

**JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 5 DE DONOSTIA - SAN
SEBASTIÁN****DONOSTIAKO LAN ARLOKO 5 ZK.KO EPAITEGIA**

TERESA DE CALCUTA-ATOTXA-JUST. JAUREGIA 1 4ª planta - C.P./PK: 20012
TEL.: 943-004392
FAX: 943-004357

N.I.G. P.V. / IZO EAE: 20.05.4-17/000556
N.I.G. CGPJ / IZO BJKN: 20069.44.4-2017/0000556

Despidos / Iraizpenak 109/2017- - 4

SOBRE / GAIA: DESPIDO
DEMANDANTE / DEMANDATZAILEA: NEREA MANCISIDOR MENDIZABAL
DEMANDADO/A / DEMANDATUA: AISIHEZI AISIALDI ELKARTEA, TTAKUN KULTUR ELKARTEA
y AYUNTAMIENTO DE BEASAIN
Int.no demandado/Hartz. ez demand: FONDO DE GARANTIA SALARIAL

S E N T E N C I A Nº 155/2017

En DONOSTIA / SAN SEBASTIAN, a 2 de mayo de 2017.

Vistos por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Social nº 5 D. LUIS FERNANDO ANDINO AXPE los presentes autos número 109/2017, seguidos a instancia de NEREA MANCISIDOR MENDIZABAL, representada por la Letrada Dª Usue Garmendia Olano contra AISIHEZI AISIALDI ELKARTEA representada por la Procuradora Dª Eider Mujika Agirre y asistida por la Letrada Dª Larraitz Ugarte Zubizarreta, TTAKUN KULTUR ELKARTEA con representante D. Tomás Arrizabalaga Zubizarreta, representado por la Procuradora Dª Ainhoa Kintana Martinez y asistido por el Letrado D. Luis Barinagarrementeria Olaizola y AYUNTAMIENTO DE BEASAIN representado por el Letrado D. Eduardo Nieto Arizmendiarieta, siendo parte interesada en el proceso el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, sobre DESPIDO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 20 de febrero de 2017 tuvo entrada demanda formulada por NEREA MANCISIDOR MENDIZABAL contra AISIHEZI AISIALDI ELKARTEA, TTAKUN KULTUR ELKARTEA y AYUNTAMIENTO DE BEASAIN, siendo parte interesada en el proceso el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, y admitida a trámite se citó de comparecencia a las partes, celebrándose el acto de la vista oral el 24 de abril de 2017, asistiendo todas las partes salvo el FONDO DE GARANTIA SALARIAL, 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.

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

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- El Ayuntamiento de Beasain es el titular de dos ludotecas, “Berritsu” y “Txelotxe”, y el gazte leku Eizu, lugares en los que se realizan diversas actividades de ocio dirigidas a niños de corta edad en las ludotecas “Berritsu” y “Txelotxe”, y a adolescentes en el gazte leku Eizu.

Estas actividades dependían del Departamento de Juventud del Ayuntamiento de Beasain, y consistían en ayudar a los niños y adolescentes en el proceso de hacerse adultos, impulsar valores tales como la diversidad, igualdad, y fomentar el uso del euskera entre los niños y adolescentes que acuden a las ludotecas y el gazte leku Eizu.

Para tomar parte en las actividades que se realizaban en las ludotecas “Berritsu” y “Txelotxe”, y en el gazte leku Eizu era necesario inscribirse en las mismas, siendo los padres de los menores que acudían a esas actividades los que inscribían a sus hijos, y por hacer esta actividad pagaban una cuota de 60 euros.

SEGUNDO.- Desde hace varios años, el Ayuntamiento de Beasain convoca concursos públicos para adjudicar la gestión de las actividades de ocio que se realizan en las ludotecas “Berritsu” y “Txelotxe”, y en el gazte leku Eizu, adjudicando estos concursos a aquellas empresas que cumpliendo las condiciones que establece el Ayuntamiento de Beasain, realizan una mejor oferta. Hasta el 30 de Junio del 2.010, la gestión de las actividades de ocio que se realizan en las ludotecas “Berritsu” y “Txelotxe”, y en el gazte leku Eizu fue adjudicada a la empresa “Puxtari Aisialdia Taldea”, que decidió no presentarse a una nueva convocatoria a la finalización de su contrata el 30 de Junio del 2.010.

TERCERO.- El 25 de Junio del 2.010, D^a Nerea Mantsizidor Mendizabal, junto con otras dos personas, D^a Alazne Elortza Beitia y D^a Maider Arruabarrena Etxeberria, fundaron la empresa “Aisihezi Aisialdi Elkarte”, nombrándose presidenta de la empresa a D^a Nerea Mantsizidor Mendizabal, y a D^a Alazne Elortza Beitia secretaria.

CUARTO.- El 2 de Julio del 2.010, el Ayuntamiento de Beasain realizó una convocatoria para adjudicar la gestión de las actividades de ocio que se realizan en las ludotecas “Berritsu” y “Txelotxe”, y en el gazte leku Eizu, a esta convocatoria se presentó la empresa “Aisihezi Aisialdi Elkarte”, y la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Beasain, mediante resolución de 26 de Julio del 2.010 acordó adjudicar a la empresa “Aisihezi Aisialdi Elkarte” la gestión de las actividades de ocio que se realizan en las ludotecas “Berritsu” y “Txelotxe”, y en el gazte leku Eizu.

Para realizar las actividades que se le habían adjudicado, la empresa “Aisihezi Aisialdi Elkarte” contrató a cuatro personas, dos de ellas con la categoría profesional de educadoras, que eran dos de las socias de la empresa “Aisihezi Aisialdi Elkarte”, D^a Nerea Mantsizidor Mendizabal y D^a Alazne Elortza Beitia, y otras dos personas con la categoría profesional de monitores.

QUINTO.- Mientras la demandante prestó sus servicios para la empresa “Aisihezi Aisialdi Elkarte” lo hizo como una trabajadora fija discontinua, pues trabajaba desde el mes de Septiembre hasta el mes de Junio del año siguiente, y a la finalización del contrato de trabajo

causaba baja en la Seguridad Social, percibía las prestaciones de desempleo entre los meses de Junio y Septiembre, y en el mes de Septiembre suscribía un nuevo contrato de trabajo con la empresa “Aisihezi Aisialdi Elkarteá”.

SEXTO.- El 28 de Diciembre del 2.015 se realizó una asamblea de socios de la empresa “Aisihezi Aisialdi Elkarteá” en la que se produjo un cambio en los cargos de la empresa, pasando D^a Alazne Elortza Beitia a ser la presidenta de la empresa, y D^a Nerea Mantsizidor Mendizabal pasó a ser la secretaria de la empresa.

A la finalización del contrato de 12 de Marzo del 2.012, la Dirección de la empresa “Aisihezi Aisialdi Elkarteá” consideró que no le era rentable presentarse a una nueva convocatoria y el 29 de Junio del 2.016 presentó un escrito ante el Ayuntamiento de Beasain, en el que solicitaba que le devolviera la fianza que había tenido que depositar en el momento de la adjudicación del contrato, 4.450 euros.

SÉPTIMO.- El Ayuntamiento de Beasain publicó la convocatoria para adjudicar el servicio de refuerzo lingüístico en el Boletín Oficial de Gipuzkoa de 4 de Agosto del 2.016, convocatoria que quedó desierta al no presentarse ninguna empresa.

El 26 de Septiembre del 2016, la Comisión de Política Lingüística del Ayuntamiento de Beasain aprobó el pliego de condiciones de gestión del servicio de refuerzo lingüístico.

Al tener conocimiento de la aprobación de ese pliego de condiciones, la empresa “Aisihezi Aisialdi Elkarteá” dirigió un escrito al Ayuntamiento de Beasain el 28 de Septiembre del 2.016 en el que solicitaba que se incluyera una cláusula de subrogación en ese pliego de condiciones, petición que fue rechazada por el Ayuntamiento de Beasain mediante resolución de 11 de Octubre del 2.016.

OCTAVO.- En el Boletín Oficial de Gipuzkoa de 26 de Octubre del 2.016 se publicó la convocatoria para la contratación del servicio de refuerzo lingüístico del Ayuntamiento de Beasain, en esta ocasión se presentaron dos empresas, las empresas “Ttakun Kultur Elkarteá” y “Kristian Pérez Zurutuza”, resolviéndose el concurso mediante resolución del Ayuntamiento de Beasain de 2 de Diciembre del 2.016, en la que se adjudicó a la empresa “Ttakun Kultur Elkarteá” el contrato de refuerzo lingüístico del Ayuntamiento de Beasain.

El 30 de Noviembre del 2.016, la empresa “Aisihezi Aisialdi Elkarteá” remitió un burofax a la empresa “Ttakun Kultur Elkarteá”, en el que le recordaba que en el caso de que fuera la adjudicataria del servicio de refuerzo lingüístico del Ayuntamiento de Beasain tenía obligación de asumir a los trabajadores que a su juicio estaban adscritos a ese servicio, cuya relación estaba en poder del Ayuntamiento de Beasain desde el 29 de Febrero del 2.016.

NOVENO.- La demandante no ostenta la condición de representante legal o sindical de los trabajadores.

DÉCIMO.- Se ha formulado reclamación previa frente a el AYUNTAMIENTO DE BEASAIN, y se ha celebrado el acto de conciliación frente a las otras dos codemandadas sin avenencia, habiéndose presentado la papeleta de conciliación el día 19/1/2017.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos declarados probados son el resultado de la expresa o tácita conformidad de las partes con los términos en los que se planteó el debate procesal y el objeto de la Litis, a la vista de la forma en que se efectuaron las alegaciones de ambas.

SEGUNDO.- La demandante ejercita la presente demanda frente a los demandados, entendiendo que los servicios que ofrece ahora la demandada TTAKUN KULTUR ELKARTEA son los mismo que antes ofrecía AISIHEZI AISIALDI ELKARTEA, y que por ello procede la subrogación de la demandante al amparo de lo previsto en los arts. 54 de el convenio de intervención social de Gipuzkoa y 44 de el ET, por lo que entiende que ha sido objeto de un despido, y señala que por parte de la nueva empresa no ha habido un llamamiento al trabajo de la trabajadora, por lo que entiende que se ha producido un despido tácito. Por lo que se refiere a la demanda frente a el Ayuntamiento de BEASAIN, la demandante señala que procede la responsabilidad de este a el amparo de lo dispuesto en el art. 42 de el ET en su calidad de empresario principal, alegando las representaciones de la empresa “Ttakun Kultur Elkartea” y del Ayuntamiento de Beasain las excepciones de incompetencia de jurisdicción y de caducidad, y la representación del Ayuntamiento de Beasain además alegó la excepción de falta de legitimación pasiva.

TERCERO.- Los demandados han alegado la excepción de incompetencia de jurisdicción, Excepción a la que se opone la actora alegando que se trata de una empresa formada por tres personas, y de esas tres personas una de ellas solo es socia nominal, ya que no realiza ninguna actividad en la empresa “Aisihezi Aisialdi Elkartea”, y que por lo tanto los cargos directivos de la empresa se los deben repartir entre las dos socias restantes, tratándose de nombramientos formales ya que en realidad son trabajadoras de la empresa “Aisihezi Aisialdi Elkartea”.

En el presente caso la excepción debe de tener favorable acogida toda vez que no concurre en la relación de la demandante las necesarias notas de la dependencia y ajenidad, dado que hasta el 23/3/2016 la demandante era presidenta de la asociación y secretaria de la misma, y miembro de el consejo de dirección, y en este sentido la calificación de la demandante hace que no concorra en este caso la dependencia que se exige para poder hablar de la existencia de una relación laboral. Esta ausencia de dependencia y de ajenidad consta en la prueba documental aportada por el Ayuntamiento, y en concreto en el documento 14 de su ramo de prueba, consistente en el alta de las socias, el 16,17, en los que se releja la constitución de la asociación y las funciones de los diferentes cargos y órganos, el nº 17 e) que es el organigrama, los 25,26,27 y 28, que son las diferentes comunicaciones que dirige la demandante en su calidad de representante de la asociación, y distintos contratos por ella suscritos, y el nº 29, sin que se pueda obviar tampoco que es la propia demandante la que firma los contratos de trabajo.

En este sentido, ha de tenerse en cuenta que aunque se trate de una situación que ha tolerado la empresa “Aisihezi Aisialdi Elkartea” mientras fue adjudicataria del servicio de gestión de las actividades de ocio que se realizaban en tres dependencias del Ayuntamiento de Beasain, ya que ese contrato se hacía en beneficio de dos de las socias de la empresa “Aisihezi Aisialdi Elkartea”, que eran las dos socias que tenían los cargos directivos, y que eran las que tenían una superior categoría profesional, en concreto la de educadora, y que eran la actora y la Sra. Mantsizidor, y además tenían las mayores jornadas de trabajo, y que la demandante ha ejercido como tal la representación de la empresa, y quien podía haberse presentado al concurso para la adjudicación del servicio de refuerzo lingüístico del Ayuntamiento de Beasain, cosa que decidió no hacer por

no ser rentable desde el punto de vista económico. De esta forma, la condición de la demandante como representante de la empresa no es solo una condición meramente nominal, sino que ejerció el cargo de presidenta y de secretaria y tesorera, y como tal no puede ser a la vez quien dirige la empresa y uno de sus trabajadores.

También concurriría en este caso la caducidad de la acción, ya que la papeleta de conciliación se presenta frente a las entidades demandadas el 19/1/2017, y la demandante fija el día inicial de computo de el plazo preclusivo el día 9 de enero de 2017, pero en realidad el 30 de junio de 2016 finalizan las convocatorias, con lo que ya en esas fechas se podría haber reclamado por despido, y en este sentido ya en agosto de 2016 el Ayuntamiento saca una convocatoria, y luego otra en octubre de 2016 de el servicio, que ahora se dice que es el mismo, pero la demandada AISIHEZI AISIALDI ELKARTEA no se presentó a estas convocatorias, o dicho de otra forma, para septiembre de 2016 o como mucho para el 30/11/2016 AISIHEZI AISIALDI ELKARTEA tenía voluntad clara de que no iba a participar ni a prestar servicios para el Ayuntamiento.

Por otro lado, y en relación a esta excepción, la demandante causa baja en junio o julio y nueva alta en septiembre, y en este sentido, a la vista de la consideración que tiene la propia demandante como fija discontinua, sin duda sería septiembre de 2016 la fecha de el no llamamiento, con lo que se podría y debería haber accionado ya en ese momento por despido, sin olvidarse, por otra parte, que ya AISIHEZI AISIALDI ELKARTEA había tomado decisiones de no participar en los concursos a pesar de que la demandante dice que el servicio continúa.

Por último, también concurriría la falta de legitimación pasiva en el AYUNTAMIENTO DE BEASAIN, dado que en la acción de despido, y en relación con el pago de indemnizaciones o salarios de tramitación el empresario principal ex art. 42 de el ET no tiene ningún tipo de responsabilidad, al limitarse la misma en ese precepto a las deudas estrictamente salariales.

Razones todas ellas que conducen la desestimación de la demanda al concurrir las excepciones ya indicadas.

CUARTO.- Frente a esta sentencia, cabe recurso de suplicación (art. 191 de la LRJS).

Por todo lo anterior

FALLO

Que estimando las excepciones formuladas de incompetencia de jurisdicción, caducidad de la acción y falta de legitimación pasiva, formulada esta última por el AYUNTAMIENTO DE BEASAIN, desestimo la demanda formulada y absuelvo a los demandados AISIHEZI AISIALDI ELKARTEA, TTAKUN KULTUR ELKARTEA y AYUNTAMIENTO DE BEASAIN de las pretensiones frente a ellos formuladas.

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. (art. 191.3 Ley Jurisdicción Social).

Para poder interponer el recurso de suplicación será necesaria la constitución de un **depósito**

de 300 € sin el cual no será admitido a trámite. El depósito se constituirá ingresando dicho importe en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones que este Juzgado tiene abierta en el BANCO SANTANDER en la cuenta corriente **ES55 0049 3569 92 0005001274 y 5078 0000 65 0109 17** 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 (artículo 229 de la Ley Jurisdicción Social).

Si la sentencia **ha condenado al pago de cantidad, ADEMÁS DEL DEPOSITO ANTES CITADO**, deberá ingresar en la misma cuenta haciendo constar el código **(5078 0000 61 0109 17)** la cantidad líquida importe de la condena, sin cuyo requisito no podrá tenerse por anunciado el recurso. Dicha consignación puede sustituirse por aval bancario, en la forma dispuesta en el artículo 230 de la Ley Jurisdicción Social.

Están **exentos** de constituir el depósito para recurrir quienes tengan reconocido el derecho a la asistencia jurídica gratuita, quienes tengan la condición de **trabajador o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social**, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las entidades locales y los organismos autónomos dependientes de todos ellos.

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

PUBLICACION: Leída y publicada fue la anterior Sentencia por el mismo Magistrado-Juez que la dictó, hallándose celebrando Audiencia Pública en el mismo día de su fecha. Doy fe.

