

**JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 5  
DE MÁLAGA**

**SENTENCIA Nº 220 /2023**

En la ciudad de Málaga a 4 de julio de 2023

D.ª María José Beneito Ortega Magistrada- Juez del Juzgado de lo Social nº 5 de esta ciudad y su provincia, vistos los autos nº 1035 /2020 seguidos a instancia de [REDACTED] contra BCM GESTION DE SERVICIOS S.Ly FACTUDATA XXI S.L , sobre DESPIDO.

**ANTECEDENTES DE HECHO**

**Primero:** Que por [REDACTED] se presentó demanda por despido contra siendo turnada a este Juzgado el día 30 de noviembre de 2021, en la que solicitaba se declarase el despido improcedente . La demanda se tuvo por admitida a trámite ordenándose citar a las partes a los actos de conciliación y juicio que fueron suspendidos de común acuerdo por las partes por existir otro procedimiento pendiente de recurso de suplicación y recaída sentencia se citó a las partes a los actos de conciliación y juicio que se han celebrado el día señalado .Por Decreto de fecha 14 de febrero de 2023 se tuvo por desistida a la parte actora de la demanda frente al Ayuntamiento de Málaga.

**Segundo:** Que emplazadas las partes correctamente e intentada la conciliación, el juicio tuvo lugar en la Sala del juzgado el día señalado no compareciendo el FOGASA .La parte actora tras ratificarse en la demanda solicitó que se dictara sentencia conforme al súplico de la misma previo recibimiento del pleito a prueba , FACTUDATA XXI S.L y BCM GESTION DE SERVICIOS S.L se opusieron a la demanda y solicitaron el recibimiento del pleito a prueba.

**Tercero:** Que recibido el pleito a prueba se practicaron por su orden las pruebas propuestas y admitidas con el resultado que obra en autos; tras lo cual las partes concluyeron en defensa de sus pretensiones, declarándose en dicho acto del juicio concluso para sentencia.

**HECHOS PROBADOS**

1. [REDACTED] ha venido prestando servicios desde el 1 de noviembre de 2013 con la categoría de conserje / portero en los servicios de control de acceso a 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, con un salario de 1076,16 euros mensuales con parte proporcional de pagas extra .

2.- BCM GESTION DE SERVICIOS S.L se subrogó en la relación laboral el 20 de mayo de 2020 con una jornada de 35 horas semanales . .

3.-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 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.

4.-El Ayuntamiento de Málaga publica en su plataforma de contratación del Estado pliego de condiciones económico-administrativas del expediente de contratación 127/2020 . 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

5.- El 21/10/2021 la empresa BCM comunica al actor 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.

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

7.-FACTUDATA contesta el mismo día manifestando que “no estimamos que sea obligatoria la subrogación” y que “no procederá a ninguna subrogación.”

8.-Por sentencia firme del TSJ DE fecha 2 de noviembre de 2022 se ha declarado respecto de otro trabajador adscrito al servicio que “la no contratación de la demandante por FACTUDATA el 25 de octubre de 2021 es constitutiva de despido improcedente” . En igual sentido se han dictado sentencias que no son firmes por el Juzgado de lo Social nº 3 y nº 2 de esta ciudad .



9.-Que el día 26 de noviembre de 2021 tuvo lugar ante el C.M.A.C. el preceptivo acto de conciliación en virtud de demanda presentada el 16.11.2022 con el resultado de intentado sin efecto .

10.- Que la demanda se presentó el día 30.11.2021.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**Primero:** La parte actora formula demanda por despido, y conforme a una unánime jurisprudencia se impone sobre el demandante la exigencia de acreditar la existencia de la relación laboral, categoría profesional, antigüedad y salario , siendo hechos conformes dichos extremos .

**Segundo** .- En cuanto al hecho del despido la cuestión se centra en la obligación de subrogar que es negada por la empresa entrante . En este sentido la sentencia del TSJ con sede en Málaga de fecha 2 de noviembre de 2022 en el supuesto de otro trabajador adscrito al servicio objeto de licitación señala “ 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 ...., comunicación que cumplía todas las formalidades exigidas en el aludido convenio colectivo ..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 la 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 “ , la sala estimó el recurso y declaró responsable a FACTUDATA. En el acto del juicio FACTUDATA alegó que es un centro especial de empleo y que es de aplicación el Convenio Colectivo General de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad ( BOE 4/07/2019



) , alegación que no contradice ni añade a lo ya resuelto por la Sala , ni la sentencia invocada de la Sala del TS de fecha 20/12/2022 como se razonó por el Juzgado de lo Social nº 2” La cuestión discutida en el presente recurso de casación para la unificación de la doctrina y que, por tanto, debe resolver la Sala consiste en dilucidar cuál es el convenio colectivo de aplicación para la determinación de la existencia o no de diferencias salariales, de un trabajador que prestaba servicios como operario jardinero para una empresa que tiene la condición de Centro Especial de Empleo y que había contratado con un determinado hotel la prestación de servicios auxiliares en donde prestaba servicios el trabajador demandante”.Procede declarar la improcedencia y ello conlleva las consecuencias previstas en los artículos 56 del Estatuto de los Trabajadores y 110 de la L.R.J.S.

**Tercero** .- Se solicitó temeridad respecto a FACTUDATA, el artículo 97.3 señala : “La sentencia, motivadamente, podrá imponer al litigante que obró de mala fe o con temeridad , así como al que no acudió al acto de conciliación injustificadamente, una sanción pecuniaria dentro de los límites que se fijan en el apartado 4 del artículo 75, precisando este último precepto que dicha corrección se impondrá de forma motivada y respetando el principio de proporcionalidad, ponderando las circunstancias del hecho, la capacidad económica y los perjuicios causados al proceso y a otros intervinientes o a terceros,y quepodrá oscilar de ciento ochenta a seis mil euros, sin que en ningún caso pueda superar la cuantía de la tercera parte del litigio.”

Como señala la sentencia del TSJ con sede en Málaga de fecha 15 de mayo de 2019 “La doctrina judicial elaborada en interpretación de dicha norma -y de la homónima de la Ley de Procedimiento Laboral, en su texto refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/1995, de 7 de abril (EDL 1995/13689)[en adelante, LPL]-, ha expresado que el razonamiento que determinará la sanción ha de apoyarse en la mala fe o en la temeridad del litigante, es decir, procederá cuando se ejerciten pretensiones absolutamente infundadas, con conocimiento de su injusticia, todo ello evidenciado manifiestamente por el comportamiento del litigante; y que la imposición de las sanciones es facultad discrecional del juzgador de instancia, no revisable por los Tribunales que conocen del recurso, salvo cuando tal decisión no se considere razonablemente fundada ( sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 4 de octubre de 2001 [ROJ: STS 7557/2001 ] ). La temeridad a que alude el precepto procesal de referencia, implica más allá de la falta de tutela jurídica del interés pretendido, bien el conocimiento de la improcedencia de lo reclamado o bien la negligencia de desconocer lo que es notorio, como pueda ser el caso de una doctrina jurisprudencial consolidada y reiterada en el tiempo. Desde otro punto de vista, el concepto de temeridad tiene su radio de acción principal en el ámbito



procesal, de forma que la conducta temeraria es aquella que no se ajusta a los cánones de una práctica jurídica dotada de una mínima solvencia, siendo sus manifestaciones más habituales, la producción de engaño o falsedad, la oscuridad deliberada en el planteamiento de las pretensiones, la inducción al error o la provocación de molestias inútiles (sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana, de 14 de julio de 2009 [ROJ: STSJ CV 5706/2009]). Así mismo, se ha afirmado que la temeridad y mala fe deben referirse exclusivamente a actitudes procesales, es decir, mantenidas en el procedimiento; y que, sin perjuicio del éxito o fracaso de su pretensión, o mayor o menor fortuna en su argumentación, sólo cabe entenderlas como falta absoluta de sustento de la pretensión o mantenimiento obstinado de la pretensión ( sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga, de 9 de septiembre de 2004 [ROJ: STSJ AND 4206/2004 ]). Por otro lado, y finalmente, no cabe confundir con temeridad la falta de consistencia jurídica de la demanda, ni tampoco el resultado desfavorable de las resoluciones respecto a las pretensiones, pues tal confusión podría llegar a coartar o limitar el legítimo ejercicio del derecho de acceso a los Tribunales, de obtener la tutela judicial efectiva que con carácter fundamental consagra el artículo 24 de la CE (EDL 1978/3879) ( sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 28 de abril de 2014 ). En el presente caso , no hubo resolución judicial suspendiendo por la existencia de litispendencia , la suspensión fue instada admitida la demanda y antes de juicio de común acuerdo por las partes , si bien hay una sentencia firme que tiene efectos de cosa juzgada positiva , ello no implica que la empresa condenada y absuelta en la instancia puede oponerse en base a los argumentos que estime de aplicación , no constando la firmeza de los dos últimos pronunciamientos .

### FALLO

Que estimando en parte la demanda formulada por [REDACTED] contra BCM GESTION DE SERVICIOS S.L y FACTUDATA XXI S.L. Debo declarar y declaro improcedente el despido condenando a FACTUDATA XXI S.L. a que, a su opción readmita al actor en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, con abono de los salarios de tramitación, a razón de 35,38 euros diarios desde la fecha del despido 25 de octubre de 2021 hasta la notificación de sentencia ; o al abono de una indemnización de 9.340,48 euros . Absolviendo a BCM GESTION DE SERVICIOS S.L de los pedimentos de la parte actora .

Dicha opción deberá ejercitarse por escrito o comparecencia ante la Secretaría de este Juzgado, dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta



sentencia, sin esperar a su firmeza, entendiéndose que se opta por la readmisión en el caso de no verificarse aquella.

Contra la presente resolución cabe recurso de suplicación que habrá de anunciarse ante este Juzgado en el plazo de cinco días siguientes a su notificación, debiendo consignar en el caso que el recurrente no gozará del beneficio de Justicia gratuita en C/C que posee el juzgado el importe de la condena en metálico pudiendo sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito. En el caso de condena solidaria, la obligación de consignación o aseguramiento alcanzará a todos los condenados con tal carácter, salvo que la consignación o el aseguramiento, aunque efectuado solamente por alguno de los condenados, tuviera expresamente carácter solidario respecto de todos ellos para responder íntegramente de la condena que pudiera finalmente recaer frente a cualquiera de los mismos; respecto del depósito de 300 E, deberá ingresarse en dicha C/C al tiempo de anunciarlo.

Llévese la presente resolución al libro de sentencias y déjese testimonio de la misma en los autos y notifíquese a las partes interesadas.

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

"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."

PUBLICACION.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por la Il.tra. Sra. Magistrada de lo Social que la suscribe, estándose celebrando Audiencia Pública en el día de la fecha, de lo que doy fe.-

