



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

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

N.I.G.: 2906744420210016345

Negociado: JL

Recurso: Recursos de Suplicación 1186/2022

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 6 DE MALAGA

Procedimiento origen: Despidos / Cpses en general 1276/2021

Recurrente: BCM GESTION DE SERVICIOS SL

Representante: MANUEL NAVARRO MALDONADO

Recurrido: [REDACTED] AYUNTAMIENTO DE MALAGA y FACTUDATA XXI SL

Representante: ROCIO PELLICER IBASETA y MARIA VICTORIA SANTAMARIA GARCIAS.J.AYUNT. MALAGA

Sentencia Nº 1715/22

ILTMO. SR. D. D. MANUEL MARTIN HERNÁNDEZ CARRILLO, PRESIDENTE
ILTMO. SR. D. JOSÉ LUÍS BARRAGÁN MORALES,
ILTMO. SR. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES

SENTENCIA

En la ciudad de Málaga, a dos de noviembre de dos mil veintidós.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con sede en Málaga, compuesta por los magistrados arriba relacionados, en nombre del Rey, y en virtud de las atribuciones jurisdiccionales conferidas, emanadas del Pueblo Español, dicta la siguiente sentencia en el recurso de suplicación referido, interpuesto contra la del Juzgado de lo Social número seis de Málaga, de 23 de marzo de 2022, en el que han intervenido como recurrente BCM GESTIÓN DE SERVICIOS S.L., dirigida técnicamente por el letrado don Manuel Antonio Navarro Maldonado, y como recurridas [REDACTED] y FACTUDATA XXI S.L., dirigida técnicamente por la letrada doña María Victoria Santamaría García, y AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA.

Ha sido Ponente José Luis Barragán Morales.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: El 30 de noviembre de 2021 [REDACTED] presentó demanda contra BCM Gestión de Servicios S.L., Factudata XXI S.L. y Ayuntamiento de Málaga, en la que suplicaba que su cese fuese declarado despido improcedente con las consecuencias legales inherentes a esa declaración.

SEGUNDO: La demanda se turnó al Juzgado de lo Social número seis de Málaga, incoándose el correspondiente proceso de despido con el número 1276-21, en el que una vez





admitida a trámite por decreto de 10 de diciembre de 2021, se celebraron los actos de conciliación y juicio el 15 de marzo de 2022.

TERCERO: El 23 de marzo de 2022 se dictó sentencia cuyo fallo era del tenor siguiente: <1º) Que estimando la demanda interpuesta por [REDACTED] frente a la entidad BCM Gestión de Servicios S.L., sobre despido, debo declarar y declaro la improcedencia del despido 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 a la demandante en su puesto de trabajo en las mismas condiciones que regían con anterioridad al despido realizado en fecha 24/10/2021, con abono de salarios de tramitación que equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido 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 Ayuntamiento de Málaga de la acción formulada en su contra>.

CUARTO: En dicha sentencia se declararon probados los hechos siguientes:

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 público 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 Fermín nº 7; Centro Social "Las Castañetas" en calle Rebujina nº 8; y Centro de Servicios Sociales de Churriana 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 público de servicios sociales y a su servicio de atención a la dependencia en la ciudad de Málaga, lote 2: Centro de Servicios Sociales de Bailén-Miraflores en calle Tejares nº 48; Centro de Servicios Sociales de Campanillas en calle Cristobalina Fernández nº 4. 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; jornada semanal: 32,5 horas semanales, lunes a viernes de 7.45 a 14.30; centro de trabajo: albergue (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 público 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 (documentos nº 2, 3 y 4 del ramo de prueba del Ayuntamiento, cuyo contenido se da por reproducido).

Séptimo.- 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 cláusula primera y a tenor de los pliegos de condiciones técnicas, administrativas-económicas (documentos núms. 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 íntegro del documento nº 3 de BCM.

Noveno.- El 22/10/2021 el Ayuntamiento comunica a BCM que el último día de su prestación de servicios será el 24/10/2021 (documento nº 7 de BCM).

Décimo.- 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, últimas 4 nóminas y certificados de encontrarse al corriente en el pago. 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).

Undécimo.- 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.





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

Décimo Tercero.- 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.

Décimo Cuarto.- 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).

Décimo Quinto.- La demandante no ostenta ni ha ostentado la condición de representante de los trabajadores.

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

QUINTO: El 30 de marzo de 2022 BCM Gestión de Servicios S.L. anunció recurso de suplicación y, tras presentar el escrito de interposición, que fue impugnado por la empresa codemandada, se elevaron las actuaciones a esta Sala.

SEXTO: El 1 de julio de 2022 se recibieron dichas actuaciones, se designó ponente, y se señaló la deliberación, votación y fallo del asunto para el 2 de noviembre de 2022.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO: La demandante vio concluido su contrato de trabajo con la empresa para la que prestaba servicios, 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. En la demanda, en la que demanda a las dos empresas adjudicatarias, la saliente y la entrante, y al Ayuntamiento de Marbella, 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 declarando que el cese de la demandante es constitutivo de despido improcedente y condenando a las consecuencias derivadas del mismo a la empresa saliente, absolviendo al Ayuntamiento y a la empresa entrante. En el recurso de suplicación la empresa saliente solicita la revocación de la sentencia y, en su lugar, su libre absolución, condenando a las consecuencias derivadas de la declaración de improcedencia del despido a la empresa entrante.





SEGUNDO: Al amparo del artículo 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, BCM Gestión de Servicios S.L. solicita la siguiente nueva redacción del hecho probado 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 público 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 Churrriana 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 público de servicios sociales y a su servicio de atención a la dependencia en la ciudad de Málaga, lote 2: Centro de Servicios Sociales de Bailén-Miraflores en calle Tejares nº 48; Centro de Servicios Sociales de Campanillas en calle Cristobalina Fernández nº 4. Todo ello de conformidad con los pliegos de condiciones técnicas y administrativas (documentos 10 ,11 y 12 de BCM). El contrato administrativo referido, en su cláusula 10, establece que el contratista se obliga al cumplimiento de las normas y condiciones fijadas en el convenio colectivo de aplicación, durante todo el período de ejecución del contrato. En el anexo que figura en el pliego de condiciones técnicas se establece como convenio colectivo de aplicación el convenio de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal>. Basa su pretensión en el contenido de los folios 277, 284, 310 y 331 de las actuaciones.

Factudata XXI S.L. impugna este primer motivo del recurso de suplicación alegando que el anexo se incorpora a título informativo y no tiene carácter vinculante, citando en apoyo de su tesis la sentencia de esta Sala de 10 de noviembre de 2021 [ROJ: STSJ AND 18719/2021], y que el convenio colectivo aplicable es el estatal de empresas de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones.

La adición propuesta al hecho probado tercero debe ser estimada ya que su contenido se desprende del apartado séptimo de la cláusula décima del pliego de condiciones técnicas que ha de regir los “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 de 18 de marzo de 2019, en el Expediente 56/19 (folio 283), de la cláusula décima del contrato administrativo suscrito por Ayuntamiento de Málaga y BCM Gestión de Servicios S.L. el 21 de mayo de 2020 (folio 277) y del apartado l) para la acreditación de la solvencia económica y financiera de la empresa solicitante que figura en la cláusula vigésimo quinta del pliego de condiciones económico-administrativa que rigen la contratación del Expediente 127/20, contrato de servicio 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, lote 1 (folio 310) y en la declaración responsable de Factudata XXI S.L. de 15 de mayo de 2021 (folio 331) en contestación al requerimiento efectuado por el Ayuntamiento el 5 de mayo de 2021 de, entre otras cosas, de conocer la información contenida en los anexos del pliego de condiciones técnicas, relativa a la subrogación del personal que, actualmente, presta servicios objeto del contrato en los





términos y condiciones que, a tales efectos se establecen en el convenio regulador que resulte de aplicación (folio 331).

TERCERO: Al amparo del artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, el recurso denuncia infracción del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores en relación con el artículo 71 del Convenio Colectivo de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, y artículos 4 y 19 del Convenio Colectivo de servicios auxiliares de información, recepción, control de accesos y comprobación de instalaciones, por entender que la demandante era persona subrogable, que el convenio colectivo aplicable era el primero de los dos citados y que la no contratación de la demandante por Factudata XXI S.L. constituye un despido cuyas consecuencias deben serle imputadas a esta empresa. Con el mismo amparo procesal denuncia infracción de la doctrina sentadas en las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 2003 -recurso 2252/2002-, 28 de julio de 2003 -recurso 2618/2002- y 20 de septiembre de 2006 -recurso 3671/2005- e incluso en la sentencia de esa Sala de 17 de septiembre de 2012, citada en la sentencia recurrida, ya que la entrega incompleta de la documentación no es un dato relevante para impedir la subrogación.

Factudata XXI S.L. impugna los motivos de suplicación formulados al amparo del artículo 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social alegando que la sentencia recurrida no ha incurrido en las infracciones legales y convencionales denunciadas, ya que el último convenio colectivo citado estaba en vigor cuando se produjo la nueva adjudicación del servicio y que la recurrente no cumplimentó las formalidades que le imponía dicho convenio, tal y como razona la sentencia recurrida, y citando en apoyo de su tesis la sentencia de esta Sala de 14 de noviembre de 2018 -recurso 1444/2018-.

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 al amparo del artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

La estimación de ese primer motivo del recurso de suplicación formulado al amparo del artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social hace innecesario el examen del segundo de dichos motivos, ya que, como antes ha quedado reflejado, la documentación entregada por BCM Gestión de Servicios S.L. a Factudata XXI S.L. fue completa.

CUARTO: La estimación del recurso de suplicación lleva consigo, de conformidad con el artículo 235 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, que no se haga especial imposición de las costas procesales devengadas en el mismo.

FALLO

I.- Se **estima** el recurso de suplicación interpuesto por BCM GESTIÓN DE SERVICIOS S.L. y se revoca la sentencia del Juzgado de lo Social número seis de Málaga, de 23 de marzo de 2022, dictada en el procedimiento 1276-21.

II.- En su lugar, se desestima la demanda formulada por [REDACTED] frente a Ayuntamiento de Málaga y BCM Gestión de Servicios S.L.; y se estima la demanda formulada por [REDACTED] frente a Factudata XXI S.L., se declara que la no contratación de la demandante por esta empresa el 25 de octubre de 2021 es constitutiva de despido improcedente, condenando a dicha empresa a la readmisión de la misma en las mismas condiciones en que prestaba servicios para BCM Gestión de Servicios S.L. con abono de salarios de tramitación, a razón de 29,61 euros diarios con prorrata de pagas extraordinarias, desde esa fecha hasta el 23 de marzo de 2022, fecha de la sentencia recurrida o, a opción de Factudata XXI S.L., a indemnizarle con 4.722,18 euros. La referida opción deberá efectuarse en esta Sala de lo Social en el plazo de cinco días hábiles siguientes a la notificación de la presente resolución.





III.- Una vez firme esta resolución devuélvase a BCM Gestión de Servicios S.L. el depósito de trescientos euros y el depósito para asegurar la condena de la sentencia de instancia.

IV.- Esta resolución no es firme, y contra la misma cabe recurso de casación para la unificación de doctrina ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que se preparará dentro de los diez días siguientes a la notificación de esta sentencia, mediante escrito firmado por letrado y dirigido a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia.

V.- Adviértase a Factudata XXI S.L. que en caso de recurrir habrá de efectuar las siguientes consignaciones:

- La cantidad de 600 euros en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones nº [REDACTED] [REDACTED] abierta por esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía en Málaga en Banco de Santander S.A.

- La cantidad objeto de la condena, si no estuviera consignada con anterioridad, en la misma cuenta. La consignación de la cantidad objeto de condena podrá sustituirse por la constitución de aval de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento, con entidad de crédito. La presente consignación deberá hacerse bien mediante ingreso en la cuenta abierta por esta Sala en el Banco de Santander con el número [REDACTED] bien mediante transferencia a la cuenta número [REDACTED] (en el caso de ingresos por transferencia en formato electrónico) o a la cuenta número [REDACTED] (en el caso de ingresos por transferencia en formato papel). En tales casos, habrá de hacerse constar en el campo reservado al beneficiario, el nombre de esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga, y en el campo reservado al concepto, el número de cuenta [REDACTED]. También podrá constituir aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento, con entidad de crédito respecto de aquella condena.

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

Así 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."

