

En VITORIA-GASTEIZ, a 18 de febrero de 2015.

Vistos por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a-Juez del Juzgado de lo Social nº 3 D/Dª.
IGNACIO SANCHEZ MORAN los presentes autos número 648/2014, seguidos a instancia de
contra . y
sobre MATERIAS LABORALES INDIVIDUALES.

EN NOMBRE DEL REY
ha dictado la siguiente

SENTENCIA Nº 38/2015

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Con fecha 11 de agosto de 2014 tuvo entrada demanda formulada por
contra . y
y admitida a trámite se citó de comparecencia a las partes
asistiendo todas , y abierto el acto de juicio por S.Sª. las comparecidas manifestaron cuantas
alegaciones creyeron pertinentes en defensa de sus derechos practicándose seguidamente las
pruebas que fueron admitidas según queda constancia en el acta correspondiente, y finalmente
manifestaron por su orden sus conclusiones.

En la tramitación de este proceso se han observado las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- La demandante Dña. , ha venido
prestando servicios por cuenta y orden de la empresa
, con una antigüedad de 17/02/2003 categoría profesional de auxiliar
administrativa, y un salario mensual bruto de 2.286,20 Euros con inclusión de parte proporcional
de pagas extras.

SEGUNDO.- A la relación laboral entre las partes les resulta de aplicación el Convenio
Colectivo Provincial de Ayuda a domicilio publicado en el BOTHA de fecha 16 de Octubre de
2009.

TERCERO.- Con anterioridad a prestar servicios para la empresa
la actora prestaba servicios para la empresa
como ayudante de coordinación realizando
funciones en el servicio de ayuda a domicilio para el territorio histórico de Álava y otras

funciones relativas a los pisos tutelados, a la que pasó subrogada con fecha 1/01/2014 (folio 447).

CUARTO.- Con anterioridad la actora había mantenido relación laboral con la empresa . como ayudante de coordinación (folio 442- 443 y testifical de ; al suscribir las partes un contrato de obra o servicio determinado cuyo objeto era la realización de la obra o servicio: *“El objeto del presente contrato es lo que se requiera de su categoría y especialidad en la realización del servicio u obra: ZONIFICACIÓN Y TRANSFERENCIA DE SERVICIOS S.A.D. según concurso de ayuda a domicilio 2002”*.

Con posterioridad suscribió nuevo contrato eventual por circunstancias de la producción, de fecha 2/06/2003, *“para atender exigencias circunstanciales del mercado, acumulación de tareas o exceso de pedidos, consistentes en*

El anterior contrato se convirtió en indefinido habiéndose establecido en las cláusulas adicionales lo siguiente: *Prestación de los servicios profesionales en la realización de labores administrativas y de recursos humanos vinculados al contrato de . con el Instituto foral de Bienestar Social para la prestación del servicio de ayuda a domicilio de Álava exceptuando el Municipio de Vitoria Gasteiz.*

Una copia de los contratos obra a los folios 442 a 446 de las actuaciones dándose su contenido por reproducido.

QUINTO.- En el primer trimestre de 2014 por parte del INSTITUTO FORAL DE BIENESTAR SOCIAL se resolvió el concurso público para la gestión del servicio de ayuda domiciliaria en Vitoria y Álava habiendo resultado una de las adjudicatarias la empresa . al igual que la empresa

SEXTO.- En el pliego de condiciones técnicas del contrato de gestión del servicio público de ayuda a domicilio en el Municipio de Vitoria – Gasteiz y en el del Territorio Histórico de Álava se recoge la obligación de subrogación empresarial en concreto en el punto séptimo se recoge lo siguiente:

Las empresas quedan obligadas a cumplir lo dispuesto en el Convenio Colectivo de Ayuda a Domicilio o de Álava y en cuantas disposiciones regulan las relaciones laborales del personal, respecto a la subrogación del personal. A efectos de las subrogación se indica en el Anexo I el personal que viene realiza con el servicio en las diferentes empresas. En virtud de lo establecido en el artículo 24 del Convenio de empresas de servicio de ayuda a domicilio en Álava publicado el 16 de Octubre de 2009 en BOTHA 118. Las empresas a quienes las Instituciones públicas adjudiquen servicios por primera vez, o cuyo porcentaje de horas anuales adjudicadas resulte incrementado, deberán integrar en su plantilla un determinado número de trabajadores/as de las empresa cuyos porcentajes de adjudicación se reduzcan.

Una copia de pliegos obra a los folios 232 a 272 de las actuaciones dándose su contenido por reproducido.

SÉPTIMO.- En concreto en el pliego de condiciones técnicas que regirán el contrato de gestión del servicio público de ayuda a domicilio en el territorio Histórico de Álava a excepción del Municipio de Vitoria- Gasteiz figura como persona subrogable la actora.

OCTAVO.- La empresa _____ resultó adjudicataria del lote 1 (Abetxuko, Arriaga, el Pilar) del municipio de Vitoria Gasteiz. Asimismo resultó adjudicataria de los lotes 3 (Campezo, Salvatierra) y 5 (Cuadrilla de Laguardia) de la zona rural del Territorio Histórico de Álava (folios 171-176), siendo la fecha de inicio de prestación efectiva del servicio el día 14 de Julio de 2014.

NOVENO.- Con fecha 10 de Julio de 2014 se reunió la Comisión mixta paritaria del Convenio del servicio de Ayuda a Domicilio siendo el orden del día la subrogación del servicio de Ayuda a domicilio dependiente del Instituto Foral de Bienestar Social de Álava.

Entre otros acuerdos se alcanzó el relativo a que en relación al personal de gestión subrogaría al completo al siguiente personal de _____ :

y

En consecuencia permanecen en _____

, Dña. _____

Y Dña. _____

Una copia del acta obra a los folios 162-164 de las actuaciones dándose su contenido por reproducido.

DÉCIMO.- La empresa _____ entregó a la actora una carta del día 10 de Julio de 2014 con el siguiente contenido (folio 165/459):

En Vitoria, a 10 de Julio de 2014.

Muy Sra. Nuestra:

Por la presente le comunicamos que a partir del día 14 de Julio de 2014 pasará a prestar servicios para la mercantil _____

, de Vitoria Gasteiz, Ffo: 945-1347;6 96, pro ser esta adjudicataria del servicio de ayuda a domicilio en el municipio de Vitoria- Gasteiz Lote 2: Iparralde – Aldabe.

Por lo que , de acuerdo con el Artículo 24 del Convenio Colectivo Provincial de Álava Vd. Cesará en esta empresa a partir de las 0 horas del día 14/ 7 204, debiendo incorporarse en el mismo momento a _____.

Aprovechamos al ocasión para agradecerle los servicios prestados y saludarle muy atentamente.

UNDÉCIMO.- El día 16 de Julio de 2014 por parte de la empresa _____ , se entregó al actor una carta de despido con el siguiente contenido:

" Vitoria a 16 de julio de dos mil catorce

Muy Sr. nuestro:

La Dirección de esta Empresa le comunica, por medio del presente escrito que, con base en lo determinado en el apartado c) del Artículo 52 de E.T., ha tomado la decisión de dar por rescindido su contrato de trabajo por causas objetivas.

El motivo de esta decisión, está fundamentada concretamente en la necesidad de extinguir su contrato de trabajo por causas económicas y de organización.

Las causas que justifican la extinción de contractual que le comunicamos, se resumen en que la empresa en la cual viene prestando sus servicios, ha venido reduciendo considerablemente la facturación en los últimos años y en lo que llevamos del presente, debido a una fuerte caída de los pedidos recibidos y concretamente las horas de servicio requeridas por las instituciones, por lo que en el momento actual se encuentra sobredimensionada y fundamentalmente en lo referente al personal de oficina.

....., a partir de la nueva adjudicación por concurso público del Servicio de Ayuda a Domicilio, dependiente del Instituto Foral de Bienestar Social de la Diputación Foral de Alava, está obligada, tal y como establece el Convenio del Sector en Alava, a la subrogación de la plantilla de las empresas que pierden la citada adjudicación, tanto de su mano de obra directa como indirecta.

En este caso concreto, debe subrogar al 100% la estructura laboral de la empresa y parcialmente la de las empresas y

La estructura laboral de las empresas del Servicio de Ayuda a Domicilio de Alava está dividida, en cada una, en dos grupos netamente diferenciados. Por un lado, el colectivo mayoritario de Auxiliares Domiciliarias-os, que realizan directamente su trabajo en los domicilios y, por otra parte, un grupo minoritario de personal de gestión.

A día de hoy, el número de Auxiliares Domiciliarias-os, a subrogar supone un total de 192 personas, mientras que el personal de gestión supone un total de 6 personas.

La subrogación de las 192 personal Auxiliares Domiciliarias-os, que representan la mano de obra directa, no plantea problemas de integración en

..... ya que, por un lado, estas personas se incorporan con los servicios y la carga de trabajo que realmente están realizando y, por otro, sus condiciones laborales se ajustan al Convenio Colectivo del sector, por lo que su incorporación, no generaría distorsiones a futuro en

El problema se plantea a la hora de subrogar, e incorporar en al 100% de las personas que componen la estructura de gestión de las empresas mencionadas, llegando a poner en peligro la propia viabilidad de la empresa a futuro. Todo ello debido a las siguientes razones y circunstancias, tal y como se sustenta en los datos que presentamos más adelante:

1. En primer lugar, por el innecesario incremento de la estructura de gestión. Generándose una desproporción del personal de Mano de Obra indirecta con relación al personal de Mano de Obra Directa.

2. En segundo lugar, por el desmesurado incremento de costes salariales de gestión que supondría la citada subrogación, ya que alguna de las personas a subrogar tiene salarios de hasta un 214,68%, respecto a su categoría en convenio.

3. En tercer lugar, ahondando en los dos motivos anteriores, debido a la importante reducción en las horas de prestación de servicios, asignadas y concedidas por el Instituto Foral de Bienestar Social de la Diputación Foral de Alava, con la subrogación del 100% de la estructura de gestión se generaría un innecesario incremento de estructura, respecto al volumen de horas a prestar y gestionar y, por lo tanto un incremento de costes salariales respecto al volumen total de facturación, a todas luces innecesario y desajustado.

DATOS DE ESTRUCTURA DE GESTIÓN RESPECTO A OTRAS VARIABLES

1.- Estructura de Gestión respecto a Auxiliares Domiciliarias-os.

En la siguiente tabla se refleja el número de Auxiliares Domiciliarias-os, que de media trabajaron en en los últimos años, las jornadas de personal de gestión, y de ello la proporción de Aux. Domiciliarias-os respecto a una jornada de estructura de gestión.

<i>Año</i>	<i>Aux.Dom.</i>	<i>Personal de Gestión</i>	<i>Auxi. Domic. / Jornada de Gestión</i>
2006	254	4,75	53,47
2007	292	5,25	55,62
2008	290	5,25	55,24
2009	273	5,25	52
2010	237	5,20	45,58
2011	217	4,9	44,29
2012	200	4,8	41,66
2013	178	4,7	37,87
2014	174	4,6	37,82

Como se puede observar, en los últimos años se ha producido una disminución significativa del número de Auxiliares Domiciliarias-os, que está en concordancia con la disminución de horas de prestación de servicio asignadas por el IFBS de la Diputación Foral de Alava.

ya había tomado algunas medidas para reducir su estructura de gestión. En concreto, una reducción de jornada de una persona de apoyo, y en este año 2014 se ha reducido un 5% la jornada y el salario del personal de gestión.

Dado que, según los datos facilitados por las otras empresas, debemos subrogar a 192 Auxiliares Domiciliarias-os, sumados a los 174 con los que ya cuenta, tendremos un total de 366.

., por la experiencia de más de 25 años en la prestación de este servicio considera que la proporción de 50 Auxiliares Domiciliarias-os por la jornada de estructura de gestión es más que suficiente para la gestión del servicio de ayuda a domicilio.

Así, según estos datos, a 366 Auxiliares Domiciliarias-os le correspondería una estructura de 7,3 jornadas de personal de gestión.

2.- Estructura de Gestión respecto a Horas/mes Facturadas.

Uno de los aspectos más importantes a tener en cuenta en este caso es el volumen de horas facturadas. Así, en la siguiente tabla recogemos la media del número de horas al mes facturadas y la proporción respecto al personal de gestión.

Año	Horas mes facturadas	Personal de Gestión	Horas/ jornada de Gestión
2006	25.140	4,75	5.292 h
2007	27.305	5,25	5.201 h
2008	24.127	5,25	4.596 h
2009	22.954	5,25	4.372 h
2010	18.829	5,20	3.621 h
2011	17.054	4,9	3.480 h
2012	15.120	4,8	3.150 h
2013	13.611	4,7	2.896 h
2014	12.829	4,6	2.789 h

(* El dato de 2014 recoge la media de enero a abril)

En la tabla se puede observar la importante disminución de horas que el Servicio de Ayuda a Domicilio ha sufrido en los últimos años.

Según los datos aportados por el propio IFBS de la Diputación Foral de Alava, si sumamos las horas actuales de , más las de las nuevas zonas objeto de subrogación, nuestra empresa hubiese facturado en el año 2013 una media mensual de 30.972 h lo que hubiera supuesto un total de 371.664 horas anuales.

En los meses hasta la fecha, del presente año 2014, se ha producido una disminución de 8 % de horas. Traslada esta disminución a la media mensual de horas del 2013, nos situaría para este año 2014 en una media de facturación de 28.494 horas al mes.

Por los datos históricos, y la experiencia de más de 25 años en la prestación de este servicio, , considera que la proporción de 4.700 horas por jornada de estructura de gestión, resulta suficiente para la gestión del servicio de ayuda a domicilio.

Así, según esta variable, a 28.494 horas le correspondería una estructura de 6 jornadas de personal de gestión.

3.- Retribuciones Salariales del personal de gestión.

En este sentido se debe tener en cuenta la desproporción salarial de alguna de las personas con la misma categoría e incluso con responsabilidades de mando sobre ellas y, por otro lado, una distorsión en el coste salarial del personal de gestión respecto al importe de facturación que sería inasumible.

En concreto nos encontramos con dos personas de la empresa con salarios muy por encima de lo establecido en el convenio para sus categorías:

a) Técnico:

- . Salario Convenio: 1592,71 €*
- . Salario a subrogar: 3419,24 €*
- . Diferencial: 214,68 %*

b) Administrativo 1:

- . Salario Convenio: 1435,34 €*
- . Salario a subrogar: 2194,28 €*
- . Diferencial: 152,88 %*

DETERMINACION DE LA ESTRUCTURA DE GESTION NECESARIA

Tomando como referencia las tres variables anteriores para establecer una ratio razonable para la gestión del servicio de ayuda a domicilio, de manera que la estructura de gestión no distorsione los costes salariales del servicio, tenemos:

1.- Estructura de Gestión respecto a Auxiliares Domiciliarias-os

A366 Aux. Domiciliarias-os le correspondería 7,3 jornadas de gestión.

2.- Estructura de Gestión respecto a Horas/mes Facturadas.

A28.494 horas/mes le correspondería 6 jornadas de gestión.

Considerando un término medio entre ambos ratios, entiende que, para la gestión del Servicio de Ayuda a Domicilio del que ha sido adjudicataria, es suficiente una estructura de personal de gestión de 6,5 jornadas.

Sin embargo la subrogación del 100% del personal de gestión nos lleva a una estructura de gestión de 10,6 jornadas. Estructura a toda luz innecesaria por lo indicado anteriormente.

3.- Retribuciones Salariales del personal de gestión.

Además de ajustar el número de personas a lo estrictamente necesario y razonable, los salarios de las personas que permanezcan deberían ajustarse a las tablas salariales del convenio colectivo del sector en Alava o como mucho a las establecidas en cada momento por parte del Consejo Rector De , siempre que estas estén por encima de los establecido por Convenio.

Por todo ello, consideramos necesario ajustar la estructura de gestión a la realidad actual y futura del servicio, que en ningún caso viene dada por la actuación de la empresa, sino que viene determinada por la adjudicación de servicios por parte del Instituto Foral de Bienestar Social de la Diputación foral de Alava, ya que se trata de un servicio público, enmarcado en el sistema de servicios sociales, que se presta a través de concesiones por concurso público.

De esta manera, y dada la disminución constante que se está produciendo en el volumen de trabajo, se evitará una desproporción innecesaria del personal indirecto que a futuro haría inviable la gestión económica de .

Así, tras la nueva adjudicación del concurso del Servicio de Ayuda a Domicilio por parte del Instituto Foral de Bienestar Social de la Diputación Foral de Álava, y la subrogación establecida en Convenio para estos casos, una vez realizada la misma, entendemos que , puede asumir íntegramente las obligaciones para con el colectivo mayoritario de los 192 Auxiliares Domiciliarias-os, pero que no puede mantener en el tiempo la subrogación del 100% del personal de gestión.

Realizado un estudio económico queremos argumentar y sustentar la imposibilidad de mantener la estructura de Mano de Obra indirecta, de gestión, debido a la constante caída del volumen de horas del servicio de ayuda a domicilio. Todo ello en base a los siguientes indicadores económicos:

1. Disminución en el volumen de ventas.
2. Disminución de los Beneficios.
3. Disminución del margen porcentual de Beneficios.
4. Incremento porcentual del costo de la estructura de Mano de Obra Indirecta (MOI).

Para sustentar el presente informe tenemos en cuenta la siguiente documentación:

- . Declaraciones de IVA de los años 2012, 2013 y el primer trimestre de 2014.
- . Impuesto de sociedades de los años 2011 y 2012.
- . Cuenta de Resultados del año 2013.

1.- Disminución en el volumen de ventas en periodos precedentes.

Según los datos de facturación, en los últimos años se ha producido una paulatina caída en el número de horas de Servicio de Ayuda a Domicilio que el Instituto Foral de Bienestar Social de Alava viene concediendo a la ciudadanía, lo que repercute directamente en el volumen de ventas de nuestra empresa.

Esto es así debido a que la actividad de ..., se centra desde su origen, en la prestación del citado servicio.

Así, en el siguiente cuadro, tomando los datos de horas facturadas de los últimos tres años, se puede observar la caída indicada:

Año	Horas facturadas	% de Disminución respecto al 2011
2011	204.644,50 h	
2012	181.435,50 h	-11,34%
2013	163.335,75 h	-20,19%

Estos datos tienen su lógico reflejo en el volumen de ventas, tal y como se recoge en la evolución de declaración del IVA trimestral que, de forma comparada, presentamos a continuación.

Periodo	Base imponible año 2012	Base imponible año 2013	Base imponible año 2014
1º trimestre €	1.082.379,96	912.222,44 €	862.399,62
2º trimestre €	1.001.724,92	911.702,29 €	—
3º trimestre €	923.223,42	827.847,71 €	—
4º trimestre €	948.635,99	897.301,56 €	—

2.- Disminución de Beneficios.

Como consecuencia directa de la caída de horas de actuación y el volumen de ventas, reflejado en el punto anterior, se ha producido una importante disminución en los resultados económicos de los últimos años, según recogemos a continuación indicando el Beneficio de la cuenta de pérdidas y ganancias después de impuestos:

Año	Beneficio Neto
2011	115.057,06 €
2012	70.984,77 €
2013	40.657,46 €

3.- Disminución del Margen Porcentual de Beneficio

La actividad del Servicio de Ayuda a Domicilio, al tratarse de un servicio público de gestión privada por concurso público, siempre ha tenido un lógico control del IFBS de la Diputación Foral de Álava.

Dentro de este control se encuentra el establecimiento de los precios públicos del mismo, llegando a valorarse, además de los salarios y otras incidencias, el margen empresarial por la determinación del mismo, y que dado el carácter social del servicio prestado nunca ha sido alto.

Junto al descenso del volumen de facturación y los resultados, dado que hay ciertos costos que se mantienen fijos, el margen de beneficios también se ha ido reduciendo, tal y como se recoge en el siguiente cuadro en el que se reflejan los resultados de los últimos años respecto a las ventas.

Año	Beneficios Neto	Ventas	%de Bfcios/ventas
2011	115.057,06 €	4.480.925,07 €	2,57 %
2012	70.984,77 €	3.955.964,99	1,79 %
2013	40.657,46 €	3.549.074,00	1,15 %

4.- Incremento porcentual del costo de la estructura de MOI respecto a las ventas.

Según hemos indicado anteriormente, ha ido tomando algunas medidas para reducir la repercusión del costo de la Mano de Obra Indirecta, de gestión, respecto a la facturación.

Aún así, se ha producido un incremento porcentual del costo de la MOI. En el siguiente cuadro recogemos la evolución y el incremento que el porcentaje del costo salarial de la Mano de Obra Indirecta de Gestión, está teniendo respecto al volumen de ventas anual.

Año	Costo salarial MOI	Ventas	%MOI/ventas
2011	202.907,15 €	4.480.925,07 €	4,53 %

2012	201.337,30 €	3.955.964,99	5,09 %
		€	
2013	201.337,30 €	3.549.074,00 €	5,67 %

La incorporación del 100% de las personas de gestión subrogadas supone, y supondría a futuro, un incremento insostenible e innecesario del costo de la mano de obra de gestión respecto al volumen de ventas, generándose un desequilibrio en los gastos indirectos que tienen una repercusión directa en los resultados económicos.

Es importante este dato por la incidencia que el mantenimiento de toda la estructura de gestión subrogada tendría, tanto en el margen porcentual de beneficio, recogido en el punto 3, como en el beneficio neto, recogido en el punto 2, ya que, de no tomar las medidas de amortización de puestos y modificación de salarios, estaríamos abocados a una reducción de ambos indicadores de resultados que en muy poco tiempo nos llevaría a una situación de pérdidas, que harían insostenible el funcionamiento de la Empresa, con la consiguiente repercusión en el empleo.

Con la subrogación completa de todos los puestos de MOI, incrementaríamos los costos de la misma en 233.400 € y dada la escasa rentabilidad de la empresa nos llevaría a una situación de pérdidas que la empresa dada su actividad y estando supeditada a los presupuestos de la administración no podría soportar.

Siendo Vd. trabajador afectado por la subrogación, con la categoría profesional de Auxiliar administrativo, y dado que la empresa ya cuenta con éste puesto cubierto por otro trabajador, el que además es cooperativista de la misma, con la amortización que se pretende, la reducción de los costos adicionales para la empresa en MOI supone un montante anual de 23326 €, lo que unido a otras medidas, que igualmente nos vemos obligados a adoptar, supone una bajada de los costos de que se adicionarían en 163.738 € anuales.

Estas circunstancias, hacen insostenible el mantenimiento de la actual estructura de la Empresa tras la subrogación y en su consecuencia de su puesto de trabajo ya que, no podemos darle ocupación efectiva, lo que nos lleva a la necesidad de proceder a la amortización del mismo. Es por ello por lo que tiene la necesidad de extinguir la relación laboral que le une con esta empresa mediante la rescisión de su contrato de trabajo con la finalidad de poder hacer frente a las cargas sociales, tratando de conseguir una mayor competitividad y una mejor posición en el mercado, garantizando con ello la viabilidad futura de la empresa y del empleo en la misma a través de una más adecuada organización de los recursos.

A tales efectos y, en cumplimiento de lo establecido en el artículo 53 del mismo Estatuto, respecto a la forma de comunicar esta decisión le indicamos lo siguiente:

Junto con esta comunicación escrita, debemos poner a su disposición la indemnización señalada en el apartado b) del n.1 de dicho precepto. Es decir, 20 días de salario por año de servicio, prorrateando por meses el periodo de tiempo inferior a un año sobrante, con el tope de 12 mensualidades. Siendo su antigüedad de 01/10/2003, y en base a un salario diario de 76,20 € diarios con inclusión de la p. proporcional de las pagas extraordinarias, ésta cantidad asciende a 16.506,36 €. Esta cantidad, que sería corregida de inmediato en caso de existir algún error en su cálculo, no la ponemos a su disposición en estos momentos, por carecer la empresa de

numerario para ello y lo haremos en el momento en el cual, la empresa cuente con tesorería para hacer frente a la misma.

Por otra parte, le indicamos que la extinción de su contrato, tendrá lugar el día de hoy 16 de julio de 2014, por lo que en cumplimiento de lo indicado en el artículo 53 del E.T. pondremos igualmente a su disposición la cantidad de 1.143,10 € en compensación por la falta de preaviso.

Finalmente, le comunicamos que, en la fecha de la extinción de su contrato, es decir el día 16 de julio de dos mil catorce, pondremos igualmente a su disposición para que la retire cuando tenga por conveniente, previa firma del correspondiente recibo, la liquidación de partes proporcionales y demás devengos que, en concepto de liquidación final saldo y finiquito, pudieran corresponderle.

Rogamos acuse recibo de la presente, sin perjuicio de que Vd. podrá interponer Reclamación ante el Juzgado de lo Social, en el plazo de 20 días hábiles, a partir de la fecha de producirse la extinción del contrato de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 121 de la vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

Igualmente, le recordamos, que a los efectos de poder comprobar por Vd. mismo los datos económicos de la empresa, ponemos a su disposición, los documentos que, a tal efecto Vd. requiera.

Agradeciéndole los servicios prestados en esta Empresa, aprovecho la ocasión para saludarle atentamente."

DUODÉCIMO.- El día 17 de Julio de 2014 se reunió la Comisión mixta paritaria del Convenio de Servicio de Ayuda a Domicilio en la que la representación de manifestó que iniciaría acciones legales contra la validez del acuerdo de fecha 10 de Julio de 2014, sin que conste que dichas acciones se hayan ejercitado.

Una copia del acta de reunión de fecha 17 de Julio de 2014 obra al folio 319 de las actuaciones dándose su contenido por reproducido.

DECIMOTERCERO.- Durante el año 2013 la empresa tenía adjudicadas por el IFBS el lote D (Arana , Hegoalde, Judizmendi) del servicio de ayuda a domicilio en el municipio de Vitoria y lote D (Cuadrilla de Ayala Sector 1) del servicio de ayuda a domicilio en el Territorio Histórico de Álava.

DECIMOCUARTO.- Tras las adjudicaciones realizadas en el año 2014 por el IFBS a las adjudicaciones ya existentes se les añadieron las de los lotes 2 (AldaBe e Iparralde) en Vitoria y el lote 2 (Cuadrilla de Aiala Sector 2) y lote 4 (Añana Zuia) en Álava.

DÉCIMOQUINTO.- Como consecuencia de las nuevas adjudicaciones por parte de se ha subrogado a un total de 192 auxiliares domiciliarias y a un total de 6 personas de gestión.

DECIMOSEXTO.- A la fecha de las subrogaciones la empresa contaba con un total de 174 auxiliares domiciliarios.

DECIMOSÉPTIMO.- Los datos de facturación en la empresa han ascendido a las siguientes cantidades (folios 424):

Período	2012	2013	2014
1º trimestre	1.082.379,96 Euros	912.222,44 Euros	862.399,62 Euros
2º trimestre	1.001.724,92 Euros	911.702,29 Euros	827.567,65 Euros
3º trimestre	923.223,42 Euros	827.847,71 Euros	
4º trimestre	948.635,99 Euros	897.301,56 Euros	

DECIMOCTAVO.- Los datos de facturación del tercer trimestre de 2014 han ascendido a 1.702.550,53 Euros lo que supone un incremento de la facturación respecto al trimestre anterior del 205% (folio 424).

DECIMONOVENO.- Los resultados de la empresa en los últimos años han sido los siguientes (folios 363-418):

Año	Beneficio neto
2011	115.057,06 Euros
2012	70.984,77 Euros
2013	40.657,46 Euros

VIGÉSIMO.- Por parte de _____ as la subrogación se procedió al despido además de la actora a otros tres trabajadores correspondientes a personal de gestión.

VIGESIMOPRIMERO.- Con anterioridad al mes de Julio de 2014 el personal de gestión de la empresa ascendía a cinco trabajadores, siendo en la actualidad y tras los despidos operados un total de siete trabajadores los que realizan las labores de gestión, encontrándose dos de ellos en reducción de jornada (testifical de _____ y _____).

VIGESIMOSEGUNDO.- La actora firmó "no conforme" la liquidación, saldo y finiquito por importe de 1.572,41 euros (folios 247,24 €), negándose a recibir el cheque con la cantidad de 16.506,36 € correspondientes a la indemnización por despido objetivo que había sido consignada en la carta (testifical de _____), y que fue finalmente cobrado al constar cargado en la cuenta de la demandada su pago contra cheque nº 3339174-1 (folio 361).

VIGÉSIMOTERCERO.- La actora no es ni ha sido en el año anterior al despido representante de los trabajadores.

VIGÉSIMOCUARTO.- Se ha intentado la conciliación entre las partes ante la Sección de Conciliación de la Delegación Territorial de Trabajo de Álava del Gobierno Vasco con fecha 7 de agosto de 2014 que concluyó sin avenencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados son producto de la conjunta valoración de la prueba practicada en el acto del juicio, consistente en documental que fuera aportada por las partes en sus respectivos ramos de prueba y habiéndose indicado en cada ordinal el folio del que dimana, y habiéndose ponderado asimismo las testificales de [redacted] y de [redacted] y la pericial de [redacted]

SEGUNDO.- La demandante solicita un pronunciamiento judicial por el que se declare que el despido del que ha sido objeto con fecha de efectos 16 de Julio de 2014 es nulo o subsidiariamente improcedente con las consecuencias legales inherentes a tal declaración.

Alega en síntesis en defensa de sus pretensiones y en relación con la nulidad que propugna que si bien no se alega la existencia de vulneración de derechos fundamentales, el despido operado ha de calificarse como nulo por entender que la actora no era personal subrogable no obstante lo cual por parte de la codemandada [redacted] se le dio de baja habiéndose procedido a la subrogación por parte de [redacted]. Asimismo propugna la nulidad del despido apelando a que se adoptó el acuerdo de la comisión mixta paritaria del I III Convenio de Ayuda a domicilio de Álava de fecha 10 de Julio de 2014 en fraude de ley conllevando todo ello la nulidad del acto por cuanto se adoptó por parte de las empresas as sabiendas de que con posterioridad iban a ser incumplidos los acuerdos alcanzados, habiéndose procedido a una subrogación a todas luces improcedente con base en la adjudicación de un contrato público del que no forma parte la demandante.

La empresa [redacted] opone su falta de legitimación pasiva. Asimismo apela a la existencia de una indebida acumulación de acciones porque del tenor de la demanda parece que se están impugnando dos despidos. En cuanto al fondo del asunto indica que se ha dado cumplimiento a lo establecido en los Artículos 23 y 24 del Convenio Colectivo, siendo la Comisión mixta paritaria la que indica cuáles son los trabajadores de gestión que se tienen que subrogar habiéndose cumplido por parte de [redacted] lo acordado en la Comisión paritaria acuerdo éste que no ha sido impugnado.

La empresa [redacted] se opone a las pretensiones deducidas de contrario alegando en síntesis que la actora sí que tiene la condición de personal subrogable en virtud del Convenio colectivo de aplicación y acuerdo posterior de la comisión mixta paritaria, señalando que el acta de la reunión de la Comisión Mixta paritaria de 10 de Julio de 2014 no ha sido impugnado, habiéndose cumplido lo acordado en la misma por su parte.

En cuanto a las causas del despido operado son ciertas las causas económicas y organizativas que han dado origen al despido de la actora, siendo un hecho que se ha producido un descenso significativo de las ventas.

TERCERO.- Sentado lo anterior en el caso de autos nos encontramos con que la actora fue subrogada por parte de la empresa [redacted] el día 14 de Julio de 2014 proveniente de la empresa [redacted] donde la misma prestaba servicios, como consecuencia de las nuevas adjudicaciones llevadas a cabo por parte del IFBS del servicio de ayuda a domicilio en Vitoria y en el Territorio Histórico de Álava, manteniendo la actora su condición de no subrogable por cuanto señala que no está vinculada por contrato a la prestación de servicios de ayuda a domicilio dependiente del Instituto Foral de Bienestar Social en el municipio de Vitoria Gasteiz, no figurando como personal subrogable en dicho contrato sino en el otro, señalando asimismo que el Acuerdo dela comisión mixta paritaria

de fecha 10 de Julio de 2014 se adoptó en fraude de ley a sabiendas de su posterior incumplimiento lo que aboca a la nulidad del mismo.

En el caso de autos es cierto que la actora se encontraba vinculada a la empresa en el que venía desempeñando su labor como trabajadora social dentro del área de gestión. Ahora bien la subrogación de la actora se produjo tras las nuevas adjudicaciones habidas del servicio de ayuda a domicilio en Vitoria y en el territorio histórico de Álava y en aplicación de lo acordado por la Comisión paritaria mixta del III Convenio de Servicio de Ayuda a domicilio celebrada el día 10 de Julio de 2014. En dicha reunión de la comisión paritaria a la que acudieron no sólo la representación de todas las empresas implicadas, sino también en representación de la parte social, representantes de y se llegó a una serie de acuerdos en relación con la subrogación del servicio de ayuda a domicilio del IFBS Álava en las que se indica cómo la empresa ha de subrogar al completo a dos trabajadoras de , en concreto la actora y Dña. estableciéndose asimismo a quien tendría que subrogar la empresa

Sobre la validez de los acuerdos alcanzados y toda vez que se ponen en tela de juicio los mismos, ha de indicarse en primer lugar que los mismos traen causa de lo establecido en el Convenio de aplicación publicado en el BOTHA de 16 de Octubre de 2009 en concreto en su Artículo 24 que establece lo siguiente en materia relativa a la estabilidad en el sector:

24.1 Las empresas a quienes las Instituciones Públicas adjudiquen servicios por primera vez, o cuyo porcentaje de horas anuales adjudicadas resulte incrementado, deberán integrar en su plantilla un determinado número de trabajadores/as de las empresas cuyos porcentajes de adjudicación se reduzcan. Su número e identidad será objeto de aprobación por la Comisión Mixta Paritaria de este Convenio, mediante un procedimiento general que deberá concluirse dentro de los 30 días siguientes a la adjudicación.

A este fin, dentro de los diez días siguientes a la adjudicación, cada empresa cuyos porcentajes se reduzcan dirigirá un escrito a la comisión en que se detallen las trabajadoras a transferir, acompañando relación de su plantilla con especificación individualizada de los datos personales, antigüedad, condiciones de contratación, retribución, jornada efectiva y servicios asignados a cada uno. La Comisión aceptará las propuestas o las modificará de la manera más equitativa posible, incluida la identidad de las trabajadoras que deban ser transferidos.

La empresa que deba integrar a las trabajadoras en su plantilla respetará su antigüedad, su modalidad contractual y la jornada que viniera prestando de modo efectivo en su empresa de origen, adecuándose en el futuro a las disposiciones de este Convenio.

Pues bien ciertamente en aplicación de dicho precepto se reunió la Comisión paritaria del Convenio el día 10 de Julio de 2014 habiéndose llegado a unos determinados acuerdos en materia de subrogación del personal de gestión entre los que se encontraban el que subrogaría al completo a la actora y a Dña.

, trabajadoras éstas que prestaban servicios hasta el momento en no pudiéndose reputar que dichos acuerdos se adoptasen en fraude de ley por más que con posterioridad a los mismos la empresa haya procedido al despido de

la actora y de otros trabajadores, ya que dicho acuerdo da cumplimiento a lo establecido en el Artículo 24 del Convenio, no debiéndose olvidar que tal y como prevé el Artículo 23 del mismo es la Comisión Mixta paritaria la encargada de vigilar, aplicar e interpretar tanto lo establecido en el Convenio, como cualquier discrepancia en la aplicación de la legislación laboral vigente, siendo relevante también tener en cuenta que dicha acta no ha sido impugnada a día de hoy.

En definitiva la conclusión a la que ha de llegarse es que por parte tanto de como de se dio cumplimiento en su momento a lo acordado en el seno de la Comisión paritaria en relación con la subrogación del personal, sin que puedan tacharse dichos acuerdos de fraudulentos por más que con posterioridad a los mismos procediera a realizar determinados despidos, siendo en definitiva la actora por mor de dichos acuerdos personal subrogable, habiendo pasado la trabajadora a formar parte de la plantilla de el día 14 de Julio de 2014, empresa ésta que fue la que despidió a la actora y a la que habrán de imputarse las eventuales consecuencias del despido operado.

CUARTO.- Solventada la anterior cuestión ha de indicarse que la decisión extintiva que adoptó la empresa con efectos 16 de Julio de 2014 vigente ya la Ley 3/2012 se trata de un despido objetivo en el que se hace referencia a causas objetivas que se identifican en la carta como causas organizativas y económicas apelando la empresa a la existencia de un excedente de mano de obra indirecta y en concreto de personal de gestión tras la subrogación operada a consecuencia de las nuevas adjudicaciones del servicio de ayuda a domicilio, apelándose también en la carta a la existencia de un descenso progresivo de la facturación y de las ventas y a un descenso también progresivo de los beneficios.

El Artículo 52.c en la redacción vigente en la fecha en la que se produjo el despido de la actora remite a las causas previstas en el Artículo 51.1 del E.T fijándose en dicho precepto tras las modificaciones operadas en virtud de la Ley 3/2012 que:

“Se entiende que concurren causas económicas cuando de los resultados de la empresa se desprenda una situación económica negativa, en casos tales como la existencia de pérdidas actuales o previstas, o la disminución persistente de su nivel de ingresos ordinarios o ventas. En todo caso, se entenderá que la disminución es persistente si durante tres trimestres consecutivos el nivel de ingresos ordinarios o ventas de cada trimestre es inferior al registrado en el mismo trimestre del año anterior.

Se entiende que concurren causas técnicas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los medios o instrumentos de producción; causas organizativas cuando se produzcan cambios, entre otros, en el ámbito de los sistemas y métodos de trabajo del personal o en el modo de organizar la producción y causas productivas cuando se produzcan cambios, entre otros, en la demanda de los productos o servicios que la empresa pretende colocar en el mercado”

Como ya se ha indicado en el caso de autos basa la empresa su decisión extintiva en la existencia de un exceso de mano de obra indirecta respecto a los auxiliares domiciliarios tras las nuevas adjudicaciones operadas y la obligación de subrogar a seis trabajadores personal de gestión entre los que se encuentra la actora, apelándose asimismo al descenso progresivo de la

facturación y de los beneficios realizando una comparativa entre trimestres para acreditar el descenso de la facturación al que se hace referencia.

Pues bien comenzando por las causas económicas que se recogen en la carta de despido ha de indicarse que ciertamente los datos de facturación que se aportan en la misma han resultado convenientemente acreditados a través de las declaraciones de IVA aportadas en las que efectivamente puede apreciarse un progresivo descenso si realizamos la comparación de trimestres efectuados en la carta de despido. Lo mismo cabe decir de los resultados de la empresa en forma de beneficio neto, datos todos ellos corroborados por los impuestos de sociedades de los años 2011, 2012 y 2013 que se aportan.

No obstante lo anterior y a pesar de la realidad de los datos que se aportan en la carta de despido, los mismos no resultan hábiles a los efectos de justificar la decisión extintiva adoptada por la empresa.

Ello es así teniendo en cuenta que todos los datos relativos a ventas, facturación y beneficios que se aportan en la carta son anteriores a las adjudicaciones que por parte del IFBS se han llevado a cabo, siendo relevante a los efectos que interesan en el presente procedimiento por un lado que la empresa que ya en el año 2013 tenía adjudicadas el lote correspondiente a Arana, Hegoalde y Judizmendi en Vitoria y la cuadrilla e Ayala Sector 1 en el territorio histórico de Álava, ha pasado a tener no sólo esas adjudicaciones sino a partir del mes de Julio de 2014 también las zonas de Aldabe e Iparralde de Vitoria y la Cuadrilla de Ayala sector 2 y Añana Zuia en Álava, lo que determina que ciertamente la facturación ha experimentado en el tercer trimestre de 2014 precisamente tras las adjudicaciones producidas y la subrogación de la actora un incremento de un 205%, como revela la declaración de IVA del tercer trimestre de 2014 a través de la cual se acredita que los datos de facturación de dicho trimestre alcanzaron un total de 1.702. 549 Euros.

Teniendo en cuenta lo anterior ha de indicarse que no pueden justificar la decisión extintiva adoptada por la empresa una serie de datos de facturación anteriores a que la actora pasase a formar parte de la plantilla de y que obvian totalmente el hecho de que la situación de la empresa se ha tenido que ver ciertamente mejorada con las nuevas adjudicaciones producidas en el año 2014 que han venido a sumarse a aquellas con las que la empresa ya contaba, debiéndose señalar que ciertamente dichas nuevas adjudicaciones no sólo han de redundar en el incremento de la facturación sino también en los resultados de la empresa, que todo hay que decirlo ha contado con beneficios durante los últimos años.

A lo anteriormente argumentado ha de añadirse que tampoco en el caso de autos concurren causas organizativas hábiles para justificar el despido de la actora.

En este sentido indica la empresa demandada en la misiva que la empresa por su experiencia en la prestación del servicio considera que la proporción de 50 auxiliares domiciliarios por jornada de estructura de gestión es suficiente para la gestión del servicio de ayuda a domicilio, lo que supondría que a 366 auxiliares domiciliarios les correspondería una estructura de 7,3 jornadas de personal de gestión e indica además que respecto a las horas facturadas la experiencia determina que la proporción de 4.700 horas por jornada de estructura de gestión resulta suficiente para la gestión del servicio de ayuda a domicilio, lo que supondría

que a 28.494 horas le correspondería una estructura de 6 jornadas de personal de gestión.

Pues bien al igual que sucede en la exposición de las causas económicas por parte de la empresa a la hora de hacer los cálculos del personal de gestión que considera necesarios no se tiene en cuenta la nueva situación tras las nuevas adjudicaciones con un importante incremento de las horas facturadas a partir del mes de Julio de 2014, lo que resta virtualidad a los cálculos efectuados por la empresa.

A lo anterior debe añadirse que en la carta también se hace mención a los altos costes salariales de determinados trabajadores en concreto personal de gestión que han sido subrogados apelándose a que alguno tiene salarios por encima de Convenio lo que no es el caso del actor.

Pero es que además se da la circunstancia que en el caso de autos se reunió la Comisión paritaria del Convenio con fecha 10 de Julio de 2014 en cumplimiento de lo establecido en el Artículo 24 del convenio colectivo de aplicación habiéndose llegado a una serie de acuerdos, en concreto los relativos a que subrogaría al completo a la actora y a otra trabajadora de la empresa, sin que en ningún momento se hiciera objeción alguna a dichas subrogaciones y en concreto a las relativas al personal de gestión, ni se realizase ninguna mención a la imposibilidad de asunción de dicho personal y a las consiguientes medidas de amortización que se iban a adoptar apenas dos días después de la subrogación, dato este que también hace llegar a la conclusión de que la decisión extintiva adoptada por la empresa carece de justificación al no concurrir ni causas económicas ni organizativas que justifiquen el mismo lo que aboca a la declaración de improcedencia del despido operado de acuerdo con lo establecido en el Artículo en el Artículo 53 del E.T y Artículo 122.1 de la L.J.S puesto que no se ha acreditado la concurrencia de las causas en que se fundamentó la decisión extintiva de acuerdo con lo establecido, sin que pueda prosperar la pretensión de nulidad actuada por la parte actora con base en lo ya indicado en el fundamento de derecho anterior, debiéndose reputar válidos los acuerdos de la Comisión paritaria de 10 de Julio de 2014, y toda vez que no se alegan ninguna de las posibles causas de nulidad establecidas en el Artículo 53.4 del E.T

QUINTO.- En cuanto a las consecuencias de la declaración del despido como improcedente las mismas son las previstas en el Artículo 53.5 del E.T y tratándose de un despido posterior a la entrada en vigor de la Ley 3/ 2012 de 6 de Julio ha de aplicarse su disposición transitoria 5ª de dicho R.D que establece en su apartado 2 lo siguiente:

La indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad al 12 de febrero de 2012 se calculará a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior, prorrateándose igualmente por meses los períodos de tiempo inferiores a un año. El importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior al 12 de febrero de 2012 resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso.

Por tanto, y en atención a lo dispuesto en esta norma, para el caso en que el empresario opte por la indemnización y partiendo de un salario diario de 15,16 Euros brutos (2.286,20 x 12/ 365), le corresponde a la actora una indemnización de 36.640,50 euros teniendo en cuenta que hasta el 12 de Febrero de 2012 prestó servicios durante 8 años, 11 meses y 25 días y desde el día 12 de Febrero de 2012 hasta la fecha del despido lo hizo durante 2 años, 4 meses y 29 días, procediendo a realizar el descuento de la cantidad correspondiente a la indemnización establecida en la carta de despido habida cuenta de que consta cargado en la cuenta de la demandada el cobro de la misma.

La condena ha de recaer en la empresa toda vez que es la que procedió a dar de alta a la actora con fecha 14 de Julio de 2014 y procedió a su despido con fecha 16 de julio de 2014, siendo la empleadora de la actora en la fecha el despido y la que adoptó la decisión extintiva.

SEXTO.- De conformidad con lo establecido en el Artículo 191 L.J.S contra la presente Sentencia cabe interponer recurso de suplicación.

Vistos los preceptos citados y demás de general aplicación,

FALLO

ESTIMO en parte la demanda formulada por Dña.

, contra la empresa :

y la empresa

y en consecuencia declaro la

IMPROCEDENCIA el despido de que fue objeto la actora con fecha de efectos 16 de Julio de 2014, y en consecuencia **CONDENO** a la empresa

que en el plazo de 5 días desde la notificación de la sentencia opte entre la readmisión de la demandante o a abonarle en concepto de indemnización la cantidad de **36.640,50 Euros**, debiendo en tal caso la trabajadora reintegrar la indemnización percibida de 16.506,36 € y sin abono de los salarios de tramitación, salvo que la empresa opte por la readmisión, en cuyo caso, se abonarán desde la fecha del despido y hasta la notificación de esta sentencia, a razón de 75,16 euros diarios, y absuelvo a la empresa

de las pretensiones deducidas en su contra, debiendo FOGASA estar y pasar por las anteriores declaraciones.

Contra esta sentencia cabe recurso de suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, debiendo ser anunciado tal propósito mediante comparecencia o por escrito ante este Juzgado en el plazo de cinco días a contar desde su notificación, debiendo designar Letrado o graduado social para su formalización.

Para recurrir la demandada deberá ingresar en la cuenta nº 00 78 0000 65 0648 14 del Banco Santander, con el código 65, la cantidad líquida importe de la condena, sin cuyo requisito no podrá tenerse por anunciado el recurso. Dicha consignación puede sustituirse por aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito, en la forma dispuesta en el artículo 230 de la LJS.

Asimismo, el que sin tener la condición de trabajador, causahabiente suyo o beneficiario del régimen público de Seguridad Social, anuncie recurso de suplicación deberá ingresar en la misma cuenta corriente, con el código 36, la cantidad de 300 euros en concepto de depósito para recurso de suplicación, debiendo presentar el correspondiente resguardo en la Oficina judicial de este Juzgado al tiempo de anunciar el recurso.

Están exentos de constituir el depósito y la consignación indicada las personas y entidades comprendidas en el apartado 4 del artículo 229 de la LJS.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo.