de las cuales ha sido Federación Almeriense de Asociaciones de personas con discapacidad. Entendiendo que durante su prestación laboral ha sido objeto de cesión ilegal a la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía y de que el cese de 24 de junio de 2015 es constitutivo de despido nulo o, en su caso, improcedente, formula demanda de despido, afirmando que, caso de estimarse, opta expresamente por su integración en la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, y se condene a las demandadas al pago de las costas procesales. La sentencia del Juzgado de lo Social ha desestimado la demanda. En el recurso de suplicación solicita la declaración de nulidad o improcedencia de su despido con fecha de efectos 30 de junio de 2015 condenando a las demandadas a ser readmitida en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que venían rigiendo antes de dicho despido, con abono de los correspondientes salarios dejados de percibir, declarando su condición de personal indefinido de la Administración educativa empleadora, a la que opta expresamente a integrarse como plantilla como consecuencia de la cesión, todo con los demás pronunciamientos legales que procedan en derecho.

**SEGUNDO:** Al amparo del artículo 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, la demandante solicita:

-La siguiente nueva redacción del hecho probado décimo segundo: <En la RPT del IES Santiago Ramón y Cajal aparece una plaza de "personal técnico de integración social", puesto que antes se denominaba "monitor/a de educación especial" y que es ocupado por un personal laboral de la Consejería de Educación de la Junta,





D<sup>a</sup> Carlota , desde que obtuvo dicho destino como "monitora de educación especial" en el Instituto, tras el concurso de traslado convocado por Orden 12/7/2004 (documento número 7 de la parte actora). Esta monitora (o PTIS en su nueva denominación) dependiente de la Consejería de Educación de la Junta como personal laboral atiende al "Aula Específica A" del Instituto, compartiendo su labor con la actora, que atiende el "Aula Específica B" y manteniendo competencias similares ambas monitoras (documento número 20 de la parte actora y expediente administrativo informe de la directora del instituto)>.

-La siguiente nueva redacción del hecho probado décimo quinto: <Es el director del IES Ramón y Cajal quien lleva el control de la asistencia de la trabajadora demandante, facilitando el director a la empresa contratista unos impresos normalizados con carácter mensual. Es la dirección del instituto quien coordina y supervisa las tareas de la actora y quien facilita todos los elementos para su trabajo, sin aportación de la empresa contratista (informe de la directora del instituto -por error, se dice documento 20 de la parte actora->.

Consejería de Educación de la Junta de Andalucía impugna los motivos de suplicación formulados al amparo del artículo 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social alegando que la demandante pretende una nueva redacción del hecho probado duodécimo, que resulta irrelevante para la resolución del recurso e intenta introducir valoraciones subjetivas sobre la forma de prestación de servicios de la recurrente y su naturaleza, lo que conlleva predeterminación del fallo, y no alegando nada en cuanto a la redacción alternativa propuesta del hecho probado décimo quinto.

La redacción alternativa propuesta del hecho probado décimo segundo se debe ser estimada ya que en la Relación de Puestos de Trabajo del Instituto de Educación Secundaria "Ramón y Cajal" (folios 631, 632, 634 y 635) y el Listado definitivo de adjudicatarios en el concurso de traslado convocado por Orden de 12 de julio de 2004 de la Consejería de Educación y Ciencia (folio 633), en relación con el informe emitido el 26 de octubre de 2015 por doña Dolores , directora del referido Instituto (folio 89).

La redacción alternativa propuesta del hecho probado décimo quinto debe ser estimada ya que su contenido se desprende del informe emitido el 26 de octubre de 2015 por doña Dolores , directora del referido Instituto (folio 89).

**TERCERO:** Al amparo del artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , el recurso denuncia falta de aplicación del artículo 49 k) e infracción de los artículos 56 del Estatuto de los Trabajadores y 108 de la Ley de Procedimiento Laboral , en relación con los artículos 43 y 44 del Estatuto de los Trabajadores , y con la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 7 de diciembre de 2009 -recurso 2686/2008 -, que revisa la doctrina mantenida en anteriores sentencias de 26 de febrero de 2003 y 21 de noviembre de 2005 , ya que la relación laboral iniciada el 13 de abril de 2015 sin soporte documental fue finalizada el 25 de junio de 2015 mediante comunicación de fecha 23 de junio de 2015 por un supuesto fin del contrato, sin que la siguiente adjudicataria del servicio se subrogase en la demandante, lo que constituye un despido, no siendo obstáculo a esa conclusión el hecho de que fuese contratada nuevamente el 10 de septiembre de 2015, contrato al que, además, no prestó su conformidad. Con el mismo amparo procesal denuncia infracción de los artículos 15 y 43, en relación con el 56, del Estatuto de los Trabajadores , al existir cesión ilegal por parte de la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, ya que desde el inicio de su relación laboral ha venido desempeñando el mismo puesto de trabajo a través de sucesivos contratos temporales con FAM Málaga y después sin suscribir contrato alguno, trabajando en una actividad que no genera producción de un resultado, siempre coincidente con el curso escolar del centro, por lo que su contratación debe ser calificada en fraude de ley, remitiéndose a la doctrina de la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2014 -recurso 1996/2013 -, poniendo el acento en el contenido del Informe de la Inspección de Trabajo de Málaga de 11 de febrero de 2016, al servicio de la Consejería de Educación demandada, realizando la actividad principal de la empresa concesionaria, siendo intrascendente a los efectos de apreciar la existencia de cesión ilegal el hecho de que fuese dada de alta en Seguridad Social por la empresa concesionaria del servicio, citando en apoyo de su tesis las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 17 de enero de 2011 -recurso 2082/2010 - y 1 de febrero de 2011 -recurso 1640/2010 -. Por último, señala que la sentencia recurrida no ha considerado el mandato contenido en la Instrucción de 28 de diciembre de 2012 de la Subsecretaría de Estado de Administraciones Públicas del Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, que figura en los documentos 23 y 24 de su propio ramo de prueba. Termina manifestando su opción expresa a incorporarse a la plantilla de personal laboral dela empresa demandada en caso de apreciarse la existencia de cesión ilegal.

Consejería de Educación de la Junta de Andalucía impugna los motivos de suplicación formulados al amparo del artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social reitera que el planteamiento del recurso de suplicación encierra una cuestión nueva, pues la relación laboral no subrogada mantenida hasta el 13 de abril de 2015 quedó extinguida en esa fecha según el planteamiento de la demanda siendo una relación nueva la mantenida entre el 13 de abril y el 23 de junio de 2015. Así que debió reclamar contra esa falta de subrogación, bien reclamando su subrogación, bien reclamando su despido. Al no haberlo hecho, es evidente que ni la



antigüedad ni ninguna otra consecuencia de esa relación laboral previa cabe extraer en este procedimiento, que debe centrarse exclusivamente en la supuesta nueva relación laboral de 13 de abril de 2015 y que duró hasta el 23 de junio de 2015, fecha en la que según la demanda, habría sido despedida. En todo caso combate la pretensión de la recurrente de ser declarada fija discontinua por cursos escolares, ya que si ello fuera así es evidente que el 23 de junio de 2015 no se habría producido su despido porque era la fecha de finalización del curso escolar, y, además, el 15 de septiembre de 2015, fecha de inicio del nuevo curso, fue otra vez contratada. Y, en cuanto a la denunciada cesión ilegal, razona que la demandante no postula la modificación del apartado de hechos probados en lo referente a la misma, poniendo de manifiesto que el informe de la Inspección de Trabajo de 11 de febrero de 2016 no ha sido aportado a este procedimiento. Por último, razona que en el caso de estimarse la existencia de despido, debería declararse improcedente, porque en el recurso no se hace alusión alguna a la supuesta infracción del derecho de indemnidad de la demandante, y de declararse improcedente se trataría de un indefinido discontinuo y la administración optaría por la indemnización correspondiente a la antigüedad de 11 de junio de 2015.

Al resolver el presente motivo del recurso de suplicación, la Sala quiere dejar constancia de que en la demanda no se alegaba la falta de soporte documental de la relación laboral iniciada con Federación Almeriense de Asociaciones de personas con discapacidad el 13 de abril de 2015, limitándose a alegar la existencia de cesión ilegal y que el cese producido el 24 de junio de 2015 era constitutivo de despido nulo o, en su caso improcedente.

Por eso, la supuesta falta de soporte documental del contrato de 13 de abril de 2015 se reputa cuestión nueva no planteada en la instancia, por lo que la Sala no entra a analizar esa cuestión, sin perjuicio de constatar que en el hecho probado quinto de la sentencia recurrida consta que la demandante firmó un contrato de duración determinada a tiempo parcial para obra o servicio determinado con Federación Almeriense de Asociaciones con personas con discapacidad el 13 de abril de 2015. Por otro lado, en el recurso de suplicación no se denuncia infracción de precepto legal alguno en relación con la alegación de que el cese de la demandante el 24 de junio de 2015 era constitutivo de despido nulo.

Así que el recurso de suplicación debe quedar circunscrito a la alegación de la existencia de cesión ilegal y a la pretensión de que el cese de la relación laboral el 24 de junio de 2015 es constitutivo de despido improcedente, con la matización de que la sentencia recurrida afirma que el cese tuvo lugar el 23 de junio de 2015

**CUARTO:** La jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de la que es exponente la reciente sentencia del Pleno de 26 de octubre de 2016 [ROJ: STS 4941/2016 ] ha analizado recientemente el tema de la cesión ilegal. y explicitado los diferentes criterios para su calificación, declarando <que la actuación empresarial en el marco de la contrata sea un elemento esencial para la calificación, aunque excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión si se llega a la conclusión que aquél no es más que un delegado de la empresa principal...>; <que el ámbito de la cesión del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es más amplio que el de las cesiones fraudulentas o especulativas, pues lo que contempla el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es -como dice la 14 de septiembre de 2001- un supuesto de interposición en el contrato de trabajo y la interposición es un fenómeno complejo, en virtud del cual el empresario real, que incorpora la utilidad patrimonial del trabajo y ejerce efectivamente el poder de dirección, aparece sustituido en el contrato de trabajo por un empresario formal>; <que la finalidad que persigue el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores es que la relación laboral real coincida con la formal y que quien es efectivamente empresario asuma las obligaciones que le corresponden, evitando así que se produzcan determinadas consecuencias que suelen asociarse a la interposición, como son la degradación de las condiciones de trabajo cuando la regulación profesional vigente para el empresario formal es menos beneficiosa para el trabajador que la que rige en el ámbito del empresario real>.

Y aunque la cesión de fuerza de trabajo, que permite obtener lucro de la mano de obra sin que se integre en la actividad laboral, puede producirse tanto a través de la interposición como a través de la intermediación, termina señalando la citada sentencia que <el artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores describe cuatro conductas sancionables o, mejor, con consecuencias garantistas en beneficio del trabajador afectado: 1) que el objeto del contrato de servicios entre las empresas se limite a la mera puesta a disposición del trabajador de la cedente a la cesionaria; 2) que la cedente carezca de actividad u organización propia y estable; 3) que no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de la actividad; o 4) que no ejerza las funciones inherentes a la condición de empresario>.

En el supuesto objeto del presente recurso de suplicación, la Sala valora que nos encontramos ante un fenómeno interpositorio complejo ya que:

1.- La demandante ha sido contratada por Federación Almeriense de Asociaciones de Personas con Discapacidad, adjudicataria en el expediente 00121/ISE/2015/MA de la Agencia Pública Andaluza de



Educación y Formación del servicio de apoyo específico en los centros docentes públicos de la provincia de Málaga de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte -hecho probado quinto-, para prestar servicios en el Instituto de Educación Secundaria "Santiago Ramón y Cajal", de Fuengirola, centro en el que lleva realizando las mismas funciones desde el 10 de septiembre de 2013 -hecho probado primero-.

2.- La Consejería de Educación, Ciencia y Deporte de la Junta de Andalucía es la titular del centro público docente en el que la demandante presta sus servicios, y, de acuerdo con el artículo 125.5 de la Ley 17/2007, de 10 de diciembre, de Educación de la Junta de Andalucía, debe dotar al mismo de los recursos humanos y materiales que posibiliten el ejercicio de su autonomía, debiendo tener en cuenta en la asignación de esos recursos las características del centro y del alumnado al que atiende.

3.- La Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación -sucesora del Ente Público de Infraestructuras y Servicios Educativos, como consecuencia del cambio de denominación operado por la disposición adicional primera del Decreto-Ley 13/2014, de 21 de octubre, de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía- es una Entidad de Derecho Público de las previstas en el artículo 6.1 b) de la Ley 6/1983, de 19 de julio, General de la Hacienda Pública de la Comunidad Autónoma de Andalucía, adscrita a la Consejería que tiene atribuidas las competencias en materia de educación no universitaria, es decir, la Consejería de Educación, Cultura y Deporte, con personalidad jurídica y patrimonio propios, y plena capacidad jurídica y de obrar para el cumplimiento de sus fines, que son la gestión de las infraestructuras educativas y servicios complementarios de la enseñanza cuya competencia corresponda a Comunidad Autónoma. No consta que tenga en plantilla personal docente o cualificado para prestar servicios en los centros docentes públicos de Andalucía.

4.- El monitor de educación -hoy personal técnico de integración social, en virtud del cambio de denominación operado en esa categoría profesional, a partir de la publicación del Acuerdo de la Comisión Negociadora del VII Convenio Colectivo del personal al servicio de la administración de la Junta de Andalucía, por el que se introducen modificaciones en el sistema de clasificación profesional, aprobado mediante Resolución de 15 de enero de 2015 de la Dirección General de Relaciones Laborales de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo de la Junta de Andalucía, publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía de 22 de enero de 2015- es un personal especializado en la atención al alumnado que presenta necesidades educativas especiales, es decir, aquel que requiera, por un periodo de su escolarización o a lo largo de toda ella, determinados apoyos y atenciones educativas específicas derivadas de discapacidad o trastornos graves de conducta ( artículo 73 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación ).

5.- En el mismo centro en que presta servicios la demandante, hay una trabajadora, personal laboral de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía, con la categoría profesional de personal experto en integración social, que realiza funciones similares a las de la demandante, teniendo asignada cada una de dichas trabajadoras un aula específica en la que se atiende a alumnos que presentan necesidades educativas especiales -hechos probados décimo segundo, en la redacción estimada en el precedente fundamento de derecho segundo de esta resolución, y décimo tercero-.

6.- La directora del centro docente público en que presta sus servicios la demandante supervisa sus tareas y controla su asistencia, remitiendo los correspondientes partes a la empresa que formalmente la tiene contratada y proporcionándole todo el material fungible que necesita para el desempeño de sus funciones -hechos probados décimo quinto, en la redacción estimada en el precedente fundamentos de derecho segundo de esta resolución y décimo sexto-.

7.- La demandante está incluida en el Programa "Séneca", de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía, como monitora de educación especial -hecho probado décimo noveno-.

Pues bien, la Sala entiende, en base a los anteriores datos, que la demandante es objeto de cesión ilegal por parte de Federación Almeriense de Asociaciones de Personas con Discapacidad a Consejería de Educación, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía, y que esa cesión ilegal, en la que actúa de intermediaria la Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación, no queda desvirtuada por el hecho de que esa Federación cuente con una coordinadora de monitores de centro que, en ocasiones, haya organizado cursos de formación y de prevención de riesgos o porque dicha Federación pudiera proporcionar personal para sustituir las situaciones de incapacidad temporal o ausencia de la demandante, tal y como se recoge en el hecho probado décimo séptimo de la sentencia recurrida.

Y que la finalidad de dicha cesión ilegal es evitar que su relación laboral se rija por el VI Convenio del personal laboral al servicio de la Administración de la Junta de Andalucía, mucho más favorable para la demandante, que el convenio colectivo que se le viene aplicando, XIV Convenio Colectivo General de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 9 de octubre de 2012 -hecho probado vigésimo de la sentencia recurrida-, tanto en cuanto a su retribución como en cuanto a sus



vacaciones anuales. De esa cesión ilegal se deriva, además, un perjuicio evidente para 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.

En ese mismo Instituto había venido prestando servicios la demandante desde el 10 de septiembre de 2013 -hecho probado primero-, por cuenta de Grupo Corporativo Famf S.L.U., en virtud de contrato de trabajo concertado en el ámbito de aplicación del expediente 00101/ISE/2012/MA concertado por ese grupo Corporativo con el Ente Andaluz de Infraestructuras y Servicios Educativos -hechos probados primero y cuarto-. Por ello, esa relación laboral debe considerarse indefinida, ya que los períodos durante los que no prestó servicios la demandante en el Instituto de Educación Secundaria "Santiago Ramón y Cajal" coinciden con el período no lectivo en dicho Instituto. Así que, la Sala concluye que no fue ajustada a derecho la estimación en la sentencia recurrida de la excepción de falta de acción.

Con independencia de la categoría profesional que figura en las nóminas de la demandante, lo cierto y verdad es que las labores que desempeñaba -hecho probado décimo cuarto- son las correspondientes a la categoría de personal técnico de integración social, denominación actual de la categoría profesional de monitor de educación.

En el hecho probado quinto se afirma que la demandante había percibido en la nómina de mayo de 2015 un salario bruto, incluida prorrata de pagas extraordinarias, de 686,32 euros. Ahora bien, el salario se le abonaba de acuerdo con el XIV Convenio Colectivo General de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad, publicado en el Boletín Oficial del Estado de 9 de octubre de 2012, y, al ser personal laboral de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía, debió haberle sido abonado de acuerdo con lo prevenido en el VI Convenio Colectivo del personal laboral al servicio de la administración de la Junta de Andalucía. Ese salario no consta en la sentencia recurrida, pero teniendo en cuenta que en el inciso final del hecho segundo de la demanda se fija ese salario en 961 euros mensuales, sin prorrata de pagas extraordinarias, tal y como se desprende del visionado de la grabación del acto de juicio oral incorporada a las actuaciones en formato CD, para el supuesto de estimación de la demanda, este es el salario del que se debe partir para calcular el salario regulador del despido. Así que, el salario diario con prorrata de pagas extraordinarias de la demandante debe ser el de 36,86 euros (96 x14/365).

Por tanto, si la demandante era trabajadora indefinida de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía, su cese el 23 de junio de 2015 debe ser considerado despido improcedente, con los efectos que para este supuesto se establecen en los artículos 56 del Estatuto de los Trabajadores y 110 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. En consecuencia, la indemnización correspondiente a ese despido improcedente, en caso de no readmisión, será de 2.230,03 euros.

En la medida en que no lo ha entendido así, la sentencia recurrida ha infringido el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, lo que conduce, a la estimación del recurso de suplicación, a la revocación de la sentencia recurrida, y, en su lugar a la estimación de la demanda.

La Sala es consciente de que esta conclusión es distinta a la alcanzada en las sentencias de 22 de septiembre de 2016, dictada en el Rollo de Suplicación 1003/2016, de 7 de octubre de 2016, dictada en el Rollo de Suplicación 899/2016, y de 23 de noviembre de 2016, dictada en el Rollo de Suplicación 1636/2016, pero, después de un estudio más minucioso de las circunstancias que concurren en las contrataciones llevadas a cabo por la Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación, considera procedente rectificar el criterio establecido en las mismas.

## FALLO

Que debemos **estimar y estimamos** el recurso de suplicación interpuesto por DOÑA Tania contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número Seis de Málaga con fecha 9 de febrero de 2016 en autos 574-15 sobre DESPIDO, seguidos a instancias de dicha recurrente contra FUNDACIÓN SAMU, AGENCIA PÚBLICA ANDALUZA DE EDUCACIÓN Y FORMACIÓN, CONSEJERÍA DE EDUCACIÓN CULTURA Y DEPORTE DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA, FEDERACIÓN ALMERIENSE DE ASOCIACIONES DE PERSONAS CON DISCAPACIDAD y GRUPO CORPORATIVO FAMF S.L., en los que se ha dado intervención a FONDO DE GARANTÍA SALARIAL y MINISTERIO FISCAL, revocamos la sentencia recurrida y, en su lugar,

1.- Estimamos sustancialmente la demanda formulada por doña Tania frente a Consejería de Educación, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía y declaramos improcedente el su despido de 23 de junio de 2015, declarando responsables solidarias de las consecuencias del mismo a Federación Almeriense de Asociaciones de Personas con Discapacidad, Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación, y Consejería de Educación, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía.





2.- Condenamos a la Consejería de Educación, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía, a su opción, a readmitir a la demandante como indefinida continua con la categoría profesional de personal experto en integración social que tenía antes de producirse ese despido y a abonarle los salarios de tramitación, a razón de un salario diario con prorrata de pagas extraordinarias de 36,86 euros, desde el 24 de junio de 2015 hasta la fecha de esta resolución; o, a indemnizarle con 2.230,03 euros. Del importe de los salarios de tramitación se deducirán en su caso los salarios percibidos por la demandante, en otro u otros trabajos, desde la fecha del despido hasta la de su readmisión. Dicha opción deberá ser ejercitada por escrito o comparecencia en el plazo de cinco días hábiles contados a partir del siguiente a esta notificación en la Secretaría del Juzgado de lo Social número seis de Málaga.

3. Condenamos a Grupo Corporativo Famf S.L.U. y Fundación Samu a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos.

4. Notifíquese la presente resolución al Servicio Público de Empleo Estatal a los efectos legales pertinentes.

Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala 4ª del Tribunal Supremo, el que deberá prepararse en el plazo de los diez días siguientes a la notificación de este fallo.

Adviértase a la empresa condenada que en caso de recurrir habrá de efectuar las siguientes consignaciones:

- La cantidad de 600 euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones nº **2928-0000-66-168616** abierta por esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Málaga en Banco de Santander S.A.

- La cantidad objeto de la condena, si no estuviera consignada con anterioridad, en la misma cuenta. La consignación de la cantidad objeto de condena podrá sustituirse por la constitución de aval de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento, con entidad de crédito. La presente consignación deberá hacerse bien mediante ingreso en la cuenta abierta por esta Sala en el Banco de Santander con el número 2928-0000-66-168616, bien mediante transferencia a la cuenta número ES5500493569920005001274 (en el caso de ingresos por transferencia en formato electrónico) o a la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274 (en el caso de ingresos por transferencia en formato papel). En tales casos, habrá de hacerse constar en el campo reservado al beneficiario, el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga, y en el campo reservado al concepto, el número de cuenta 2928 0000 66 168616. También podrá constituir aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento, con entidad de crédito respecto de aquella condena.

Líbrese certificación de la presente sentencia para el rollo a archivar en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente libro.

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