



Roj: **STSJ AND 850/2017 - ECLI:ES:TSJAND:2017:850**

Id Cendoj: **29067340012017100280**

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

Sede: **Málaga**

Sección: **1**

Fecha: **15/02/2017**

Nº de Recurso: **1909/2016**

Nº de Resolución: **295/2017**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **JOSE LUIS BARRAGAN MORALES**

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.: 2906744S20150010804

Negociado: **JL**

Recurso: Recursos de Suplicación 1909/2016

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº13 DE MALAGA

Procedimiento origen: Procedimiento Ordinario 810/2015

Recurrente: Almudena

Representante: MARIA JOSE PARDO RODRIGUEZ

Recurrido: DELEGACION TERRITORIAL DE EDUCACION, CULTURA Y DEPORTE DE MALAGA DE LA JUNTA DE ANDALUCIA. AGENCIA PUBLICA DE EDUCACION Y FORMACION y FUNDACION SAMU

Representante: ENRIQUE YRAZUSTA MARTINEZ

Sentencia Nº 295/17

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

ILTMO. SR. D. JOSE LUIS BARRAGAN MORALES,

ILTMO. SR. D. MANUEL MARTIN HERNANDEZ CARRILLO

En la ciudad de Málaga, a quince de febrero de dos mil diecisiete.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con sede en Málaga, compuesta por los magistrados arriba relacionados, en nombre del Rey, y en virtud de las atribuciones jurisdiccionales conferidas, emanadas del Pueblo Español, dicta la siguiente sentencia en el recurso de suplicación referido, interpuesto contra la del Juzgado de lo Social número trece de Málaga, de 30 de junio de 2016, en el que han intervenido como recurrente DOÑA Almudena, dirigida técnicamente por la letrada doña María José Pardo Rodríguez, y como recurridas DELEGACIÓN TERRITORIAL DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE DE LA JUNTA DE ANDALUCÍA y AGENCIA PÚBLICA ANDALUZA DE EDUCACIÓN Y FORMACIÓN, y FUNDACIÓN SAMU, dirigida técnicamente por el letrado don Enrique Yrazusta Martínez.

Ha sido Ponente JOSE LUIS BARRAGAN MORALES.

ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO: El 20 de octubre de 2015 doña Almudena presentó demanda contra Delegación Territorial de Educación, Cultura y Deporte de Málaga de la Junta de Andalucía, Celemín & Formación S.L., Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación, Grupo Corporativo Famf S.L.U., Federación Almeriense de Asociaciones de personas con discapacidad, Fundación Samu y Clece S.A., en la que suplicaba se reconociera la existencia de cesión ilegal y se declare el derecho de la demandante a incorporarse como trabajadora indefinida a la plantilla de la Delegación Territorial demandada. En el acto del juicio desistió de todas las demandadas a excepción de la primera, la tercera y la sexta.

SEGUNDO: La demanda se turnó al Juzgado de lo Social número trece de Málaga, incoándose el correspondiente proceso ordinario con el número 810-15, en el que, una vez admitida a trámite por decreto de 23 de octubre de 2015, se celebraron los actos de conciliación y juicio el 14 de marzo de 2016.

TERCERO: El 30 de junio de 2016 se dictó sentencia cuyo fallo era del tenor siguiente: <Que desestimo la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por doña Almudena frente a la Delegación Territorial de Educación, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía, la Agencia Pública de Educación y Formación, y Fundación Samu, sobre reconocimiento de derecho, absolviendo a las demandadas de las pretensiones aducidas en su contra>.

CUARTO: En dicha sentencia se declararon probados los hechos siguientes:

Primero.- La actora ha prestado servicios desde el 18.05.09 en el Instituto de ES "IES Poetas Andaluces", centro educativo de la red de centros públicos de la Junta de Andalucía, dependiente de la Consejería de Educación. La categoría de la actora es auxiliar técnico educativo, estando vinculada en la actualidad con la empresa Fundación Samu, en la modalidad de fijo discontinua (30 horas), con último llamamiento de 15.09.15, percibiendo el salario conforme al Convenio de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad.

Segundo.- La empleadora lleva a efecto los servicios de educación especial en virtud de concesiones administrativas, sujetas a pliegos de condiciones específicas que se dan por reproducidas al constar en el ramo de prueba y ser aceptadas por los litigantes.

Tercero.- La Junta de Andalucía lleva a efecto la prestación de servicios referidos por medio de gestión indirecta, encomendando a la Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación la competencia para la contratación de los servicios, habiéndose sucedido las distintas empresas en su momento codemandadas en la prestación de servicios a medida que los contratos administrativos se extinguían por el transcurso del tiempo y resultaban nuevas adjudicaciones. La Fundación Samu dispone en el marco del correspondiente expediente administrativo de programa de trabajo para el servicio de apoyo específico en los centros docentes públicos de la provincia de Málaga, comprendiendo la organización del servicio, formación complementaria y sistema de control de asistencia.

Cuarto.- La actora en su prestación de servicios con la empresa Fundación Samu recibe las órdenes de la referida entidad, se le otorgan las vacaciones por la empleadora, permisos y descansos, percibe su salario, realizando las funciones incluidas en el pliego de condiciones, con una jornada dispar a la de los funcionarios y personal de la Junta (30 horas de 08:30 a 14:30 versus 35 horas de 08 a 15:00 horas) y se encuentra sometida a la organización y poder de dirección de la empresa contratante. Asimismo, la actora no lleva uniforme, siendo cubierta en periodos de IT por trabajadoras contratadas por la empleadora, quien a su vez controla la asistencia sometida a control diario, llevándose a efecto visitas periódicas por las coordinadoras de proyectos de la Fundación Samu. Finalmente el control que lleva a efecto la Fundación Samu, con respecto a la plantilla integrada en los centros de formación es la siguiente: Cada proyecto tiene una estructura específica, estando conformada por: un director/a de proyecto; tres coordinadores/as de proyecto y los diferentes monitores. Conforme se ha destacado, las coordinadoras realizan visitas periódicas a los diferentes centros educativos, realizando entrevista con la Directora y las monitoras, ponen a disposición de las trabajadoras/es el material específico y necesario y llevando a efecto el control diario de asistencia por medio de un servicio 900.

Quinto.- Se agotó el trámite de reclamación previa.

QUINTO: El 26 de julio de 2016 la demandante anunció recurso de suplicación y, tras presentar el escrito de interposición, que fue impugnado por Fundación Samu, se elevaron las actuaciones a esta Sala.

SEXTO: El 8 de noviembre de 2016 se recibieron dichas actuaciones, se designó ponente, y se señaló la deliberación, votación y fallo del asunto para el 15 de febrero de 2017.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La demandante ha venido prestando servicios, de manera sucesiva, para las distintas empresas codemandadas, desde el 18 de mayo de 2009, en el Instituto de Educación Secundaria "Poetas Andaluces",



en virtud de contrataciones concertadas por la Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación. Entendiendo que esa prestación de servicios encubre una cesión ilegal, formula demanda en la que solicita se reconozca la existencia de cesión ilícita de trabajadores y su derecho a incorporarse como trabajadora indefinida en la plantilla de la Delegación Territorial de Educación, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía, se declare la responsabilidad solidaria de todas las demandadas con la misma y con la Seguridad Social, sin perjuicio de las demás responsabilidades que procedan. La sentencia del Juzgado de lo Social ha desestimado la demanda. En el recurso de suplicación se solicita que se declare la condición de la demandante de personal indefinido de la Junta de Andalucía, a la que opta expresamente a integrarse como consecuencia de la cesión ilegal.

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 cuarto: < La actora en su prestación de servicios con las distintas empresas que han ido obteniendo la adjudicación del contrato con el ISE, siempre ha trabajado en el Instituto Público Poetas Andaluces, desarrollando una actividad en el aula específica de dicho instituto, con alumnos con discapacidades; para ello ha utilizado el mobiliario, material y consumibles del centro que facilita la Consejería de Educación, sin que las distintas empresas contratistas hayan hecho entrega en ningún momento de elementos para su trabajo (punto cuatro del informe de la dirección del Instituto aportado como documento 11 de la prueba de la parte actora, informe de fecha 7 de marzo de 2016). El control sobre la asistencia de la trabajadora se ha llevado a través de un control de firmas del Instituto, firmando a la entrada y a la salida, y quedando reflejado el horario de la actora: de 8:30 a 14:30 (punto nueve del informe de la dirección del Instituto aportado como documento 11 de la prueba de la parte actora, informe de fecha 7 de marzo de 2016, y documento número 10 del ramo de prueba de la parte actora consistente en el impreso del control de asistencia por firmas). Desde la dirección del Instituto se certifica que nadie del Instituto se ha puesto en contacto para mantener reuniones de coordinación y para controlar el trabajo de la monitora, pese a que es contratada cada curso escolar por una empresa privada, ni nunca se ha preguntado si asiste o no al trabajo, llevando el control efectivo de la asistencia de la monitora el propio centro remitiendo por un fax del centro los partes de asistencia (punto ocho del informe de 7 de marzo de 2016 de la dirección del Instituto aportado como documento 11 de la prueba de la parte actora)>. Basa su pretensión en el contenido de los documentos 6, 10 y 11 de su propio ramo de prueba.

-La adición del siguiente nuevo hecho probado: <La actividad laboral de la trabajadora se ha desarrollado siguiendo las instrucciones e indicaciones concretas de los equipos directivos (del Director, Secretario y Jefe de Estudios), que son quienes ejercen el poder de dirección, les asignan sus tareas, fijan su horario y todo ello sin distinción respecto de otros empleados públicos del colegio (laborales o funcionarios), llegando a figurar en la página web del centro como personal no docente (documento 16 del ramo de prueba de la parte actora), y contando con acceso y perfil propio en la intranet corporativa "Portal Séneca" (documento 11 del ramo de prueba de la parte actora) perteneciendo a la Consejería de Educación. La monitora utiliza todo el material para el desarrollo de su trabajo facilitado por la Consejería de Educación. Estos extremos fueron constatados por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, que solicitó diversa documentación, también al Ente Público de Infraestructuras (ISE) y a la empresa Grupo Corporativo Famf Málaga. Así consta en el informe levantado de fecha 11 de febrero de 2016 dictado en el Expediente 29/7436/15 en el que se aprecia por el Inspector que la posición real de empresario la tiene la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía a través de los propios responsables de los colegios, limitándose la empresa a contratar a la trabajadora para ponerla a disposición de la administración (página 6 del informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social)>. Basa su pretensión en el contenido del informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, con base en el artículo 23 de la Ley 23/2015 .

Fundación Samu impugna los motivos de suplicación formulados al amparo del artículo 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social remitiéndose a los razonamientos contenidos en la sentencia dictada por esta Sala en el recurso 809/2016 .

La redacción alternativa propuesta del hecho probado cuarto debe ser desestimada ya que el hecho probado cuarto de la sentencia recurrida ha basado su redacción en dos declaraciones testificales, tal y como se refleja en el primer fundamento de derecho, por más que su contenido se desprenda de manera clara e indubitada del informe emitido por doña Paula . Directora del Instituto de Enseñanza Secundaria "Poetas Andaluces" de 7 de marzo de 2016, aportado en los ramos de prueba tanto de la Consejería de Educación Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía (documento 1.2), como de la demandante (documento 11).

La adición propuesta de un nuevo hecho probado debe ser estimada parcialmente ya que su contenido se desprende de manera clara e indubitada del Informe emitido por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social el 11 de febrero de 2016, aportado en el ramo de prueba de la demandante, bien que referido a un período anterior al inicio de la prestación de servicios de la demandante con Fundación Samu (documento 14).



TERCERO: Al amparo del artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, el recurso denuncia infracción de los artículos 43 y 44 del Estatuto de los Trabajadores, por entender que existe cesión ilegal por parte de la Consejería de Educación, ya que la demandante desde el inicio de su contratación ha venido realizando las mismas funciones en el mismo colegio público dependiente de dicha Consejería, a través de sucesivos contratos temporales coincidentes con el curso escolar, y coincidiendo sus vacaciones y descansos con el horario no lectivo del mismo. Cita en apoyo de su tesis la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 29 de abril de 2014 -recurso 1996/2013-. Sostiene que su primer contrato fue fraudulento, al no consignarse adecuadamente la causa de temporalidad, y posteriormente tampoco se expresaron los motivos de la temporalidad en los sucesivos contratos firmados, sin que los últimos períodos trabajados tengan cobertura contractual alguna. Y concluye que su relación laboral tiene la naturaleza de fija discontinua. Y, por último, considera plenamente acreditada la cesión ilegal efectuada en la actualidad por Fundación Samu a la Consejería de Educación demandada, ya que las órdenes las recibe de la directora del centro educativo en que presta sus servicios, sus tareas se refieren exclusivamente a la actividad del colegio, tiene el mismo horario de trabajo que el personal del centro, utiliza el material de trabajo del centro y el control de asistencia y horarios se realiza por el centro. Cita 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-.

Fundación Samu impugna este motivo del recurso de suplicación remitiéndose igualmente a los razonamientos de la sentencia dictada por esta Sala en el recurso 809/2016.

El Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios Educativos (ISE Andalucía) fue creado por el artículo 41 de la Ley 3/2004, de 28 de diciembre, de medidas tributarias, administrativas y financieras, como 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 la Consejería que tenía atribuidas las competencias en materia de educación no universitaria, con personalidad jurídica y patrimonio propios, y plena capacidad jurídica y de obrar para el cumplimiento de sus fines. Sus fines generales son la gestión de las infraestructuras educativas y servicios complementarios de la enseñanza cuya competencia corresponda a Comunidad Autónoma. La constitución efectiva de la misma se produjo en el momento de la entrada en vigor de sus Estatutos, aprobados por Decreto 219/2005, de 11 de octubre, publicado en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía el 17 de octubre de 2005, viniendo enumeradas sus funciones en artículo 8 de los mismos. En virtud de 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, pasó a denominarse Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación.

El Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios Educativos (ISE Andalucía) y a partir del 21 de octubre de 2014 la Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación, han venido adjudicando el 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, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía, de manera sucesiva, a las empresas codemandadas.

El artículo 52 del Estatuto de Autonomía de Andalucía dispone: <Corresponde a la Comunidad Autónoma en materia de enseñanza no universitaria, en relación con las enseñanzas obligatorias y no obligatorias que conducen a la obtención de un título académico o profesional con validez en todo el Estado, incluidas las enseñanzas de educación infantil, la competencia exclusiva, que incluye la programación y creación de centros públicos, su organización, régimen e inspección, el régimen de becas y ayudas con fondos propios, la evaluación, la garantía de calidad del sistema educativo, la formación del personal docente, de los demás profesionales de la educación y la aprobación de directrices de actuación en materia de recursos humanos, las materias relativas a conocimiento de la cultura andaluza, los servicios educativos y las actividades complementarias y extraescolares, así como la organización de las enseñanzas no presenciales y semipresenciales. Asimismo, la Comunidad Autónoma tiene competencias exclusivas sobre enseñanzas no universitarias que no conduzcan a la obtención de un título académico y profesional estatal. Igualmente, con respecto a las enseñanzas citadas en este apartado la Comunidad Autónoma tiene competencias exclusivas sobre los órganos de participación y consulta de los sectores afectados en la programación de la enseñanza en su territorio; y sobre la innovación, investigación y experimentación educativa. 2. Corresponde a la Comunidad Autónoma, como competencia compartida, el establecimiento de los planes de estudio, incluida la ordenación curricular, el régimen de becas y ayudas estatales, los criterios de admisión de alumnos, la ordenación del sector y de la actividad docente, los requisitos de los centros, el control de la gestión de los centros privados sostenidos con fondos públicos, la adquisición y pérdida de la condición de funcionario docente de la Administración educativa, el desarrollo de sus derechos y deberes básicos, así como la política de personal al servicio de la Administración educativa. 3. Corresponde a la Comunidad Autónoma, en materia de enseñanza no universitaria, la competencia ejecutiva sobre la expedición y homologación de los títulos académicos y



profesionales estatales. 4. La Comunidad Autónoma tiene competencias de ejecución en las demás materias educativas>.

El artículo 113.4 de la Ley 17/2007, de 10 de diciembre, de Educación de la Junta de Andalucía dispone que la atención al alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo se realizará de acuerdo con el Título II de la Ley Orgánica 2/2006, con la Ley 9/1999, de 18 de noviembre, de Solidaridad en la Educación, y con la referida Ley 17/2007.

El artículo 11 de la antes citada Ley 9/1999, de Solidaridad en la Educación, de la Junta de Andalucía, publicada en el Boletín Oficial de la Junta de Andalucía el 2 de diciembre de 1999, establece como medida de compensación educativa garantizar que los centros donde se escolaricen alumnos y alumnas con necesidades educativas de apoyo específico asociadas a su discapacidad que le impida el estudio y la comunicación de forma ordinaria estén dotados de todos los sistemas alternativos necesarios, así como de los profesionales adecuados para ello

La Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación (LOE), en su artículo 71.2, establece que <corresponde a las Administraciones educativas asegurar los recursos necesarios para que los alumnos y alumnas que requieran una atención educativa diferente a la ordinaria, por presentar necesidades educativas especiales, por dificultades específicas de aprendizaje, TDAH, por sus altas capacidades intelectuales, por haberse incorporado tarde al sistema educativo, o por condiciones personales o de historia escolar, puedan alcanzar el máximo desarrollo posible de sus capacidades personales y, en todo caso, los objetivos establecidos con carácter general para todo el alumnado>. En su artículo 71.3, que <las Administraciones educativas establecerán los procedimientos y recursos precisos para identificar tempranamente las necesidades educativas específicas de los alumnos y alumnas a las que se refiere el apartado anterior; la atención integral al alumnado con necesidad específica de apoyo educativo se iniciará desde el mismo momento en que dicha necesidad sea identificada y se regirá por los principios de normalización e inclusión>. En su artículo 72.1, que <para alcanzar los fines señalados en el artículo anterior, las Administraciones educativas dispondrán del profesorado de las especialidades correspondientes y de profesionales cualificados, así como de los medios y materiales precisos para la adecuada atención a este alumnado>. En su artículo 72.2, que <corresponde a las Administraciones educativas dotar a los centros de los recursos necesarios para atender adecuadamente a este alumnado; los criterios para determinar estas dotaciones serán los mismos para los centros públicos y privados concertados, para alcanzar los fines señalados en el artículo anterior>. En su artículo 73, que <se entiende por alumnado que presenta necesidades educativas especiales, 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>. En su artículo 74.1, que <la escolarización del alumnado que presenta necesidades educativas especiales se regirá por los principios de normalización e inclusión y asegurará su no discriminación y la igualdad efectiva en el acceso y la permanencia en el sistema educativo, pudiendo introducirse medidas de flexibilización de las distintas etapas educativas, cuando se considere necesario; la escolarización de este alumnado en unidades o centros de educación especial, que podrá extenderse hasta los veintiún años, sólo se llevará a cabo cuando sus necesidades no puedan ser atendidas en el marco de las medidas de atención a la diversidad de los centros ordinarios>. Y en su artículo 112.3, que <los centros que escolaricen alumnado con necesidad específica de apoyo educativo, en proporción mayor a la establecida con carácter general o para la zona en la que se ubiquen, recibirán los recursos complementarios necesarios para atender adecuadamente a este alumnado>.

En cualquier caso, el Título V de la Ley Orgánica 2/2006, bajo el epígrafe de <Dirección de los centros públicos>, en concreto, en su Capítulo III, dedicado a la <participación, autonomía y gobierno de los centros>, y en su Capítulo IV, de dicado a los <órganos de gobierno y coordinación de los conteros públicos>, no prevé que en los centros públicos de enseñanza trabajen docentes que no hayan sido contratados por la administración titular del mismo.

La antes citada Ley 17/2007, en su artículo 27.2, establece que <los centros docentes públicos dispondrán de profesionales con la debida cualificación que garanticen la educación educativa complementaria del alumno con necesidades específicas de apoyo educativo>; en su artículo 116.2, que <los centros que desarrollen planes de compensación educativa autorizados por la Administración educativa recibirán la dotación de profesorado de apoyo que corresponda en función de las medidas curriculares y organizativas que se desarrollen, así como el reforzamiento del departamento de orientación o, en su caso, del equipo de orientación educativa; y que en aquellos centros o zonas que se establezcan, se podrá contemplar la intervención de otros profesionales con la titulación adecuada>; en su artículo 117, <que los centros docentes que atiendan alumnado con necesidades específicas de apoyo educativo dispondrán de los medios, de los avances técnicos y de los recursos específicos que permitan garantizar la escolarización de este alumnado en condiciones adecuadas>; y en su artículo 125.5, que <la Consejería competente en materia de educación dotará a los



centros docentes de recursos humanos y materiales que posibiliten el ejercicio de su autonomía, y que en la asignación de dichos recursos, se tendrán en cuenta las características del centro y del alumnado al que atiende>.

Por su parte, el Decreto 147/2002, de 14 de mayo, de la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía, por el que se establece la ordenación de la atención educativa a los alumnos y alumnas con necesidades educativas especiales asociadas a sus capacidades personales, dispone: <El número y la cualificación de los profesionales que intervengan en un centro docente público que escolarice alumnado con discapacidad variará en función del número de alumnos y alumnas, el tipo y el grado de discapacidad que presenten y las necesidades educativas de los mismos. 2. En las plantillas del Cuerpo de Maestros se incluirán los puestos de trabajo especializados para la atención del alumnado con necesidades educativas especiales que deban existir, de acuerdo con la planificación educativa que realice la Consejería de Educación y Ciencia. En las escuelas de educación infantil, en los colegios de educación primaria y en los institutos de educación secundaria estos puestos de trabajo se cubrirán de acuerdo con las normas de provisión correspondientes al Cuerpo de Maestros. 3. Las funciones de apoyo a la integración del alumnado con necesidades educativas especiales en educación infantil, educación primaria y educación secundaria corresponden a los maestros y maestras que ocupen los puestos de trabajo a los que se refiere el apartado anterior, conforme a lo que determine la Consejería de Educación y Ciencia. 4. La Consejería de Educación y Ciencia establecerá la cualificación y la proporción de los profesionales por alumnos y alumnas para las aulas y centros específicos de educación especial>.

Cabe, pues, analizar si el profesorado para atender al alumnado con necesidades educativas especiales es un personal estructural de los centros públicos de educación o, si por el contrario, se trata de un personal complementario de la enseñanza cuya competencia corresponde a la Comunidad de Andalucía, pues solo en este último caso la Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación tendría competencias para su contratación.

La Sala, después de analizar las precedentes normas aplicables a dicho profesorado, singularmente los artículos 71 y siguientes y 112.3 de la Ley Orgánica 2/2006, y 27.2 de la Ley 17/2007, de Educación de la Junta de Andalucía, llega a la conclusión de que el profesorado para atender al alumnado con necesidades educativas especiales es un 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.

CUARTO: La jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de la que es exponente la 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 Fundación Samu, adjudicataria 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 -hechos probados primero y segundo-, para prestar servicios en el Instituto de Educación Secundaria "Poetas Andaluces", centro en el que lleva realizando las mismas funciones desde el 18 de mayo de 2009 -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). La demandante realiza las funciones asignadas a los profesionales con dicha categoría profesional -hecho sobre el que no existe controversia entre las partes-.

Pues bien, la Sala entiende, en base a los anteriores datos, que la demandante es objeto de cesión ilegal por parte de Fundación Samu a Consejería de Educación, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía, y que esa cesión ilegal, que se prolonga desde el inicio de su relación laboral, si bien a través de otras empresas, 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, o cierto material fungible, o controle su asistencia a través de un servicio telefónico 900, tal y como se recoge en los hechos probados tercero y cuarto de la sentencia recurrida, sin perjuicio de constatar que esas atribuciones formales de Fundación Samu vienen condicionadas o son consecuencia del demoledor Informe de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de 11 de febrero de 2016, referido a una anterior contrata, cuyo contenido ha sido incorporado al apartado de hechos probados al estimar la adición propuesta en tal sentido en el segundo fundamento de derecho de la presente resolución.

Y que la finalidad de dicha cesión ilegal es evitar que la relación laboral de la demandante 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, 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, razón por la cual se le remitirá testimonio de la presente resolución, una vez alcance firmeza.

Con independencia de la categoría profesional que figura en las nóminas de la demandante, lo cierto y verdad es que, tal y como se desprende del hecho probado cuarto, 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, a partir de la publicación del Acuerdo de 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.

En procedimientos en que se planteaba la existencia de cesión ilegal como en el presente, la Sala llegó a la conclusión de que no existía cesión ilegal en las sentencias de 22 de septiembre de 2016, dictada en el Rollo de Suplicación 1003/2016 , 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 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 por parte de la Agencia Pública de Educación y Formación a la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía, con la colaboración de las empresas a las que sucesivamente se venía adjudicando la contratación del personal cualificado para atender a los alumnos con necesidades educativas especiales en la provincia de Málaga.

En consecuencia, aun por motivos distintos a los alegados en el recurso de suplicación, la Sala declara que la demandante es personal indefinido de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía con efectos de 18 de mayo de 2009, condición que ha mantenido desde esa fecha y que sigue manteniendo tras su contratación por Fundación Samu el 10 de septiembre de 2015, con la categoría profesional de personal técnico de integración social, con lo que estima el recurso de suplicación, revoca la sentencia recurrida y, en su lugar, estima sustancialmente la demanda formulada.

Con independencia de la categoría profesional que figura en las nóminas de la demandante, lo cierto y verdad es que las labores que desempeña son las correspondientes a la categoría de personal técnico de integración social, denominación que tiene la categoría profesional de monitor de educación, a partir de la publicación del Acuerdo de 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.

En procedimientos en que se planteaba la existencia de cesión ilegal como en el presente, la Sala llegó a la conclusión de que no existía cesión ilegal en las sentencias de 22 de septiembre de 2016, dictada en el Rollo de Suplicación 1003/2016 , 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 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 por parte de la Agencia Pública de Educación y Formación a la Consejería de Educación y Ciencia de la Junta de Andalucía, con la colaboración de las empresas a las que sucesivamente se venía adjudicando la contratación del personal cualificado para atender a los alumnos con necesidades educativas especiales en la provincia de Málaga.

En consecuencia, aun por motivos distintos a los alegados en el recurso de suplicación, la Sala declara que la demandante es personal indefinido de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía con efectos de 18 de mayo de 2009, condición que ha mantenido desde esa fecha y que sigue manteniendo tras su contratación por Fundación Samu el 10 de septiembre de 2015, con la categoría profesional de personal técnico de integración social, con lo que estima el recurso de suplicación, revoca la sentencia recurrida y, en su lugar, estima sustancialmente la demanda formulada.

FALLO

I.- Se **estima** el recurso de suplicación interpuesto por DOÑA Almudena y se revoca la sentencia del Juzgado de lo Social número trece de Málaga, de 30 de junio de 2016 , dictada en el procedimiento 810-15.

II.- Se tiene por desistida a doña Almudena de la demanda formulada frente a Celemín & Formación S.L.U, Grupo Corporativo Famf S.L.U., Federación Almeriense de Asociaciones de personas con discapacidad y Clece S.A., a las que se absuelve de las pretensiones deducidas en su contra.

III.- Se estima sustancialmente la demanda formulada por doña Almudena frente a Delegación Territorial de Educación, Cultura y Deporte de Málaga de la Junta de Andalucía, Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación y Fundación Samu 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 18 de mayo de 2009 y condeno a las demandadas a estar y pasar por esta resolución.

IV.- Una vez firme esta resolución, remítase testimonio de la misma a Servicio Público de Empleo Estatal de Málaga.

V.- Esta resolución no es firme, y contra la misma cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que se preparará dentro de los diez días siguientes a la notificación de esta sentencia, mediante escrito firmado por letrado y dirigido a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia.

VI.- Adviértase a Fundación Samu que en caso de recurrir habrá de efectuar la consignación de 600 euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones nº 2928-0000-66-190916 abierta por esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Málaga en Banco de Santander S.A.

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

Así lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ