

# CESIÓN ILEGAL EN EL MARCO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. LA TRASCENDENCIA DE LOS ELEMENTOS FÁCTICOS EN EL FALLO JUDICIAL

Comentario a la **Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía/Málaga de 21 de diciembre de 2016, rec. núm. 1686/2016**

**José Luis Barragán Morales**

*Magistrado de lo Social. TSJA*

**Francisco Vila Tierno**

*Profesor Titular de la UMA. Magistrado (supl.). TSJA*

## 1. MARCO LEGAL: VOLUNTAD DEL LEGISLADOR Y VOLUNTAD LEGISLATIVA

Sin tener que apartarnos del texto de la sentencia que ahora se analiza, en el fundamento jurídico cuarto se concreta el marco normativo para la cesión ilegal de trabajadores, así como la intención perseguida por tal precepto en virtud de la interpretación jurisprudencial al efecto:

«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 [...] 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 aquel 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"»<sup>1</sup>.

## 2. EL CASO: SÍNTESIS DEL SUPUESTO DE HECHO

La complejidad del presente asunto impide realizar un breve análisis, al uso, del supuesto de hecho, siendo preciso plantear el supuesto atendiendo, en primer lugar, a una serie de antecedentes que permiten contextualizarlo y, con posterioridad, enfocar directamente los hechos que motivan la resolución judicial.

### 2.1. Contextualización

El monitor de educación –desempeño realizado por la demandante (HP 4.º)– era una *categoría profesional* –ahora integrada en Grupo profesional<sup>2</sup>– incluida en el VI Convenio Colectivo del personal laboral al servicio de la administración de la Junta de Andalucía. Se trata de un personal especializado en la atención al alumnado –en los centros de educación infantil y primaria, y en los institutos de educación secundaria– 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 (art. 73 de la [Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación](#)).

<sup>1</sup> Vid. en los mismos términos, v. gr. [STS de 2 de noviembre de 2016, rec. núm. 2779/2014](#).

<sup>2</sup> El convenio colectivo data del 7 de enero de 2005, se modificó su sistema de clasificación profesional por Acuerdo de la Comisión Negociadora del Convenio con fecha de publicación de 19 de septiembre de 2007 y, posteriormente, el 22 de enero de 2015, completando, de dicho modo, la adaptación a la reforma laboral operada por la [Ley 3/2012](#).

Las funciones correspondientes a ese desempeño venían definidas en el marco de aquella categoría profesional en el Anexo I del referido convenio colectivo. Funciones que hoy constituyen el quehacer del personal técnico en integración social, nueva denominación que sustituye a la anterior categoría profesional a partir de la publicación del Acuerdo de la Comisión Negociadora el 22 de enero de 2015<sup>3</sup>.

De manera tradicional estos trabajadores habían sido contratados directamente por la Consejería de Educación de la Junta de Andalucía, siendo personal laboral dependiente de la misma. Sin embargo, después de la creación del Ente Público Andaluz de Infraestructuras y Servicios Educativos (ISE Andalucía)<sup>4</sup> –por el art. 41 de la [Ley 3/2004, de 28 de diciembre](#) y, posteriormente, Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación de la Junta de Andalucía, tras la entrada en vigor del Decreto-Ley 13/2014–, cambia el modo de contratación y, seguramente como consecuencia de la crisis económica iniciada en 2008, la Consejería de Educación dejó de contratar a este personal laboral, utilizando para ello al citado Ente Público, con base en su competencia para la gestión de los servicios complementarios de la enseñanza.

Pero esa contratación no se producía directamente por el aludido Ente Público, sino que, para llevarla a cabo convocaba concursos para la adjudicación del servicio de asistencia y apoyo escolar a alumnos con necesidades educativas especiales en los centros públicos de las diferentes provincias de Andalucía –dependientes de la Consejería de Educación Cultura y Deporte de la misma–. Esos concursos abarcaban la duración del curso escolar, es decir, de septiembre a junio, ambos incluidos.

En ese marco, las diversas empresas adjudicatarias contrataban a los trabajadores para el desempeño de las funciones atribuidas en el convenio a los monitores de educación en los centros educativos antes señalados. Dichos contratos se regían por [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. Al terminar el año escolar –en junio– los trabajadores eran despedidos, pasando a cobrar prestación por desempleo durante los meses de julio y agosto, y al inicio del nuevo curso escolar –septiembre– eran nuevamente llamados por la empresa que hubiese obtenido la adjudicación del servicio para dicho curso escolar.

---

<sup>3</sup> *Vid.* nota anterior. Concretamente, Acuerdo de Comisión Negociadora del VI 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 el 22 de enero de 2015.

<sup>4</sup> Como Entidad de Derecho Público adscrita la consejería que tenía atribuidas las competencias en materia de educación no universitaria, cuyos fines generales son la gestión de las infraestructuras educativas y servicios complementarios de la enseñanza cuya competencia corresponda a la comunidad autónoma.

## 2.2. Procedimientos judiciales anteriores de la sala en supuestos similares

Ante la sala se sustanciaron inicialmente tres recursos de suplicación frente a sentencias dictadas en procedimientos de despido seguidos ante Juzgados de lo Social de Málaga, en los que, con motivo del cese, derivado de la terminación del curso escolar, se ejercitaba acción de despido, en la que, asimismo, se solicitaba la declaración de la existencia de cesión ilegal e, incluso, en algún caso, se alegaba violación de derechos fundamentales.

En esos tres procedimientos, las sentencias de los juzgados declararon la inexistencia de despido, con base en que se trataba de personal fijo discontinuo y en que no se había producido tal despido, sino simplemente la terminación de la temporada –curso escolar– argumentando que la pretensión de despido debería suscitarse frente al no llamamiento al inicio de la siguiente temporada –cuestión que entendemos que puede suscitar controversia pero que no es objeto de este análisis–.

En esos tres procedimientos, en el apartado de hechos probados constaban datos de los que se desprendía la inexistencia de cesión ilegal y, por ello, la sala confirmó la sentencia del juzgado declarando que no había existido despido y que tampoco se había producido cesión ilegal.

## 2.3. El supuesto de hecho

Así las cosas, la sala tenía que dictar sentencia en el recurso 1896-16 formulado contra sentencia del Juzgado de lo Social n.º 6 de Málaga, en cuyos hechos probados, una vez estimadas algunas de las revisiones fácticas interesadas en el recurso de suplicación, figuraban, entre otros, dos elementos que, finalmente, resultarían determinantes:

- a) En el mismo centro educativo en que prestaba servicios la demandante prestaba servicios otra trabajadora *con las mismas funciones*, que era personal laboral de la Junta de Andalucía.
- b) Que su prestación de servicios se desarrollaba bajo la dirección y supervisión directa de la directora del centro educativo.

Ninguno de esos presupuestos fácticos constaba en los procedimientos anteriores. Por ello, se suspendió la deliberación inicialmente acordada y se convocó Pleno de la Sala, para el 14 de diciembre de 2016, en el que, tras un estudio detallado de la distinta posición de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía, así como de la Agencia Pública Andaluza de Educación y Formación, se procedió al cambio de criterio con base en esos nuevos datos fácticos que no constaban en los tres procedimientos anteriores.

Como consecuencia de ello, se consideró que la demandante, en un plano paralelo con la trabajadora de la Consejería de Educación, Cultura y Deporte de la Junta de Andalucía, en rea-

lidad era personal indefinido continuo de esta, y se declaró que el cese de aquella, al terminar la temporada escolar, era constitutivo de despido improcedente. Y como la demandante había anunciado, tanto en su demanda como en su recurso, su opción por su contratación por la citada consejería, se condenó a la misma a las consecuencias del despido improcedente, y al resto de empresas codemandadas a estar y pasar por esa resolución, acordando notificar la sentencia al Servicio Público de Empleo Estatal que había venido abonando prestaciones por desempleo a la demandante durante los meses de julio y agosto.

Debe advertirse, además, que en los otros dos procedimientos en los que la sala ha apreciado, con posterioridad al anterior, la existencia de cesión ilegal –recs. núms. 1896/2016 y 1909/2016– no se ejercitaba acción de despido, sino tan solo acción de reconocimiento de la condición de personal laboral de la Junta de Andalucía. En los dos procedimientos, la sala revoca la sentencia del Juzgado de lo Social y declara la condición de la demandante de personal laboral indefinido de la Junta de Andalucía, sin concretar, no obstante, la continuidad de la prestación, cuestión que se desprende de la decisión de notificar la sentencia al Servicio Andaluz de Empleo<sup>5</sup>.

### 3. DOCTRINA JUDICIAL SENTADA

Dos cuestiones parece que son las relevantes en la sentencia analizada. De un lado –y fuera del objeto de análisis en este comentario–, las diferencias extintivas entre fijo de carácter periódico y personal fijo continuo –si bien en este caso como indefinido no fijo, pues estos son los efectos de la cesión ilegal en la Administración pública, como se fija, entre otras, por la [STS de 11 de noviembre de 2003, rec. núm. 3898/2002](#)–. Por otra, el establecimiento de las funciones de trabajador equiparable como criterio de referencia, junto a otros, para determinar la existencia de un supuesto de cesión ilegal. Concretamente, y de manera esencial, que tanto trabajador equiparable como trabajador cedido estén sometidos, del mismo modo, a la dirección y organización de la entidad en la que prestan servicios.

La [STS de 2 de noviembre de 2016, rec. núm. 2779/2014](#), establece las claves en esta materia al disponer que «por lo que respecta al problema de la cesión ilegal, tal como hemos reiterado muy recientemente (STS, Sala 4.ª, núm. 892/2016, Pleno, de 26 de octubre de 2016, rec. núm. 2913/14), la doctrina de la sala, en aplicación del artículo 43.2 del ET, es unánime cuando sostiene la *necesidad de ceñirse al caso concreto*, pues suelen ser muy distintas las situaciones que pueden darse en la práctica. Esta doctrina, como se comprueba, entre otras muchas, en nuestras

---

<sup>5</sup> Teniendo en cuenta en alguna de ellas, también, el informe emitido por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, bien que referido a un curso escolar anterior al momento en que se interpuso la demanda, observando que las circunstancias de la prestación de servicios era similar.

Sentencias de 18 de enero de 2011 (rec. núm. 1637/10 ), 19 de junio de 2012 (rec. núm. 2200/11), 11 de julio de 2012 (rec. núm. 1591/11 ), 20 de mayo de 2015, Pleno (rec. núm. 179/14 ) y 11 de febrero de 2016, Pleno (rec. núm. 98/15), y las que en ellas se citan y compendian, ha ido estableciendo criterios que, es sus líneas generales, se contienen en una serie de resoluciones que han abordado el problema en el marco de la gestión indirecta, por ejemplo, de determinados servicios municipales». De ello se deduce, según observa la misma resolución judicial, que no siempre estaremos ante un supuesto de cesión ilegal, sino únicamente cuando concurren los presupuestos del artículo 43.2, siendo posible que nos situemos ante una opción legal de las contempladas en el artículo 42 del ET y teniendo presente que existe cierta inseguridad respecto a los fenómenos de gestión indirecta en el marco de las Administraciones públicas.

Si nos atenemos a lo señalado en el epígrafe primero y las conductas sancionables en el contexto del artículo 43 del ET, al menos dos de ellas se cumplen en un supuesto en el que acrediten los hechos antes referenciados, tanto «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», como que «no ejerza las funciones inherentes a la condición de empresario».

Conductas que, sin embargo, no se acreditan en otros supuestos en los que la cesión carece de los datos fácticos ahora referidos.

#### 4. TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA JUDICIAL SENTADA Y POSIBILIDAD DE CONVALIDACIÓN COMO JURISPRUDENCIA VINCULANTE

Los elementos determinantes en la sentencia analizada son:

- Que no se aparta de la doctrina asentada del Tribunal Supremo, entre otras, por la citada STS de 2 de noviembre de 2016, rec. núm. 2779/2014.
- Que concreta la misma, estableciendo criterios que sirven para distinguir en la caústica en materia de cesión ilegal a la que se refiere la jurisprudencia citada.
- Que la existencia de trabajadores con funciones análogas sin que existan diferencias de dirección y gestión de los mismos resulta esencial para comprobar la aparición de un fenómeno de cesión ilegal.
- Que, a tenor de otros supuestos analizados, aun tratándose de circunstancias análogas, con identidad de sujetos implicados, no deben reconocerse los mismos efectos, puesto que atendiendo a cada caso concreto, en atención a la doctrina del Tribunal Supremo, no siempre estará ante cesión ilegal, sino que dependerá, en cada situación analizada, de los elementos fácticos concretos que concurren.

Únicamente, por tanto, en un escenario en el que se identifica a un trabajador perfectamente integrado en la esfera organicista de la entidad en la que concurren los servicios, cuando se dan el resto de elementos propios de la cesión ilegal –que no cambian en la sentencia objeto de estudio–, podrá reconocerse esta en una Administración pública, con el ánimo de no entender vinculado a aquel trabajador a la misma, a la par de eludir la aplicación de convenio colectivo propio degradando las condiciones laborales de aquel.