



Roj: **STSJ PV 982/2016 - ECLI:ES:TSJPV:2016:982**

Id Cendoj: **48020340012016100622**

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

Sede: **Bilbao**

Sección: **1**

Fecha: **19/04/2016**

Nº de Recurso: **2468/2015**

Nº de Resolución: **747/2016**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **EMILIO PALOMO BALDA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO Nº: Suplicación / E_Suplicación 2468/2015

N.I.G. P.V. 48.04.4-14/004106

N.I.G. CGPJ 48020.44.4-2014/0004106

SENTENCIA Nº: 747/2016

SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DEL PAÍS VASCO

En la Villa de Bilbao, a diecinueve de abril de dos mil dieciséis.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma del País Vasco, formada por los Ilmos. Sres. D. JUAN CARLOS ITURRI GARATE, Presidente en funciones, D. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI y D. EMILIO PALOMO BALDA, Magistrados, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA

En los recursos de suplicación interpuestos por D^a Tomasa , **BILBAO EXHIBITION CENTER S.A., y EULEN S.A.** , contra la sentencia del Juzgado de lo Social número tres de los de Bilbao, de fecha veinticuatro de marzo de dos mil quince , dictada en los autos núm. 403/14, sobre Despido (DSP), en los que también han sido parte **DENBOLAN OUTSOURGING S.L., EVENTIA 2000 S.L., GRUPO AESI, y el FONDO DE GARANTIA SALARIAL.**

Ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. EMILIO PALOMO BALDA, que expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La única instancia del proceso en curso se inició por demanda y terminó por sentencia, cuya relación de hechos probados es la siguiente:

1).- La demandante viene prestando servicios formalmente adscrita a la empresa EULEN , con una antigüedad de 2.9.13 reconocida en nómina, categoría profesional de auxiliar de información y salario bruto mensual de 655,08 euros incluida la prorrata de pagas extras, correspondiente a una jornada a tiempo parcial con una jornada de 1.597,75 horas año, con cotización al 75% de la jornada

2).- La demandante inicia su relación laboral el 2.12.09 con la empresa EVENTIA 2000 SL cuya prestación tiene por objeto el desempeño de las labores de recepción e información del edificio BEC en virtud de contrato de adjudicación entre EVENTIA y la empresa BEC. Relación laboral que finaliza el 26.2.2010.

El 1.3.2010 es contratada exnovo por la empresa EULEN, sin proceder a subrogarse, bajo contrato temporal de obra determinada consistente en la atención al público en la torre BEC hasta el fin de obra. Contrato que finaliza



el 30.6.2010. Se firma nuevo contrato el 26.7.2010 hasta el 6.8.2010. y sucesivamente diferentes contratos con el mismo objeto, con bajas de la demandante en periodos vacacionales y nuevas altas sin reconocimiento de antigüedad, prestando la demandante el mismo servicio en las diferentes contrataciones.

La empresa EULEN desde el 1.3.2010 es adjudicataria de la licitación del servicio de personal auxiliar del BEC estando entre las funciones de la demandante las siguientes: manejo de centralita, recepción de paquetería, procesado de oracle y Windows estándar, información de clientes y visitas, conocimiento de instalaciones y horarios y procedimientos y páginas del BEC.

Iniciada nueva licitación la misma es adjudicada con fecha 1.3.2014 a la empresa DENBOLAN OUTSORCING SL. La empresa EULEN SL comunica a la trabajadora el 21.1.14 con efectos a 28.2.14 y a la empresa adjudicataria que opera la subrogación. Por la empresa DENBOLAN no se admite la subrogación, subrogación no prevista en el contrato mercantil que suscribe con BEC, ni en el Convenio de empresa.

3).- La empresa BEC tiene Convenio colectivo propio que fija una jornada anual de 1.610 horas y establece un nivel salarial 8 que corresponde con las funciones de taquillero, auxiliar administrativo, procesadores de datos, ordenanza, azafatas o portero, con un salario a jornada completa de 11.198 euros anuales brutos.

La demandante prestaba servicios en la planta cero del edificio en funciones de recepción de clientes y visitas; desarrollaba estas labores sin actuación o mediación alguna por parte de personal responsable de EULEN en la gestión, recibiendo ordenes o instrucciones de los propios empleados de BEC y fundamentalmente del personal de recursos humanos en orden a fijar la efectiva forma de prestación de sus servicios, así como los días de disfrute de vacaciones o puentes. La ropa que portaban era el uniforme de la empresa EULEN.

En la planta 8 del edificio existía una trabajadora Doña. Miriam que desarrollaba funciones de recepción de llamadas y documentos y otras funciones de índole administrativo más complejas.

La Sra Sabina desarrollaba también tareas de recepción junto a otras tareas de corte administrativo, habiendo sido contratada como oficial administrativo. Las funciones de recepción encomendadas en el último tiempo a esta trabajadora son fruto de un acuerdo con la empresa por razón de su maternidad, de carácter temporal, con respeto a su categoría y retribución y que actualmente no continua desarrollando.

Los trabajadores del BEC comunicaban a la demandante y su compañera las incidencias diarias respecto a llamadas, visitas o paquetes a recepcionar.

A la demandante se le encargaba por el personal de recursos humanos el picado de datos sencillos en bases de datos en materia de actualizaciones de clientes o proveedores, a su vez se le señalaban los días que debían de coger puentes o fiestas atendiendo a los horarios o fiestas del propio personal del BEC, se les encargaba la venta anticipada de entradas, en vacaciones de la Sra Sabina procedían a sustituir parte de las funciones que la misma realizaba.

La demandante no solo han prestado servicios de atención al público o recepción de paquetería de la empresa BEC, si no que estos mismos servicios han sido prestados para otras empresas que han procedió a alquilar las oficinas del edificio, como por ejemplo a la empresa BIOEFF desde enero de 2014, siendo el personal de recursos humanos el que ordenaba a las actoras que debían asumir a su vez las referidas funciones para otras empresas

No consta que dichas modificaciones fueran notificadas o conocidas por la empresa EULEN, no consta visita de la coordinadora a las instalaciones, solicitud de vacaciones o permisos a la empresa EULEN, no consta notificación de ampliaciones de jornada, ni orden alguna dada a la actora en la ejecución de su servicio, dirigiéndose la actora al personal del BEC en orden a concretar sus horarios, los eventos a los que se debía de acudir o las funciones a realizar. Solo consta que las trabajadoras al recepcionar la nómina si existían horas extraordinarias se lo comunicaban a la empresa para su corrección.

Las trabajadoras no disponían de un correo personal en BEC, el correo por el que se comunicaban era un correo general de recepción.

El personal del BEC le comunicaba la existencia de lotería de navidad, otras adquisiciones que pensaban realizar, como ofertas de vino o invitaban a la demandante a las despedidas que pudieran existir.

4).-Intentado el acto de conciliación concluyó el mismo sin efecto

SEGUNDO .- La parte dispositiva de la sentencia de instancia dice: Estimar la demanda interpuesta por D. Tomasa frente a Bilbao Exhibition Center SA y Eulen SA, declarando improcedente el despido producido, condenando solidariamente a ambas empresas a optar ante este juzgado en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia entre la readmisión del trabajador con abono de los salarios de tramitación desde la fecha de despido, 1.3.14, hasta la readmisión a razón de 30,45 euros diarios o al abono de la indemnización en



importe de 5.175,82 sin abono de salarios, de no ejercitarse la opción se entenderá que opta por la readmisión. Estimar la excepción de falta de legitimación pasiva de Eventia 2000 SL, Denbolan Outsourcing y Grupo AESI, absolviendo a las mismas de las pretensiones frente a ella ejercitadas. Todo ello sin perjuicio de la responsabilidad subsidiaria que pudiera corresponder al Fogasa

TERCERO .- Contra la referida sentencia, la actora y las mercantiles condenadas, interpusieron recursos de suplicación separados.

CUARTO.- Elevados, por el Juzgado de lo Social de referencia, los autos principales en unión de la pieza separada de los recursos de suplicación, los mismos tuvieron entrada en esta Sala el 23 de diciembre de 2015, emitiéndose en esa misma fecha diligencia de ordenación en la que se acordó la formación del rollo correspondiente y la designación de Magistrado-Ponente.

QUINTO.- Por diligencia de 26 de enero de 2016 se acordó, a su instancia, la devolución de los autos al órgano de instancia, al objeto de cumplimentar determinados trámites, hecho lo cual el Juzgado de lo Social remitió nuevamente el procedimiento a este Tribunal, donde tuvo entrada el 15 de marzo siguiente, procediéndose a la deliberación y fallo del asunto en la audiencia del día 12 de abril, fecha en la que el Magistrado Sr. Díaz de Rábago Villar, se encontraba de permiso oficial, por lo que fue sustituido por el Magistrado Sr. FLORENTINO EGUARAS MENDIRI.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El órgano jurisdiccional de instancia, estimando en lo sustancial la demanda formulada por la actora, ha calificado de despido improcedente el cese por fin de contrato y sucesión de empresa que le fue comunicado, con efectos de 28 de febrero de 2014, por Eulen S.A., y ha condenado solidariamente a dicha mercantil y a su comitente, la compañía Bilbao Exhibition Centre SA (BEC), a ejercitar la opción legal inherente a esa declaración, por haber incurrido, en el marco de la contrata concertada para la prestación de servicios de "personal auxiliar" en el edificio BEC, propiedad de la principal, en una conducta constitutiva de cesión de mano de obra, y ha absuelto a la actual adjudicataria de los referidos servicios de los pedimentos deducidos en su contra.

Frente al expresado pronunciamiento se han formalizados tres recursos de suplicación. El primero en el tiempo, lo interpuso la propia trabajadora, por considerar que el salario que le corresponde percibir con arreglo a lo dispuesto en el convenio colectivo de la empresa cesionaria es superior al que la sentencia impugnada declara probado, con la consiguiente incidencia en el cálculo de la indemnización por despido. El segundo, siguiendo el orden de su presentación, lo formuló BEC, con la pretensión principal de que se acoja la excepción de falta de acción, por no persistir el comportamiento ilícito al tiempo de la extinción de la relación laboral, y la subsidiaria de que se declare su inexistencia y se le libere de toda responsabilidad, y, en todo caso, para que se modifique la parte dispositiva de la resolución judicial de la que disiente, de forma que se reconozca a la demandante el derecho de optar por una de las dos empresas condenadas. Finalmente, y atendiendo al mismo "iter" cronológico, el tercer recurso lo promueve la representación letrada de Eulen, negando la realidad del fenómeno interpositorio, y postulando la condena de la nueva concesionaria, si bien para el supuesto de que no se admita esa pretensión, solicita que se declare la inexistencia del despido por el que se acciona, y, en último caso, que del importe de la indemnización de despido se descuenten las cantidades satisfechas a la finalización de los sucesivos contratos temporales concertados con la demandante.

La lectura de los recursos pone de manifiesto que las partes someten a la consideración de la Sala hasta ocho temas diferentes. Dos son de índole procesal y están referidos a la ineficacia probatoria de los correos electrónicos aportados por la demandante y a la falta de acción frente a la cesión, y otros seis son de carácter sustantivo, girando en torno a la existencia del tráfico ilícito, al instituto de la subrogación, a la calificación del cese, al importe del salario regulador de la indemnización, a la procedencia de la detracción postulada y al contenido del fallo.

Razones de orden metodológico y expositivo aconsejan analizar los distintos asuntos en fundamentos separados, y respetando la secuencia expuesta.

SEGUNDO.- Atendiendo a ese orden, en el primer motivo de impugnación, y con amparo en el artículo 193 c) de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, la representación letrada de BEC señala que los correos electrónicos presentados por la trabajadora carecen tanto de rango documental como testifical, al no haber sido objeto de ratificación en el acto de juicio con las garantías exigibles, por lo que al otorgarles valor probatorio, la sentencia de instancia infringió lo previsto en el artículo 94 de la norma procesal laboral y en los artículos 319 , 324 y 326 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil .



La queja no puede prosperar. El hecho de que la copia impresa del contenido de un mensaje enviado por un tercero, en tanto se limita a incorporar las manifestaciones dirigidas al destinatario y la eventual respuesta de éste, no pasen de ser pruebas personales documentadas y carezcan, por tanto, de la naturaleza exigible para servir de soporte a un motivo de revisión fáctica en suplicación o en casación ordinaria, o para fundamentar un recurso extraordinario de revisión, como el que resuelve la sentencia citada por la entidad recurrente, no les priva de fuerza probatoria en el proceso social de instancia.

Y ello, aunque no tenga el respaldo de la certificación digital y aun cuando en defecto de la misma, el emisor y el receptor del correo no hayan comparecido en la vista para reconocer su autenticidad, siempre que, como sucede en el supuesto enjuiciado, no haya sido impugnado de manera expresa, o tachado de falso, por las demás partes. En tal caso, las declaraciones que contiene, al igual que sucedería con las efectuadas en una carta despachada por correo tradicional, pueden ser valoradas por el juez "a quo" para formar, en combinación con todo el acervo probatorio, su libre convicción acerca de los hechos debatidos, de conformidad con los parámetros del artículo 97.2 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción en relación con el artículo 90.1 de esa misma norma.

Así ocurre en este litigio, en el que los correos electrónicos aportados por la demandante no son el único soporte de la convicción plasmada en el hecho probado tercero de la sentencia, sino, tal como se explicita en el primero de sus fundamentos de derecho, fruto de su apreciación conjunta con la prueba testifical practicada, que ha llevado a la juzgadora a otorgarles credibilidad y eficacia probatoria, decisión que no incurre en las vulneraciones que se le achacan.

TERCERO.- Afirmada la eficacia probatoria de los correos electrónicos obrantes en autos a los folios 379 a 862, estamos en condiciones de abordar el tercer motivo del recurso de BEC, en el que sin especificar el apartado del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social al que se acoge y sin citar precepto o jurisprudencia alguna como infringidos, lo que constituye razón bastante para su rechazo, argumenta que del contenido de los mensajes de los dos meses anteriores al despido enjuiciado, no se deduce que en ese período la demandante realizase funciones alejadas de las recogidas en el contrato suscrito con Eulen, lo que supone que tanto en el momento en que finalizó su contrato de trabajo como en aquél en que su empleadora le comunicó el cambio de adjudicataria no concurría el comportamiento prohibido.

El motivo está abocado al fracaso. Sin desconocer la reiterada doctrina de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que recoge, entre otras, la sentencia de 20 de mayo de 2015 (Rec. 179/14), a tenor de la cual para que el trabajador víctima del tráfico vedado pueda alegar su existencia en el marco de un proceso de despido, es necesario que la cesión subsista al tiempo de producirse el cese, sin embargo en la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia no figura ningún dato indicativo de que la situación que se describe en el numerado como tercero no persistiese en el momento del despido, no pudiendo llegarse a solución contraria a partir del análisis de los varios cientos de correos aportados por la demandante, teniendo en cuenta, de un lado, que dada su naturaleza de medio de prueba personal, su apreciación es facultad exclusiva del juez "a quo" y, de otro, que la convicción judicial plasmada en el susodicho ordinal, no se basa únicamente en ese medio de prueba, sino también en las declaraciones testificales efectuadas en el acto de juicio, sujetas también a la directa y excluyente valoración del órgano de instancia.

CUARTO.- Despejado el óbice procesal opuesto por la empresa comitente a la toma en consideración de la problemática referida a la determinación del verdadero empresario, procede entrar a resolver los dos motivos que articula alrededor de la misma.

I.- De ellos, uno- el segundo de su recurso ¿ utiliza la vía que ofrece el apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, para instar una doble modificación en el apartado histórico de la sentencia de instancia.

A) Por una parte, pretende que se incluya un nuevo ordinal en el que se deje constancia de los particulares que siguen:

1º) El objeto del contrato celebrado con Eulen, consistente en las contrataciones que realizara BEC con ocasión de la celebración de certámenes y eventos que pudieran tener lugar en el recinto, así como en cualquier otro ámbito.

2º) La ocupación por determinadas empresas - Ibil SA, Air Innovation, Fundación Vasca de Innovación e Investigación Sanitaria y BIOEFF ¿ de parte de las oficinas del edificio BEC a partir de las fechas que indica, en virtud de los correspondientes contratos de arrendamiento, así como la utilización por las mismas de los servicios de personal auxiliar, cuyo coste era asumido por BEC.



La recurrente explica que la finalidad que persigue es poner de manifiesto que la actora no sólo prestaba servicios para BEC, sino también para el resto de las empresas que tenían su sede en el edificio del que es titular.

Esta petición no merece favorable acogida porque la prestación de servicios de recepción para otras empresas ubicadas en el edificio ya se recoge como probado tanto en el hecho tercero como en el último párrafo del fundamento de derecho tercero de la sentencia impugnada, y la referencia que se hace al objeto del contrato suscrito con Eulen es parcial y no permite deducir que en el mismo tuviese cabida la prestación futura de servicios de recepción a terceras empresas radicadas en el mencionado edificio.

B) La otra revisión fáctica incide en el hecho probado tercero, para el que se propone una redacción alternativa en los términos que siguen: a) suprimir la afirmación de que la actora recibía "órdenes e instrucciones de los propios empleados de BEC y fundamentalmente del personal del recursos humanos en orden a fijar la efectiva forma de prestación de sus servicios, así como los días de disfrute de vacaciones o puentes", y consignar en su lugar que recibía "indicaciones de los propios empleados de BEC en relación con el objeto del servicio propio de recepción"; b) eliminar la expresión de que a la demandante "se le señalaban los días que debían coger puentes o fiestas atendiendo a los horarios o fiestas del propio personal de BEC"; c) puntualizar que la encomienda de la venta anticipada de entradas tenía carácter ocasional; d) precisar que la sustitución de la Sra. Sabina durante el disfrute de sus vacaciones estaba limitada a las funciones propias de recepción, y que desde el año 2013 dicha trabajadora no presta servicios de recepción en BEC; e) extirpar la indicación de que era el personal de recursos humanos de BEC el que ordenaba a la actora que asumiese las funciones descritas para otras empresas; f) retirar el párrafo que dice que la demandante se dirigía "al personal del BEC en orden a concretar sus horarios, los eventos a los que debía acudir o las funciones a realizar" ; g) excluir el inciso en el que se narra que "sólo consta que las trabajadoras, al recepcionar la nómina, si existían horas extraordinarias se le comunicaban a la empresa para su corrección".

Esta pretensión debe correr la misma suerte desestimatoria que la anterior pues se basa en el análisis de los correos electrónicos unidos a los autos, que no es un medio de prueba hábil a los fines postulados y en apreciaciones subjetivas sobre las consecuencias inherentes al contenido del contrato concertado con Eulen que no evidencian el error imputado a la juzgadora, olvidando además que ésta extrajo su convicción de la valoración conjunta de los mencionados mensajes y del testimonio de las personas que depusieron en el acto de juicio, cuya ponderación le corresponde en exclusiva y no puede ser corregida por esta Sala.

II.- La empresa BEC, en el apartado primero del motivo cuarto de su recurso, denuncia la infracción del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores . Aduce, en síntesis, que la actora prestaba servicios de recepción en la planta 0 del edificio BEC, dando cobertura tanto a la empresa que ostenta su propiedad como, desde el mes de febrero de 2013, a otras entidades arrendatarias, y no en la planta 8 donde se encuentra la recepción de BEC, no concurriendo ningún indicio de cesión ilegal.

Este motivo debe analizarse conjuntamente con el segundo de los esgrimidos por Eulen en su recurso, al dirigir igual reproche a la sentencia de instancia y con similares argumentos.

A la vista de la extensa exposición que se hace en la sentencia de instancia de la doctrina jurisprudencial sobre los criterios que han de conjugarse para dilucidar si la prestación de servicios por parte de los trabajadores de una contrata se realiza en régimen de subcontratación lícita o de cesión ilícita, resulta innecesario reiterar la postura mantenida al respecto por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo que, en buena medida, fue asumida por la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, al dar nueva redacción al artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores , de manera que a la cláusula general del número 1 se le añadió otra complementaria, a virtud de la cual se apreciará, en todo caso, la existencia del fenómeno interpositorio cuando concurra alguna de las cuatro circunstancias alternativas que se enumeran en el número 2, que el legislador considera claramente indicativas de la cesión.

Centrándonos en casos como el presente, en el que la entidad contratista es una empresa real, dotada de sus propios medios, y de una estructura organizativa estable, suficientes para prestar autónomamente el servicio encomendado, tales circunstancias se concretan en las dos siguientes:

1ª) la falta de soporte empresarial de la contrata, esto es, cuando de las estipulaciones del contrato y/o de los términos en que se desarrolla, se deduzca que el negocio jurídico real no es la externalización de un servicio para que sea prestado por un tercero con la organización y los medios personales y materiales que conforman su estructura empresarial, sino que el objetivo único o predominante de la relación contractual es el suministro de mano de obra, supuesto en el que con independencia de lo que en el contrato se diga, el intercambio de prestaciones se reduce básicamente al suministro de mano de obra y a su retribución, bajo la apariencia de una contrata ficticia;



2ª) la falta de ejercicio efectivo del poder de organización, dirección y control de la actividad laboral por parte del contratista, lo que acontecerá cuando no ejerza de manera efectiva los poderes inherentes a la condición de empleador, y los trabajadores estén insertos en el ámbito de organización y dirección de la empresa principal.

De concurrir cualquiera de esas circunstancias se entenderá que las empresas implicadas han incurrido en una conducta calificable de cesión ilegal de mano de obra.

En el supuesto de autos, los términos en que se desarrolló la actividad de la actora, revelan que lo que se produjo fue una mera exteriorización del empleo en el servicio de recepción del edificio BEC, bajo la apariencia de una contrata, y la concurrencia de las dos circunstancias reseñadas, pues era directamente el personal de la comitente el que determinaba la forma efectiva en que la demandante debía prestar sus servicios, y le daba las órdenes o instrucciones precisas para su ejecución, incluidas las relativas a aspectos tales como los horarios de trabajo en determinados eventos, el período de disfrute de las vacaciones o de los puentes, la realización de cometidos complementarios como el picado de datos sencillos a bases de datos en materia de actualizaciones de clientes o proveedores, la atención a otras empresas arrendatarias de oficinas, o la sustitución de una trabajadora de BEC durante sus vacaciones, sin que conste contacto alguno con un superior jerárquico de su propia empresa, existiendo una absoluta falta de intervención de Eulen en la ejecución de la contrata.

Fue, por tanto, en el ámbito superior de dirección, organización y control de BEC, en el que se insertó la prestación laboral de la demandante, sin que Eulen pusiese en juego su estructura empresarial en el ámbito de la contrata ni asumiese el papel de verdadero empleador, siendo BEC quien ostentaba la titularidad de esa posición en la relación de trabajo, situación que encuentra acomodo en la descrita en el artículo 43.2 del Estatuto de los Trabajadores, por lo que al declararlo así, la sentencia de instancia no incurrió en la infracción que se le achaca.

QUINTO.- Lo resuelto en el anterior fundamento lleva aparejada la desestimación del cuarto de los motivos articulados por Eulen que, partiendo de la inexistencia de una cesión ilegal de mano de obra, denuncia la infracción del artículo 49.1. c) del Estatuto de los Trabajadores, al considerar que la decisión de poner fin al contrato para obra o servicio determinado suscrito con la demandante el 2 de septiembre de 2013, cuyo objeto era la prestación de "servicios auxiliares de atención e información telefónica y personal en Torre (oficinas) de Bilbao Exhibition Centre de Barakaldo" no entraña un despido, sino la válida extinción de la relación laboral por finalización del servicio.

En efecto, acreditada la existencia de la cesión de mano de obra y la condición de verdadero empleador de BEC, la cláusula de temporalidad impuesta por la contratista deviene nula, y la trabajadora adquiere la condición de fija, con independencia de que hubiera suscrito un contrato temporal que aún estuviera en vigor.

Por esa misma razón, carece de virtualidad la modificación fáctica que propone Eulen en el primer motivo de impugnación a fin de incluir una referencia más amplia y detallada del contenido de la comunicación de cese dirigida a la actora.

SEXTO.- La siguiente cuestión a dirimir es si la responsabilidad del despido por el que se acciona que, en principio, le correspondería a las empresas condenadas en la instancia, debe derivarse a la nueva adjudicataria del servicio de recepción del edificio BEC, al amparo de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

En tal sentido se manifiesta la concesionaria saliente en el tercer motivo de su recurso, argumentando que si el órgano de instancia le ha aplicado el referido precepto, lo mismo debe hacerse respecto de Denbolan, so pena de vulnerar los artículos 14 y 24 de la Constitución.

El motivo debe ser desestimado. Ante todo, porque el razonamiento de la representación letrada de Eulen arranca de una premisa incierta, cual es que el órgano de instancia se apoyó en el referido precepto estatutario para considerar como tiempo de servicios computable para calcular la indemnización por despido, aquél en que la demandante estuvo vinculada a la empresa contratista que le precedió, cuando lo cierto es que la decisión judicial no se apoya en esa disposición, sino en la consideración de que la trabajadora siguió desarrollando la misma actividad que llevaba a cabo en Eventia 2000 con una breve interrupción (de dos días).

A lo anterior hay que añadir que el término de comparación que se facilita no es adecuado, al mediar un acto propio de Eulen, manifestado en forma jurídicamente relevante, como es la contratación de la demandante una vez asumida la contrata, sin solución de continuidad, para realizar análogas funciones, que no puede ser ignorado a estos efectos y tampoco en orden al tiempo de servicios computable para el cálculo de la indemnización por despido, y que no concurre en relación a Denbolan, que se negó a hacerse cargo de la situación laboral de la actora.



Finalmente, y aunque Eulen no incida en ello, es claro que en este caso no concurre el presupuesto de la sucesión empresarial que el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores describe, pues lo que se ha producido es una mera sucesión de contratas, sin transmisión de elemento patrimonial o personal alguno.

Desde otra perspectiva, Eulen en el primer motivo de su recurso propone la ampliación del relato histórico de la sentencia al objeto de dejar constancia de que el pliego de cláusulas administrativas que regía el concurso que se le adjudicó, obligaba a la concesionaria a proporcionar información a BEC del movimiento de operarios que pudieran estar implicados en una subrogación. Se trata de un planteamiento defectuoso, en tanto que esa petición no va acompañada de ningún motivo de censura jurídica, lo que es razón bastante para su fracaso. En todo caso, dicha previsión se estableció a efectos meramente cautelares, esto es, para el supuesto de que BEC en una nueva convocatoria recogiese la obligación y condiciones de subrogación para el equipo de actividad vinculado a la contrata, lo que en el concurso adjudicado a Denbolan no hizo, por la que ninguna responsabilidad le puede alcanzar a esta empresa por ese título.

SEPTIMO.- Pasando ahora al estudio del módulo retributivo que debe servir para fijar las consecuencias económicas de la improcedencia del despido, nos encontramos con que lo que sostiene la trabajadora demandante en su recurso, por diferentes vías, pero con el mismo fundamento, es que el salario anual que le correspondía percibir conforme al convenio colectivo de la empresa BEC (nivel 8) asciende a 13.223,01 euros, por la realización de una jornada equivalente al 99,23 % de la prevista en el mismo, en lugar de los 11.112,79 reconocidos en la sentencia de instancia, a los que a su juicio debe sumarse el prorrateo de las dos pagas extraordinarias y el plus de antigüedad conforme a lo dispuesto en los artículos 26, 31 y 35 de la susodicha norma paccionada, pretensión que frente a lo alegado en el escrito de impugnación por la empresa principal, fue oportunamente deducida en el juicio, como acredita la hoja de cálculo unida al folio 341.

El recurso de la actora debe ser acogido por las razones que siguen:

1ª) En lo que respecta a las pagas extraordinarias, la representación letrada de BEC sostiene que los salarios base establecidos en el Anexo I del convenio de empresa ¿ 11.198 euros tratándose del grupo 8 ¿ incluyen tal concepto, lo que supone que esa suma se distribuye en 14 pagas de igual importe, tesis que no puede compartirse. En primer lugar, porque ningún precepto contiene tal previsión y, además porque lo que dispone el artículo 26 es que el salario fijo está integrado por el salario base en la cuantía fijada en el Anexo I y el plus convenio, estableciendo el artículo 35 que el importe de cada una de las pagas extraordinarias será de una mensualidad de salario fijo (salario base + plus convenio) más antigüedad y el plus compensatorio, lo que revela que tales gratificaciones, reguladas de forma autónoma y diferenciada, tienen la naturaleza propia de un complemento salarial que se adiciona al salario base y al resto de los conceptos retributivos. Así lo corrobora la nómina correspondiente a una trabajadora de BEC aportada por la propia empresa, unida al folio 91 de su ramo de prueba.

2ª) En lo que concierne al complemento de antigüedad, el artículo 31 del convenio colectivo de la empresa BEC lo fija en 5 trienios del 2 % cada uno del salario fijo, que se devengan a partir del primero de enero del año en que se cumplan, por lo que en la fecha de su cese la demandante acreditaba un trienio.

En definitiva, la Sala considera que el salario a tener en cuenta para el cálculo de la indemnización por despido que le corresponde a la actora es el que resulta de sumar al computado en la sentencia la parte proporcional de las pagas extraordinarias y el complemento de antigüedad, lo que supone un salario diario de 36,22 euros, que resulta de aplicar al salario anual correspondiente a la jornada completa para el personal del nivel 8 con un trienio - 13.325,61 euros - el coeficiente de parcialidad del 99,23 %, y dividir la suma resultante de 13.223,01 por 365 días.

Se impone, por tanto, ajustar el importe de la indemnización por despido que, de acuerdo a lo ordenado en el artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores, así como en la disposición transitoria quinta, apartado segundo, de la Ley 3/2012, debe fijarse en 6.157,40 euros salvo error de cálculo corregible mediante el mecanismo de la aclaración, equivalente a 170 días de salario (101,25 días hasta el 11 de febrero de 2012, a razón de 45 días por año de servicio, partiendo de una antigüedad de 2 de diciembre de 2009, y 68,75 días por el período comprendido entre el 12 de febrero de 2012 y el 28 de febrero de 2014, a razón de 33 días por año de servicio, redondeando en ambos períodos la fracción de mes), sobre un módulo regulador de 36,22 euros diarios.

OCTAVO.- El siguiente tema objeto de controversia es el referido a la procedencia o improcedencia de descontar del importe de la indemnización por despido las cantidades percibidas por la actora a la terminación de cada contrato temporal que le vinculó con Eulen.

En relación a esta cuestión, la citada empresa propone, con apoyo en los documentos obrantes en autos a los folios 175 a 181 y 158, que en el segundo de los hechos declarados probados se deje constancia de que por el concepto indemnizatorio expresado la demandante percibió un total de 554,32 euros (45,52 + 5,17 + 119,75



+ 6,71 + 126,83 + 151,16 + 0,23 + 98,95), y alega la infracción de artículo 56 del Estatuto de los Trabajadores , así como la prohibición del enriquecimiento injusto.

La pretensión deducida por Eulen no puede prosperar, pues la problemática que introduce no la suscitó en el acto de juicio, como pone de manifiesto el visionado de su grabación, lo que explica que la sentencia impugnada no contenga ningún razonamiento al respecto y determina que no podamos entrar en su examen. La recurrente introduce "per saltum" una cuestión nueva, alterando de manera sustancial la resistencia opuesta en la vista oral, lo que resulta inadmisibles, pues el respeto al principio dispositivo, así como a las exigencias derivadas de los principios de preclusión, lealtad y buena fe procesal, contradicción, igualdad de armas y no indefensión, y el carácter extraordinario del recurso de suplicación, exigen que los asuntos traídos a colación a su través lo hayan sido previamente en el proceso, de manera tal que la contraparte y el órgano judicial hayan podido pronunciarse sobre los mismos y que el Tribunal "ad quem" pueda ejercitar la función revisora que le corresponde, sin asumir el papel propio de un órgano de instancia que es lo que persigue Eulen.

En todo caso, para que una deuda sea compensable con otra, es preciso, según previene el artículo 1196 del Código Civil , que esté vencida y sea líquida y exigible, condiciones que aquí no se cumplen, pues las cantidades que Eulen pretende que se descuenten del importe de la indemnización por despido improcedente las satisfizo en su momento en el marco de una operación fraudulenta de cesión de mano de obra y por ello, no generaron una deuda de la trabajadora a la empresa, e, inexistente la deuda, no procede compensación alguna. En tal sentido se pronunció la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en un supuesto que guarda relación con el enjuiciado, en sentencias de 31 de mayo y 9 de octubre de 2006 (Rec. 1802 y 1803/05).

NOVENO.- La última cuestión que queda por dirimir versa sobre el contenido del fallo. La formula BEC en el apartado segundo del motivo cuarto de su recurso, señalando como infringido el apartado 4 del artículo 43 del Estatuto de los Trabajadores , a cuyo tenor "los trabajadores sometidos al tráfico prohibido tendrán derecho a adquirir la condición de fijos, a su elección, en la empresa cedente o cesionaria", así como la doctrina sentada por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sentencia de 5 de febrero de 2008 (Rec. 4713/06). Alega que la juzgadora debió conceder a la demandante la posibilidad de designar la empresa en la que desea integrarse como trabajadora fija, de forma que una vez adoptada esa decisión, la escogida optase entre la readmisión y la extinción indemnizada del contrato de trabajo.

Es de advertir que tanto BEC como la demandante solicitaron la aclaración de la sentencia en este punto, aunque por razones distintas, a lo que el Juzgado de lo Social no accedió, argumentando que el precepto invocado reconoce ese derecho al afectado cuando "la relación laboral está viva, pero no en los supuestos de despido donde la opción entre readmisión o indemnización es de la parte empresarial y siendo solidaria la responsabilidad podrá hacerla efectiva cualquiera de las empresas, sin perjuicio de las acciones existentes entre las mismas"

Lleva razón a la empresa comitente cuando afirma que la sentencia de instancia debió haber permitido a la demandante elegir en qué empresa quería proseguir su actividad laboral en calidad de trabajadora fija, a fin de que fuese la designada quien optase entre la readmisión, con abono de salarios dejados de percibir, o el pago de la indemnización legal, opción, debemos añadir, que no excluye la responsabilidad solidaria de las dos mercantiles implicadas en la cesión en el pago de aquellos y de ésta por mor de lo previsto en el apartado segundo del precepto invocado.

Sucede, no obstante, que la actora ya manifestó en el proceso su voluntad de incorporarse a la cesionaria y que ambas condenadas han optado en tiempo y forma por la indemnización, por lo que la cuestión planteada por BEC carece de utilidad real, lo que determina su rechazo por pérdida sobrevenida de objeto, ya que, el sentido coincidente de la opción de las dos empresas, imposibilita la readmisión de la demandante, careciendo por tanto de trascendencia alguna que esta Sala le otorgue una facultad de elección que en ningún caso podría hacerse efectiva, pues ambas condenadas han optado por la indemnización, y, como consecuencia de ello, el único medio de ejecutar el pronunciamiento de instancia consiste en hacerle entrega de la indemnización que le corresponde, que ha sido consignada por ambas sociedades.

Es más, la modificación del fallo de la sentencia recurrida, y la apertura de un trámite para que la trabajadora expresase su voluntad no sólo no tendría ninguna consecuencia práctica, sino que podría ser fuente de problemas interpretativos en cuanto a los efectos derivados de una opción ejercitada más de un año después de haberse dictado la sentencia impugnada.

DECIMO .- Atendiendo a lo prevenido en los artículos 204, 229.3 y 235.1 de la Ley Reguladora de esta Jurisdicción, la desestimación del recurso de suplicación formalizado por quienes, como las empresas demandadas, no gozan del beneficio de justicia gratuita, trae consigo la imposición de las costas causadas en esta sede, concretadas en los honorarios devengados por el Letrado que redactó los escritos de impugnación, cuya cuantía se fija en la parte dispositiva en atención a su contenido y las características del litigio, así



como que hayan de perder el depósito de 300 euros en beneficio del Tesoro Público, y la aplicación de las cantidades consignadas para recurrir al cumplimiento del fallo de la sentencia impugnada, sin que proceda pronunciamiento sobre las costas ocasionadas por el recurso del trabajador dado el signo del mismo.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

FALLAMOS

Estimamos el recurso de suplicación interpuesto por D.^a Tomasa , frente a la sentencia de fecha 24 de marzo de 2015, dictada por el Juzgado Social número 3 de los de Bilbao , que se revoca en parte, en el sentido de elevar el importe de la indemnización por despido a 6.157,40 euros, manteniendo sus restantes pronunciamientos. Y, desestimamos los recursos de suplicación interpuestos por Bilbao Exhibition Center S.A., y Eulen SA., contra la expresada resolución.

Se decreta la pérdida del depósito de 300 euros constituido por cada una de las empresas recurrentes, en beneficio del Tesoro Público, en donde se ingresarán una vez sea firme esta resolución. Aplíquese, entonces, al cumplimiento de la sentencia las cantidades de condena consignadas.

Se impone a las empresas recurrentes la obligación de abonar, cada una de ellas, al Letrado Sr. Miragaya Miragaya, la cantidad de 450 euros, en concepto de honorarios por la redacción de los escritos de impugnación de los recursos.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal, informándoles de que no es firme, pudiendo interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, en los términos y con los requisitos que se detallan en las advertencias legales que se adjuntan.

Una vez firme lo acordado, devuélvanse las actuaciones al Juzgado de lo Social de origen, para el oportuno cumplimiento.

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

E/

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el mismo día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

ADVERTENCIAS LEGALES.-

Contra esta sentencia cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que necesariamente deberá prepararse por escrito firmado por Letrado dirigido a esta Sala de lo Social y presentado dentro de los 10 días hábiles siguientes al de su notificación.

Además, si el recurrente hubiere sido condenado en la sentencia, deberá acompañar, al *preparar* el recurso, el justificante de haber ingresado en esta Sala el importe de la condena; o bien aval bancario en el que expresamente se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista. Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social, una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

El recurrente deberá acreditar mediante resguardo entregado en la secretaría de esta Sala de lo Social al tiempo de *preparar* el recurso, la consignación de un depósito de 600 euros.

Los ingresos a que se refieren los párrafos anteriores se deberán efectuar, o bien en entidad bancaria del Banco Santander, o bien mediante transferencia o por procedimientos telemáticos de la forma siguiente:

A) Si se efectúan en una oficina del Banco Santander, se hará en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de dicho grupo número 4699-0000- 66-2468-16.

B) Si se efectúan a través de transferencia o por procedimientos telemáticos, se hará en la cuenta número ES55 0049 3569 9200 0500 1274, haciendo constar en el campo reservado al beneficiario el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, y en el campo reservado al concepto el número de cuenta 4699-0000-66-2468-16.

Están exceptuados de hacer todos estos ingresos las Entidades Públicas, quienes ya tengan expresamente reconocido el beneficio de justicia gratuita o litigasen en razón a su condición de trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social (o como sucesores suyos), aunque si la recurrente fuese una Entidad Gestora y hubiese sido condenada al abono de una prestación de Seguridad Social de pago periódico, al anunciar el recurso deberá acompañar certificación acreditativa de que comienza el abono de la misma y que lo proseguirá puntualmente mientras dure su tramitación.