



SENTENCIA nº 151/2022

En Málaga, a veintitrés de marzo de dos mil veintidós.

Vistos por el D^a Victoria Gallego Funes, Magistrado-Juez del Juzgado de lo Social nº 6 de Málaga, los autos registrados con el nº 1276/2021, seguidos a instancias de, [REDACTED] (DNI nº [REDACTED]) [REDACTED], asistida por Letrado/a Sr/a. Amaro Amapliato, frente a las entidades BCM GESTION DE SERVICIOS, S.L. (CIF nº B-29831112), representada por Graduado/a Sr/a. Pérez Mérida y la entidad FACTUDATA XII,S.L. (CIF nº B14340095), representada por Letrado/a Sr/a. Santamaría García, y AYUNTAMIENTO DE MALAGA, representado por Letrada Sra. Budría Serrano, sobre DESPIDO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 30/11/2021 tuvo entrada en Decanato demanda formulada por la parte actora, siendo repartida a este Juzgado en la que después de alegar los hechos y fundamentos que consideró oportunos y pertinentes en derecho, solicitó se dictase sentencia de conformidad con los pedimentos contenidos en el suplico de la misma.

SEGUNDO.- Que señalados día y hora para la celebración de los actos de conciliación y en su caso juicio, para el día 15/03/2022, comparecieron las partes en la forma determinada en el encabezamiento.

En trámite de alegaciones la parte actora se afirmó y ratificó en su demanda, aclarando que no solicita condena alguna respecto al Ayuntamiento de Málaga, manifestando que su llamada al proceso se funda en su carácter de principal, para constituir la litis. Aclara igualmente que es la empresa la que dispone de la opción entre readmisión o indemnización.

Las demandadas se oponen por las razones que constan en la video grabación, tras lo cual se confirió trámite de alegaciones a la parte actora, que se opuso a las alegaciones formuladas de contrario, tras lo cual fueron practicadas las pruebas propuestas y admitidas: documental, las partes se ratificaron en sus respectivas posturas y solicitaron de este Juzgado se dictase sentencia de conformidad con sus pretensiones.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado las



prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- La demandante ha venido prestando servicios para la entidad BCM Gestión de Servicios, S.L. (BCM) , con antigüedad a efectos de indemnización por despido de 23/01/2017 , categoría Conserje y con un salario a efectos de indemnización por despido de 900,52 euros/mes brutos prorrateados.

SEGUNDO.- La actora ha estado en alta en Seguridad Social en los periodos y por cuenta de las entidades que se relacionan en el informe de vida laboral que la demandante aporta como documento nº 1 de su ramo de prueba.

TERCERO.- En fecha 21/05/2020 el Ayuntamiento de Málaga y la entidad BCM suscriben contrato administrativo (expediente 56/2019) respecto a los servicios de control de acceso a para centros sociales municipales , como centros de entrada de la ciudadanía al sistema publico de servicios sociales y a su servicio de atención a la dependencia en la ciudad de Málaga, lote 1:

Centro de Servicios Sociales de “Cruz de Humilladero”, en Calle Fernández Fermina nº 7

Centro Social “Las Castañetas” en Calle Rebujina nº 8 y “ Centro de Servicios Sociales de Churrana en Calle Maestro Usandizaga nº 4.

En la misma fecha se suscribe por las citadas partes contrato administrativo respecto a los servicios de control de acceso a para centros sociales municipales , como centros de entrada de la ciudadanía al sistema publico de servicios sociales y a su servicio de atención a la dependencia en la ciudad de Málaga, lote 2:

Centro de Servicios Sociales de Bailen-Miraflores en Calle Tejares nº 48

Centro de Servicios Sociales de Campanillas en Calle Cristobalina Fernández nº4.

Todo ello de conformidad con los pliegos de condiciones técnicas y administrativas.

(documentos 10 ,11 y 12 de BCM.)

CUARTO.- La entidad BCM remite comunicación a la actora poniendo en su conocimiento que “ a partir del próximo día 21/01/2021 pasará a desempeñar su puesto de trabajo en esta empresa “, reconociendo las siguientes condiciones:

Contrato de obra o servicio (501)

Antigüedad: 23/01/2017

Categoría : Conserje/portero





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

jornada semanal : 32,5 horas semanales
Lunes a viernes de 7.45 a 14.30
Centro de trabajo : ██████████
(documento nº 1 de BCM)

QUINTO.- En el periodo comprendido entre 21 de enero y 21 de octubre de 2021 la entidad BCM ha abonado a la actora sus nóminas conforme se establece en el bloque de documentos nº 2 de BCM.

SEXTO.- El Ayuntamiento de Málaga publica en su plataforma de contratación del Estado pliego de condiciones económico administrativas del expediente de contratación 127/2020 “contrato de servicio de control de acceso para centros sociales municipales , como centros de entrada a la ciudadanía al sistema publico de servicios sociales y a su servicio de atención a la dependencia en la ciudad de Málaga.

Publica igualmente pliego de prescripciones técnicas de dicho contrato.

En dicha plataforma constan igualmente las preguntas y respuestas de los interesados.

(documento nº 2,3 y 4 del ramo de prueba del Ayuntamiento , cuyo contenido se da por reproducido)

SEPTIMO.- Tramitado el procedimiento administrativo, se dicta resolución en fecha 06/07/2021 por la que se aprueba la propuesta de adjudicación del contrato a la entidad Factudata.

El 22/10/2021 el Ayuntamiento y Factudata suscriben contrato administrativo relacionado con el citado expediente referido a los centros que constan en la clausula primera y a tenor de los pliegos de condiciones técnicas , administrativas-económicas

(documentos num 5, 6 y 7 del Ayuntamiento)

OCTAVO.- El 21/10/2021 la empresa BCM remite misiva a la demandante comunicándole que “ a partir del próximo día 24/10/2021 cesará la prestación de servicios con BCM Gestión de Servicios, S.L y que el próximo 25/10/2021 la empresa FACTUDATA (...) pasará a ser la próxima licitadora del servicio LOTE 1 expediente 127/2020.

Se da por reproducido el contenido integro del documento nº 3 de BCM.

NOVENO.- El 22/10/2021 el Ayuntamiento comunica a BCM que el ultimo día de su prestación de servicios será el 24/10/2021.

(documento nº 7 de BCM)

DECIMO.- En fecha 21/10/2021 la entidad BCM remite comunicación a la entidad adjudicataria Factudata con la relación del personal adscrito al servicio; contratos de trabajo de los trabajadores afectados, TC1 y TC2; ultimas 4 nóminas y certificados de encontrarse al corriente en el pago.





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

La entidad Factudata contesta el mismo día acusando recibo a dicha comunicación y manifestando que “ no estimamos que sea obligatoria la subrogación “ y que “no procederá a ninguna subrogación”
(documentos 6 de BCM y 1,2 y 5 de Factudata)

UNDECIMO.- En el periodo comprendido entre 26/07/2021 y 23/01/2022 la entidad BCM tiene en alta a los trabajadores que constan en los documentos nº 4 y 5 de su ramo de prueba.

DUODECIMO.- En el periodo comprendido entre 25/07/2021 y 25/01/2022 la entidad Factudata tiene ha tenido en alta a los trabajadores que constan en el documento nº 3 de su ramo de prueba.

DECIMOTERCERO.- En fecha 02/04/2013 se otorga escritura pública de traslado de domicilio social y modificación de estatutos de la empresa BCM quedando el objeto social redactado conforme se establece en el documento nº 8 del ramo de prueba de la citada entidad y cuyo contenido se da por reproducido.

DECIMOCUARTO.- En fecha 25/02/2022 se dicta resolución por la corporación demandada por la que se acuerda el inicio de procedimiento de resolución del citado contrato suscrito con Factudata)
(documento nº 8 bis)

DECIMOQUINTO.- El demandante no ostenta ni ha ostentado la condición de representante de los trabajadores.

DECIMOSEXTO.- La parte actora presenta papeleta de conciliación el 11/11/2021, extendiéndose acta de conciliación sin efecto el 26/11/2021

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- De conformidad con lo preceptuado en el artículo 97 de la LRJS procede indicar que los hechos probados se deducen de la documental reseñada.

La antigüedad, categoría y salario no son discutidas.

SEGUNDO.- La parte actora dirige su acción frente a la entidad BCM por ser la empresa para la que prestaba servicio y promovió su cese, y frente a la entidad Factudata, como empresa que continua en la actividad, al considerar que debió subrogado por la misma

Para resolver adecuadamente la cuestión debe precisarse que la obligación de subrogación del personal viene dada por los supuestos contemplados en el art. 44 del ET . Caso de no resultar de aplicación el citado precepto, podrá





darse la misma siempre que venga determinada en el convenio colectivo de aplicación.

Respecto a la sucesión legal de empresas no se dan las circunstancias para que tal precepto deba ser aplicado al caso enjuiciado, pues los elementos productivos con los que se lleva a cabo la actividad descansa en elementos personales y no consta que ningún trabajador de la plantilla empleada en el servicio en la empresa saliente, haya pasado a formar parte de la empleada en el mismo servicio en la entrante.

Descartada la subrogación prevista en el art. 44 ET, procede determinar si se dan los requisitos previstos en el convenio de aplicación.

La parte actora propugna en su demanda que procede la subrogación prevista en el VII convenio marco estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal.

La entidad BCM considera de aplicación el citado convenio, manifestado que ha cumplido con los requisitos establecidos en el mismo, concretamente en el art 71. y en todo caso, resulta de aplicación el art. 44 el ET en tanto que se trata de una actividad cuya actividad recurre principalmente a la mano de obra.

La defensa de la entidad Factudata se opone, alegando que no resulta de aplicación tal convenio, sino el I convenio estatal de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones publicado en el BOE de 03/09/2021 y no se han cumplido los requisitos formales previstos para la subrogación.

El art. 1 del citado convenio establece que “El presente Convenio Colectivo establece el marco de las relaciones laborales entre las Empresas dedicadas a las actividades que se especifican en el artículo 3 de este Convenio y las personas trabajadoras de aquellas.

El citado art. 3, por su parte, dispone que “ será de obligado cumplimiento a todas las entidades, independientemente de la forma jurídica que adopten, que se dediquen a la prestación para terceros de las siguientes actividades reguladas en el apartado 2 del artículo 6 de la Ley 5/2014, de 4 de abril:

a) Las de información o de control en los accesos a instalaciones, comprendiendo el cuidado y custodia de las llaves, la apertura y cierre de puertas, la ayuda en el acceso de personas o vehículos, el cumplimiento de la normativa interna de los locales donde presten dicho servicio, así como la ejecución de tareas auxiliares o subordinadas de ayuda o socorro, todas ellas realizadas en las puertas o en el interior de inmuebles, locales públicos, aparcamientos, garajes, autopistas, incluyendo sus zonas de peajes, áreas de servicio, mantenimiento y descanso, por porteros, conserjes y demás personal auxiliar análogo.

b) Las tareas de recepción, comprobación de visitantes y orientación de los mismos, así como las de comprobación de entradas, documentos o carnés, en cualquier clase de edificios o inmuebles, y de cumplimiento de la normativa interna de los locales donde presten dicho servicio, así como la



gestión auxiliar complementaria en edificios y locales

c) El control de tránsito en zonas reservadas o de circulación restringida en el interior de instalaciones en cumplimiento de la normativa interna de los mismos.

d) Las de comprobación y control del estado y funcionamiento de calderas, bienes e instalaciones en general, en cualquier clase de inmuebles, para garantizar su conservación y funcionamiento.

Igualmente, quedarán afectadas por este convenio, las divisiones, líneas de negocio, secciones u otras unidades productivas autónomas dedicadas a la prestación del servicio regulado en el presente ámbito funcional, aun cuando la actividad principal de la empresa en la que se hallen integradas sea distinta o tenga más de una actividad perteneciente a diversos sectores productivos.

Respecto de la vigencia temporal, el art. 3 del convenio prevé su entrada en vigor el día 1 de julio de 2021, con independencia de la fecha de su publicación en el Boletín Oficial del Estado, con excepción de la figura de la subrogación de servicios regulada en los artículos 19 y 20, que entrará en vigor un mes después de la citada publicación., esto es, el 03/10/2021.

Teniendo en cuenta que el ámbito funcional de la actividad se encuentra comprendido en el art. 3 del convenio citado y que la sucesión en la actividad tuvo lugar el 25/10/2021 es claro que resulta de aplicación tal convenio.

La defensa de Factudata alega que la empresa saliente no ha cumplido los requisitos establecidos en el art 19 del convenio de aplicación.

El art. 19 establece que “ Al objeto de contribuir a garantizar el principio de estabilidad en el empleo de las personas trabajadoras empleadas en cualquiera de las empresas descritas en el artículo 3 del presente Convenio que se sucedan, mediante cualquier modalidad contractual, en cualquier contrata cuyo objeto sea la prestación de cualquiera de las actividades reguladas en el apartado 2 del artículo 6 de la Ley 5/2014, de 4 de abril, se establece, con carácter exclusivo para tales actividades, la obligación de subrogación del personal entre las empresas saliente y entrante, que se llevará a cabo, única y exclusivamente, cuando se cumplan con los requisitos y condiciones que se detallan en los apartados siguientes:

1. Requisitos de la empresa cesante:

Deberá poner a disposición de la nueva adjudicataria, con antelación mínima de diez días hábiles antes de que ésta dé comienzo a la prestación del servicio, la siguiente documentación obligatoria. Si tuviese conocimiento de la adjudicación en un plazo inferior a los diez días hábiles antes del inicio del servicio, deberá entregar la documentación con carácter inmediato y siempre como un mínimo de cuarenta y ocho horas antes del inicio del servicio:

Deberá poner a disposición de la nueva adjudicataria, con antelación mínima de diez días hábiles antes de que ésta dé comienzo a la prestación





del servicio, la siguiente documentación obligatoria. Si tuviese conocimiento de la adjudicación en un plazo inferior a los diez días hábiles antes del inicio del servicio, deberá entregar la documentación con carácter inmediato y siempre como un mínimo de cuarenta y ocho horas antes del inicio del servicio:

- a) Certificado del organismo competente de estar al corriente de las obligaciones tributarias, así como declaración jurada por apoderado de la empresa cesante en este sentido.
- b) Certificado del organismo competente de estar al corriente de pago de la seguridad social y primas de accidentes de trabajo, así como declaración jurada por apoderado de la empresa cesante en este sentido.

Las declaraciones juradas indicadas en los puntos a), b) y c) se realizarán conforme al modelo adjunto como Anexo I

d) Aval bancario o seguro de caución, a favor de la empresa entrante, por importe equivalente a seis meses de salario y cuota empresarial de las personas trabajadoras afectadas por la subrogación. El citado aval o seguro se mantendrá vigente durante 48 meses desde el cese en la prestación de servicios por parte de la empresa saliente.

e) Listado de los procedimientos judiciales y/o administrativos, tanto individuales como colectivos, que puedan tener impacto en los costes laborales del servicio

(...)

Dado el carácter de mejora de la legislación vigente que supone la subrogación prevista en este título, los requisitos establecidos en este artículo serán constitutivos de la existencia de la figura de la subrogación y, en consecuencia, de obligado cumplimiento para que pueda instarse la subrogación de las personas trabajadoras adscritas al servicio. De no cumplirse de forma completa los requisitos incluidos en el apartado 1 (empresa cesante), no operará la subrogación y las personas trabajadoras continuarán manteniendo su vínculo laboral en la empresa saliente.

Resulta indubitado que la entidad BCM ha cumplido con los requisitos previstos en el convenio que propugna , pero no los que se recogen en el art. 19 del I convenio estatal de servicios auxiliares de información , recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones, que se encontraba vigente, en lo referido a la subrogación, en el momento del cese de la empresa saliente.

La sentencia del TS de fecha 17/09/2012 establece que “3.- Como hemos indicado en numerosas ocasiones precedentes, el mecanismo sucesorio operante entre las empresas de limpieza, de seguridad o de gestión de diversos servicios públicos, no es el previsto en el art. 44 ET , pues «ni la contrata ni la concesión administrativa, son unidades productivas autónomas a los efectos del art. 44 ET , salvo entrega al concesionario o al contratista de la infraestructura u organización empresarial básica para la





explotación», de forma que en general no se trata de una sucesión de empresas regulado en dicho precepto sino que la sucesión de empresas contratistas de servicios, al carecer la sucesión de un soporte patrimonial, por lo que no tiene más alcance que el establecido en las correspondientes normas sectoriales (SSTS 30/12/93 -rcud 702/93 -; 29/12/97 -rec. 1745/97 - EDJ 1997/10574 ;... 10/07/00 -rec. 923/99 - EDJ 2000/30506 ; 18/09/00 -rec. 2281/99 - EDJ 2000/30646 ; y 11/05/01 -rec. 4206/00 - EDJ 2001/15993). Porque en las contrataciones sucesivas de servicios, en las que lo que se transmite no es una empresa ni una unidad productiva con autonomía funcional, sino de un servicio carente de tales características, no opera, por ese solo hecho, la sucesión de empresas establecida en el artículo 44 ET , sino que la misma se producirá o no, de conformidad con lo que al efecto disponga el convenio colectivo de aplicación, y con subordinación al cumplimiento por las empresas interesadas de los requisitos exigidos por tal norma convenida (SSTS 10/12/97 -rec. 164/97 -; 29/01/02 -rec. 4749/00 - EDJ 2002/13554 ; 15/03/05 -rec. 6/04 -; y 23/05/05 -rec. 1674/04 - EDJ 2005/103640), habida cuenta de que los convenios colectivos del sector suelen establecer una garantía de estabilidad en el empleo en favor de los trabajadores empleados en los centros de trabajo cuya limpieza se adjudica sucesivamente a distintas empresas contratistas de este servicio, imponiendo una obligación convencional de cesión de los correspondientes contratos de trabajo, subordinada a la puesta en conocimiento, por parte de la empresa contratista saliente, de información sociolaboral relevante relativa al personal beneficiario de la misma, mediante entrega de la documentación pertinente (STS 28/07/03 -rec. 2618/02 -).

Asimismo hemos indicado con reiteración que si la empresa saliente no hubiera cumplimentado de manera suficiente «los deberes que le impone el convenio colectivo no se produce transferencia alguna hacia la empresa entrante», siendo la empresa incumplidora de esa obligación la responsable de las consecuencias perjudiciales que sobrevengan al trabajador afectado y más en concreto del despido en el caso de que se haya producido, y no cabe invocar en contra de ello la vulneración del derecho del trabajador a la estabilidad en el empleo, porque «dicho derecho está asegurado en cuanto persiste, en estos supuestos, la vigencia del contrato de trabajo con la empresa saliente» (SSTS 10/12/97 -rec. 164/97 -;...; 20/01/02 -rec. 4749/00 -; 29/01/02 - rcud 4749/00 - EDJ 2002/13554 ; 11/03/03 -rec. 2252/02 - EDJ 2003/7193 ; y 28/07/03 -rec. 2618/02 - EDJ 2003/139955 . A destacar que otra solución se impuso -por diversidad de normativa convencional- en las sentencias de 20/09/06 -rec. 3671/05- EDJ 2006/288903 , para limpieza de edificios y locales; y 26/07/07 -rcud 381/06 - EDJ 2007/144136 , para empresas de seguridad). Y aunque la subrogación puede operar, incluso, aunque la documentación de la empresa cesante en la contrata no está completa, si no se trata de «documentación imprescindible» para informar sobre las circunstancias profesionales de los trabajadores afectados y para





justificar haberse atendido las obligaciones dinerarias y de SS; en todo caso, si no se remite esa documentación no se produce transferencia alguna hacia la empresa contratante (SSTS 11/03/03 -rec. 2252/02 -; y 28/07/03 -rec. 2618/02 -).

Al no constar remitido por la empresa saliente requisitos tales como aval bancario requerido en el art. 19 y al ser necesario el cumplimiento de las condiciones previstas en el mismo para que opere la subrogación, no puede operar la subrogación de la trabajadora y el cese operado por BMC ha de calificarse como despido improcedente.

TERCERO.- Las consecuencias jurídicas del despido improcedente vienen contempladas en el art. 56 y 57 ET.

El empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los períodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades , sin perjuicio de lo dispuesto en la disp. trans. 5ª RDL 3/2012 de 10 febrero, que establece que “2. La indemnización por despido improcedente de los contratos formalizados con anterioridad a la entrada en vigor del presente real decreto-ley se calculará a razón de 45 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios anterior a dicha fecha de entrada en vigor y a razón de 33 días de salario por año de servicio por el tiempo de prestación de servicios posterior. El importe indemnizatorio resultante no podrá ser superior a 720 días de salario, salvo que del cálculo de la indemnización por el periodo anterior a la entrada en vigor de este real decreto-ley resultase un número de días superior, en cuyo caso se aplicará éste como importe indemnizatorio máximo, sin que dicho importe pueda ser superior a 42 mensualidades, en ningún caso.

Atendiendo a lo expuesto la indemnización que corresponde a la actora asciende a 4.722,18 euros.

CUARTO.- En virtud de lo dispuesto en el art. 191 de la Ley de Jurisdicción Social frente a esta Sentencia cabe interponer recurso de suplicación.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general aplicación.

FALLO

1º) Que estimando la demanda interpuesta por [REDACTED] frente a la entidad BCM GESTION DE SERVICIOS , S.L. sobre DESPIDO, debo declarar y declaro la IMPROCEDENCIA del despido





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

operado el día 24/10/2021 , condenando a la citada empresa a estar y pasar por tal declaración, y condenando a la empresa a que, a su opción, readmita al demandante, en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido realizado en fecha 24/10/1/2021 , con abono de salarios de tramitación que equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación, o bien le indemnice con la suma de 4.722,18 euros,debiendo advertir por último a la empresa demandada que la opción señalada, habrá de efectuarse ante este Juzgado de lo Social en el plazo de los CINCO DÍAS SIGUIENTES a la notificación de la Sentencia, entendiéndose que de no hacerlo así se opta por la readmisión.

2º) Que debo absolver a la entidad FACTUDATA , S.L. y al AYUTAMIENTO DE MALAGA de la acción formulada en su contra.

Notifíquese esta resolución a las partes, haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer Recurso de Suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía /Málaga , anunciándolo ante este Juzgado por comparecencia o por escrito en el plazo de los cinco días hábiles siguientes a la notificación del presente , siendo indispensable que al tiempo de anunciarlo acredite la parte que no ostente el carácter de trabajador y no goce del beneficio de justicia gratuita, haber consignado el importe íntegro de la condena en la cuenta de este Juzgado, o presentar aval solidario de Entidad Financiera por el mismo importe. Así mismo deberá constituir otro depósito por importe de 300,00€. en la CC, del referido banco, presentando ambos resguardos al momento de anunciar el recurso sin cuyos requisitos no podrá ser admitido.

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

PUBLICACIÓN.- La anterior sentencia ha sido dictada por la Magistrada que la suscribe en el día de la fecha, de lo que doy fe.-





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA



