



Roj: **STSJ AND 3387/2018 - ECLI:ES:TSJAND:2018:3387**

Id Cendoj: **41091340012018101506**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **17/05/2018**

Nº de Recurso: **2000/2017**

Nº de Resolución: **1530/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MARIA ELENA DIAZ ALONSO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso N°2000/17 (A) Sentencia n° 1530/18

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

DOÑA MARIA ELENA DIAZ ALONSO.

DOÑA MARÍA BEGOÑA GARCÍA ÁLVAREZ

DON JOSE JOAQUIN PEREZ BENEYTO ABAD

En Sevilla, a diecisiete de mayo de dos mil dieciocho.

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

EN NOMBRE DEL REY, ha dictado la siguiente

SENTENCIA NÚMERO 1530/2018

En el recurso de suplicación interpuesto por D^a Serafina y la Empresa Municipal de Aguas de Cádiz, S.A., contra la sentencia del Juzgado de lo Social n° Uno de Cádiz, en sus autos núm. 671/16, ha sido Ponente la lltma. Sr^a. Magistrada Doña MARIA ELENA DIAZ ALONSO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, se presentó demanda por D^a Serafina contra E.T.T. Quality People S.L. y la empresa Municipal de Aguas de Cádiz, S.A., sobre despido, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 1 de febrero de 2017 por el referido Juzgado, con estimación parcial de la demanda.

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

PRIMERO.- Dña. Serafina, con DNI NUM000 y núm. de afiliación a la Seguridad Social NUM001, ha prestado servicios en EMPRESA MUNICIPAL AGUAS DE CÁDIZ, S.A. desde el año 2010, a través de diversos contratos de puesta a disposición celebrados por AGUAS DE CÁDIZ, S.A. con UNIQUE INTERIM ETT, S.A.U. y con ETT QUALITY PEOPLE, S.L.

Dña. Serafina estuvo de alta en la Seguridad Social para la ETT UNIQUE INTERIM SAU en los siguientes períodos:

-Del 06.07.2010 a 31.10.2010 en virtud de contrato de duración determinada a tiempo completo por interinidad

-Del 01.11.2010 a 28.02.2011 en virtud de contrato de duración determinada tiempo completo de obra o servicio determinado



-Del 01.03.2011 a 31.08.2011 en virtud de contrato de duración determinada a tiempo completo eventual por circunstancias de la producción

-Del 01.09.2011 a 29.02.2012 en virtud de contrato de duración determinada a tiempo completo eventual por circunstancias de la producción

-Del 01.03.2012 a 31.05.2012 en virtud de contrato de duración determinada tiempo completo de obra o servicio determinado

-Del 01.06.2012 a 26.09.2012 en virtud de contrato de duración determinada a tiempo completo por interinidad

La trabajadora ha estado de alta en la Seguridad Social para ETT QUALITY PEOPLE en los siguientes períodos:

-Del 03.06.2013 a 11.01.2014 en virtud de contrato de duración determinada, a tiempo completo, de obra o servicio determinado, contrato en el que se establece la categoría de auxiliar administrativo, y se fija una retribución total de 2.355,85 euros/mes por los conceptos de salario, p.p. extras, p. vacaciones, pluses y complemento, estableciéndose también que el contrato se regulará por el Convenio Colectivo de la Empresa Aguas de Cádiz

-Del 13.01.2014 a 02.04.2014 en virtud de contrato de duración determinada, a tiempo completo, de obra o servicio determinado

-Del 03.04.2014 hasta 31.08.2016 en virtud de contrato de duración determinada, a tiempo completo, de obra o servicio determinado, contrato en el que se establece la categoría de auxiliar administrativo, y se fija una retribución de 2.355,86 euros/mes por los conceptos de salario, p.p. extras, p. vacaciones, pluses y complemento, estableciéndose también que el contrato se regulará por el Convenio Colectivo de la Empresa Aguas de Cádiz

SEGUNDO .- Con fecha 27.07.2016 la empresa ETT QUALITY PEOPLE, S.L. entregó a la trabajadora carta con el siguiente tenor literal:

"Por medio de la presente, le comunicamos que el próximo 31.08.2016, causará baja en nuestra empresa por FIN DE CONTRATO, siendo por dicho motivo BAJA en nuestra plantilla laboral a todos los efectos".

TERCERO .- En fecha 01.09.2016 ETT QUALITY PEOPLE celebró contrato temporal con Dña. Serafina por plazo de un mes, hasta el 30.09.2016, a tiempo completo, eventual por circunstancias de la producción consistente en acumulación de tareas por la adaptación de los nuevos trabajadores incorporados por selección al puesto de trabajo, fijándose en el propio contrato una retribución total de 2.688,32 euros brutos al mes, que se distribuyen en salario base, antigüedad, premio vinculación, p. convenio, p. pagas extras, complemento personal puesto trabajo, p. extrasalarial, patrona, e indemnización fin de contrato.

CUARTO .- Dña. Serafina efectuó prácticas en la empresa municipal AGUAS DE CÁDIZ, S.A. desde el 06.10.2009 hasta el 05.07.2010, tras la oferta de esta empresa para incorporar a un estudiante de la Diplomatura de Relaciones Laborales, bajo el marco del Programa de Prácticas de Plan Propio de la Universidad de Cádiz de la que la Fundación FUECA es entidad gestora.

QUINTO .- Los contratos de puesta a disposición celebrados por AGUAS DE CÁDIZ, S.A. con la ETT QUALITY PEOPLE, S.L. en virtud de los cuales Dña. Serafina prestó servicios en la sede de la primera, fueron los siguientes:

-Contrato de puesta a disposición de 04.06.2013, teniendo por objeto obra o servicio consistente en labores administrativas con motivo del cierre 2012 por la EU, siendo las funciones del puesto administrativas, pactándose un sueldo a favor del trabajador de 2.355,85 euros al mes

-Contrato de puesta a disposición de 30.04.2014, teniendo por objeto obra o servicio determinado consistente en campañas de nuevos abonados del segundo trimestre 2014 por la EU, pactándose un salario a favor del trabajador por importe de 2.419,20 euros al mes

-Contrato de puesta a disposición de 06.10.2016, eventual por circunstancias de la producción para la adaptación de los nuevos trabajadores en sus puestos de trabajo por la EU, con un salario a favor del trabajador de 2.355,86 euros al mes

SEXTO .- Por la empresa AGUAS DE CÁDIZ, S.A. se convocó con fecha 03.04.2016 proceso selectivo mediante el sistema de oposición libre para dos plazas de oficial administrativo (una temporal y otra fija) con destino al Departamento Comercial, y para una plaza de Oficial 2ª Administrativo Contable (fija) para el Departamento Económico, consistiendo las pruebas selectivas en prueba técnica, prueba psicotécnica y una entrevista individual.



Dña. Serafina realizó la primera prueba del proceso de selección, resultando NO APTA.

Una vez finalizado el proceso selectivo completo, los tres aspirantes seleccionados se incorporaron a su puesto de trabajo en fecha 01.09.2016.

SÉPTIMO .- Los salarios eran abonados a la trabajadora por ETT QUALITY PEOPLE, consistiendo en 2.191,36 euros brutos entre diciembre de 2015 y junio de 2016, y 2.688,32 euros brutos entre los meses de Julio y Septiembre de 2016. La nómina del mes de Noviembre de 2015 fue por 2.191,37 euros, y la de Octubre de 2015 por 2.191,38 euros.

El salario diario a efectos de despido es el de 78,52 euros.

OCTAVO .- Dña. Serafina ha desempeñado sus funciones en la empresa como comercial, estando habitualmente en la mesa de atención al cliente y contrataciones, siendo la persona que facilitaba al trabajador de la empresa contratista STA, empresa que se encarga del mantenimiento de los contadores, la documentación relativa a altas y bajas e inspecciones a efectuar.

NOVENO .- La empresa AGUAS DE CÁDIZ, S.A. es empresa municipal, participada al 100% por el Excmo. Ayuntamiento de Cádiz

DÉCIMO .- La trabajadora no ha ostentado la condición de representante de los trabajadores.

UNDÉCIMO .- En fecha 11.10.2016 por Dña. Serafina se presentó papeleta de conciliación ante el CMAC frente a ETT QUALITY PEOPLE, S.L. y EMPRESA MUNICIPAL DE AGUAS DE CÁDIZ, S.A., celebrándose en fecha 27.10.2016 el acto de conciliación, resultando celebrado sin avenencia.

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por D^a Serafina y la Empresa Municipal de Aguas de Cádiz, S.A., que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda interpuesta por la actora, trabajadora de la empresa "E.T.T. Quality People S.L.", que prestaba servicios mediante contrato de puesta a disposición en la "Empresa Municipal de Aguas de Cádiz S.A.", con la categoría profesional de auxiliar administrativo, y declaró la existencia una cesión ilegal de la actora de la empresa "E.T.T. Quality People S.L." a la "Empresa Municipal de Aguas de Cádiz S.A.", por lo que su contrato era fraudulento, declarándola trabajadora indefinida no fija en esta empresa, calificando sin embargo su despido como procedente por haber sido cesada como consecuencia de la incorporación en la empresa de trabajadores que habían superado un proceso selectivo.

La sentencia es recurrida por la empresa "Empresa Municipal de Aguas de Cádiz S.A.", por la vía del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, pretendiendo que se declare la inexistencia de la cesión ilegal al haber efectuado la contratación con una empresa de trabajo temporal, que tienen permitida la cesión de trabajadores en el artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores, subsidiariamente que se declare que la actora carece de acción por estar extinguida la cesión en la fecha de celebración del juicio, y que se compute la antigüedad de la actora desde el contrato concertado con "E.T.T. Quality People S.L." el día 3 de junio de 2.013, la sentencia computa una antigüedad desde el 6 de julio de 2.010, por existir una ruptura significativa del vínculo contractual al haber cesado en la anterior empresa de trabajo temporal "Unique Interim ETT S.A.U.", el día 26 de septiembre de 2.012, por lo que entre ambos contratos han transcurrido 8 meses, habiendo cobrado las prestaciones por desempleo, denunciando en el recurso la infracción de los artículos 43 y 49.1 c) del Estatuto de los Trabajadores y 6.2 de la Ley 14/1994, de 1 de junio que regula las empresas de trabajo temporal.

La actora plantea su recurso, por la misma vía del apartado c) del artículo 193 de la Ley reguladora de la jurisdicción social, denunciando la infracción de los artículos 4.2, 8.1 y 43.3 y 4 del Estatuto de los Trabajadores, solicitando la nulidad o improcedencia de su despido y que se estime la reclamación de cantidad acumulada en la demanda a la acción impugnatoria del despido, en la que reclamaba diferencias salariales entre la categoría de auxiliar administrativo, que tiene reconocida y la de administrativo correspondiente a las funciones de comercial que ejercía.

SEGUNDO.- En primer lugar resolveremos el recurso de suplicación interpuesto por la empresa "Empresa Municipal de Aguas de Cádiz S.A.", debiendo determinar si hemos de considerar toda la cadena contractual que vinculó a la actora con esta empresa desde el día 6 de julio de 2.010, al haber suscrito varios contratos de puesta a disposición con la empresa "Unique Interim ETT S.A.U." o si debemos valorar únicamente desde el contrato concertado con "E.T.T. Quality People S.L." el día 3 de junio de 2.013, por haber existido una ruptura significativa del vínculo contractual.



La Sala debe estimar que la antigüedad que se debe computar es desde el 3 de junio de 2.013 y examinar exclusivamente la relación que vinculaba a la actora con la empresa "E.T.T. Quality People S.L.", ya que desde que finalizó el anterior contrato con la empresa "Unique Interim ETT S.A.U." el día 26 de septiembre de 2.012 y la relación laboral con esta empresa, ha transcurrido un período de 8 meses en el que percibió las prestaciones por desempleo, y por tanto ha existido una ruptura significativa del vínculo contractual que impide entrar a conocer contrataciones anteriores.

En este sentido se pronuncia la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2.010 (RJ 2010/6803), en la que declara que el cómputo de la antigüedad para el cálculo de las indemnizaciones por despido improcedente debe tener en cuenta el principio de la " *unidad esencial del vínculo* " *cuando la reiteración de contratos temporales evidencian la existencia de unidad de contratación* ", sentencia que mantiene que " *tal presunción de unidad de propósito en la contratación no puede deducirse en casos, como en el presente en el quelos períodos de cese alcanzaron más de los tres meses o incluso cinco o seis meses...Mantener que en estos supuestos de largos períodos de inactividad, intercalados con prestaciones de desempleo, debe presumirse la existencia de unidad de contrato, cuando de los hechos lo que puede deducirse es precisamente lo contrario, implicaría la imposición de una carga injustificada al empleador por utilizar repetidas veces los servicios del mismo trabajador* ".

En este caso la ruptura del vínculo contractual es aún mas significativa ya que nos encontramos ante dos empresas diferentes "Unique Interim ETT S.A.U." y "ETT Quality People S.L.", sin que en el relato fáctico conste dato alguno que nos permita establecer una vinculación entre ambas empresas, ni se ha tratado de introducir por vía de la revisión fáctica de la sentencia, incluso se desestima la excepción de litisconsorcio pasivo necesario alegada por la empresa "Empresa Municipal de Aguas de Cádiz S.A." en relación a "Unique Interim ETT S.A.U.", por considerar que la relación con esta empresa se ha extinguido válidamente y no se puede impugnar.

En consecuencia sólo hemos de tener en cuenta los contratos suscritos con "ETT Quality People S.L.", entre los cuales no han existido interrupciones significativas sólo dos días entre el primer y segundo contrato, lo que nos permite computar la antigüedad de la cesión ilegal desde el primer contrato suscrito con esta empresa del 3 de junio de 2.013.

TERCERO.- La existencia de una cesión ilegal de la actora de la empresa "ETT Quality People S.L." a la empresa "Empresa Municipal de Aguas de Cádiz S.A.", es una cuestión que se debe dilucidar en este procedimiento, pese a lo que aduce la empresa recurrente en su recurso de que la cesión ilegal no está vigente en la fecha del acto del juicio, ya que la falta de vigencia de la relación laboral en la fecha de formular la conciliación ante del CMAC, conforme a la actual doctrina del Tribunal Supremo sobre la fecha en la que debe estar vigente la cesión ilegal, está motivada por el cese imputable a la empresa.

Como declara la sentencia del Tribunal Supremo Sentencia núm. 226/2018 de 28 febrero. (JUR 2018\80989) " *La doctrina jurisprudencial de esta Sala IV del Tribunal Supremo ... ha venido exigiendo que la relación laboral esté viva en el momento en que el trabajador ejercita la acción para la declaración de la existencia de la relación laboral, puesto que el éxito de la misma precisa de la subsistencia de la cesión ya que lo que con ella se pretende es la adquisición de la condición de trabajador fijo en la empresa de elección -cedente o cesionaria- (apartado 4 del art. 43 ET) -por todas, STS/4ª de 21 junio 2016, rcud. 2231/2014 (RJ 2016, 3342)-....*

3. ... una excepción a aquella regla interpretativa precisamente en aquellos casos en que la cuestión de la cesión ilegal surge con motivo de la impugnación del despido, cuando este se produce vigente la cesión, en cuyo caso es obvio que con el despido también se pone fin a la situación y, por ello, el trabajador puede accionar tanto contra la empresa cedente como contra la cesionaria para que se analice en ese mismo litigio la responsabilidad derivada de dicha cesión. Lo recordábamos en la STS/4ª/Pleno de 14 diciembre 2017 (rcud. 312/2016 (RJ 2018, 5959)).

En tales supuestos, «la determinación de la existencia de una posible cesión ilegal adquiere en los procesos de despido el carácter de una cuestión previa -o "prejudicial interna" como la denominaron las Sentencias de 19-11-02 (RJ 2003, 1917) (Rec. 909/02) y 27-12-02 (RJ 2003, 1844) (Rec. 1259/02)- sobre la que es necesario decidir, por mandato del art. 4.2 de la Ley de Procedimiento Laboral , para establecer las consecuencias del despido en los términos que autorizan los artículos 43 y 56 ET » (STS/4ª de 8 julio 2003 (RJ 2003, 6412) -rcud. 2885/2002 -, 12 febrero 2008 -rcud. 61/2007-, 14 octubre 2009 (RJ 2010, 369) -rcud. 217/2009-, 19 octubre 2012 (RJ 2012, 10326) -rcud. 4409/2011- y 31 mayo 2017 (RJ 2017, 2789) -rcud. 3599/2015-).

Por ello, se ha admitido que a las demandas por despido pueda acumularse la que se refiere a la cesión ilegal cuando ésta última estaba viva en el momento de la decisión extintiva empresarial (STS/4ª de 7 mayo 2010 (RJ 2010, 2607) -rcud. 3347/2009 -".



En consecuencia hemos de determinar si el objeto de los contratos celebrados entre "ETT Quality People S.L." y la actora están incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley 14/1994 de 1 de junio, que regula las empresas de trabajo temporal, ya que el artículo 43.1 del Estatuto de los Trabajadores excluye a las empresas de trabajo temporal de su ámbito aplicación, al disponer que "*La contratación de trabajadores para cederlos temporalmente a otra empresa sólo podrá efectuarse a través de empresas de trabajo temporal debidamente autorizadas en los términos que legalmente se establezcan.*", esta regulación no significa que la prestación de servicios en el marco de un contrato de puesta a disposición con una empresa de trabajo temporal sea siempre una contratación lícita, ya que este contrato puede ser también fraudulento si sirve para cubrir necesidades permanentes de la empresa usuaria .

El artículo 6.2 de la Ley 14/1994 de 1 de junio dispone que "*Podrán celebrarse contratos de puesta a disposición entre una empresa de trabajo temporal y una empresa usuaria en los mismos supuestos y bajo las mismas condiciones y requisitos en que la empresa usuaria podría celebrar un contrato de duración determinada conforme a lo dispuesto en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores .*"

En relación con la posibilidad de que los contratos concertados por las Empresas de Trabajo Temporal sean fraudulentos, la sentencia del Tribunal Supremo de 19 febrero 2009 (RJ 2009\1594) declara que "*la provisión de fuerza de trabajo a empresas usuarias por medio de empresas de trabajo temporal es en nuestro Derecho la excepción a la norma general de la ilegalidad de la cesión de trabajadores, y como tal regla de excepción debe ser interpretada de manera estricta. Y que resulta ilegal la cesión de trabajadores no solamente cuando es llevada a cabo por empresas que no estén debidamente autorizadas como ETT, sino también cuando el contrato no se hubiese concertado en «los términos que legalmente se establezcan»; esto es, en los supuestos de contratación temporal legalmente autorizados, por así imponerlo la interpretación literal, sistemática e histórica del art. 43 ET [para más detalles, la STS 04/07/06 -rcud 1077/05 -]. Lo que significa que el contrato de puesta a disposición no puede ser una vía para alterar el régimen general de la contratación temporal, sino únicamente un instrumento para trasladar la temporalidad del ámbito de contratación de la empresa usuaria a la empresa de trabajo temporal.*

Y al efecto puede argumentarse: a) limitar las obligaciones de la ETT -en este aspecto- a que el contrato de puesta a disposición obedezca tan sólo formalmente a causa legal justificativa, invitaría a reducir la diligencia de la indicada empresa en orden al cumplimiento de las previsiones legales, con la consiguiente desprotección para los intereses del trabajador; b) la defensa de tales intereses ha llevado a la jurisprudencia a sostener la aplicabilidad -por analogía- de las previsiones del antiguo art. 43 ET incluso en supuestos de válida circulación de empleados entre las diversas empresas de un grupo (así, en las SSTS 26/11/90 (RJ 1990, 8605) [-rec. 645/90 -]; 30/06/93 (RJ 1993, 4939) [-rec. 720/92 -]; 26/01/98 (RJ 1998, 1062) [-rec. 2365/97 -]; 21/12/00 (RJ 2001, 1870) [-rec. 4383/99 -]; 26/09/01 (RJ 2002, 1270) [-rec. 558/01 -]; 23/01/02 (RJ 2002, 2695) [-rec. 1759/01 -]; y 04/04/02 (RJ 2002, 6469) [-rec. 3045/01]); c) aún para el caso de que faltase toda connivencia de la ETT con la empresa cliente en la utilización fraudulenta del contrato de puesta a disposición para atender necesidades permanentes o supuestos excluidos, no hay que olvidar que la exigencia de responsabilidad de que estamos tratando es tan sólo laboral y precisamente la solidaria de la empresa usuaria -e infractora- respecto de las obligaciones de la ETT [art. 12 LETT]; ..

3.- ... el art. 43 ET únicamente alcanza a los contrato de puesta a disposición realizados en supuestos no previstos en la formulación positiva del art. 6 LETT y a los contemplados en la formulación negativa de las exclusiones previstas por el art. 8 LETT , pudiendo hacerse la afirmación general de que **en todo caso resultará integrante de cesión ilegal la que lo sea con carácter permanente o para cubrir necesidades permanentes de mano de obra**, supuestos en los que el contrato de puesta a disposición se manifiesta claramente fraudulento e incurso en la previsión del art. 6.4 CC .".

En el presente caso la actora suscribió tres contratos temporales para obra o servicio determinado con la "E.T.T. Quality People S.L.", realizando en todos ellos las mismas funciones como comercial de atención al público y contratación de usuarios, funciones que son permanentes en la "Empresa Municipal de Aguas de Cádiz S.A.", aunque formalmente tuvieran objeto diversos, incluso esta empresa reconoce que acudió a la contratación de trabajadores a través de la ETT para cubrir las necesidades de personal, por las limitaciones presupuestarias que se establecieron para efectuar nuevas contrataciones en las Administraciones y Empresas Públicas en los años 2.012 a 2.015, y que una vez eliminadas estas limitaciones se procedió a ofertar las plazas necesarias a concurso público.

En consecuencia cubriendo la actora necesidades permanentes de la empresa "Empresa Municipal de Aguas de Cádiz S.A.", y no temporales su contrato debe considerarse fraudulento y por tanto la cesión efectuada por la "ETT Qualitytel People S.L." a esta empresa es una cesión ilegal, que determina que al haber optado por su integración en esta empresa sea considerada trabajadora indefinida no fija de la misma, por lo que hemos de



estimar parcialmente el recurso de suplicación interpuesto por la "Empresa Municipal de Aguas de Cádiz S.A.", ya que debe reducirse la antigüedad reconocida en la sentencia.

CUARTO.- La actora en su recurso pretende también por la vía del apartado c) del artículo 193 de la Ley reguladora de la jurisdicción social, que se declare la nulidad o improcedencia de su despido y que se condene a la "Empresa Municipal de Aguas de Cádiz S.A." al pago de las cantidades reclamadas en su demanda entre la categoría profesional de administrativo correspondiente a las funciones que realiza de atención al público y contrataciones, y que tácitamente admite la "Empresa Municipal de Aguas de Cádiz S.A." al convocar una plaza de administrativo para cubrir el puesto de la actora, y la que tiene reconocida de auxiliar administrativo, denunciando en su recurso la infracción de los artículos 4.2, 8.1 y 43.3 y 4 del Estatuto de los Trabajadores.

En primer lugar hemos de rechazar de plano la petición de nulidad del despido, ya que ni en la demanda, ni en la instancia, ni en el recurso consta argumento alguno que sustente esta petición.

En relación con la declaración de improcedencia del despido, la sentencia de instancia mantiene que el cese es procedente por aplicación del artículo 49.1 c) del Estatuto de los Trabajadores, ya que al ser una trabajadora indefinida no fija puede cesar válidamente por la cobertura de la plaza por un proceso de selección como en este caso.

Tal afirmación sería compartida por la Sala si se impugnara el cese acaecido el día 31 de agosto de 2.016, ya que los trabajadores que superaron el proceso selectivo se incorporaron a sus plazas el 1 de septiembre de 2.016, como declara probado el hecho sexto de la sentencia, pero con posterioridad a esta fecha suscribió el último contrato eventual por circunstancias de la producción por *"acumulación de tareas por la adaptación de los nuevos trabajadores incorporados por selección al puesto de trabajo"*, contrato que debe calificarse como fraudulento, ya que no hay causa que justifique el incremento de la actividad en la "Empresa Municipal de Aguas de Cádiz S.A.", no comprendiendo esta Sala como puede la actora que ha sido declarada "no apta" en el proceso selectivo cooperar a la adaptación de los trabajadores seleccionados que han sido declarados aptos, lo que supone que deben estar más preparados que la recurrente para ocupar el puesto de trabajo, y que incluso ostentan una categoría profesional superior como es la de administrativo, siendo la regla habitual en las Administraciones Públicas que la coberturas de vacantes por el proceso reglamentario determine el cese automático del trabajador que ocupaba la plaza sin ningún proceso de adaptación.

El artículo 15.1, b) del Estatuto de los Trabajadores, regula el contrato eventual por circunstancias de la producción, que tiene como objetivo atender *"circunstancias de mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos,.. aun tratándose de la actividad normal de la empresa"*, **justifica la temporalidad de la contratación en exigencias coyunturales del proceso productivo que ocasionan un desajuste entre la plantilla de la empresa y la actividad a desarrollar, permitiendo la Ley acudir a la contratación temporal para superar esa necesidad de personal por la mayor actividad sin incremento de la plantilla.**

Como declara la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de abril de 2.004 (RJ 2004/4360), el artículo 15.1 b) del Estatuto de los Trabajadores permite *"acudir a la contratación temporal para superar esa necesidad de una mayor actividad, sin incrementar la plantilla más de lo preciso, evitando el inconveniente de una posterior reducción de la misma si, superada la situación legalmente prevista, se produjera un excedente de mano de obra."*, por ello la sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1.990 (RJ 1990/9821) declaró que el criterio decisivo en esta modalidad contractual es **"la nota de la temporalidad y la necesidad coyuntural u ocasional del mayor volumen de trabajo."**, criterio corroborado en la sentencia del Tribunal Supremo 13 de febrero de 2.006 (RJ 2006/4423), en la que declara que *"El contrato eventual por circunstancias de la producción es idóneo para proveer necesidades y tareas habituales en la empresa que, por circunstancias diversas, experimentan un incremento de actividad para cuya cobertura es necesaria una fuerza de trabajo superior a la habitual"*.

En el presente caso no hay incremento alguno de la actividad a desarrollar o en el volumen de trabajo, incrementándose la plantilla artificiosamente con la finalidad de que se adapten trabajadores al puesto de trabajo, finalidad contraria al proceso selectivo que tiene que valorar su capacidad para desempeñar el puesto de trabajo, por lo que esta contratación temporal es fraudulenta y su cese el 30 de septiembre de 2.016 debe calificarse como improcedente, con derecho a la indemnización correspondiente, que computando una antigüedad desde el 3 de junio de 2.013 y el salario de 78,52 € diarios que figura en el fundamento de derecho 3º de la sentencia, asciende a 8.637,20 €, debiendo responder solidariamente del pago de esta indemnización o de los salarios de tramitación a opción de la "Empresa Municipal de Aguas de Cádiz S.A." la empresa "E.T.T. Quality People S.L.", por aplicación del artículo 43.3 del Estatuto de los Trabajadores, estimando también este motivo de recurso alegado por la "Empresa Municipal de Aguas de Cádiz S.A."

QUINTO.- En relación con el salario que se debe computar a efectos indemnizatorios del despido es el que le corresponde percibir por las funciones que efectivamente realiza, ya que el salario es uno de los hechos



que han de figurar necesariamente en el relato fáctico, conforme al artículo 107 a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social .

En este sentido se pronuncia reiterada doctrina jurisprudencial de la que es ejemplo la sentencia del Tribunal Supremo de 27 diciembre 2010 (RJ 2011 \402), citando la de 25 de febrero de 1993 (recurso 14040/1992), en las que se declara que: *"«el debate sobre cuál debe ser el salario procedente es un tema de controversia adecuado al proceso de despido», pues se trata de un elemento esencial de la acción ejercitada sobre el que debe pronunciarse la sentencia y, en consecuencia, es «en el proceso de despido donde debe precisarse el salario que corresponde al trabajador despedido sin que se desnaturalice la acción ni deba entenderse que se acumula a ella en contra de la ley ... una reclamación inadecuada», recordaba, asimismo, que la sentencia de 24 de julio 1989 (RJ 1989, 5909) tuvo ya ocasión de señalar, en interpretación del artículo 56.1.a) del Estatuto de los Trabajadores , que «el salario regulador de la indemnización es aquel que corresponde al trabajador al tiempo del despido y no el que arbitrariamente abona la empresa» . Pues bien, si ello es así, resulta palmario, que el salario a tener en cuenta para el cálculo de la indemnización por despido improcedente y salarios de tramitación, no es el que trabajador viniera percibiendo realmente en el momento del despido de ser inferior al establecido en convenio colectivo aplicable, sino precisamente, dado el carácter mínimo e irrenunciable de la norma convencional, el fijado en la misma en función de las circunstancias concretas de antigüedad y categoría profesional del trabajador." . (sentencia del Tribunal Supremo de 27 diciembre 2010 . (RJ 2011\402)).*

En la misma línea, la sentencia de 12 de abril de 1.993 (RJ 1993/2922) reiteró *"que solamente en el proceso de despido puede discutirse la cuantía de la retribución que ha de tomarse en cuenta para establecer la indemnización y los salarios de tramitación, que no pueden reclamarse en proceso posterior"*.

Cuando se solicitan salarios de la superior categoría profesional, como en este caso en el que la actora tiene reconocida la categoría de auxiliar administrativo, y realiza funciones de administrativo, ya que se dedica como comercial a efectuar contrataciones con los usuarios, estando encargada de atender al público, categoría que indirectamente le reconoce la empresa municipal "Aguas de Cádiz S.A." cuando ofertó al proceso selectivo para cubrir la plaza de la actora un puesto de administrativo y no de auxiliar administrativo, es claro que puede reclamar esta mayor retribución, sin que ello suponga ejercer una acción de clasificación profesional.

En este sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de julio de 2006 [RJ 2006, 6310] en la que se declaraba que *"No se ejercita ninguna acción de clasificación profesional, porque no se pide el reconocimiento a favor de la actora de una categoría profesional superior en virtud del llamado principio de equivalencia función/categoría. Lo que se pide es algo muy distinto en el plano jurídico: que las indemnizaciones por despido se calculen sobre el salario que, en virtud de las normas aplicables, correspondía a las funciones que efectivamente venía desempeñando la trabajadora. Y ésta es una pretensión propia del proceso de despido que ha de resolverse en él. Lo que se produce en estos casos no es una acumulación de acciones, sino la presencia en el orden de las decisiones propio de una controversia por despido de una cuestión prejudicial en la que han de tomarse en cuenta las normas sobre clasificación profesional: tiene que decidirse si, conforme a estas normas, los trabajos realizados son los propios de la categoría reconocida o corresponden a otra categoría con retribución superior. Pero obsérvese que, tal como está planteado el pleito, no se trata de una decisión prejudicial de clasificación,....porque en ellas no se trata de decidir de presente ni de futuro sobre la categoría de la trabajadora, sino de calcular dentro del despido el importe de las indemnizaciones procedentes no en función de la categoría profesional, sino de los salarios que debió de percibir por el trabajo efectivamente realizado en un efecto que se agota en el proceso de despido.*

*Por otra parte, esta solución no tiene ningún efecto negativo sobre las garantías procesales de las partes, pues en el proceso de despido no hay ninguna restricción de esas garantías, ni existen limitaciones de alegación y prueba respecto a los datos que puedan ser relevantes para pronunciarse sobre los elementos de decisión propios de un despido -trabajo realizado y salario-. La única limitación será la ausencia del informe previsto en el artículo 137.2 de la Ley de Procedimiento Laboral . Pero ello no limita el empleo de otros medios de prueba. La solución de impedir la discusión sobre el salario procedente sí que podría producir consecuencias contrarias a la tutela efectiva o al principio de economía procesal. **El trabajador despedido, que no pudiera reivindicar la aplicación en el proceso de despido del salario superior que le corresponde, vería calculadas las indemnizaciones en un salario inferior y cuando tratara de reclamar el cómputo de ese salario en otro proceso, pidiendo las diferencias en la indemnización y los salarios de tramitación, se encontraría con que la sentencia por despido ha producido el efecto negativo de cosa juzgada, como ya declaró nuestra sentencia de 12 de abril de 1993 (RJ 1993, 2922).** Por otra parte, si se admitiera la reclamación de esas diferencias en otro proceso, la solución sería claramente contraria a la economía procesal, pues tendrían que seguirse dos procesos para decidir algo que podría haberse resuelto en el proceso de despido".*

Ello no significa que podamos estimar la reclamación de cantidad que acumuló a la acción impugnatoria del despido, ya que una de las causas de la falta de condena al pago de esta cantidad, por lo que el Magistrado de



instancia les remitió a otro procedimiento diferente, no es que no tuviera derecho a ella, sino que dicha cantidad no está desglosada en la demanda, por lo que anular las actuaciones para que la desglosara supondría una dilación indebida, siendo acertada la sentencia de instancia al remitir la reclamación salarial a un proceso posterior, lo que nos conduce a la estimación parcial del recurso de suplicación interpuesto por la actora.

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos parcialmente los recursos de suplicación interpuestos por D^a. Serafina y la "EMPRESA MUNICIPAL DE AGUAS DE CADIZ S.A.", contra la sentencia dictada el día 1 de febrero de 2.017, por el Juzgado de lo Social nº 1 de Cádiz, en el procedimiento seguido por la demanda interpuesta por D^a. Serafina en impugnación de despido y reclamación de cantidad contra las empresa "ETT QUALITY PEOPLE S.L." y la "EMPRESA MUNICIPAL DE AGUAS DE CADIZ S.A." y revocando parcialmente la sentencia condenamos a la "EMPRESA MUNICIPAL DE AGUAS DE CADIZ S.A.", por haber optado D^a. Serafina por integrarse en esta empresa al existir cesión ilegal, a optar en el plazo de 5 días desde la notificación de esta sentencia, mediante escrito o por comparecencia ante esta Sala, entre la extinción del contrato con efectos de 30 de septiembre de 2.016, con abono de una indemnización a D^a. Serafina ascendente a 8.637,20 €, computando una antigüedad desde el día 3 de junio de 2.013 sin derecho a salarios de tramitación o la readmisión de D^a. Serafina en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, con abono de los salarios dejados de percibir, a razón de 78,52 euros/día incluida la parte proporcional de pagas extraordinarias, desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia que declara la improcedencia del despido, o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido para su descuento de los salarios de tramitación, todo ello entendido sin perjuicio de lo establecido en el artículo 57 del Estatuto de los Trabajadores y del derecho de la empresa a reclamar -en otro pleito dirigido contra el Estado, con citación del demandante- los salarios de tramitación que pague a éste y excedan de noventa días hábiles desde la fecha en que se presentó la demanda, hasta la fecha en que se notifique esta sentencia a la empresa, siendo responsable solidario del pago de la indemnización o de los salarios de tramitación la empresa "ETT QUALITY PEOPLE S.L."

Se advierte a la "EMPRESA MUNICIPAL DE AGUAS DE CADIZ S.A." que en caso de no optar entre la readmisión o la extinción del contrato de trabajo se entiende que opta por la readmisión.

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

En tal escrito de preparación del recurso deberá constar: a) exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos";

b) "referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción";

c) que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

d) La parte recurrente que no goce del beneficio de la justicia gratuita o de la exención de la obligación de constituir depósitos si recurre deberá presentar en esta Secretaría resguardo acreditativo del depósito de 600 euros en la cuenta corriente de «Depósitos y Consignaciones» núm. 4.052-0000-35-2000-17, abierta a favor de esta Sala en el Banco de Santander, especificando en el campo concepto que se trata de un recurso.

e) Se advierte a las partes condenadas que si recurren y no tuviesen reconocido el beneficio de justicia gratuita o la exención de consignar el importe de la condena, al preparar el recurso deberá presentar en esta Sala resguardo acreditativo de haber consignado la cantidad objeto de la condena, en la cuenta de "Depósitos y Consignaciones" que esta Sala tiene destinada a tal fin en la cuenta corriente de «Depósitos y Consignaciones» núm. 4.052-0000-66-2000-17, abierta a favor de esta Sala en el Banco de Santander, especificando en el



campo concepto que se trata de un recurso, tal consignación podrá sustituirla por aval solidario de duración indefinida y pagadero al primer requerimiento emitido por entidad de crédito, en el que deberá constar la responsabilidad solidaria del avalista, quedando el documento presentado registrado y depositado en la oficina judicial, debiendo expedir testimonio el Sr. Secretario de esta Sala para su unión a los autos, que facilitará recibo al presentante, debiendo realizar la consignación completa cada una de las empresas condenadas solidariamente.

Una vez firme la sentencia por el transcurso del plazo sin interponerse el recurso, únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

Devuélvase a la parte recurrente el depósito constituido para recurrir en la instancia y destinando la consignación efectuada a la ejecución de la sentencia.

Devuélvanse los autos al Juzgado de lo Social de procedencia con certificación de la misma, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ