



**Juzgado de lo Social Nº 7 de Málaga**

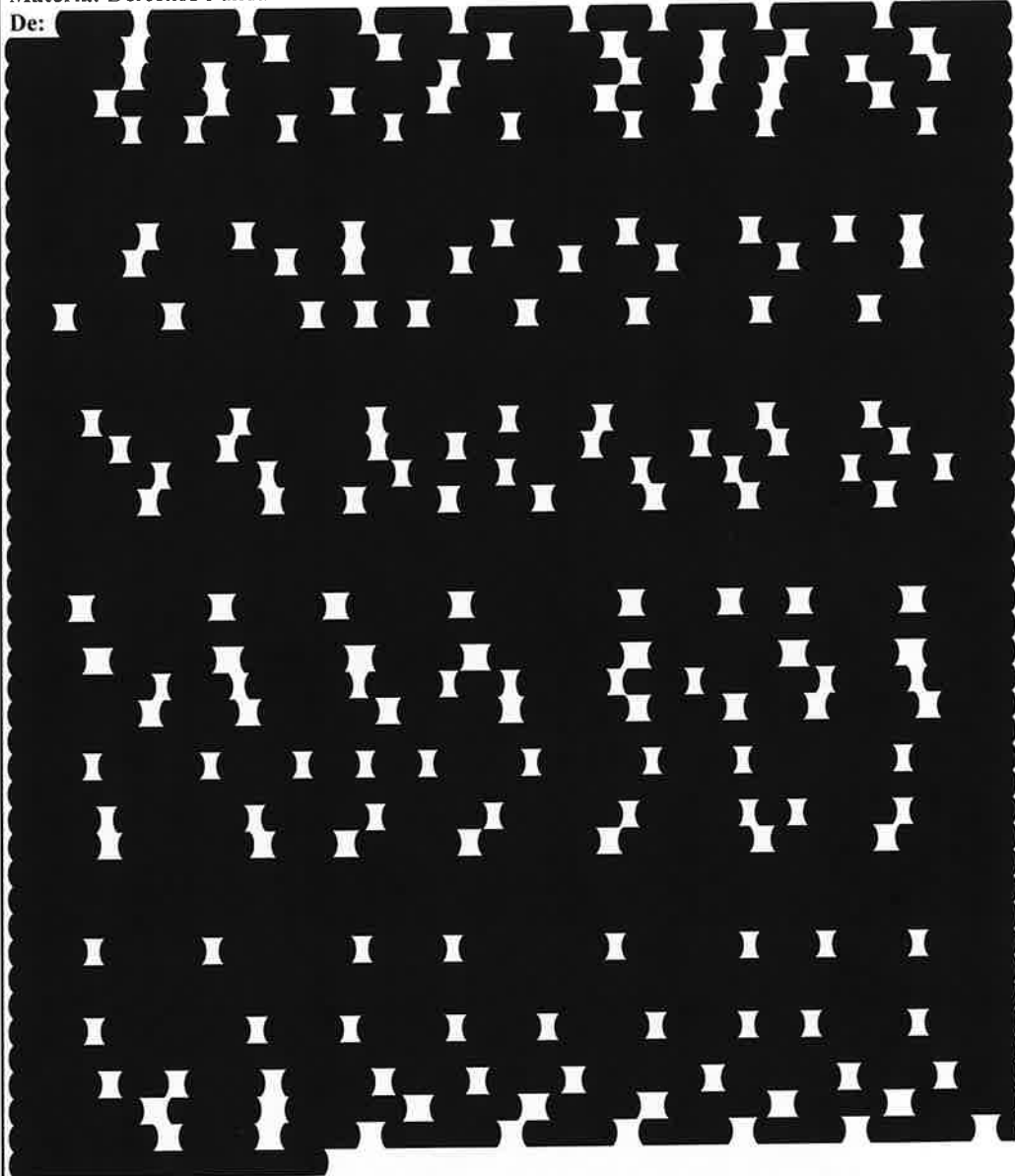
C/ Fiscal Luis Portero Garcia s/n. 29010, Málaga. Tfno.: 951939087, Fax: 951939187, Correo electrónico: JSocial.7.Malaga.jus@juntadeandalucia.es

N.I.G.: 2906744420220001161.

**Procedimiento: Derechos Fundamentales 89/2022. Negociado: A3**

**Materia: Derechos Fundamentales**

**De:**



**Abogado/a:** RAFAEL LOPEZ SERRALVO

**Contra:** AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA, MAS CERCA S.A.M., MAS CERCA SAM y ASES. JUR. AYTO. MÁLAGA

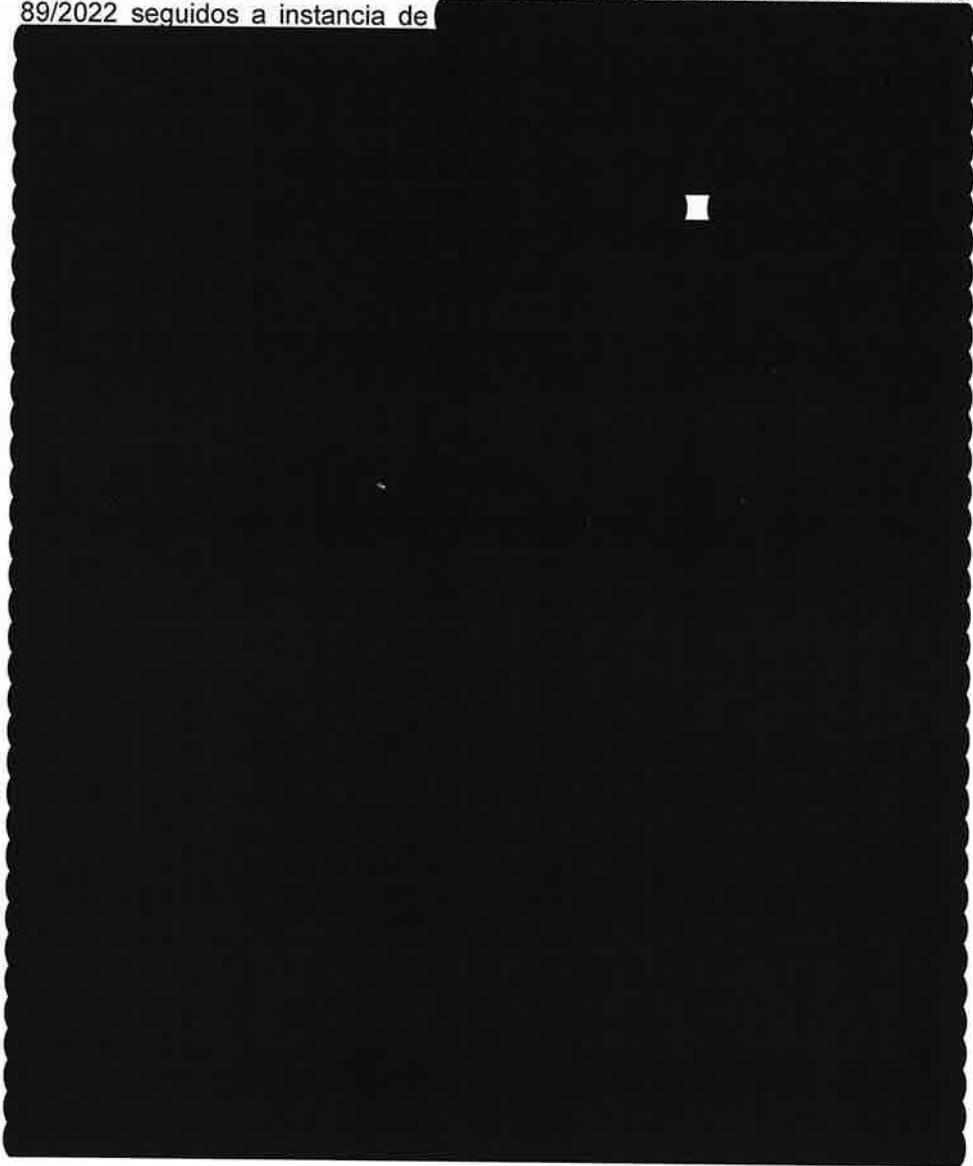
**Abogado/a:** S.J.AYUNT. MALAGA y MARIA PAZ DE LOS RIOS CAPARROS

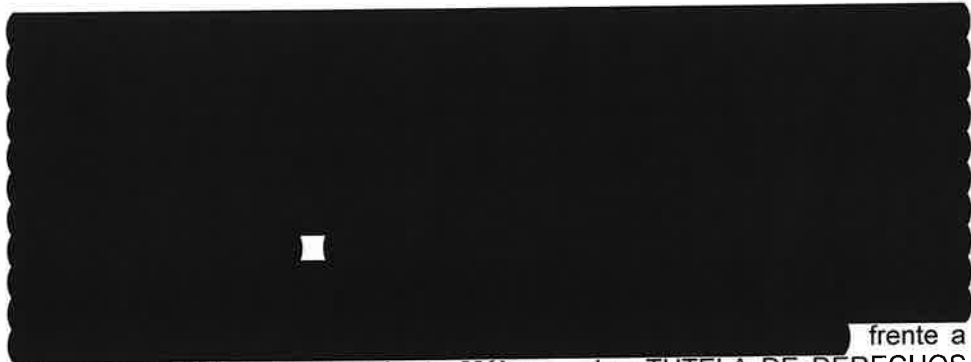


SENTENCIA N.º 345/2023

En la Ciudad de Málaga, 29 de septiembre de 2023.

Vistos por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Social número siete de Málaga, Don Gonzalo Alonso Sierra los precedentes autos número 89/2022 seguidos a instancia de





frente a  
**Más Cerca SAM y Ayuntamiento Málaga sobre TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES.**

#### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** En fecha 30-01-2022 tuvo entrada en este Juzgado demanda suscrita por la parte actora, en la que después de alegar los hechos y fundamentos que estimó pertinentes a su derecho, solicitó se dictase sentencia de conformidad con los pedimentos contenidos en el suplico de su demanda.

**SEGUNDO.-** Se celebró previa comparecencia sobre posibilidad de efectuar acumulación subjetiva de acciones, dictándose auto en sentido estimatorio. recurrido en reposición efectuada alegaciones se dictó auto estimatoria del recurso admitiendo la citada acumulación subjetiva.

Que señalados día y hora para la celebración de los actos de conciliación y en su caso juicio. En trámite de alegaciones la parte actora se afirmó y ratificó en su demanda, oponiéndose la demanda y tras prueba se ratifican en sus posiciones y el Ministerio Fiscal emitió informe a favor de estimación de la demanda.

Se acuerda como diligencia final la aportación de apoderamiento por llamados a herencia de uno de los actores así como obtención de vida laboral de trabajadores con contrato temporal así como conclusiones.

#### HECHOS PROBADOS

**PRIMERO.-** Los actores prestan servicios para la empresa Más Cerca SAM con las categorías profesionales y salarios ( salario base y plus de asistencia para 2021) siguientes:

- 1.- [Redacción] técnico de grado medio, 25.025,74 €.
- 2.- [Redacción] auxiliar ayuda a domicilio, 19.361,42 €.



- 3.- [REDACTED] monitor de juventud, 19.361,42 €.
- 4.- [REDACTED] auxiliar ayuda a domicilio, 19.361,42 €.
- 5.- [REDACTED] técnico de grado medio, 25.025,74 €.
- 6.- [REDACTED] auxiliar ayuda a domicilio, 19.361,42 €.
- 7.- [REDACTED] auxiliar ayuda a domicilio, 19.361,42 €.
- 8.- [REDACTED] auxiliar ayuda a domicilio, 19.361,42 €.
- 9.- [REDACTED] auxiliar ayuda a domicilio, 19.361,42 €.
- 10.- [REDACTED] auxiliar ayuda a domicilio, 19.361,42 €.
- 11.- [REDACTED] monitor de taller, 16.134,52 €.
- 12.- [REDACTED] auxiliar ayuda a domicilio, 19.361,42 €.
- 13.- [REDACTED] auxiliar ayuda a domicilio, 19.361,42 €.
- 14.- [REDACTED] técnico de grado medio, 25.025,74 €.
- 15.- [REDACTED] monitor de juventud, 19.361,42 €.
- 16.- [REDACTED] técnico de grado medio, 25.025,74 €.
- 17.- [REDACTED] auxiliar ayuda a domicilio, 12.907,61 €.
- 18.- [REDACTED] técnico de grado medio  
25.025,74 €
- 19.- [REDACTED] auxiliar ayuda a domicilio 19.361,42  
€
- 20.- [REDACTED] técnico de grado medio, 25.025,74 €
- 21.- [REDACTED] monitor de taller, 19.361,42 €.
- 22.- [REDACTED] auxiliar ayuda a domicilio, 11.294,16 €.
- 23.- [REDACTED] auxiliar ayuda a domicilio  
19.361,42 €
- 24.- [REDACTED] auxiliar ayuda a domicilio, 19.361,42 €
- 25.- [REDACTED] auxiliar ayuda a domicilio, 19.361,42 €
- 26.- [REDACTED] auxiliar ayuda a domicilio, 19.361,42 €
- 27.- [REDACTED] auxiliar ayuda a domicilio, 19.361,42 €
- 28.- [REDACTED] técnico de grado medio,  
25.025,74 €.
- 29.- [REDACTED] técnico de grado medio, 25.025,74 €.
- 30.- [REDACTED] auxiliar ayuda a domicilio, 19.361,42 €.
- 31.- [REDACTED] auxiliar ayuda a domicilio, 19.361,42 €.
- 32.- [REDACTED] monitor de taller, 19.361,42 €.
- 33.- [REDACTED] monitor de taller, 16.134,52 €
- 34.- [REDACTED] auxiliar ayuda a domicilio, 16.134,52 €
- 35.- [REDACTED] monitor de taller, 19.361,42 €
- 36.- [REDACTED] técnico de grado medio, de 25.025,74 €.
- 37.- [REDACTED] auxiliar administrativo, 19.361,42 €
- 38.- [REDACTED] auxiliar ayuda a domicilio,  
19.361,42 €.
- 39.- [REDACTED] oficial administrativo, 20.033,06 €.
- 40.- [REDACTED] técnico de grado medio, 25.025,74 €.
- 41.- [REDACTED] conductor 19.361,42 €.
- 42.- [REDACTED] auxiliar ayuda a domicilio, 19.361,42 €.
- 43.- [REDACTED] monitor de taller, 16.134,52 €.
- 44.- [REDACTED] técnico de grado medio, 25.025,74 €.



- 45.- [redacted] auxiliar ayuda a domicilio, 19.361,42 €.  
46.- [redacted] auxiliar ayuda a domicilio, 19.361,42 €.  
47.- [redacted] técnico de grado medio, 25.025,74 €.  
48.- [redacted] auxiliar ayuda a domicilio,  
19.361,42 €  
49.- [redacted] monitor de juventud, 19.361,42 €.  
50.- [redacted] auxiliar ayuda a domicilio, 19.361,42 €  
51.- [redacted] auxiliar ayuda a domicilio, 19.361,42 €  
52.- [redacted] auxiliar administrativo, 19.361,42+ €.  
53.- [redacted] técnica grado medio, 25.025,74 €.  
54.- [redacted] oficial administrativo 20.033,06 €.  
55.- [redacted] auxiliar ayuda a domicilio,  
19.361,42 €  
56.- [redacted] subalterno, 16.004,98 €.  
57.- [redacted] monitor de taller, 16.134,52 €.  
58.- [redacted] auxiliar ayuda a domicilio, 19.361,42 €.  
59.- [redacted] técnico de grado medio, 25.025,74 €.  
60.- [redacted] auxiliar ayuda a domicilio, 19.361,42 €.  
61.- [redacted] auxiliar ayuda a domicilio, 16.134,52 €.  
62.- [redacted] oficial administrativo 20.033,06 €.  
63.- [redacted] auxiliar ayuda a domicilio, 19.361,42 €.  
64.- [redacted] auxiliar administrativo, 19.361,42 €.  
65.- [redacted] auxiliar ayuda a domicilio, 19.361,42 €.  
66.- [redacted] auxiliar ayuda a domicilio,  
19.361,42 €  
67.- [redacted] auxiliar ayuda a domicilio, 19.361,42 €  
68.- [redacted] técnico de grado medio, 12.512,87 €  
69.- [redacted] auxiliar ayuda a domicilio, 19.361,42 €.  
70.- [redacted] auxiliar ayuda a domicilio, 19.361,42 €.  
71.- [redacted] monitor de taller, 16.134,52 €.  
72.- [redacted] auxiliar ayuda a domicilio, 19.361,42 €.  
73.- [redacted] monitor de taller, 16.134,52 €.  
74.- [redacted] auxiliar ayuda a domicilio, 19.361,42 €.  
75.- [redacted] auxiliar ayuda a domicilio, 9.680,71 €  
76.- [redacted] auxiliar ayuda a domicilio, 19.361,42 €.  
77.- [redacted] monitor de taller, 16.134,52 €.  
78.- [redacted] auxiliar ayuda a domicilio, salario total de 16.683,83  
€  
79.- [redacted] técnico de grado medio, 25.025,74 €  
80.- [redacted] técnico de grado medio, 25.025,74 €  
81.- [redacted] monitor de taller, 16.134,52 €.  
82.- [redacted] auxiliar ayuda a domicilio, 18.554,69 €  
83.- [redacted] monitor de taller, 16.134,52 €.  
84.- [redacted] monitor de juventud, 19.361,42 €.  
85.- [redacted] monitor de juventud, 19.361,42 €.  
86.- [redacted] auxiliar ayuda a domicilio, 19.361,42 €.  
87.- [redacted] auxiliar ayuda a domicilio, 19.361,42 €



- 88.- [redacted] auxiliar ayuda a domicilio, 19.361,42 €.  
89.- [redacted] auxiliar social, 19.361,42 €  
90.- [redacted] técnico de grado medio, 25.025,74 €  
91.- [redacted] auxiliar ayuda a domicilio, 9.680,71 €  
92.- [redacted] técnico de grado medio, 25.025,74 €  
93.- [redacted] monitor de taller, 19.361,42 €  
94.- [redacted] auxiliar ayuda a domicilio, 6.453,80 €  
95.- [redacted] auxiliar ayuda a domicilio, 9.680,71 €  
96.- [redacted] auxiliar ayuda a domicilio, 19.361,42 €.  
97.- [redacted] auxiliar ayuda a domicilio,  
19.361,42 €  
98.- [redacted] auxiliar ayuda a domicilio, 17.747,97 €  
99.- [redacted] auxiliar ayuda a domicilio, 19.361,42  
€  
100.- [redacted] auxiliar ayuda a domicilio, 19.361,42  
€-  
101.- [redacted] auxiliar ayuda a domicilio, 19.361,42 €  
102.- [redacted] monitor de taller, 19.361,42 €  
103.- [redacted] auxiliar ayuda a domicilio, 19.361,42 €  
104.- [redacted] auxiliar ayuda a domicilio, 19.361,42 €  
105.- [redacted] monitor de taller, 19.361,42 €  
106.- [redacted] monitor de juventud, 19.361,42 €  
107.- [redacted] técnico de grado superior, 14.060,22 €  
108.- [redacted] monitor de taller, 9.361,42 €.  
109.- [redacted] monitor de taller, 19.361,42 €.  
110.- [redacted] monitor de taller, 19.361,42 €  
111.- [redacted] monitor de taller, 19.361,42 € (no  
controvertido)

**SEGUNDO.-** La sociedad Más Cerca Sam se constituyó mediante escritura de 27 de mayo de 2002 que contiene los estatutos antes indicado. F.954

Los Estatutos de la sociedad Más Cerca Sam establece que en su artículo 1º que se crea al amparo de las previsiones de la norma del régimen local y mercantil una sociedad de capital bajo la forma de sociedad anónima de íntegro capital municipal y se denomina Más Cerca SAM.

En su artículo 2º comprende cuál es el objeto social de la citada empresa que comprende el servicio de ayuda a domicilio, talleres de prevención, inserción social, talleres de juventud, servicio de agentes para la igualdad, servicio de intérprete de lenguaje de signos, desarrollo de planes sectoriales o territoriales de intervención social, y talleres de ciudadanos, colaboración en la mejora de la calidad de los servicios municipales, que redunden en el bienestar de la comunidad, los servicios que les han encomendado en centros de titularidad pública municipal, la realización y colaboración en proyectos de formación en el área de conocimiento de Ciencias sociales, la gestión de aportación de persona usuaria o copago en el coste del servicio, con arreglo a su reglamento y la gestión de proyectos de carácter social y participación como socio en agrupaciones de desarrollo y cambio social.



Se prevé un CNAE el 8811 sea actividades de servicios sociales sin alojamiento para personas mayores.

Se establece en su artículo 3º que es una sociedad que tiene carácter de medio propio y servicio técnico del exmo. Ayuntamiento de Málaga a los efectos de la Ley de Contratos del sector público en sus artículos 4.1.n) y 24.6 Del Real Decreto Legislativo 3/2011. Por ello está imposibilitada de participar en licitaciones públicas convocada por dicho ayuntamiento pero sí puede realizar otras actuaciones como medio propio del ayuntamiento sin estar previstas en el programa de actuación y dirección anual que le sean encomendadas con una financiación complementaria suficientes y que serán aprobadas por la citada sociedad.

El art. 6 indica que el capital social lo constituyen 83.800,39 € constituida por una única acción nominativa a favor del Ayuntamiento de Málaga.

En el artículo 8 establece que la Junta general estará constituida por la Corporación en Pleno del Exmo Ayuntamiento de Málaga y la Presidencia de dicha Junta General corresponderá al Exmo/a sr/a Alcalde del Exmo. Ayuntamiento de Málaga.

El artículo 16 establece que sus Consejeros serán designados por la Junta General entre los miembros de la Corporación

El artículo 18 establece las funciones del Consejo de administración: gestión de sociedad, fiscalización de sus servicios, nombrar Director/a Gerente, contrataciones que excedan del 5% del presupuesto, representación de la sociedad, elevación de propuestas a Ayuntamiento en materia de competencia municipal, autorizar préstamos, acordar apertura de cuentas corrientes, formular cuentas anuales, determinar plantilla, aprobar convenios ingresos de personal.

Concretamente en el ámbito laboral el art.18.2. j) de los Estatutos habla de " determinar la plantilla de personal al servicio de la sociedad y sus variaciones, aprobar los acuerdos y convenios a través de los cuales se regulan las condiciones de trabajo, aprobar el contenido de las pruebas selectivas previas al ingreso del personal indefinido o temporal y que deberán celebrarse con respeto a los principios de igualdad, publicidad mérito y capacidad, nombrar y cesar el personal de alta dirección, ejercer todas las facultades referentes al régimen de incompatibilidades y disciplinarios y cese del personal, así como aprobar la estructura organizativa de los servicios y unidades de la sociedad, todo ello de conformidad con la normativa vigente y dentro de los límites presupuestarios en su caso"

El artículo 27 indica que a los efectos de su inclusión en los presupuestos generales del Exmo Ayuntamiento de Málaga antes del 15 de septiembre debe remitir las previsiones de gastos e ingresos.

Por último su artículo 30 se establece que en caso de disolución y liquidación de la sociedad revertirá al excelentísimo Ayuntamiento de Málaga su activo y pasivo de la forma que legalmente corresponda. F 961

**TERCERO.-** En el Convenio Colectivo de Más Cerca Sam se publicó en BOPMA de 31 de agosto de 2009. Consta en f. 244 y ss.



Se establece en su Disposición adicional quinta que en "septiembre de 2013 se realizará el catálogo de categorías equiparables en el ámbito municipal y el análisis y estudio de diferencial iniciándose la negociación del nuevo convenio en octubre de 2013 teniendo en cuenta las consideraciones de este último estudio."

Añade su Disposición Adicional Séptima que "la empresa velará en todo momento por el compromiso de proporcionar estabilidad laboral a los trabajadores y las trabajadoras indefinidas de la misma en el supuesto de que el Ayuntamiento de Málaga decidiese prestar directamente, sin órgano especializado, ni mediante personificación jurídica independiente, los servicios que presta la empresa Más Cerca Sam los/las trabajadores/as de ésta pasarán a formar parte con carácter indefinido del Ayuntamiento. En los demás supuestos se mantendrá el criterio inicialmente expuesto manteniendo el compromiso que permita ofrecer estabilidad laboral.

Y el anexo segundo relativo a la clasificación profesional establecía: "Las distintas categorías profesionales definidas en la empresa MAS CERCA, SAM, son:

Denominación	Grupo en Más cerca	Referencia (Ayto.Málaga)	
Subalterno/a - Ordenanza	E	E	
Conductor/a - Ordenanza	D	C2	
Auxiliar de Ayuda a Domicilio	D	C2	
Monitor/a de Prevención Social	D	C2	
Monitor/a de Juventud	D	C2	
Auxiliar Administrativo	D	C2	
Auxiliar Social	D	C2	
Oficial Administrativo	C	CI	
Técnico/a Contable	C	CI	
TGM Agente para la Igualdad de Género	B	A2	
TGM Agente para la Información y Empleo de Mujeres	B	A2	A2
TGM Intérprete de Lenguaje de Signos	B	A2	
TGM Trabajador Social	B	A2	
TGM Graduado Social	B	A2	
TGM Área Económica	B	A2	
TGM Administración General	B	A2	
TGS Psicólogo/a para la Igualdad de Género	A	AI	AI
TGS Administrador/a	A	AI"	

**CUARTO.-** Posteriormente el convenio colectivo de Más Cerca se prorroga para los años 2013 a 2015 y nuevamente del 2017 a 2019., f 280 y ss.

**QUINTO.-** Con ocasión de la negociación de un convenio colectivo se redactó acta final de acuerdo de la comisión negociadora del convenio de Más cerca Sam el 6 de julio de 2021 en el que se acuerda:





“1.- Elevar de común acuerdo una propuesta de adhesión con efectos 1 de enero de 2021 a la prórroga del convenio colectivo para el personal laboral de la Diputación de Málaga publicado en el Bop de Málaga en fecha 1 de agosto de 2019.

2.- A la solicitud de adhesión se acompañará la memoria que se adjunta a la presente, elaborada por las partes con los antecedentes y motivos que justifica la adhesión.

3.- La adhesión adquirirá vigencia al día siguiente de la ratificación del acuerdo de adhesión por parte del Consejo de administración de la sociedad y mientras el convenio objeto de revisión permanezca vigente.

Las tablas salariales que se adjuntan al acuerdo adecúan los niveles retributivos con las categorías existentes en la empresa.” Se establece el catálogo de categoría, grupo y salario.

Forman parte de dicha comisión negociadora en representación de los trabajadores cuatro del sindicato USO entre ellos

por CCOO

Por la empresa actúan

F.206.

**SEXTO.-** El citado acta se acompaña de una memoria de la negociación del convenio colectivo de 14 de julio de 2021 . Parte de cómo en el anexo II del Convenio Colectivo y de Más Cerca Sam 2008-2013 contenía una definición de categorías profesionales en referencia a la existente en el Ayuntamiento de Málaga. Se efectúa un estudio de los costes laborales de adhesión que contiene las categorías profesionales, lo que se percibe en Más Cerca y lo que correspondería con el convenio como personal laboral del ayuntamiento. F. 216, concluyendo supone un incremento de 1.507.986,26 euros, que sobre un presupuesto de 5.558.401,17 euros, lo que supone un incremento de 27,11%

La citada memoria contiene un estudio de los costes laborales de adhesión, que incluye una tabla comparativa de salarios brutos año por categoría (2021), que entre las categorías del convenio colectivo Más cerca y la del personal laboral del Ayuntamiento de Málaga en el salario base contemplando como tal sin trienios ni complementos ni puestos singularizados ni productividad son las siguientes:

Grupo-CD-VPT	MAS CERCA	LAB. AYTO.
E-SUBALTERNO E-14-56	16.004 98€	22.026,54 €
D-AUXILIAR AYUDA A DOMICILIO C2-16-51	19.361,42€	23.724,76€
D-MONITOR C2-16-53	19.361,42 €	23.724 76€
D-CONDUCTOR C2-16-51	19.361,42 €	23.724 76€
D-AUX. ADMINISTRATIVO C2-16-52	19.361,42 €	23.72476€
C-AUXILIAR SOCIAL C1-17-47	20.033,06 €	27.041,08 €
C-ADMINISTRATIVO C1-17-45	20.033,06€	27.041,08 €
B-TGM A2-20-35	25.025,74 €	32.924,30€
A-TGS A1-22-28	28.120,44 €	37.339,12 €



Consta dicha comparativa en el estudio de costes laborales de la adhesión de la memoria de 14 de julio de 2021 en f.216.

Igualmente en relación a las tablas del personal laboral del Ayuntamiento para 2021 consta en f.299.

**SÉPTIMO.-** En acta número 18 de la Mesa Técnica para coordinación en materia de gestión de Recursos Humanos de fecha 27 de julio de 2021. El punto primero del acta lleva por título Asuntos de Más cerca.

En él la [REDACTED] gerente de Más Cerca "informa que el único punto de las plataformas presentadas por el comité de empresa de Más Cerca como su reivindicación es la adhesión del personal de Más Cerca al convenio colectivo laboral del Ayuntamiento de Málaga y que la justificación de esa decisión se fundamenta en que las retribuciones salariales son inferiores a las del resto de empresas municipales e incluso a las del propio Ayuntamiento pero que conoce la dificultad legal de esta propuesta por la limitación que marca la ley de presupuestos generales del Estado.

Los miembros de la mesa por unanimidad exponen que se podría optar la adhesión siempre que no se contemplara la subida salarial presentada ya que se superaría el incremento máximo de la masa salarial del 0,9% que marca la ley de presupuestos generales del Estado."

Forma parte de dicha mesa técnica el Presidente de la misma que es el Director General de Recursos Humanos y Calidad, así como la Directora General de Alcaldía, el Titular de la Asesoría Jurídica, el Interventor General, la Jefa del Servicio de Organización del Área de Recursos Humanos y calidad y la Secretaria de Dirección del Área de Recursos Humanos y calidad. F857.

**OCTAVO.-** La citada Mesa Técnica para coordinación en materia de gestión de Recursos Humanos fue creada por la Junta de Gobierno Local por unanimidad de todos los presentes el 18 de octubre de 2019.

En su acuerdo primero se indica que es un órgano colegiado directivo de carácter puramente informativo, con funciones de estudio, informe, consulta, coordinación y establecimiento de criterios homogéneos en toda la organización municipal, incluidos los entes del sector público local, relativo a todos los asuntos relacionados con la gestión de Recursos Humanos, y cualquier cuestión que pueda afectar a la plantilla tales como negociación, colectiva, incrementos salariales, procedimientos de selección, elaboración de RPT, aprobación de plantillas, o reasignación de efectivos entre otros. Así mismo podrá formular a la Concejalía de Recursos Humanos, propuestas de organización y redimensionamiento del sector público local.

En el acuerdo segundo se traslada a todos los responsables de Áreas y Organismos, Agencias Públicas Administrativas Locales, Sociedades Municipales, Fundaciones y Consorcios, la obligación de someter a dicha Mesa Técnica cualquier expediente que aborda alguna de las materias citadas en el acuerdo primero que habrá de dictaminar sobre el contenido del expediente en cuestión.f.859



**NOVENO.-** Tras la demanda se publica, en Bopma de 17 de enero de 2023, un nuevo Convenio Colectivo de Más Cerca SA, en f.606 y ss que se dan por reproducidos.

**DÉCIMO.-** Desde el 2011 las subidas salariales de la empresa Más Cerca SAM han sido:

- Del 4,2% en 2011.
- 0% del 2012 al 2015.
- 1% 2016 y 2017,
- 1,75% 2018,
- 2,5% en 2019,
- 2% en 2020,
- 0,9% en 2021
- 3,5% en 2022,
- y 2,5% en 2023.

Todas dichas subidas son acordes a lo establecidos en las respectivas leyes de presupuestos anuales. F976

**UNDÉCIMO.-** La empresa Más Ceca SAM a 28 de febrero de 2022 dispone de:

- 107 mujeres con contrato indefinido.
- 21 hombres con contrato indefinido.
- 58 mujeres con contrato temporal.
- 10 hombres con contrato temporal. F. 974

**DÉCIMO SEGUNDO.-** En el Ayuntamiento de Málaga a julio de 2022 según los antecedentes obrantes en el Área de Recursos Humanos y Calidad resultan los siguientes datos de la plantilla:

- 99 Mujeres laboral fija.
- 150 hombres laboral fijo.
- 151 mujeres laboral eventual.
- 22 hombres laboral eventual. F.1021.

**DÉCIMO TERCERO.-** Dispone la empresa Más Cerca Sam de bolsas de admitidos para el servicio de ayuda a domicilio en marzo de 2018. F.968

**DÉCIMO CUARTO.-** La empresa Más Cerca Sam disponía de un II plan de igualdad 2017-2019.

El 16 de enero de 2023 se inscribe en el Registro General de Convenio y Acuerdos Colectivos el III plan de Igualdad de la empresa Más Cerca SAM. 2022-2025. F639 y ss.

**DECIMO QUINTO.-** El convenio colectivo de personal laboral del Ayuntamiento de Málaga consta publicado en Bopma de 7 de mayo de 2010 f.301 y ss.



**DECIMO SEXTO.-** En bopma de 2 de junio de 2021 se publica anexo al convenio colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Málaga en el que se establece la prórroga de dicho convenio para el trienio 2018 a 2020 y se incluye que la paga de productividad por calidad y absentismo. El valor sería en el 2019 605 euros en marzo, en el mes de octubre 800 euros, y para el 2020 marzo más octubre 900 euros (cada una). f.880.

**DÉCIMO SÉPTIMO.-** Tras la interposición de demanda se publica en Bopma de 2 de agosto de 2022 el Convenio Colectivo actual del personal laboral del Ayuntamiento de Málaga para los años 2021 a 2023, f 320 y ss

El convenio colectivo de personal del Ayuntamiento de Málaga dispone de tablas salariales que incluyen complementos específico base para personal funcionario y complemento específico de puesto de trabajo de estructura personal laboral que consta en f 1020.

**DÉCIMO OCTAVO.-** No cuenta el Ayuntamiento de Málaga con la categoría de agente de igualdad. F.1022.

En nóminas de los trabajadores de Más Cerca constan que el puesto de agente de igualdad pertenece a la categoría de Técnico grado medio f.731. Y en el convenio colectivo de 2008 los Técnico grado medio tiene de referencia una A2 del laboral del Ayuntamiento f 258.

**DÉCIMO NOVENO.-** Por el servicio de empleo público estatal se aprueba una tabla sobre ocupaciones en donde la contratación femenina es más relevante en el año 2020 y en el que se incluye con carácter general a enfermeros no especializados con un 78,39%, educadores y trabajadores sociales un 80,22%, profesores y profesionales de enseñanza no clasificados en otro epígrafe 53,05%, monitores de actividades recreativas y entretenimiento 63,65%, profesionales de apoyo al trabajo y educación social 70,16%, auxiliares de enfermería hospitalaria 86%, y trabajadores de cuidados personales a domicilio 94,93%.

**VIGÉSIMO.-** La empresa Limpiezas Municipales y Parque del Oeste (LIMPOSAM SA) dispone de convenio colectivo propio publicado en BOPMA de 28 de diciembre de 2017 en cuya disposición adicional tercera se prevé que las retribuciones fijadas se hacen con el propósito de igualar los salarios vigentes en cada momento en el convenio provincial de la actividad de limpieza de edificios y locales en Málaga a los salarios vigentes en cada momento en el Ayuntamiento de Málaga. Para el caso de que algunos de los convenios se vean afectados en sus conceptos salariales los conceptos de igualación serán estudiados en la comisión paritaria. El conjunto de retribuciones salariales que se derivará de esta aplicación no podría superar las vigentes en el convenio colectivo del Ayuntamiento de Málaga. Se establece un concepto de igualación denominado complemento de personal consistente en 12 pagas al año con el propósito de retribuir las diferencias existentes entre las retribuciones salariales vigentes en cada año incluida la antigüedad en el convenio colectivo de actividad de Limpieza de Edificios y



Locales de Málaga y las retribuciones salariales vigentes en cada año incluida la antigüedad en el convenio colectivo del Ayuntamiento de Málaga. F874.

Limposam consta de 87 hombres el 17,26% y 504 mujeres el 82,74%.

**VIGÉSIMO PRIMERO.-** La empresa Teatro Cervantes de Málaga e Iniciativas audiovisuales SA constan de 95 trabajadores de los que 49% son hombres y 51% son mujeres. Un técnico auxiliar nivel C1 tiene un salario de 27.096,92 € anuales. Un E14 tiene salario de 22.355,73 €. F. 525

En el estudio de costes laborales de adhesión la comparativa de salarios brutos en Más Cerca un subalterno con categoría E14 tiene salario 16.004,98 euros. Y un C17 tiene salario de 20.033,06 €. F 216.

**VIGÉSIMO SEGUNDO.-** La empresa Limpiezas de Málaga SAM consta de 1996 trabajadores de los que 76% son hombres y 24% son mujeres. Constan tablas salariales para 2022 en f.532.

**VIGÉSIMO TERCERO.-** La empresa Emasa constan de 445 trabajadores de los que 82% son hombres y 18% son mujeres. Un titulado grado superior tiene un salario de 39.007,42 € anuales, un titulado grado medio tiene salario de 36.779,50 €, un auxiliar técnico tiene 21.852,98 euros, en 2021 F. 539

En el estudio de costes laborales de adhesión la comparativa de salarios brutos un TGS tiene 28.120,44 euros, un TGM 25.025,74 euros y un C1 tiene salario de 20.033,06 €. F.216.

**VIGÉSIMO CUARTO.-** La empresa Promalaga constan de 21 trabajadores de los que 52% son hombres y 48% son mujeres. Un administrativo nivel C1 tiene un salario de 32.127,90 € anuales en 2022. F, 542.

En el estudio de costes laborales de adhesión la comparativa de salarios brutos un administrativo C1 tiene salario de 20.033,06 € en 2021. F 216.

**VIGÉSIMO QUINTO.-** La empresa Málaga Deportes y Eventos SA constan de 23 trabajadores de los que 65% son hombres y 35% son mujeres. Un titulado superior tiene un salario anual de 34.701,34 €, uno medio 29.991,98 euros, administrativo 24.558,58 y un auxiliar administrativo 20.324,70 euros en 2021. F. 545

En el estudio de costes laborales de adhesión la comparativa de salarios brutos un TGS tiene 28.120,44 €, un TGM 25.014,74 euros, un administrativo C1 20.033,06 euros y un auxiliar administrativo C2 19.361,42 euros en 2021.f.216.

**VIGÉSIMO SEXTO.-** La empresa Sociedad Municipal de Vivienda de Málaga SL dispone de una sola trabajadora cuyos ingresos son similares al Instituto Municipal de la Vivienda. F.564.



**VIGÉSIMO SÉPTIMO.-** La empresa Parcemasa consta de 61 trabajadores de los que 75% son hombres y 25% son mujeres. Constan sus tablas salariales de 2021 en f.570 que se dan por reproducidas.

**VIGÉSIMO OCTAVO.-** La empresa EMT constan de 872 trabajadores de los que 90% son hombres y 10% son mujeres. Consta tablas salariales para 2021 en f.592 que se dan por reproducidas.

**VIGÉSIMO NOVENO.-** La empresa Gestión de Medios de Comunicación de Málaga SA constan de 40 trabajadores de los que 52,5% son hombres y 47,5% son mujeres. La categoría de ingresos más reducidos percibe 21.345,71 euros en 2021. F. 593.

En el estudio de costes laborales de adhesión la comparativa de salarios la categoría de más reducidos ingresos es de 16.004,98 euros en 2021. F, 216.

**TRIGÉSIMO.-** La codemandante [REDACTED] falleció el 31 de octubre de 2022. F.509.

[REDACTED] había otorgado testamento a favor de su cónyuge [REDACTED] y sus tres hijos [REDACTED] y [REDACTED] F518.

**TRIGÉSIMO PRIMERO.-** De los 111 actores hoy están de alta a fecha de la demanda en TGSS con contratos temporales [REDACTED]

[REDACTED] estuvo contratado desde el día 20 a 24 de enero de 2022 y el siguiente 9 a 16 de mayo de 2022 siendo que la demanda es presentada el día 30 de enero de 2022. No obstante en vida laboral consta desde el 29 de julio de 2014 ha suscrito 89 contratos temporales De los que 29 lo son con posterioridad a la fecha de presentación de demanda, f.1103. En nómina tiene reconocido antigüedad de 27 de agosto de 2019. f.746.

[REDACTED] consta igualmente haber trabajado el 28 y el 31 de enero de 2022 siendo la demandad de 30 de enero de 2022. No obstante en vida laboral consta desde el 14 de julio de 2008 hasta la



actualidad firmados 229 contratos temporales de los que con posterioridad a la demanda son 24 de ellos, f 1237. En nómina tiene reconocido una antigüedad de 7 de enero de 2010 f.803.

[REDACTED] tuvo contrato temporal de 28 a 30 de enero de 2022, siendo la siguiente contratación el 4 de febrero de 2022. No obstante le mismo cuenta con 287 contratos previos y 40 posteriores a presentación de demanda, f 1379. En nómina tiene reconocido antigüedad de 14 de enero de 2010.f 763.

Por último [REDACTED] consta efectivamente que su último contrato finaliza el 30 de noviembre de 2021 dos meses antes de interposición de la demanda admitiéndose en conclusiones por la actora su jubilación desde el 1 de diciembre de 2021.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Los hechos declarados probados se deducen de la documental obrante en autos, así como testifical en base la art. 97.2 de la LRJS.

**SEGUNDO.-** En cuanto a la inadecuación de procedimiento y a la acumulación subjetiva de acciones debe efectuarse las siguientes valoraciones.

1.- En relación a la inadecuación de procedimiento. Ya fue objeto de tratamiento en el recurso de reposición en f 363 a 369 previo a la vista donde se resolvieron cuestiones previas y la empresa en fase de conclusiones min 43 de vídeo 3 la empresa indica que no se puede en la litis impugnar las tablas del convenio de 2022 porque este no es el procedimiento para esto. Por la actora enfatiza que se está accionando por vulneración de derecho fundamental los trabajadores individuales y lo que se acciona es para que se declare que son objeto de discriminación en relación a las retribuciones del personal laboral del Ayuntamiento por razón de sexo, se cese en dicha discriminación y se indemnice por daños morales a los actores. Por el Ministerio Fiscal aun existiendo la posibilidad a que se hubiera podido presentarse un conflicto colectivo entiende que nada obsta a que cada trabajador individualmente accionar para que cese la vulneración de derecho fundamental que declara viene siendo objeto.

La cuestión ya fue objeto de tratamiento por la sentencia del Tribunal Constitucional 145/91. Explica los siguientes términos *Es claro que si las ahora recurrentes hubiesen empleado una vía procesal inadecuada, la lesión del derecho a la no discriminación por razón de sexo no sería imputable a los órganos judiciales -como exige el art. 44.1 b) LOTC -. Sin embargo, este no es el caso. El derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 C.E. no lleva ciertamente consigo el que debe satisfacerse una pretensión a través de cualquier vía procesal ni excluye que el legislador pueda establecer criterios restringidos de discriminación razonables, que reserven a unos sujetos concretos y determinados el ejercicio de determinadas y concretas pretensiones, así lo ha reiterado este Tribunal en relación con los procesos de impugnación de los Convenios Colectivos ( STC 47/1988 , entre otras), pero esta reserva de legitimación ( arts. 160 y ss. LPL ) no puede cerrar toda vía*



procesal para la defensa de los derechos de los trabajadores afectados por ese Convenio Colectivo.' Lo anterior se refuerza además si el mandato general del art. 24.1 CE se conecta con el más rotundo aún del art. 14 C.E., de que «no prevalezca» discriminación alguna, lo que impone facilitar a los sujetos discriminados el acceso a la vía judicial para obtener la cesación de la conducta discriminatoria, cuya tutela resulta obligada para todos los poderes públicos ( art. 53.2 C.E .). E incluso, a falta de regulación en el momento de las actuaciones judiciales del proceso previsto en los arts. 174 y ss. de la vigente Ley de Procedimiento Laboral , al órgano judicial le venía encomendada a través del proceso ordinario la tutela del derecho reconocido en el art. 14 C.E ., que es lo que solicitaron las actoras de la jurisdicción del orden social.

Es cierto que el suplico de la demanda inicial e, incluso, alguna incidencia de la tramitación -como es la llamada de los Sindicatos al proceso-, podrían llevar a pensar que las actoras habían pretendido ante la jurisdicción de lo social la impugnación de la tabla salarial del Convenio Colectivo. Pero no es menos cierto que las actoras pretendieron obtener una igualdad en materia salarial en relación con los varones que prestaban idéntico trabajo, habiendo presentado un escrito posterior de ampliación de la demanda, en el que, entre otras cosas, se cuantificaban sus repercusiones salariales -escrito no impugnado en el recurso de suplicación interpuesto por la Comunidad de Madrid-. De ello ha de seguirse necesariamente que, junto con la eventual pretensión anulatoria del Convenio, si es que tal existía -en la que se basa exclusivamente la Sentencia impugnada-, se formuló también una pretensión de naturaleza salarial derivada de la discriminación, a la que dicha Sentencia no da respuesta, y que permitió además al órgano de instancia estimar acreditada la discriminación existente en materia de salarios.

Aun admitiendo que el órgano judicial, dentro de las coordenadas procesales de la vía judicial previa, no pudiera declarar directamente la nulidad de las cláusulas correspondientes del Convenio Colectivo, por su carácter discriminatorio, ante el hecho de una situación discriminatoria con concretas repercusiones salariales cuya reparación habían interesado las recurrentes, no podía denegar la tutela judicial para corregir la situación discriminatoria reflejada en los hechos probados, y absolver totalmente a la demandada anulando la Sentencia que la condenó. Puesto que la discriminación se había producido a través de la estricta aplicación de la tabla salarial prevista en el Convenio Colectivo, podía haber acogido la pretensión de las actoras de eliminar la situación discriminatoria y asegurar la igualdad salarial, simplemente declarando que a las actoras no les resultaba aplicable la diferencia salarial discriminatoria establecida en el Convenio Colectivo. Así podía haber asegurado la exigencia constitucional de que el trabajo desarrollado por las mujeres sea retribuido en la misma cuantía que el de sus compañeros varones que, en cuanto sujetos no discriminados, constituyen el término de comparación a tener en cuenta ( STC 81/1982 ).

Por consiguiente, la Sentencia de suplicación ha lesionado el derecho de las recurrentes a no ser discriminadas por razón de sexo al no haber reparado adecuadamente la situación discriminatoria en que se encontraban las actoras y que la aplicación del correspondiente Convenio Colectivo propiciaba.





Tal es el caso de autos debe tenerse en cuenta son acciones individuales y que los actores carecen de la legitimación activa para poder presentar un conflicto colectivo. Ello supone que de estimarse la inadecuación del procedimiento quedaría cerrada el acceso a la tutela individual de cada trabajador a expensas de que algún legitimado colectivo pudiera presentación correspondiente conflicto.

En segundo lugar se acciona por Tutela de Derecho Fundamental y efectivamente la argumentación nuclear ejercitada es dicha vulneración del artículo 14 de la Constitución vía discriminación retributiva por razón de sexo.

En tercer lugar los que actores interesa es una declaración de que es objeto de una discriminación retributiva por razón de sexo. Y además pide como consecuencia de dicha acción el cese de la misma. Aunque se tenga que interpretar el texto convencional, o de negociación entre empresa y representante de trabajadores, es cuestión que no puede ser objeto de pronunciamiento el mismo en el fallo de la sentencia. No se impugna ningún artículo del convenio ni ninguna tabla en él establecida, cuyo accionamiento queda reservado a legitimado activo colectivo en el proceso colectivo correspondiente para ello. Pero no puede en base al derecho a la tutela efectiva del artículo 24 de la Constitución restringirse el derecho de todo trabajador a obtener el resarcimiento en vulneración de derecho fundamental ante la jurisdicción social. Y aunque puede derivar de una norma colectiva, no es objeto del procedimiento la vigencia o anulabilidad de dicha norma sino si realmente cada uno de los trabajadores es objeto de dicha discriminación en su aplicación.

## 2.- En cuanto a la acumulación subjetiva de acción.

Dispone el art. 25.3 de la LRJS “ señala También podrán acumularse, ejercitándose simultáneamente, las acciones que uno o varios actores tengan contra uno o varios demandados, siempre que entre esas acciones exista un nexo por razón del título o causa de pedir. Se entenderá que el título o causa de pedir es idéntico o conexo cuando las acciones se funden en los mismos hechos.”

En realidad dicha cuestión fue planteada con carácter previo durante la tramitación del proceso y resuelto en auto resolutorio de recurso de reposición que obra en folio 363 a 369 cuyos dos primeros fundamentos de derecho deben darse por reproducidos a estos efectos. El artículo 25.3 LRJS regula la acumulación subjetiva de acciones sin efectuar ninguna mención a la acción de tutela de derechos fundamentales y señala que uno o más actores podrá demandar a uno o más demandados siempre que entre dichas acciones exista una misma causa de pedir.

Tanto los actores, como en aquel recurso de reposición el Ministerio fiscal, sostienen la posibilidad de ventilarse en una misma vista todas las acciones dado que se alegó que existían común causa de pedir en tanto que las alegaciones practicadas y las pruebas desarrolladas en el juicio eran comunes para todos los trabajadores. La acumulación subjetiva de acciones es procedente. Ello sin perjuicio de que posteriormente en la vista, y diligencias finales practicadas se abordasen cuestiones singulares de algunos de los trabajadores a resolver en el fundamento jurídico tercero de la presente sentencia. Existe una conexión entre las



demandas de los actores y siendo común petitum y causa petendi, nada obsta a que pueda resolverse las acciones entabladas en una misma resolución.

**TERCERO.-** En cuanto a las circunstancias personales de algunos trabajadores.

**1.- Fallecimiento** [REDACTED] Se produce con posterioridad a la interposición de demanda según se recoge en hecho probado trigésimo primero. Se aporta testamento y personación de los llamados a la herencia de la misma en f 518, por ello procede la sucesión mortis causa a favor de los llamados a herencia, ex art. 16.1 de la LEC, sin que por otro lado afecte a la vigencia de la acción entablada la efectuarse dicha sucesión vigente el proceso.

**2.- Representantes de trabajadores** en la firma del nuevo convenio colectivo. **Representante de empresa** en el acta de 6 de julio de 2021. Se apunta por la empresa que si se alega que los actores no pueden verse afectados en su derechos por la firma de un convenio en el que no intervienen a título individual, no se daría dicha circunstancia en los intervinientes en la firma de convenio enfatizando en alegaciones la situación en los miembros de comité de empresa que acciona en demanda [REDACTED] y [REDACTED]. Posteriormente se matiza en conclusiones min 19 de video 4 que los tres estaban en las plataformas y en la negociación de 6 de julio de 2021, igualmente a preguntas de oficio se informa existen otros tres miembros de comité accionando [REDACTED] y [REDACTED]. En f, 844 consta que los representantes de los trabajadores en la reunión de 6 de julio de 2021 sobre el nuevo convenio eran 4 de USO y 4 de CCOO. De ellos accionan las [REDACTED] y [REDACTED].

No puede acogerse pues afectaría la derecho de indemnidad retributiva en términos definidos por la STC 148/2015 *“(i) el derecho de libertad sindical ( art. 28.1 CE ) comprende la garantía de indemnidad retributiva, que implica el derecho del trabajador a no sufrir, por razón de su afiliación o actividad sindical, menoscabo alguno en su situación profesional o económica en la empresa, vedando cualquier diferencia de trato por razón de la afiliación sindical o actividad sindical de los trabajadores y sus representantes, en relación con el resto de los trabajadores.”*

El razonamiento de que difícilmente puede verse vulnerado derecho fundamental de dichos trabajadores si las condiciones retributivas que tienen lo son por una norma convencional en cuya negociación pudieran haber intervenido en su negociación de julio de 2021 no puede tener acogida.

No cabría un sistema retributivo en el que el resto de demandantes pudiera ser objeto de declaración de vulneración de derechos fundamentales que posibilite la equiparación retributiva con personal laboral del Ayuntamiento, menos los representantes de los trabajadores que intervinieran en negociación de pactos y convenio con empresa, pues ello supondría perjudicar a éstos con ocasión de su actividad representativa en relación a compañeros de trabajo.



De la documental obrante consta en el acta 18 de la mesa técnica en f.857 como la equiparación es una solicitud del comité de empresa: "el único punto de las plataformas presentadas por el comité de empresa de Más cerca como su reivindicación es la adhesión del personal de Más Cerca al convenio colectivo de personal laboral del Ayuntamiento de Málaga". Si pese a sus reclamaciones no son atendidas por la empresa y firma un convenio, es porque dentro de ámbito de negociación colectiva se entiende pudo convenirse los aspectos en su conjunto, incluido retributivo, que la negociación permitió.

Pero negar a quienes han solicitado una mejora retributiva denegada por empresa, que por firmar un convenio que finalmente no incorpora aquella equiparación de julio de 2021, no puedan con ello accionar por vulneración de derecho fundamental podría suponer asumir una discriminación por ocasión de su actuación sindical del art. 28 de la CE. Ello más aún cuando dichos representantes son los que la reclaman y no es imputable a los mismos la falta de equiparación retributiva solicitada. El derecho a igualdad retributiva de los representantes de los trabajadores es idéntico al del resto de trabajadores a los que se representan. Podrá verse afectado el derecho de igualdad con el sistema retributivo existente, o podrá no serlo, pero en ello no puede hacerse distinción entre los que representan de trabajadores y los representados pues además de ir contra indemnidad retributiva sindical, supondría el error de considerar responsable a dichos representantes, cuando en realidad son los autores de la reclamación vía negociación colectiva sin perjuicio de que no pudiere alcanzar su pretensión en ella.

Es predicable al [REDACTED] similar conclusión pero en relación a empresa. Independientemente que interviniese en nombre de empresa en negociación, f.844, se dice por la demandada por ser de recurso humanos y que acciona en la demanda. Tampoco puede efectuarse distinción en él. No cabe efectuar distinciones entre los trabajadores que negocian de una u otra parte y el resto de trabajadores en su retribución. Por otro lado el acta de 6 de julio es de negociación, siendo a raíz de la mesa de 27 de julio de 2021, f 857, donde el sr Vega no es parte, cuando se informa en sentido contrario.

**3.- Trabajadores temporales.** Se alega en conclusiones y motivó la práctica de diligencia final el derecho de algunos de los actores a accionar dado su condición de temporales. E incide en las conclusiones a la diligencia final que a fecha de demanda algunos de ellos no está trabajando empresa a accionar por dicha vulneración.

Los trabajadores con contrato de duración temporal tienen los mismos derechos retributivos que los indefinidos. Debe traerse a colación el art. 15.6 del Et cuando indica "6. Las personas con contratos temporales y de duración determinada tendrán los mismos derechos que las personas con contratos de duración indefinida, sin perjuicio de las particularidades específicas de cada una de las modalidades contractuales en materia de extinción del contrato y de aquellas expresamente previstas en la ley en relación con los contratos formativos."

Podrá alegarse que en función del tiempo de prestación de servicios la indemnización por vulneración de derecho fundamental se adecue



a la duración de fecha prestación de servicios, pero el derecho de declarar accionar frente a discriminación retributiva por razón de sexo es predicable de ambas modalidades contractuales. Y en cuanto a la indemnizaciones la cuantía a dilucidar en los siguientes fundamento de derecho, aunque ya se anticipa que son contratos con trabajadores integrantes en su mayoría de bolsa de empleo f.968, con amplia vida laboral en empresa en cuanto antigüedad y con nuevas contrataciones que le hace en cuanto a la indemnización solicitada ser similar al de trabajadores indefinidos, sin entrar a valorar porque no es el objeto del proceso la naturaleza de las contrataciones de cada uno.

**4.- Trabajadores temporales que el exacto día de la demanda no estaban en empresa pero con llamamientos antes y después.** También se indica que algunos de los trabajadores temporales no están de alta en el momento de la demanda. En este punto los casos de los [REDACTED] y [REDACTED] en el hecho probado trigésimo segundo.

Pero ello no obsta a la acción. De un lado porque los tres pertenecen a la bolsa de trabajo exp.45, 142 y 71, f.968, para accionar por la sanciones retributivas de sus respectivos llamamientos.

Es ilustrativo el caso del [REDACTED] objeto de la segunda de las diligencias finales. Tiene 287 contrataciones previas, 40 posteriores en vida laboral, y la empresa en nómina le reconoce una antigüedad de 14 de enero de 2010 f 763. No cabe cuestionar la acción del mismo porque uno de los contratos es de 28 de enero a 30 de enero (en que se presenta demanda) porque el 4 de febrero volviera a demandar. Pero es que además la acción de vulneración es porque existe una discriminación retributiva, sin concretar un acto de una fecha concreta sino de tracto sucesivo. Se acumulan 111 acciones. Nada obsta que las acciones subjetivas acumuladas se tengan que presentar el mismo o distinto día, y si el [REDACTED] hubiere podido demandar el 4 de febrero y acumularse a los autos, puede igualmente estar incluido en la demanda originaria.

Razonamiento extrapolable al [REDACTED] (89 contratos de los que 29 son posteriores a demanda) y antigüedad en nómina de 27 de agosto de 2019 y a la [REDACTED] ( 229 contratos de los que 24 son posteriores) y antigüedad en nómina 7 de enero de 2010.

**5.- Trabajadora jubilada.** En cuanto a la [REDACTED] Se alega que la misma consta de baja en empresa en fecha de 1 de diciembre de 2021 admitiendo la actora que es por jubilación. Las demandadas niega que pueda accionar desde dicha condición por vulneración de derecho fundamentales. El actor y Ministerio Fiscal defiende dicha posibilidad porque es acción no prescrita. Debe desestimarse la excepción falta de acción de la misma. Para ello debe estarse a la naturaleza de la acción ejercitadas.

Es cierto que en el caso de acciones declarativas la jurisprudencia tiene declarado que la acción debe ser actual evitando acciones hipotéticas no actuales o carecen presente interés litigiosos. Pero en caso de vulneración de derechos



fundamentales la jurisprudencia admite mientras no exista prescripción su ejercicio aunque no esté vigente la relación laboral. (demanda de acoso tras despido en STSJ Madrid de 29 de febrero de 2008 rec 404/08, Valencia de 13 de octubre de 2015 rec 2096/15 demanda de vulneración tras despido y en proceso distinto). Así por ejemplo la STSJ Andalucía sede Sevilla de 20 de abril de 2023 rec 348/23 permite tutela de derecho fundamental si se ejercita en el plazo de un año desde la extinción de la relación laboral. Indica : *"En el presente caso el plazo de un año que tenía el actor para ejercitar la acción de tutela de derechos fundamentales por discriminación salarial finalizaba el 17-11-2018, esto es, un año después de la extinción de su relación laboral que se produjo el 17-11-2017, y aunque la demanda de tutela de Derechos Fundamentales se presentó el 29-3-2021, el plazo se vio interrumpido por la demanda de conflicto colectivo presentada el 6-2-2018 plazo de interrupción que se mantendría hasta el Auto del Tribunal Supremo de 17-11-2020. Desde este momento hasta la interposición de la demanda de tutela objeto de los presentes autos (29-3-2021) solo han transcurrido poco más de cuatro meses, encontrándose por tanto la reclamación dentro del plazo de un año. La confirmación de que la prescripción de la acción no se ha producido conlleva la desestimación del recurso del Ayuntamiento"*.

A idéntico término llega la STSJ Madrid de 3 de febro de 2021 rec 801/2020 *"es un hecho probado que la empresa DIRECCION000 dejó de ser empleador de la actora el 01/12/2013 y es mas cierto que la demanda se presenta el 14/11/2018, es decir, 5 años después de que la relación laboral con mi representada estuviera extinguida."*

*El artículo 179.2 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, establece que la demanda de tutela de derechos fundamentales habrá de interponerse dentro del plazo general de prescripción o caducidad de la acción previsto para las conductas o actos sobre los que se concrete la lesión del derecho fundamental o libertad pública.*

*Y por su parte, el artículo 59 del Estatuto de los Trabajadores señala que las acciones derivadas del contrato de trabajo que no tengan señalado plazo especial prescribirán al año de su terminación, si bien en aquellos casos en que la acción se ejercite para exigir percepciones económicas que no puedan tener lugar después de extinguido el contrato, el plazo de un año se computará desde el día en que la acción pudiera ejercitarse.*

*Pues bien, en el concreto supuesto que se somete a la consideración de la Sala resulta evidente que no había prescrito la acción de la actora para reclamar por la supuesta vulneración de su derecho a la igualdad y no discriminación por razón de sexo, dado que esa supuesta situación discriminatoria subsistía en el momento de la interposición de la demanda rectora de las presentes actuaciones, que lo fue con fecha 12/11/2018 (folios 1 a 13).*

*Y tampoco puede hablarse de prescripción de las consecuencias económicas derivadas de la supuesta vulneración del derecho fundamental, pues aunque obviamente no pueden reclamarse las diferencias salariales durante el período de tiempo comprendido entre el mes de junio del 2012 y la fecha de presentación de la demanda, tal y como indica la propia sentencia de instancia (Fundamento de*



*Derecho Quinto), cuestión distinta es la reclamación de una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la vulneración del derecho fundamental, indemnización que va unida a la declaración de vulneración del derecho ex artículo 183 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, y cuyo plazo de prescripción es el mismo que el del derecho, por lo que mientras se siga produciendo la vulneración del derecho fundamental no habrá comenzado el cómputo del plazo de prescripción.”*

La anterior jurisprudencia es aplicable al caso de autos. No se trata de una acción declarativa que precise la vigencia de una relación laboral para constatar la existencia de un litigio actual y presente. En la acción de vulneración de derecho fundamental se busca una respuesta judicial a una lesión en un derecho fundamental y su reparación mediante el cese de la misma y la indemnización de daños y perjuicios morales. Que la relación laboral se hubiera extinguido sea por causa del empresario o del trabajador no impide que éste pueda buscar dicho amparo por hechos ocurridos durante la relación laboral, sin que el hecho de que se hubiera puesto fin a la misma le impida dicha tutela siempre y cuando se encuentre dentro del plazo de prescripción. La jurisprudencia antes citada admite procesos de tutela de derechos fundamentales autónomos por acoso después de plantearse demanda de despido, también se permite la alegación del derecho de indemnidad por falta de llamamiento aunque no exista relación laboral aún, y también discriminación por razón de sexo si dicha discriminación sí produce sin que hubiera transcurrido el plazo de un año desde que pudo la trabajadora accionar.

En el presente caso aunque la actora se jubilase el 1 de diciembre de 2021 nada obsta a que pueda reclamar el 30 de enero de 2022 una acción de tutela de derechos fundamentales por ser objeto de discriminación retributiva en los 12 meses previos a dicha demanda solicitando tal reconocimiento y una indemnización por daño moral padecido. Aunque en los dos últimos meses al no haber tenido prestación pudiera ser ello tenido en cuenta a efectos del cálculo indemnizatorio pero no a la acción de la que es titular pese a que en el momento de la demanda ya no se encuentre en la empresa.

**6.- Hombres en empresa feminizada.** Cuestiona en fase de conclusiones la diligencia final la empresa el dato de que trabajador de sexo masculino discriminación por razón de sexo. La actora ya en juicio se anticipó a dicha alegación enfatizando que la discriminación por razón de sexo no es al concreto trabajador sino al conjunto de todos ellos por estar en una empresa y un sector fuertemente feminizado. De los 111 actores y una veintena son hombres en el seno de empresa que se certifica existen 165 mujeres y 31 hombres a 28 de febrero de 2022 hecho probado 11ª.

Dicha circunstancia ya fue abordada por la sentencia del Tribunal Constitucional 145/1991 en un supuesto de discriminación indirecta entre categorías de peones y limpiadoras pese a que puntualmente pudiera haber entre aquellos alguna mujer y entre éstos algún hombre. Dice así *“órgano judicial para excluir la existencia de discriminación por razón de sexo no debió limitarse a constatar que las reglas en materia de clasificación profesional establecían funciones distintas (sin tener en cuenta además que los varones que realizaban*



*tareas de limpieza habían sido calificados como Peones), y debió entrar a analizar si las mismas podían encubrir una discriminación indirecta por razón de sexo ( art. 1.2 Directiva CEE 75/117 ). El art. 14 C.E. le imponía valorar si las diferentes funciones previstas en las normas sectoriales para las categorías de Peones y Limpiadoras efectivamente implicaban o no desarrollar un trabajo de distinto valor, empleando para cuantificar tal valor criterios que no puedan considerarse a su vez discriminatorios. Era preciso comprobar si la diversificación, incluso formalmente correcta, enmascaraba la infravaloración de «trabajos de valor igual», pero predominantemente desempeñados por mujeres, porque, si ese resultado se produce, se habrá completado el supuesto de hecho de una discriminación por razón de sexo -con independencia de la ocasional presencia de varones en las categorías «feminizadas», o viceversa- al resultar globalmente de este procedimiento de valoración un trato desfavorable del trabajo femenino al amparo de un esquema que no obedece a criterios técnicos racionales, desvinculados de toda consideración al sexo del trabajador. Así lo ha puesto de manifiesto el Tribunal de Justicia de las CC. EE. en su Sentencia de 1 de julio de 1988 (asunto Dummler-Dato Druck), y así cabe apreciarlo también, para interpretar adecuadamente, en todas sus implicaciones, la prohibición contenida en el art. 14 C.E. .”*

Tal es el caso de autos. La justificación de la demanda presentada por todos los demandantes no es una discriminación individual por su condición sexual sino por su pertenencia a un colectivo que entienden los actores que a trabajo de igual valor es objeto de discriminación retributiva por razón de su sexo. Y dado que la discriminación es entre colectivos, es la naturaleza feminizada del colectivo que invoca discriminación sexual respecto de un término homogéneo de comparación. En este caso el parámetro que se está demandando es que se pertenece a una empresa cuyo 84% de trabajadores son de sexo femenino y se dedican a un sector que igualmente está feminizada.

Y es esa pertenencia a un colectivo, en este caso a la empresa, feminizada lo que ha conllevado la alegación de su discriminación por su sexo en materia retributiva. Y no puede servir de óbice para valorar la concurrencia de dicha discriminación retributiva por razón de sexo por pertenencia a un colectivo concreto, que en ese colectivo pudiera existir hombres como tampoco que en el término homogéneo de comparación hubiera mujeres, porque se trata de una comparativa entre los colectivos objeto de discriminación. En la STC 145/1991 se hablaba de una discriminación indirecta entre peones y limpiadoras y en el caso de autos entre las personas que prestan servicios en Más Cerca perteneciendo a un 84% de mujeres y a un sector mayoritariamente feminizado en relación a un término que se alega es homogéneo y carente de aquella nota. Podrá encontrar establecerse la posibilidad o no de la comparativa en términos homogéneos que se postula, pero no puede servir o de óbice a la individual acción que hubieran presentado la veintena de demandantes de sexo masculino, el hecho de ser hombre, en tanto que el fundamento de su pretensión es estar integrado en un colectivo feminizado y discriminado por dicha condición.

**7.- Todos los trabajadores temporales y la Disposición adicional 7ª del convenio colectivo Más cerca de 2008.** Plantea la empresa que si se acciona entendiendo discriminatorio la falta de equiparación retributiva a personal del



Ayuntamiento y entre otros argumentos se cita la DA 7º, dicho precepto se limita a los indefinidos y no a los temporales.

Lo que indica la DA 7ª del convenio, f 257, es que “Disposición Adicional Séptima que “la empresa velará en todo momento por el compromiso de proporcionar estabilidad laboral a los trabajadores y las trabajadoras indefinidas de la misma en el supuesto de que el Ayuntamiento de Málaga decidiese prestar directamente, sin órgano especializado, ni mediante personificación jurídica independiente, los servicios que presta la empresa Más Cerca Sam los/las trabajadores/as de ésta pasarán a formar parte con carácter indefinido del Ayuntamiento. En los demás supuestos se mantendrá el criterio inicialmente expuesto manteniendo el compromiso que permita ofrecer estabilidad laboral”

De dicha redacción no cabe entender como alega la empresa que la previsión de pasar como indefinido al ayuntamiento caso que éste pase a prestar los servicios de la empresa está limitada a los trabajadores indefinidos y no a los temporales. Dicha disposición adicional es una norma de estabilización, Y lo que prevé es que si los servicios pasan desde la empresa al ayuntamiento los trabajadores indefinidos de aquélla pasen como indefinidos a este. Y a resto, los temporales, mantendrá el criterio inicialmente expuesto manteniendo el compromiso de ofrecer estabilidad laboral.

Esto es los indefinidos caso que el Ayuntamiento se hiciera cargo del servicio pasan como indefinidos y los temporales en el ayuntamiento se compromete a permitir la estabilidad laboral. Podrán pasar como temporales o podrán convertirlo a indefinidos. Lo que no dice dicha disposición es que solamente serán subrogables los indefinidos. Por ello no es una disposición adicional a efectos de la litis qué efectúe una distinción trascendente entre indefinidos y temporales más que su propia condición como tal en uno u otro sentido, pero en todo caso a efectos retributivos no contiene distinción, y debe tener misma retribución como que establece el art. 15.6 del ET.

**CUARTO.-** En cuanto a la excepción de falta de legitimación pasiva del Ayuntamiento de Málaga. El ayuntamiento señala que las decisiones en materia de personal se adoptan por el Consejo de administración de la empresa Más cerca SAM según el artículo 18 de sus Estatutos. Tienen convenio colectivo propio. La mesa técnica es meramente informativa y la decisión la adopta estrictamente la empresa. Enfatiza que no cabe hablar de legitimación del ayuntamiento, incluso hay categorías como la de agente de igualdad que no tienen reflejo en ayuntamiento y en todo caso toda decisión contraria a equiparación está sujeta a las limitaciones establecidas en las leyes de presupuestos. La empresa Mas Cerca Sam efectúa alegaciones en miso sentido.

La actora se opone toda vez que el propio artículo 177 de la ley reguladora de la jurisdicción social permite dirigir la demanda por vulneración de derechos fundamentales frente a una persona distinta del empleador. En todo caso se trata de una sociedad 100% de capital público municipal, que se encarga de la encomienda de gestión de competencias del ayuntamiento conforme al artículo





85.2.a) de la ley de bases del régimen local y que la propia Ley 9/2017 de contratos del sector público admite la gestión directa como indirecta de competencias por parte de la administración. El Ministerio Fiscal informa en sentido favorable a lo expuesto por la demandante.

1.- En primer lugar debe determinarse la legitimación pasiva ad procesum del Ayuntamiento. Legislación.

Dispone el art. 177 de la LRJS que "1. Cualquier trabajador o sindicato que, invocando un derecho o interés legítimo, considere lesionados los derechos de libertad sindical, huelga u otros derechos fundamentales y libertades públicas, incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y del acoso, podrá recabar su tutela a través de este procedimiento cuando la pretensión se suscite en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas, incluidas las que se formulen contra terceros vinculados al empresario por cualquier título, cuando la vulneración alegada tenga conexión directa con la prestación de servicios."

## 2.- Jurisprudencia.

2.1.- La STC 75/2010. Debe traerse a colación la citada STC 75/10 pues en ella declara la vulneración de derecho fundamental del trabajador de despido por una subcontrata a la que la principal le rescinde el contrato tras recibir preaviso que le había notificado para hacer frente reclamaciones salariales de los trabajadores. Razona que puede decretarse la vulneración aunque provenga de empresa distinta como es la principal que subcontrata a su empleadora. Eso sí consecuencia de la nulidad de aquel despido es únicamente limitada a la readmisión en la subcontratista. Dice así :*"Sin embargo, cuando de la tutela de los derechos fundamentales se trata, este Tribunal ha de garantizar dicha tutela sin que puedan existir espacios inmunes a la vigencia de los derechos fundamentales. Si a través de la técnica de la subcontratación se posibilita que trabajadores externos contratados por una empresa contratista se vinculen directamente a la actividad productiva de una empresa principal e, incluso, que la propia duración de su contrato de trabajo se haga depender directamente de la vigencia del contrato mercantil que vincula a ambas empresas, determinando, en virtud de todo ello, que la efectividad de los derechos de los trabajadores pueda verse afectada no sólo por la actuación del contratista sino también por la del empresario principal, del mismo modo habrá de salvaguardarse que en el ámbito de esas actuaciones los derechos fundamentales de los trabajadores no sean vulnerados. Pues no sería admisible que en los procesos de descentralización productiva los trabajadores carecieran de los instrumentos de garantía y tutela de sus derechos fundamentales con que cuentan en los supuestos de actividad no descentralizada, ante actuaciones empresariales lesivas de los mismos."*

2.2.- Igualmente puede traerse a colación la STS de Galicia de 17 de abril de 2018 rec 3784/2017. La misma analiza el art 177.1 y .4 de la LRJS indicado en consecuencia de la STC 250/17 y necesidad de proteger derecho fundamental de trabajador aunque la vulneración no provenga de empleador, aunque enfatiza que es exigido algún tipo de vínculo con empleador: *"La regulación*



legal es consecuencia de la incorporación a la norma de la doctrina contemplada en la STC 250/2007, de 17 de diciembre, QS 2007/ 259914 (seguida de otras), que corrigió un Auto del Tribunal Supremo en el que se declaraba la incompetencia del orden social para conocer de una acción dirigida contra el sujeto activo de un acoso sexual, el cual era superior jerárquico de la compañera acosada y produciéndose el acoso en el lugar y durante la jornada de trabajo, pese a todo lo cual el Tribunal Supremo había considerado que la actuación del demandado era personal y ajena a lo laboral. Frente al Auto, el Tribunal Constitucional elabora la doctrina de la conexión directa de la vulneración del derecho fundamental con la relación laboral, calificando de no sostenible la interpretación que circunscribe el proceso especial a las lesiones provocadas únicamente por el empresario, interpretación restrictiva que provocaría el efecto adicional de la privación de las prerrogativas procesales propias de dicho procedimiento.

Por tanto, la nueva redacción del precepto pretende una ampliación del ámbito subjetivo de este procedimiento especial con garantías reforzadas (medidas cautelares, preferencia, sumariedad, recurso de amparo...) a supuestos en los que el causante de la lesión es un tercero, si bien la lesión habrá de mantener una conexión con la relación laboral.

Y respecto de la cuestión relativa a la relación entre el tercero y el empresario y entre el tercero y la prestación de servicios para poder acudir a esta modalidad procesal, lo cierto es que de acuerdo con la nueva redacción dada al artículo 177.1 de la LRJS, (como se ha dicho anteriormente) el tercero causante de la lesión (y por tanto legitimado pasivamente) podrá estar vinculado al empresario por cualquier título (misma expresión empleada por el art. 2. f) LRJS). Lo que lleva a concluir la necesidad de la existencia de algún tipo de vínculo, y a descartar las lesiones que un tercero totalmente ajeno al empresario pudiera causar a un trabajador en el lugar de trabajo. Por su parte, y en el mismo sentido, el art. 177.4 LRJS indica que podrán dirigirse pretensiones tanto contra el empresario como contra cualquier otro sujeto que resulte responsable, "con independencia del tipo de vínculo" que le una al empresario, lo que redundará en la necesidad de la existencia de vínculo entre causante y empresario."

3.- En este caso debe desestimarse la excepción de falta de legitimación pasiva por los siguientes motivos:

3.1.- La STC 75/10 permite declarar la vulneración de derecho fundamental aunque la misma no provenga de la misma empleadora.

3.2.- La LRJS en su art. 177.1 y 177.4 de la LRJS acorde a ello permite demandar a terceros vinculados a empresarios.

3.3.- El vínculo con empleador en términos expuestos en la jurisprudencia antes transcrita no precisa que se trate ni de un levantamiento de velo ni de un grupo de empresa, basta con un vínculo con empleador. En este caso entre las codemandadas hay vínculo: Mas Cerca SAM tiene como único socio al Ayuntamiento de Málaga, y su creación fue efectuada por la Junta de Gobierno



Local del Ayuntamiento en desarrollo y ejecución de gestión de competencias del art. 85 de la Ley de bases de régimen local.

3.4.- Por otro lado cuestión distinta es la legitimación pasiva ad causam. Ahí sí que habrá que estar a la prueba de acción entablada en cuanto al fondo. Ello más aun cuando se interesa para el propio Ayuntamiento además la solidaridad en abono de indemnización solicitada Y en dicho análisis puede darse las posibilidades: de un lado será posible valorar que el Ayuntamiento fuere el directo responsable de una discriminación retributiva por razón de género, o por el contrato entendiere no ser procedente tal imputación (en cuyo caso consecuencia de ello es que no podrá ser condenado a la indemnización por vulneración de derecho fundamental). Un segundo elemento a analizar es que aunque no sea el Ayuntamiento responsable de dicha discriminación imputada dada la vinculación entre ambas demandadas sí pudiese efectuarse el estudio comparativo entre ambas codemandadas para el fundamento de pretensión ejercitada. Pero tanto en uno como en otro caso debe ser cuestión relativa al fondo de la acción entablada y por tanto objeto de resolución ya en cuanto al fondo en los siguientes fundamentos de derecho.

**QUINTO.-** En este caso rige la inversión de carga prueba en acción por vulneración de derechos fundamentales.

**A.-** Dice el art.96 LRJS. La jurisprudencia ha abordado la necesidad de prueba de indicios de vulneración de derecho fundamentales para que opere el art.96.1 de la LRJS que dice que "1. En aquellos procesos en que de las alegaciones de la parte actora se deduzca la existencia de indicios fundados de discriminación por razón de sexo, orientación o identidad sexual, origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad, acoso y en cualquier otro supuesto de vulneración de un derecho fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad."

**B.-** La existencia de indicios de vulneración para invertir la carga de prueba en jurisprudencia. - Sobre prueba de indicios de vulneración de derechos fundamentales. Dice la STSJ Andalucía sede Málaga de 12 de junio de 2014 rec 720/2014 que "Asimismo, reiterada doctrina del Tribunal Constitucional ha declarado que cuando se alegue que una decisión empresarial encubre en realidad una conducta lesiva de los derechos fundamentales, incumbe al empresario la carga de probar que su actuación obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental. Ahora bien, para que juegue en el citado sentido la carga probatoria, el trabajador ha de aportar unos indicios razonables de que el acto empresarial lesiona sus derechos fundamentales. Es decir, no es suficiente para el trabajador la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que el demandante debe aportar además un indicio razonable de que la violación del derecho fundamental se ha producido, de tal manera que únicamente cuando se hayan aportado estos indicios se producirá la



denominada inversión de la carga de la prueba, correspondiendo entonces al demandado probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable la decisión empresarial, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios aportados por el demandante ( sentencias del Tribunal Constitucional 38/1981 , 266/1993 , 74/1998 y 90/1997 , entre otras muchas).”

**SEXTO.-** Ya en cuanto al fondo de la acción entablada.

**Las posiciones de las partes son:**

- Los actores interesan que se declare que son objeto de discriminación retributiva por razón de sexo al pertenecer a una empresa feminizada y tener menos retribución que el personal laboral del ayuntamiento. Como término de comparación existe tabla de equivalencia de categorías que finalmente no tuvo lugar, pero que acreditarían que son términos homogéneos. Y como elemento argumentativo se aportan los datos de otras sociedades municipales. Se interesa la declaración de vulneración de derechos fundamentales, el cese de esta conducta la indemnización por daños morales de 30.000 euros por cada uno de los demandantes en el ámbito del presente procedimiento.

- Por Más cerca la demanda choca con la autonomía colectiva: hay un convenio colectivo del que derivan las tablas salariales y las retribuciones de los trabajadores. Se trata de una empresa de personalidad jurídica propia, no pudiendo ser el ayuntamiento como término válido de comparación, hay limitaciones presupuestarias que impidieron la equiparación postulada, y no hay término homogéneo de comparación, más que una genérica referencia a categorías, pero no a las funciones de cada actor en relación a qué puesto se está reclamando dicha equiparación.

- El Ayuntamiento de Málaga coincide con las argumentaciones de la empresa y enfatiza su falta de legitimación pasiva, independencia jurídica de la empresa y por último en conclusiones que el propio ayuntamiento tiene más mujeres que hombres según documental aportada.

- El Ministerio Fiscal coincide en la existencia de vulneración de derecho fundamental por existir discriminación retributiva por razón de sexo que entiende es indirecta. Se opone a las alegaciones esgrimidas por las demandadas en tanto que entiende ambas tienen legitimación pasiva y además hay término homogéneo de comparación porque es una sociedad de naturaleza municipal instrumental del ayuntamiento, que hace posible dicha comparativa con independencia de que formalmente tenga personalidad jurídica propia o convenio colectivo. No afecta la limitación de norma presupuestaria. No obstante la naturaleza de la discriminación, indirecta, y las alegaciones esgrimidas por las demandadas entiende debe ponderarse la indemnización por daño moral a 3.000 euros por trabajador. Enfatiza que los efectos son únicamente, y por eso se accedió a la acumulación subjetiva de acciones la declaración de vulneración de derechos fundamentales, cese y la indemnización por daños morales quedando fuera de él



las concretas reclamaciones que individualmente pudieran presentar los actores en su caso.

**A.- Debe desestimarse las siguientes causas de oposición efectuadas por las demandadas:**

**A.1.- La ausencia de voluntad de discriminación.** Se alega por empresa la ausencia de voluntad discriminadora como prueba de ello el propio acta de 6 de julio de 2021. No vincula porque es propuesta pero evidencia ausencia de voluntad discriminadora por la empresa. Ello sin perjuicio de que posteriormente las limitaciones presupuestarias lo impidieran. Alega a ello el Ministerio Fiscal que la discriminación no requiere un dolo en el sujeto activo que la produce sino solo la constatación de si concurren una situación de discriminación. La ausencia de dolo como indica Ministerio Fiscal no elimina la posible existencia de una discriminación sino un elemento más para valorar la indemnización en su caso.

Aunque le acta de 6 de julio de 2021 evidencie falta de ánimo de discriminar ello no es óbice a analizar si existe tal discriminación . Debe añadirse la naturaleza de la discriminación que en este caso se trata como alega el Ministerio fiscal de una discriminación indirecta. Existe un convenio colectivo en una empresa con personalidad jurídica propia, convenio colectivo propio, sus propias tablas salariales, y se abonan en función a dichas categorías. Pese al cumplimiento de todas esas formalidades, los demandantes consideran que al estar la empresa feminizada están percibiendo un salario inferior a la de que un trabajador de igual valor percibiera en el Ayuntamiento de Málaga y a partir de ahí entienden que dicho personal laboral del ayuntamiento es término homologable. Por ello de estimarse la demanda no es una discriminación directa sino una discriminación indirecta en este caso entre una empresa municipal y el personal laboral del ayuntamiento. Ese es el objeto de la litis.

**A.2.- En cuánto a qué convenio colectivo y tablas utilizar de comparativa el actor enfatiza que debe ser la del 2021 porque se acciona indicando que durante el 2021 los actores han sido objeto de discriminación retributiva por causa de sexo presentándose la demanda el 30 de enero de 2022 con arreglo al último año. Por ello el convenio debe ser el de 2021 sin perjuicio de qué no cambie la situación en el nuevo convenio. La empresa considera deben ser las del 2022 y que de hecho es la información que alguna de las empresas aporta. El Ministerio fiscal entiende qué es la fecha de presentación de demanda la que determina la acción ejercitada.**

Debe acogerse en este punto el criterio de los actores y Ministerio Fiscal. La demanda lo que pide es que se declare que los actores han sido objeto de una discriminación retributiva por razón de sexo en el último año pidiendo su cese y la indemnización de daños morales. Lo que se enjuicia es el sistema retributivo al momento de presentarse la demanda y por eso habrá de estarse a las tablas del 2021. Que hubiera un nuevo colectivo posteriormente y sus nuevas tablas podrán



ser utilizados como prueba para rebatir o por el contrario reafirmar la existencia de discriminación posteriormente y enjuiciar los hechos a fecha de demanda. Todo ello sin perjuicio de que como igualmente señala la actora el nuevo convenio colectivo no procedió a la equiparación y la cuestión de fondo es esencialmente similar.

1.- En todo caso y para su debida constancia ambos convenios colectivos de Mas Cerca contienen una estructura parecida aunque no idéntica. En el folio 258 consta el convenio colectivo del 2008 donde la retribución de los trabajadores se produce en función de si pertenecen a grupo A,B,C,D, o E del citado convenio. A su vez dichos grupos profesionales recogen categorías hasta el número de 18 que son definibles igualmente ya en el anexo segundo. Y el anexo segundo además a la hora de establecer la clasificación de los distintos puestos en grupos introduce un valor de referencia con el personal laboral del Ayuntamiento de Málaga que va desde A1, A2, C1, C2, o E. f.258.

El convenio colectivo del personal laboral del Ayuntamiento en el 2009 a 2011 contemplaba dicho catálogo de puestos de trabajo en su anexo segunda F 418. Se mantiene la denominación de los subgrupos, aunque en ellos existen distintos niveles. Y la retribución se efectúa combinando grupo y nivel. La comparativa entre ambos convenios al objeto de la litis y a falta de una específica prueba debe efectuarse con el nivel más bajo dentro de cada subgrupo al no acreditarse que en dicha equivalencia algunas de las categorías desempeñada en el grupo de Más Cerca deba tener dentro del subgrupo de equivalencia en el convenio colectivo un nivel superior al mínimo previsto para el mismo.

Con posterioridad se publica el convenio colectivo de personal laboral del Ayuntamiento de Málaga en vigor desde el 1 de enero de 2021. Regula en su anexo segundo sus niveles en folio 485. Es esa tabla del folio 485 la que en el año 2021 debe servir en la equivalencia postulada por los actores con las retribuciones que perciban en cada una de sus categorías en Más Cerca. Al igual que el anterior convenio comprende subgrupos y niveles, y la retribución tiene en cuenta ambos. La equivalencia por cada uno de los subgrupos el nivel más inferior acerca de que algunos de los puestos de trabajo fueran encuadrable en un nivel superior al más bajo de cada subgrupo.

La equivalencia por tanto ha de practicarse entre las tablas descritas en el folio de 258 para la empresa Más cerca en el convenio colectivo de 2008 con las tablas existentes para el personal laboral del Ayuntamiento de Málaga para en 2021 en folio 485 según convenio colectivo que entró en vigor el 1 de enero de dicho año.

2.- Es cierto que posteriormente en el año 2023 el proceso negociador ya vigente el proceso desembocó en el convenio colectivo publicado en Bopma el 17 de enero 2023, cuyas tablas salariales y clasificación profesional consta en el folio 631 y 632. Contempla los mismos 5 grupos profesionales 24 categorías profesionales y el importe de la retribución se actualiza al año 2023. Además en el anexo segundo ha desaparecido el valor referencia de la categoría profesional con el Ayuntamiento de Málaga en la tabla de categorías profesionales del anterior convenio de 2008. No obstante no puede tomarse como referencia dichas tablas



no solo porque la acción entablada es determinar si existía discriminación al momento de presentarse la demanda 30 de enero de 2022 sobre los ingresos del año 2021 y además porque no podría compararse unas tablas previstas para el 2023 en Más cerca con unas tablas previstas en el convenio colectivo del personal laboral del ayuntamiento en el 2021. No solo son anualidades distintas sino que lo que se enjuicia en el caso de autos no es la situación retributiva a enero del 2023 sino las previas a la demanda según los ingresos regulados para la anualidad 2021.

### A.3.- Autonomía colectiva.

La empresa señala que la demanda afecta a la autonomía colectiva porque la retribución de los actores se fija en unas tablas salariales estipuladas en el convenio colectivo tanto en el de 2008 como en el que se estaba negociando al momento de interponerse la demanda y definitivamente aprobado en enero de 2023. No puede alegarse discriminación por el percibo de unas retribuciones que se ajustan a lo estipulado por empresa y representación legal de los trabajadores en el convenio colectivo.

Dicha alegación no puede tener acogida toda vez que puede existir una discriminación por razón de sexo en la retribución que perciba un colectivo de trabajadores aunque la retribución se ajuste a lo estipulado en la normativa ya sea legal o reglamentaria si la misma contempla una segregación injustificada por razón de sexo. Cabe hablar de una discriminación indirecta cuando formalmente se retribuye de acuerdo a las categorías estipuladas en el convenio colectivo si se contempla que con dicho sistema retributivo aun ajustándose a lo pactado entre las partes se está produciendo la segregación de un colectivo determinado. No se afecta por otro lado a la autonomía colectiva en los términos que se razonó en la inadecuación de procedimiento. Son acciones individuales en ejercicio de la tutela efectiva cuyo efectos se ciñen en este proceso, y que no puede afectar a las tablas del convenio ni a ningún precepto del convenio, que quedaría reservado ya sea la a la impugnación de convenio colectivo ya lo sea a un conflicto colectivo. Lo que se pide es que se declare que la retribución de cada cada trabajador supone una discriminación por razón de sexo y de ser así el cese de dicha forma de retribución sin derogar ninguna estipulación de convenio.

### A.4.- Limitación presupuestaria.

Enfatizan las demandas que son dichas limitaciones las que impidieron la equiparación que se estaba negociando en el acta de 6 de julio de 2021.

Desde una óptica de legalidad ordinaria el convenio colectivo debe respetar las limitaciones presupuestarias al ser derecho necesario. Dice la STS 21 de junio de 2022 rec 450/19 " *cuestión litigiosa ha sido resuelta por esta Sala IV/ TS en sentencia de 10 de diciembre de 2020 (rcud. 4011/2017), en la que se aporta la misma sentencia de contraste y el objeto de debate es el mismo, y otras anteriores referidas en la misma. Como decíamos allí:*



Como decíamos allí:

" (...) Reiterada doctrina jurisprudencial sostiene que los convenios colectivos han de someterse al derecho necesario establecido por la ley, de rango superior en la jerarquía normativa.

La sentencia del TS de 21 de marzo de 2019, recurso 68/2018, compendia la doctrina jurisprudencial sobre la materia:

"la solución a tales planteamientos viene dada por la aplicación del principio de jerarquía normativa [...]"

"A) La STS de 9 de diciembre de 1995 (recurso 532/1995) declaró que el carácter normativo del convenio colectivo deriva de su sometimiento a las normas de rango superior, dentro del cuadro de las fuentes del Derecho, de suerte que la norma paccionada ha de someterse al derecho necesario establecido por la ley, de rango superior en la jerarquía normativa.

B) La STS 16 febrero 1999 (rec. 3808/1997) [...] Sobre la línea delimitadora ley-convenio colectivo y la primacía de la Ley sobre el convenio colectivo, la jurisprudencia constitucional ha afirmado que "el Convenio Colectivo, en cuanto tiene valor normativo y se inscribe en el sistema de fuentes, ha de someterse a las normas de mayor rango jerárquico y ha de respetar el cuadro de derechos fundamentales acogidos en nuestra Constitución" ( STC 177/1998 ). Por su parte, la jurisprudencia social ha establecido, entre otros extremos, que las leyes presupuestarias estatales o las de las Comunidades Autónomas pueden imponer límites máximos al incremento de las retribuciones del personal laboral al servicio de las respectivas Administraciones Públicas [...] que lo acordado en los Convenios Colectivos puede ser modificado por el legislador siempre y cuando la modificación no tenga tal entidad que afecte al contenido esencial del derecho a la negociación colectiva ( STS/IV 8- VI-1995 -recurso 3066/1995 ), proclamando "la primacía de la ley en aquellos extremos que tienen carácter inderogable, inalterable e indisponible" y que "en aras del principio de legalidad consagrado en el art. 9 CE , las normas promulgadas por el Estado, con carácter de derecho necesario, penetran, por imperio de la ley, en la norma paccionada ya creada" ( STS/IV 9-III-1992 y 4-V-1994 - recurso 3311/1993 ) [...] la STS/IV 25-III-1998 (recurso 3823/97 ), argumenta que "el Tribunal Constitucional que ha declarado en su sentencia 58/1985 que la limitación de la autonomía colectiva del Sector Público nace de la unidad del ordenamiento jurídico que supone, entre otras consecuencias, el respeto por la norma pactada del Derecho necesario establecido por la Ley, que en razón de la superior posición que ocupa en la jerarquía normativa, puede desplegar una virtualidad limitadora de la negociación colectiva y puede, igualmente de forma excepcional, reservarse para sí determinadas materias que quedan por tanto excluidas, de la negociación colectiva. Añadiendo que igualmente aquella limitación puede originarse en virtud de circunstancias que aconsejen una política de control salarial que pueden legitimar condicionamientos y limitaciones temporales a la contratación colectiva. En este sentido el Tribunal Constitucional se ha pronunciado positivamente a favor de la limitación en los incrementos salariales que afecten al personal de la Administración Pública, declarando que esta limitación no vulnera





*el artículo 14 de la Constitución , sentencias 858/85 y 331/1986 ; precisando , la sentencia nº 96/1990 , que el límite retributivo del personal de la Administración Pública no vulnera el artículo 14, ni tampoco el 37,1 de la Constitución , añadiendo la sentencia 210/1990 que el Convenio Colectivo es una norma que solo tiene fuerza vinculante y despliega su eficacia en el campo de juego que la ley le señala", recordando que "en la misma línea se ha pronunciado esta Sala en sus sentencias de 9 de Julio de 1991 , 24 de Febrero de 1992 , 7 de Abril y 8 de Junio de 1995 que han señalado en definitiva la primacía de la norma de origen legal sobre la norma de origen convencional en materias de derecho necesario".*

Sin embargo cuando la menor retribución de un trabajador deriva de un trato discriminación contrario al art. 14 CE no puede invocarse las limitaciones presupuestarias, pues necesariamente debe restituirse la situación discriminatoria. En un supuesto de discriminación salarial donde un personal temporal cobraba menos que uno fijo y la administración invocaba límite presupuestarios, dice la STS de 6 de julio de 2022 rec 1590/19 : *"Atendida la doctrina expuesta, la Sala concluye que la sentencia recurrida ha infringido claramente lo dispuesto en la cláusula cuarta de la Directiva/CE 1999/70 y la doctrina fijada por la sentencia del TJUE de 22 de diciembre de 2010, sobre discriminación retributivas con el personal fijo en relación con el art. 14 CE, así como los arts. 29 y 30 del convenio colectivo de aplicación, por cuanto ha quedado plenamente acreditado que el Ayuntamiento demandado ha retribuido a la demandante en una cuantía muy inferior a las limpiadoras fijas, sin que se haya acreditado, de ningún modo, la concurrencia de circunstancias objetivas, debidamente probadas, que justifiquen de manera idónea, razonable y proporcionada dicho trato diferenciado.*

*Dicha conclusión no puede enervarse por lo dispuesto en el art. 2.2 del RDL 20/2011, de 30 de diciembre, de medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera para la corrección del déficit público, que bloqueó los incrementos salariales en el sector público en el año 2012, porque aquí no se reclama ningún incremento en el año 2012, sino que se reclaman la diferencias retributivas entre limpiadores fijos y temporales en el período 7-01-2014 a 7-01-2015, habiéndose acreditado cumplidamente que los limpiadores fijos cobraron en dicho período 1.148, 12 euros mensuales, mientras que la demandante percibió en el mismo período 821, 19 euros, existiendo una diferencia retributiva de 3.923, 16 euros, sin que el Ayuntamiento haya probado la concurrencia de razones sólidas y proporcionadas que justifiquen dicha diferencia de trato retributivo entre el personal fijo y el temporal."*

Esta última sentencia es plenamente aplicable al caso de autos. Dentro del marco de negociación del nuevo convenio colectivo en un acta de 6 de julio de 2021 se establece la equivalencia entre categorías profesionales de la empresa Más cerca y del personal laboral del ayuntamiento F 849 y 854. Finalmente en una reunión en la mesa técnica el 27 de julio F 857 se concluyó que no era posible al superar incremento de la masa salarial del 0,9%. Sí se considera que la situación preexistente a la negociación de julio de 2021 no era discriminatoria y que el desarrollo de la misma era fruto de una voluntad negociadora de efectuar una subida salarial sería una cuestión de legalidad ordinaria. Y como cuestión de legalidad ordinaria debería estar sujeto a respeto a las normas de derecho



necesario presupuestarias y a las limitaciones establecidas en la ley de presupuestos del Estado invocadas por la demandada.

Ahora bien, si se concluye que la situación preexistente a dicha negociación de julio de 2021 constituía una discriminación retributiva por razón de sexo, la equiparación salarial propuesta en el seno de aquella negociación ya no sería una cuestión de legalidad ordinaria sino de velar por el derecho de igualdad y la restitución de la situación que genera dicha discriminación y en tal caso si sería aplicable la anterior sentencia del TS de 6 de julio de 2022 rec 1590/19, en aquel caso en un supuesto de equiparación retributiva entre trabajadores temporales y fijos y en el presente caso de trabajadores que perciben menos ingresos por ser de un sector feminizado respecto del resto. La clave está por lo tanto en determinar no si existe una limitación presupuestaria porque no es un procedimiento de legalidad ordinaria el presente sino si la situación anterior era una situación discriminatoria por razón de sexo, lo que constituye la acción de vulneración de derechos fundamentales.

**A.5.- Comparativa por categorías.** Alegan empresa y Ayuntamiento que no cabe una genérica equiparación por pertenencia a grupos profesionales. Dicha causa de oposición debe desestimarse.

Es cierto que la propuesta de 6 de julio de 2021 no es vinculante y puede entenderse que se formula en términos de equidad retributiva dentro de aspectos de legalidad ordinaria pero que una vez no se ha materializado en el convenio no tendría por qué suponer una homogénea prestación de servicios que permita entender que la situación entre un grupo y otro son términos homogéneos de comparación. Sin embargo es definitivo el sistema de clasificación profesional que se estableció en el anexo segundo del convenio colectivo de más cerca en el año 2008. Se establece un sistema de clasificación en grupos profesionales incluyendo la referencia al Ayuntamiento de Málaga. Es cierto que ello no supone que exista una equiparación retributiva porque no se pactó como tal y el fundamento de ello según el tenor de la disposición adicional quinta y séptima es posibilitar el encuadre de los trabajadores caso de que el Ayuntamiento recupere ese dicho servicio o a la realización de una negociación que hiciere posible dicha equivalencia. Pero lo cierto es que se definen con referencia a la clasificación de grupos profesionales del personal laboral del Ayuntamiento de Málaga. Como además se reclama el nivel más inferior dentro de cada uno de los subgrupos profesionales del personal laboral del ayuntamiento, porque no existe prueba de un nivel superior dentro de cada subgrupo, sí son términos homogéneos de comparación. Se trata de comparar la retribución de las categorías de uno y otro convenio, la definición de dichas categorías se ha hecho en el convenio de Más Cerca de 2008, por referencia a las categorías del otro convenio porque ya en dicha regulación se admite la homogeneidad entre ambos sistemas de clasificación.

El ayuntamiento alega que no todos los puestos tienen su correspondencia y en concreto certifica en folio 1022 que no existe el puesto de agente de igualdad. Pero la equivalencia que establece el convenio de 2008 de la empresa lo es no por puestos de trabajo sino por grupos y en la nómina consta que el denominado como agente de igualdad folio 731 es técnico de grado medio. Un técnico de grado medio



en F 258 equivale a un A2 en el Ayuntamiento de Málaga. Y en esa referencia, a falta de prueba que le correspondiere mayor nivel, debería corresponder el nivel más inferior dentro del subgrupo A2.

**B.- No obstante debe desestimarse la demanda por los motivos siguientes.**

**B.1.- Personalidad jurídica propia de Más Cerca Sam.** Ausencia de término de comparación.

1.- Por los actores se incide que la empresa es una sociedad municipal instrumental cien por cien de capital público para la ejecución de competencias de los ayuntamientos conforme a la Ley de Bases del Régimen Local y cuya toma de decisiones se efectúa en sede del ayuntamiento. Ello permite la identificación entre empresa y Ayuntamiento y la posibilidad de efectuar una comparativa de sendas estructuras salariales. Apoya esta posibilidad las previsiones de la disposición adicional 7º del convenio de Más cerca en 2008 sobre una posible asunción de los servicios directamente por el Ayuntamiento y la definición de las categorías profesionales con mención a su referencia en el convenio del personal laboral del Ayuntamiento de Málaga en el anexo II del convenio de 2008. Igualmente refuerza ello la propia propuesta de 6 de julio de 2021 durante la negociación colectiva del nuevo convenio de efectuar dicha equiparación.

La empresa se opone. Explica cómo es objeto de creación en el año 2002 los trabajadores originarios subrogados desde una empresa privada, Eulen. Es cierto que su capital es cien por cien municipal pero tiene su propio órganos de dirección, representación legal de trabajadores, convenios colectivos y personalidad jurídica propia e independiente. Refuerza dicha tesis el Ayuntamiento quien además explica que la mesa técnica es un órgano de asesoramiento no decisorio. Ambas partes demandadas reafirma que la personalidad jurídica propia es real e impide la comparativa entre ambas estructuras retributivas pertenecientes a distintos convenios colectivos, de distintas entidades jurídicas, empresa municipal y ayuntamiento.

Por el Ministerio Fiscal se entiende que realmente constituye un todo Ayuntamiento y empresa. Se trata de competencias del ayuntamiento en que es posible la gestión directa o indirecta y se crean una serie de sociedades municipales entre ellas la de autos con cien por cien de capital municipal siendo posible dicha identificación. Se trata de una discriminación indirecta que no precisa que se efectúe en el seno de la misma empresa y se puede comparar salarios de distintas empresas sí aún siendo ciertas y teniendo su propia personalidad y convenio ambas pertenecen al ámbito directivo del Ayuntamiento de Málaga dada la intervención que éste tiene en la empresa municipal y en la toma de decisiones en la misma. Prueba de ello es que los miembros de la Mesa Técnica de 27 de julio son del ámbito rector del Ayuntamiento.

.2.- No puede hablarse que entre la empresa más cerca Sam y el Ayuntamiento de Málaga concurrieran los requisitos de grupo de empresa.



Como requisitos establece la STS de 21 de noviembre de 2019 rec 103/19 que "a).- *Funcionamiento unitario.- En los supuestos de "prestación de trabajo "indistinta" o conjunta para dos o más entidades societarias de un grupo nos encontramos ... ante una única relación de trabajo cuyo titular es el grupo en su condición de sujeto real y efectivo de la explotación unitaria por cuenta de la que prestan servicios los trabajadores"; situaciones integrables en el art. 1.2. ET que califica como empresarios a las "personas físicas y jurídicas" y también a las "comunidades de bienes" que reciban la prestación de servicios de los trabajadores".*

b).- *Confusión patrimonial.- Este elemento "no hace referencia a la pertenencia del capital social, sino a la pertenencia y uso del patrimonio social de forma indistinta, lo que no impide la utilización conjunta de infraestructuras o medios de producción comunes, siempre que esté clara y formalizada esa pertenencia común o la cesión de su uso"; y "ni siquiera existe por encontrarse desordenados o mezclados físicamente los activos sociales, a menos que "no pueda reconstruirse formalmente la separación".*

c).- *Unidad de caja.- Factor adicional que supone el grado extremo de la confusión patrimonial, hasta el punto de que se haya sostenido la conveniente identificación de ambos criterios; hace referencia a lo que en doctrina se ha calificado como "promiscuidad en la gestión económica" y que al decir de la jurisprudencia alude a la situación de "permeabilidad operativa y contable", lo que no es identificable con las novedosas situaciones de "cash pooling" entre empresas del mismo Grupo, en las que la unidad de caja es meramente contable y no va acompañada de confusión patrimonial alguna, por tratarse de una gestión centralizada de la tesorería para grupos de empresas, con las correspondientes ventajas de información y de reducción de costes.*

d).- *Utilización fraudulenta de la personalidad.- Apunta a la "creación de empresa aparente" -concepto íntimamente unido a la confusión patrimonial y de plantillas- y alude al fraude en el manejo de la personificación, que es lo que determina precisamente la aplicación de la doctrina del "levantamiento del velo", en supuestos en los que -a la postre- puede apreciarse la existencia de una empresa real y otra que sirve de "pantalla" para aquélla.*

e).- *Uso abusivo de la dirección unitaria.- La legítima dirección unitaria puede ser objeto de abusivo ejercicio - determinante de solidaridad- cuando se ejerce anormalmente y causa perjuicio a los trabajadores, como en los supuestos de actuaciones en exclusivo beneficio del grupo o de la empresa dominante".*

En este caso no concurre la nota de funcionamiento unitario no existiendo trasvase de trabajadores entre Ayuntamiento y empresa ni prestación indiferenciada de servicios para ambas. Tampoco existe confusión patrimonial entendido como tal el uso indistinto del patrimonio de una de la sociedad por la otra. No existe prueba de unidad de caja, ni flujos de capital indistinto entre ambas codemandadas ni pagos de deudas de una en nombre de la otra. Pese a que los presupuestos del ayuntamiento incluyen los de la empresa según el artículo 27 de sus estatutos no conlleva que en el tráfico comercial no tenga su propia e



independiente actividad, no existiendo prueba de dichos traspasos de fondos entre ambas. No existe una utilización fraudulenta de personalidad, de hecho el ámbito competencial que el artículo 18 estatutos reserva al Consejo de administración evidencia la personalidad jurídica independiente: gestión de sociedad, fiscalización de sus servicios, nombrar director gerente, contrataciones que excedan del 5% del presupuesto, representación de la sociedad, elevación de propuestas a Ayuntamiento en materia de competencia municipal, autorizar préstamos, acordar apertura de cuentas corrientes, formular cuentas anuales, determinar plantilla, aprobar convenios ingresos de personal.

Concretamente en el ámbito laboral el art.18.2. j) de los Estatutos habla de “ determinar la plantilla de personal al servicio de la sociedad y sus variaciones, aprobar los acuerdos y convenios a través de los cuales se regulan las condiciones de trabajo, aprobar el contenido de las pruebas selectivas previas al ingreso del personal indefinido o temporal y que deberán celebrarse con respeto a los principios de igualdad, publicidad, mérito y capacidad, nombrar y cesar el personal de alta dirección, ejercer todas las facultades referentes al régimen de incompatibilidades y disciplinarios y cese del personal, así como aprobar la estructura organizativa de los servicios y unidades de la sociedad, todo ello de conformidad con la normativa vigente y dentro de los límites presupuestarios en su caso”

Con ello desde el punto de vista de grupo de empresa no puede hablarse que existiere entre las codemandadas

3.- Se incide por la actora y se adhiere el Ministerio fiscal en orden a que conforman todo y que el poder de dirección recae en el ayuntamiento: el artículo 6 de los estatutos establece como la Junta está constituida por el Pleno del Exmo Ayuntamiento, el art.8 que el Consejo de Administración es designado por dicha Junta General, el art. 3 que la actividad desarrollada por la sociedad como medio propio del ayuntamiento lo es en régimen de gestión indirecta del artículo 85.2 de competencias propias municipales del artículo 25.2 de la ley reguladora de las bases del régimen local.

Aun siendo cierto dichas circunstancias desde una óptica laboral no puede hablarse de una discriminación salarial entre una sociedad municipal y el ayuntamiento si no concurre las notas características del grupo de empresa. No es suficiente la existencia de un común órgano de dirección entre personas jurídicas si no concurre el resto de presupuestos antes enumerados de grupo de empresa. La empresa tiene plena personalidad jurídica, aun cuando esté suscrita al cien por cien por capital público y sea un medio de gestión indirecta de competencias municipales, y la composición de la junta general sea la del pleno del Exmo Ayuntamiento de Málaga ( art.8 de estatutos). Actúa en el mercado con independencia y autonomía. Las funciones del Consejo de Administración enumeradas en el artículo 18 del Estatuto así lo desprende. Tiene su propia representación legal de los trabajadores independientes de la del Ayuntamiento y con ellos se efectúan sendas negociaciones colectivas. Las competencias del art. 18.2 en general y las del art., 18.2.j) en particular antes transcritas son ilustrativas.



En base a ellas dispone de propia relación legal de trabajadores y convenio colectivo propio.

Puede traerse a colación la sentencia del Tribunal Superior de justicia de Andalucía con sede en Málaga de 15 de marzo de 2012 rec. 1796/2011 que con ocasión de Ayuntamiento de otra localidad regula el supuesto de un de un convenio colectivo de una sociedad municipal (con 100% de capital del ayuntamiento y la junta general integrada por el pleno municipal) que cuando se pacta ya existe convenio en el Ayuntamiento y que ahí sí se establece en el convenio la vinculación con la evolución retributiva del personal del citado ayuntamiento. Y destaca de dicha resolución que pese a que estima la pretensión de futuro ( porque ahí si se estipuló de forma vinculante e inmediata y no como previsión de una futura negociación) la niega antes de aplicación del convenio. En el caso es idéntico porque es una sociedad cien por cien municipal y el negarlo retroactivamente al convenio supone que dicha equiparación es posible porque así se acordó en el convenio pero que sin dicha previsión convencional no existía tal posibilidad. Se razona en dicha sentencia *"que el convenio colectivo de empresas Municipales 2007-2009 regula en la Disposición Final Primera que: Dada la vinculación existente entre esta empresa y el Ayuntamiento de Estepona, cuyo capital social es el 100 % Municipal y la Junta General de esta empresa la conforma el Ayuntamiento Pleno, cualquier mejora social y/o económica que se establezca para el personal laboral del Ayuntamiento será aplicada en la misma forma y/o cuantía al personal laboral de la empresa al objeto de equiparación de todos los empleados y con el fin de evitar cualquier tipo de discriminación(...)*La cuestión que se plantea en la presente litis se centra en determinar el alcance de la aplicación de la Disposición Final Primera del Convenio Colectivo de la empresa demandada para el período 2007-2009. En ello, y siguiendo el criterio uniformemente mantenido en numerosas resoluciones recaídas en asuntos semejantes al presente, cabe recordar que la Disposición Final Primera del Convenio Colectivo de la empresa demandada para el período 2007-2009 establece que dada la vinculación existente entre esta empresa y el Ayuntamiento, cuyo capital social es el 100% municipal y la Junta General de esta empresa la conforma el Ayuntamiento en Pleno, cualquier mejora social y/o económica que se establezca para el personal laboral del Ayuntamiento será aplicada en la misma forma y/o cuantía al personal de la empresa. Pues bien, las sentencias dictadas -en gran parte aportadas por ambos contendientes a las actuaciones- vienen uniformemente a dictaminar en relación al contenido de tal precepto que con el mismo se viene a establecer una equiparación salarial y social entre los trabajadores de la empresa demandada -al igual que las restantes empresas municipales- y los del Ayuntamiento de Estepona, de tal manera que trabajadores de idéntica categoría profesional deberán percibir idéntico salario, con la finalidad que allí se indica de evitar cualquier discriminación.

Precisamente por ello establecimos expresamente que los trabajadores de las sociedades municipales tenían derecho a percibir los complementos previstos en el Convenio Colectivo del Ayuntamiento de Estepona para su personal laboral. Ahora bien, tal planteamiento ha de venir matizado por la aplicabilidad de lo dispuesto en el artículo 82.4 del Estatuto de los Trabajadores que contempla que el nuevo convenio pueda disponer sobre los derechos reconocidos en uno anterior, lo que



*tiene directa repercusión en que cuando se aprobó el Convenio Colectivo de la demandada (27 de abril de 2007) ya estuviese vigente el del Ayuntamiento (desde el 29 de diciembre de 2006), por lo que la Disposición Final hoy contrariada ha de entenderse aplicable en exclusiva a las mejoras que el Convenio del Ayuntamiento pudiese establecer en el futuro, no a mejoras anteriores a su entrada en vigor como acontece en autos.”*

La anterior sentencia se trae a colación en contraposición al caso de autos. En ambos supuestos son sociedades municipales con cien por cien de capital municipal y donde La Junta general se integra por el pleno municipal. Pero mientras que en el caso de Más cerca el convenio colectivo de 2008 en su disposición adicional quinta lo que prevé es que en 2013 del convenio se realizará un catálogo de categorías equiparables, se efectuara un análisis y estudio diferencial, e inicio de negociaciones de un nuevo convenio teniendo en cuenta dichas consideraciones, esto es una previsión de que una futura negociación colectiva una vez visto una catalogación de equivalencias y estudiando la posibilidad de la misma pueda tenerse en cuenta. En el caso de la sentencia antes transcrita lo que se contempla es ya directamente que las mejoras retributivas del personal laboral del ayuntamiento se aplicaran automáticamente (será aplicada) al de la sociedad municipal. Pero es más en aquella sentencia antes transcrita así lo acuerda de futuro desde que se aprueba el convenio pero no antes de su aplicación. Esto es se hace porque así se reguló en el convenio (será aplicada) y desde que se reguló, no porque existiera tal vinculación antes de que hubiera una norma que así lo acordase; por eso se estimó desde el convenio pero no antes. Por ello la equiparación retributiva entre el personal de una sociedad municipal y el personal laboral del ayuntamiento no deriva per se de la suscripción del cien por cien de su capital social ni de la identificación de órgano directivo en la Junta de personal, sino en la regulación convencional imperativa (y desde que así se acuerda) que así lo establezca. Surge de la negociación colectiva y no de la vinculación en sí, aunque aquella pueda estar influenciada por esta última. Una cosa es que el convenio acuerde la equiparación retributiva en atención a la vinculación existente entre ambos codemandados y otra distinta es que sin acordarlo dada la vinculación pueda aceptarse como término de comparación las tablas de ambas codemandadas a efectos de reclamar igualdad retributiva entre el personal de cada una. Sin una norma convencional que lo imponga la sola vinculación en el capital y órgano directivo no desvirtúa la existencia de personalidad jurídica propia e independiente. Y sí, como ocurre en el caso de autos, el convenio no puede fijarlo porque excede los límites de presupuestos ( el art. 18.2.j in fine de los estatutos incluyen el respeto a los límites de presupuestos) desde la legalidad ordinaria al suponer un incremento de más de un millón y medio de euros un 27% del presupuesto, no cabe la invocación como término de comparación retributivo entre ambos personal porque pertenecen (sin norma vinculante e imperativa de remisión) a personalidades jurídicas propias e independientes.

Para que pueda hablarse de un término homogéneo de comparación el mismo ha de procederse dentro del mismo ámbito directivo empresarial pero no si se sale de él y pertenecen a distintos convenios colectivos y distintas unidades de



negociación. Y ello aunque pertenezcan su capital al mismo propietario. Sí realmente no hay un grupo de empresas, y conservan plena e independiente personalidad jurídica, no puede existir tal término homogéneo de comparación, salvo que la norma convencional imperativamente estableciere una retribución por remisión al otro convenio, que en este caso no existe sino solo la previsión de una futura negociación.

Por ello el primer motivo de desestimación de la demanda es la ausencia de un término homogéneo de comparación porque Ayuntamiento de Málaga y Más Cerca Sam pese a que esta última es una sociedad de creación municipal con carácter de medio propio cuya financiación se incluye en los presupuestos del ayuntamiento para ejecutar vía gestión indirecta competencias municipales tienen personalidad jurídica plena e independiente real para actuar en el mercado y en el ámbito laboral con su propia representación unitaria con aprobación de convenios colectivos propios con sus propias tablas salariales independientes y sin una omr vinculante (la DA 5º no lo es) que remita a la retribución del otro convenio. Y la creación de dos unidades convencionales de negociación de las condiciones retributivas de trabajadores de distintas empresas con personalidad propia si no existe dicha unión patológica de empresas ni remisión vinculante de un convenio a otro no cabe dicha comparación.

**B.2.-** Debe en este punto hacerse mención igualmente a la **solicitud de condena frente al ayuntamiento**. Es cierto que a la hora de analizar la excepción planteada de falta de legitimación pasiva se concluyó que legitimación pasiva al procesum sí había por ser tercero con vínculo con empleador, que en este caso a raíz de los preceptos estatutarios de la empresa debe deducirse que así existe ( art. 177.1 LRJS).

Sin embargo no puede hablarse de una condena solidaria frente a Ayuntamiento. Es el Consejo de Administración de Más Cerca el que en base al art. 18.2.j) tiene competencia para celebrar convenio y regular las condiciones laborales de los trabajadores dentro de los límites presupuestarios. La existencia de plena independencia y personalidad jurídica de la empresa en relación al ayuntamiento impide considerar qué es este el responsable de dicha discriminación. Los estatutos son claros en su artículo 18 en orden a determinar la competencia para determinar las condiciones laborales de los trabajadores y negociarlos en la propia empresa. No cabe condenar al Ayuntamiento a abonar una deuda de la empresa en este caso una indemnización por discriminación por sexo si no ha quedado acreditada la existencia de grupo de empresas, ni cuestionado la personalidad jurídica propia de la empresa, por más que se trate de una sociedad municipal cien por cien de participaciones del ayuntamiento. Por ello el ayuntamiento ciertamente no tiene legitimación pasiva ad causam aunque sí ad procesum. Es un tercero vinculado al empleador pero no es autor de discriminación alguna y por ello tampoco responsable a efectos de una eventual indemnización.

**B. 3 .- El Ayuntamiento de Málaga tiene un 59% de personal laboral femenino y Mas cerca Sam el 84%.** Otra causa de desestimación de la demanda es la ausencia de término homogéneo de comparación por razón de sexo.





Corresponde a los actores probar la existencia de indicios de vulneración y los mismos consisten en: a) la pertenencia a un colectivo feminizado, b) una menor retribución y c) un término homogéneo de comparación. Y éste último que dado que es una discriminación por razón de sexo sea frente a un colectivo en su mayoría masculinizado. Si concurren esos 3 requisitos se invierte la carga de la prueba y serían los demandados los que tendrían que probar la causa justificada de dicha distinta retribución. Ya se ha analizado la ausencia de uno de los requisitos que es el término objetivo de comparación por parecer sociedad municipal de ayuntamiento personalidades jurídicas propias e independientes. Pero tampoco concurre en este caso que el colectivo frente al que se efectúa dicha solicitud de equiparación salarial, por oposición a su feminización de los demandantes, esté masculinizado.

Consta en el folio 1021 de la jefa del servicio de atención del área de Recursos Humanos y calidad del Ayuntamiento de Málaga que expresa la existencia a julio del 2022 de 250 mujeres trabajadoras de las que 99 son fijas y el resto 151 eventuales. Frente a ello existe un 172 hombres trabajadores de los que 150 son fijo y los otros 22 restantes eventuales. Cuando se habla de una discriminación retributiva por causa de género se hace porque unos trabajadores pertenecen a una empresa feminizada y perciben menos retribución que otro colectivo no feminizado. Pero en el caso de autos que existe certificado en folio 1021 existen 250 mujeres frente al 172 hombres para un total de 422 trabajadores en régimen laboral en el personal laboral del ayuntamiento. Esto supone que el 59,24% son mujeres.

Es cierto que la distribución por género dentro del personal laboral del ayuntamiento refleja que el 60% de las mujeres prestan servicios en régimen eventual mientras que en el caso de los hombres el 84% es fijo. Pero a la hora de establecer una equiparación retributiva como quiera que el artículo 15.6 del Estatuto de los trabajadores establece los mismos derechos retributivos del personal temporal que fijo, lo relevante es el volumen de trabajo en su conjunto englobando tanto temporal como laboral fijo.

La empresa Más cerca está considerablemente feminizada siendo más de un 84% de trabajo femenino pero no cabe alegar entre empresas feminizadas discriminación por razón del sexo, que es la acción ejercitada en el presente caso, si el ayuntamiento tiene un 59% de empleo femenino como certifica hoy la jefa del servicio de organización del área de Recursos Humanos y calidad del Ayuntamiento de Málaga a fecha de julio de 2022. Es cierto es que la empresa tiene mayor porcentaje de empleo femenino, pero no es el supuesto en el que un colectivo feminizado percibe menos ingresos que un colectivo donde el sexo femenino es minoritaria. Por eso no existe la razón de género de la diferencia retributiva entre ambos colectivos. La existencia de indicio de discriminación requiere los tres parámetros: un colectivo feminizado, su menor retribución y un colectivo no feminizado o masculinizado que es término homogéneo de comparación. Y este último aspecto no concurre en caso de autos.

**B.4.- Tampoco podría acudir a otras sociedades municipales** cuyos datos constan en autos como sectores de empleo masculinizados. Los



hechos probados recogen porcentajes de empleo masculino y femenino en todas ellas así como tablas salariales, no cuestionándose dichos datos por las partes.

En primer lugar la discriminación por género retributiva ha de ser acreditada con el colectivo cuya retribución entienda debe producirse la misma remuneración. En este caso debe ser el personal laboral del ayuntamiento y no el de las otras sociedades municipales. Lo que no cabe es utilizar información de otra sociedad municipal, en cuanto a distribución por género y retribución, para postular la equiparación retributiva no con aquella otra sociedad municipal sino con el personal laboral del ayuntamiento: debe existir una correlación entre el colectivo objeto de comparación y del que dimana la discriminación y la equiparación retributiva solicitada que debe ser en relación a dicho colectivo.

En segundo lugar tampoco sería posible dicha equivalencia salarial, que no es objeto de autos, con las otras sociedades municipales en la medida que tienen distintas personalidades jurídicas cuya única conexión en que en ambos casos tienen un origen municipal. Si antes se ha desarrollado cómo no era el personal de Ayuntamiento término homogéneo de comparación por pertenecer a personas jurídicas independientes con ámbito negocial propio, ello es aún más predicable de las sociedades municipales cuyos datos se han aportado. Estas además tiene un doble añadido: no existe la posibilidad de equivalencia entre categorías (que en el caso del Ayuntamiento el convenio de 2008 sí las establecía), y tampoco consta sus estatutos de forma que pudiese acreditarse la relación jurídica entre las mismas y el Ayuntamiento. Es cierto que algunas de esas sociedades sí tiene un componente porcentual masculinizado alto, que en la caso de la EMT es del 90% y en el Limasa de 76%. Pero no puede darse acreditado el doble término de comparación: que entre aquellas sociedades y el Ayuntamiento fuere posible dicha comparación y que entre Ayuntamiento y Más Cerca lo fuere igualmente. De hecho no se acredita los estatutos, composición de órganos directivos ni régimen de funcionamiento de aquellas.

Por ello y a modo de conclusión no puede hablarse de una discriminación retributiva por género respecto del colectivo de los demandantes como trabajadores de Más Cerca Sam porque aunque existe una retribución inferior al personal laboral del ayuntamiento e incluso una definición de categoría profesional en el convenio de 2008 con referencia a las de aquel personal, no está regulado la retribución por remisión automática y vinculante ( se emplaza a una futura negociación) y pertenecen a personalidades jurídicas propias e independientes que no admiten términos de comparación. Y en segundo lugar porque aunque se estimase no concurre el presupuesto anterior tampoco se da la circunstancia de que el colectivo de referencia tomado en la comparativa no se encuentre igualmente feminizado dado que el 59% del personal del ayuntamiento es igualmente femenino. La competencia en materia de convenios colectivos y condiciones laborales de los trabajadores dentro de los límites presupuestarios es del Consejo de Administración de la empresa y no del Ayuntamiento que ni puede ser responsable de discriminación ni condenado por daños morales. Y por último tampoco puede ser término de comparación las sociedades municipales, algunas de ellas altamente masculinizadas por tener distintas personalidades jurídicas, desconocerse



funcionamiento de las mismas, y no ser frente a dichos colectivos los que se pretende la equiparación.

### C.- En cuanto a la indemnización por daños Morales.

En aras a dar respuestas a todas las cuestiones planteadas debe abordarse la acción de indemnización por daños morales. Es un pronunciamiento accesorio y dependiente del efectuado sobre vulneración de derechos fundamentales. Desestimándose esta pretensión no ha lugar a aquella indemnización. Pero en aras a dar respuesta a todas las cuestiones planteadas aún en el eventual caso de que se hubiere estimado la demanda habría que minorar el importe indemnizatorio en los términos que interesa en Ministerio Fiscal punto los actores hablan de 30.000 euros por trabajador mientras que el Ministerio fiscal lo rebaja a 3000 euros.

La STS de 9 de marzo de 2022 rec 2269/2019 que señala *"la STS de 5 de octubre de 2017, Rjud 2497/2015 contiene un resumen de la doctrina actual de la Sala en la materia, con cita de sentencias anteriores de la Sala en las que hemos dicho que los daños morales resultan indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental, y al ser especialmente difícil su estimación detallada, deben flexibilizarse las exigencias normales para la determinación de la indemnización. Reiterando esa doctrina, la indemnización de daños morales abre la vía a la posibilidad de que sea el órgano judicial el que establezca prudencialmente su cuantía, sin que pueda exigirse al reclamante la aportación de bases más exactas y precisas para su determinación, en tanto que en esta materia se produce la "inexistencia de parámetros que permitan con precisión traducir en términos económicos el sufrimiento en que tal daño [moral] esencialmente consiste ... [lo que] lleva, por una parte, a un mayor margen de discrecionalidad en la valoración ... y, por otra parte, "diluye en cierta medida la relevancia para el cálculo del quantum indemnizatorio" de la aplicación de parámetros objetivos, pues "los sufrimientos, padecimientos o menoscabos experimentados "no tienen directa o secuencialmente una traducción económica" [SSTS/1ª 27/07/06 Ar. 6548; y SSTS/4ª 28/02/08 -rec. 110/01-]" (SSTS 21/09/09 -rcud 2738/08-; y 11/06/12 -rcud 3336/11)", de tal forma que "en atención a la nueva regulación que se ha producido en la materia tras la LRJS se considera que la exigible identificación de "circunstancias relevantes para la determinación de la indemnización solicitada" ha de excepcionarse en el caso de los daños morales unidos a la vulneración del derecho fundamental cuando resulte difícil su estimación detallada".*

Si se acude con carácter orientativo a la ley 15/2022 (que no es de aplicación porque entra en vigor después de interpuesta la demanda) establece en su artículo 49 parámetros hermenéuticos que sí pueden servir para valorar la entidad de la indemnización que en su caso hubiera dado lugar: la intencionalidad, naturaleza, número de afectados, repercusión social, reincidencia, condición de administración pública, o interconurrencia de distintos factores discriminatorios.



De todos ellos concurre la repercusión social de la litis pues afecta a lo discutido puede tener incidencia en la totalidad de trabajadores de la empresa ( aunque se acciona a título individual) y se trata de sector público.

El resto de factores no concurren: la intencionalidad no concurre en este caso como se abordó al hablar de la ausencia de ánimo discriminatorio por parte de los demandados, a raíz del acta de 6 de julio de 2021. En segundo lugar respecto de la naturaleza, las relaciones laborales de los actores permanecen vivas y retribuidas con arreglo a las tablas salariales convencionales; no es un supuesto en el que con ocasión de una vulneración del derecho fundamental se hubiera extinguido las relaciones laborales. En cuanto al número de afectados si es cierto que afectará a colectividad pero igualmente lo es que todos y cada uno de ellos interesan individualmente la indemnización reparadora de daños y perjuicios, no se trata de una solitud indemnizatoria común para la colectividad sino que a título individual cada actor la interesa.. En cuanto a la reincidencia, no existe constancia de resoluciones previas condenatorias por vulneración de derechos fundamentales contra ninguno de los dos demandados. En cuanto a la concurrencia de diversos factores discriminatorios tampoco ha lugar porque únicamente se invoca como ningún otro factor discriminatorio más allá de la retributiva por género.

Además como factores ponderadores téngase en cuenta que no es una discriminación directa sino indirecta y se ha abonado las tablas salariales acatadas en negociación entre empresa y representación legal de trabajadores. Pese a que se incide en su persistencia en el tiempo pues el convenio era de 2008, no consta reclamaciones previas individuales o colectivas que permita hablar de una persistencia consciente por los demandados. Los actores interesan 30.000 euros por actor, el Ministerio Fiscal 3.000 y los codemandados interesan la desestimación de la demanda. Aun en el caso de estimarse la demanda en atención a los factores hermenéuticos referidos anteriormente debería ponderarse la indemnización por trabajador solicitada y de estimarse como ajustado la cantidad de 2000 euros en atención a la repercusión de la actuación a toda la empresa y el sector publico en el que concurre, pero moderado por todos los anteriores razonamientos esgrimidos. Y ello en aras a dar respuesta a todas las cuestiones planteadas sin eficacia práctica pues dado la desestimación de la vulneración de derecho fundamental debe igualmente desestimarse la pretensión indemnizatoria accesoria a aquella solicitada.

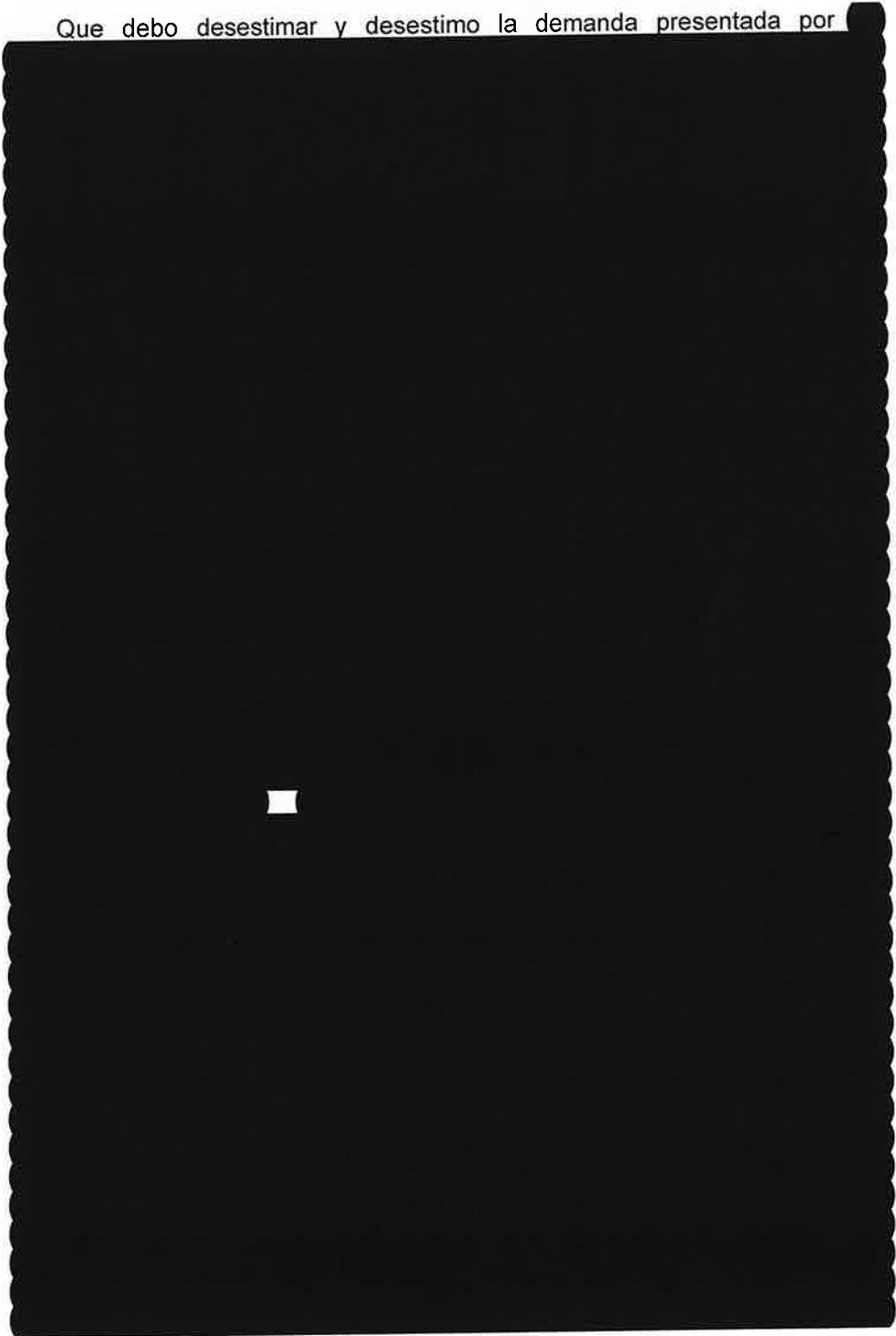
**SÉPTIMO.-** Contra la presente sentencia cabe recurso de suplicación .

Vistos, los preceptos legales citados y demás de general observancia.

**FALLO**



Que debo desestimar y desestimo la demanda presentada por



[REDACTED]

frente a Más Cerca SAM y Ayuntamiento Málaga sobre TUTELA DE DERECHOS FUNDAMENTALES y en consecuencia no ha lugar la declaración de vulneración de derechos fundamentales, ni ordenar su cese, ni condena solidaria a ambas demandadas a abonar indemnización de daños morales, quedando absueltas las mismas de las peticiones efectuadas en su contra.

Notifíquese la presente sentencia a las partes informándose que la misma no es firme y contra ella cabe anunciar recurso, en el plazo de cinco días desde el siguiente a su notificación.

Diligencia de Publicación.- La extiendo yo la Sra. Letrada de Administración de Justicia para dar fe de que la anterior resolución se publicó en el día de su fecha, estando el Ilmo. Sr. Magistrado que la dictó celebrando Audiencia Pública. Reitero fe.

*"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes."*

