



TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA, CEUTA Y MELILLA
SALA DE LO SOCIAL CON SEDE EN MALAGA
Avenida Manuel Agustín Heredia nº 16, 2ª planta

N.I.G.: 2906744420210016341.

Órgano origen: Juzgado de lo Social Nº 2 de Málaga Tipo y número procedimiento origen:
DSP 1243/2021

Procedimiento: Recursos de Suplicación 1646/2023.

Negociado: MA

Materia: Despido

De: FACTUDATA XXI SL

Abogado/a: MARIA VICTORIA SANTAMARIA GARCIA

Procurador/a:

Graduado/a social:

Contra: [REDACTED] BCM GESTION DE SERVICIOS SL,
FOGASA y AYUNTAMIENTO DE MALAGA

Abogado/a: S.J.AYUNT. MALAGA1646, CARMEN MANCHA PELLICER y LETRADO
DE FOGASA - MALAGA

Procurador/a:

Graduado/a social: JUAN DE DIOS CASTILLO CASTRO

SENTENCIA Nº 265/2024

ILTMO. SR. D. MANUEL MARTIN HERNÁNDEZ CARRILLO, PRESIDENTE
ILTMO. SR. D. JOSE LUIS BARRAGAN MORALES,
ILTMO. SR. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES

En la ciudad de Málaga a 14 de febrero de dos mil veinticuatro.

En el Recurso de Suplicación interpuesto por FACTUDATA XXI SL, contra la sentencia del Juzgado de lo Social n.º 2 de Málaga de fecha 25/7/2023, dictada en proceso sobre Despidos / Ceses en general, y entablado por [REDACTED] frente a FACTUDATA XXI SL, BCM GESTION DE SERVICIOS SL, FOGASA y AYUNTAMIENTO DE MALAGA.

Es Ponente el/la Ilmo./Ilma. Sr./Sra. Magistrado/a **D./D.ª MANUEL MARTIN HERNÁNDEZ-CARRILLO**, quien expresa el criterio de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

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

Primero.- Que el demandante, [REDACTED] ha venido prestando servicios





por cuenta y dependencia de la empresa demandada BCM GESTION DE SERVICIOS S.L. (objeto social: la prestación de servicios, tanto para empresas como para particulares y organismos públicos, a desarrollar en las instalaciones de la propia empresa, en las del cliente o en las que éste indique, a través de contrata o subcontratas, aportando asesoramiento, recursos humanos y cuanto medios técnico y materiales sean necesarios; folio 88 vuelto del Tomo I) con una antigüedad reconocida desde el 26/10/2020 en virtud de contrato de trabajo de carácter temporal de obra o servicio determinado a tiempo parcial (35 horas semanales) con la categoría profesional de Conserje/Portero, realizando las funciones propias de dicha categoría profesional en la contrata de Servicios de Control de Acceso para Centros Sociales Municipales, como Centros de Entrada de la Ciudadanía al Sistema Público de Servicios Sociales y a su Servicio de Atención a la Dependencia en la Ciudad de Málaga, pertenecientes al EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MALAGA (Expediente nº 56/19, Lote 1, folios 96 a 162 del Tomo II); percibiendo un salario bruto mensual de 1.076,16 euros, incluida prorrata de pagas extraordinarias, (informe de vida laboral, contrato de trabajo, nóminas: folio 115 del Tomo I, folios 6 a 21 del Tomo II).

Segundo.- Que la empresa BCM GESTION DE SERVICIOS S.L. con fecha 21/10/2021 comunica al demandante que la nueva adjudicataria de la contrata de Servicios de Control de Accesos para Centros Sociales Municipales, como Centros de Entrada de la Ciudadanía al Sistema Público de Servicios Sociales y a su Servicio de Atención a la Dependencia en la Ciudad de Málaga (Exp. Nº 127/20, Lote 1) es la empresa FACTUDATA XXI S.L. y que pasará a desempeñar su puesto de trabajo en dicha empresa a partir del 25/10/2021 (folio 113 del Tomo I) todo ello de conformidad y a los efectos del art. 71 del Convenio Colectivo Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal; dando de baja a la trabajadora en la TGSS con fecha de efectos 24/10/2021 (folio 115 del Tomo I).

La empresa FACTUDATA XXI S.L. (objeto social: Gestión y ejecución de Centros Especiales de Empleo y otras entidades similares que pudieran crearse en futuro como forma idónea de promoción laboral de trabajadores discapacitados; folio 18 vuelto del Tomo I) no subroga a la trabajadora demandante para la prestación de los servicios objeto de la contrata reseñada, de la que ha resultado adjudicataria, considerando que no existe obligación legal de subrogar (folio 61 Tomo II).

Resulta de aplicación el Convenio Marco Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal (BOE de 21/09/2018; folios 63 a 95 del Tomo II).

Tercero.- Que consta en los folios 22 a 60 del Tomo II correo electrónico de fecha 21/10/2021 de BCM GESTION DE SERVICIOS S.L. para FACTUDATA XXI S.L. sobre documentación pertinente para subrogación de trabajadores vinculados a la contrata objeto del procedimiento de conformidad con el art. 71 del Convenio Colectivo Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal (Certificado de estar al corriente de pago con la TGSS; recibo de liquidación de cotizaciones; relación nominal de trabajadores -tipo de contrato, centro de trabajo, categoría profesional,...-, nóminas de trabajadores, comunicación de incorporación a la empresa de trabajadores, entre otros, la actora).

Cuarto.- Consta Pliego de Condiciones Económico-Administrativas que rigen la contratación del expediente nº 127/20 de Contrato de Servicios de Control de Accesos para Centros Sociales Municipales, como Centros de Entrada de la Ciudadanía al Sistema Público de Servicios Sociales y a su Servicio de Atención a la Dependencia en la Ciudad de Málaga, del



que resultó adjudicataria la empresa FACTUDATA XXI S.L (folio 123 a 151 Tomo I); Pliego de Prescripciones Técnicas (folios 152 a 161 Tomo I); contrato administrativo de fecha 22/10/2021 suscrito por la adjudicataria FACTUDATA XXI S.L. y el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MALAGA (folios 178 a 207 del Tomo I).

En el mencionado Pliego de Condiciones se establece expresamente que los participantes en la licitación efectuaran declaración de conocer la información, contenida en los Anexos del pliego de condiciones técnicas, relativa a la subrogación del personal que, actualmente, presta los servicios objeto del contrato en los términos y condiciones que, a tales efectos, se establecen en el Convenio Regulador que resulte de aplicación (Clausula 25, folio 145 del Tomo I), constando al folio 160 del Tomo I el personal adscrito a la contrata objeto del procedimiento (expresando aplicable el Convenio Colectivo marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal); la declaración de conocimiento realizada al efecto por FACTUDATA XXI S.L. obra al folio 166 del Tomo I. Igualmente, el Pliego de condiciones dispone que antes de transcurridos quince días desde la formalización del contrato, la adjudicataria deberá presentarle al RMC la propuesta realizada al personal adscrito al contrato, con el contenido descrito en el pliego de condiciones (Cláusula 10, folio 129 vuelto del Tomo I).

En el Pliego Técnico en la cláusula relativa a obligaciones del contratista (Cláusula IV, folio 155 vuelto del Tomo II), indica a título ilustrativo, que las empresas que actualmente están ejecutando estos servicios, han facilitado Anexos, los cuales se adjuntan, donde refiere el número de profesionales a los que afecta la subrogación, con indicación del convenio de aplicación, su categoría profesional, su antigüedad y otros datos que permitan evaluar los costes laborales de dichos profesionales.

La Cláusula 10 del Contrato Administrativo (folio 461 del Tomo II) establece que el contratista se obliga al cumplimiento de las normas y condiciones fijadas en el Convenio Colectivo de aplicación; previéndose como causa de resolución del contrato administrativo (cláusula 15 -folio 190 del Tomo I- en relación con la cláusula 15 del pliego de condiciones económico administrativas -folio 133 vuelto del Tomo I-) el incumplimiento del contratista de los convenios colectivos y demás legislación laboral que resulte de aplicación.

Que el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MALAGA mediante Resolución de 25/02/2022 (folios 227 a 238 del Tomo I) inicia procedimiento de resolución del reseñado contrato administrativo de fecha 22/10/2021 suscrito con la adjudicataria FACTUDATA XXI S.L. al no haber cumplido con la obligación contractual de subrogar a los trabajadores adscritos al servicio objeto del contrato. Procedimiento que ha sido declarado caducado, acordándose el inicio de nuevo procedimiento por Resolución de 28/04/2023 (folios 239 a 248 del Tomo I).

Quinto.- Consta al folio 122 del Tomo I informe de fecha 23/02/2022 del Área de Recursos Humanos del Ayuntamiento de Málaga en el sentido que Dº Juan Rodríguez Bustamante con DNI nº 24.202.494-P no mantiene ni ha mantenido vinculo laboral alguno con dicho Ayuntamiento.

Sexto.- Que no consta que el trabajador-actor durante el último año ostente cargo de representación sindical, estando afiliado a sindicato.

Séptimo.- Que presentada papeleta de Conciliación en fecha 11/11/2021, celebrándose con fecha 26/11/2021 ante el CMAC el preceptivo acto de conciliación, con el resultado intentado sin efecto; presentándose con fecha 30/11/2021 la demanda objeto del presente procedimiento.

SEGUNDO.- La parte dispositiva de la Sentencia de instancia dice:



I.- Que estimando la demanda interpuesta por [REDACTED] contra la empresa FACTUDATA XXI S.L., debo declarar y declaro improcedente el despido del demandante, y en consecuencia, condeno a la citada empresa (a elección de la empresa) a la inmediata readmisión del actor en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido con abono de los salarios de tramitación, a razón del salario diario de 35,38 euros, desde la fecha del despido (25/10/2021) hasta la notificación de ésta resolución al empresario o hasta que hubiera encontrado otro empleo para su descuento de los salarios de tramitación; o bien a que abone al demandante/trabajador una indemnización de 1.167,56 euros. El empresario deberá ejercitar la opción entre la readmisión o la indemnización en el plazo de cinco días desde la notificación esta sentencia, sin esperar a la firmeza de la misma, mediante escrito o comparecencia ante la Secretaria de este Juzgado. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo. En el caso de que el empresario no efectúe esta opción dentro del plazo expresado, se entenderá que procede la readmisión (art. 56 ET y art. 110 LRJS).

II.- Que desestimando la demanda interpuesta por [REDACTED] contra la empresa BCM GESTION DE SERVICIOS S.L. y contra la empresa EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MALAGA; debo absolver y absuelvo a dichas empresas de las pretensiones deducidas en su contra en la demanda presentada.

III.- El FOGASA deberá estar y pasar por la presente resolución, asumiendo su condición legal de responsable subsidiario en los términos previstos en nuestro ordenamiento jurídico.

TERCERO.- Que contra dicha sentencia anunció Recurso de Suplicación, siendo impugnado de contrario. Recibidos los autos en este Tribunal se proveyó el pase de los mismos a ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO. La demandante vio concluido su contrato de trabajo con la empresa para la que prestaba servicios, BCM Gestión de Servicios S.L., adjudicataria de una contrata del Ayuntamiento de Málaga, con motivo de la terminación de dicha contrata y el inicio de una nueva con otra empresa diferente, Factudata XXI S.L. En la demanda, en la que ejercita su pretensión frente a las dos empresas adjudicatarias, la saliente y la entrante, y al Ayuntamiento de Málaga, solicita la declaración de improcedencia de su despido, con las consecuencias legales inherentes a esa declaración. La sentencia del Juzgado de lo Social ha estimado la demanda declarado que el cese de la demandante es constitutivo de despido improcedente y condenando a las consecuencias derivadas del mismo a la empresa entrante, absolviendo al Ayuntamiento y a la empresa saliente. En el recurso de suplicación, Factudata XXI S.L. solicita la revocación de la sentencia y, en su lugar, su libre absolución.

El recurso ha sido impugnado por el Ayuntamiento de Málaga, BCM Gestión de Servicios S.L. y la propia trabajadora, que han solicitado su desestimación y la confirmación de la sentencia combatida.

SEGUNDO. Por el cauce del apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social solicita la parte recurrente la modificación del relato fáctico declarado probado por el Juzgador de instancia con la finalidad de que el ordinal segundo quede



redactado en la siguiente formal alternativa: “... a empresa FACTUDATA XXI, S.L (objeto social: Gestión y ejecución de Centros Especiales de Empleo y otras entidades similares que pudieran crearse en futuro como forma idónea de promoción laboral de trabajadores discapacitados; folio 18 vuelto del Tomo I) no subroga al trabajador demandante para la prestación de los servicios objeto de la contrata reseñada, de la que ha resultado adjudicataria, considerando que no existe obligación legal de subrogar, ya que es Centro Especial de empleo y le resulta de aplicación el Convenio Colectivo General de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad (BOE de 04/07/2019)”.

En materia de revisión de hechos probados, la jurisprudencia es concluyente en sentido de considerar requisitos imprescindibles los siguientes: 1) Que se señale con precisión cuál sea el hecho afirmado, negado u omitido, que el recurrente considere equivocado, contrario a lo acreditado o que conste con evidencia y no se haya incorporado al relato fáctico; 2) Que se ofrezca un texto alternativo concreto a figurar en la narración fáctica tildada de errónea, bien sustituyendo a algunos de sus puntos, bien complementándolos; 3) Que se citen pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se estime se desprende la equivocación del juzgador, sin que sea dable admitir su invocación genérica, ni plantearse la revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso; 4) Que esos documentos o pericias pongan de manifiesto el error de manera clara, evidente, directa y patente, sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables; 5) Que la revisión pretendida sea trascendente a la parte dispositiva de la sentencia, con efectos modificadores de ésta, pues el principio de economía procesal impide incorporar hechos cuya inclusión a nada práctico conduciría.

Sobre tales presupuestos doctrinales el motivo debe fracasar pues incumple manifiestamente las exigencias antes descritas ya que, ni cita el documento o documentos sobre el que sustentar su revisión y, además, el texto propuesto contiene consideraciones y conclusiones predeterminantes del fallo.

TERCERO. Por el cauce del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social denuncia la parte recurrente la infracción del I Convenio Estatal de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones y aplicación indebida del VII Convenio Marco Estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, así como infracción del artículo 82.3ET y de los artículos 1281 y 1282 del Código Civil y 42 del Estatuto de los Trabajadores.

Y como la cuestión ya ha sido abordada y resulta para un caso idéntico por esta Sala de lo Social en su sentencia de 02/11/2022 (Recurso 1186/2022), la presente resolución reitera lo razonado en aquella resolución por elementales razones de coherencia y seguridad jurídica y no existir razones para cambiar de criterio.

En dicha sentencia se razona lo siguiente:

“La demandante prestaba servicios para BCM Gestión de Servicios S.L. en el marco de la contrata del Ayuntamiento de Málaga de la que esta empresa había resultado adjudicataria. Esa contrata fue adjudicada a Factudata XXI S.L. mediante resolución de 6 de julio de 2021, a resultas de la cual Ayuntamiento de Málaga y esta empresa firmaron el 21 de octubre de 2021 contrato administrativo para la prestación de servicios que incluía el centro en el que la demandante prestaba servicios -hecho probado séptimo-. El último día de prestación de servicios por cuenta de BCM Gestión de Servicios S.L. fue el 24 de octubre de 2021 -hecho probado noveno-. El convenio colectivo que venía siéndole aplicado a la



demandante durante su prestación de servicios para BCM Gestión de Servicios S.L. era el VII Convenio Marco Estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, publicado en el Boletín Oficial del Estado el 21 de septiembre de 2018.

<BCM Gestión de Servicios S.L. remitió a Factudata XXI S.L. comunicación con la relación del personal adscrito a la contrata, entre la que se encontraba la demandante -hecho probado décimo-, comunicación que cumplía todas las formalidades exigidas en el aludido convenio colectivo -afirmación que, con valor de hecho probado, figura en el segundo fundamento de derecho-. En consecuencia Factudata XXI S.L. estaba obligada a subrogarse en la trabajadora demandante, y su negativa a hacerlo es constitutiva de despido. No es de recibo su pretensión de que el Convenio Colectivo aplicable a la subrogación sea el I Convenio Estatal de servicios auxiliares de información recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones, publicado en el Boletín Oficial del Estado el 3 de septiembre de 2021, ya que en la declaración responsable remitida al Ayuntamiento manifestó ser conocedora del convenio colectivo aplicable en la empresa saliente de la contrata que le fue adjudicada. De manera que, en cualquier caso, si eventualmente en Factudata XXI S.L. se venía aplicando el I Convenio Estatal de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones, su obligación era la de subrogarse en la demandante y seguir aplicándole el convenio colectivo de la empresa de procedencia.

<En la medida en que no lo ha entendido así la sentencia recurrida ha infringido el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 71 del VII Convenio Marco Estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, lo que conduce a la estimación del primero de los motivos de suplicación formulados”.

Siendo ésta la tesis que ha seguido el Juzgador de instancia, la Sala no comparte la crítica jurídica, lo que conduce a la desestimación del motivo y por su efecto el recurso, con la consiguiente confirmación de la sentencia recurrida.

FALLAMOS

Que debemos **desestimar** y **desestimamos** el recurso de suplicación interpuesto por Factudata XXI S.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Málaga con fecha 25 de julio de 2023 en autos sobre despido, seguidos a instancias de [REDACTED] contra dicha empresa recurrente, BCM Gestión de Servicios S.L. y el Ayuntamiento de Málaga, confirmando la sentencia recurrida.

Se condena en costas a la parte recurrente incluidos los honorarios de los Letrados de [REDACTED] BCM Gestión de Servicios S.L. y del Ayuntamiento de Málaga.

Se decreta la pérdida del depósito efectuado para recurrir, al que se dará junto a la consignación de la cantidad de la condena, el destino legal.

Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala 4ª del Tribunal Supremo, el que deberá prepararse en el plazo de los diez días siguientes a la notificación de este fallo.



Adviértase a la parte demandada que en caso de recurrir habrá de efectuar las siguientes consignaciones en la cuenta abierta a nombre de esta Sala de lo Social en el Banco Santander (cuenta corriente número [REDACTED] mas el número de procedimiento, o transferencia a la cuenta [REDACTED]:

- La suma de 600 euros en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sala de lo Social.

- La cantidad objeto de la condena, si no estuviera consignada con anterioridad al tiempo de prepararse el recurso, pudiendo sustituirse esta última consignación por aval bancario en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista.

Líbrese certificación de la presente sentencia para el rollo a archivar en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente libro.

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

"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."



