



Juzgado de lo Social Nº 2 de Málaga

C/ Fiscal Luis Portero Garcia s/n, 29010, Málaga. Tfno.: 951939082, Fax: 951939182, Correo electrónico: JSocial.2.Malaga.jus@juntadeandalucia.es

N.I.G.: 2906744420210016341.

Procedimiento: Despidos / Ceses en general 1243/2021. Negociado: T4

Materia: Despido

De: [REDACTED]

Abogado/a: CARMEN MANCHA PELLICER

Procurador/a:

Graduado/a social:

Contra: FACTUDATA XXI SL, FOGASA, AYUNTAMIENTO DE MALAGA y BCM GESTION DE SERVICIOS SL

Abogado/a: S.J.AYUNT. MALAGA , MARIA VICTORIA SANTAMARIA GARCIA y LETRADO DE FOGASA - MALAGA

Procurador/a:

Graduado/a social: JUAN DE DIOS CASTILLO CASTRO

SENTENCIA Nº 230/2023

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

En la ciudad de Málaga a veinticinco de julio de dos mil veintitrés.

Vistos por mí, FRANCISCO GARCÍA VALVERDE, Magistrado-Juez sustituto del Juzgado de lo Social número Dos de los de esta capital, los presentes autos tramitado por el procedimiento nº 1.243/2021 seguidos ante este Juzgado a instancias de [REDACTED] DNI nº [REDACTED] asistido por el Letrado/Graduado Social sra. Carmen Mancha Pellicer ; contra la empresa BCM GESTION DE SERVICIOS S.L. (CIF nº B-29831112) asistido por el Letrado/Graduado Social sr. Juan de Dios Castillo Castro ; contra la empresa FACTUDATA XXI S.L. (CIF nº B-14340095) asistido por el Letrado/Graduado Social sra. Maria Victoria Santamaria García ; y, contra la empresa EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MALAGA asistido por el Letrado/Graduado Social sr. Juan Manuel Fernández Martínez ; habiendo sido citado el FOGASA que no ha comparecido; sobre despido.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Por el actor se presentó demanda, conforme a las prescripciones legales, sobre despido contra la empresa demandada; alegó los hechos e invocó los fundamentos de derecho que consideró pertinentes que constan en la misma para terminar suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que, con estimación de la demanda, se reconozca la improcedencia del despido, de tal forma que alternativamente se condene a una u otra empresa, siendo el trabajador quien opte entre su readmisión (con el abono de los salarios de tramitación devengados) o bien, le indemnice en la cuantía legalmente establecida para el despido.



Segundo.- Admitido a trámite la demanda, acordando darle el curso señalado en la ley, citando a las partes para la celebración de los actos de conciliación y juicio, que se llevó a efecto el día previsto. Celebrada la vista en el día y hora señalados, el actor se ratificó en su escrito de demanda, la parte demandada se opone a la demanda, en los términos que constan en las actuaciones; y tras la práctica de la prueba propuesta y admitida con el resultado que consta en los autos, y efectuadas las conclusiones o informes oportunos, quedaron los autos vistos para sentencia.

HECHOS PROBADOS

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 prorrateo de pagas extraordinarias, (informe de vida laboral, contrato de trabajo, nominas: 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 [REDACTED] con DNI nº [REDACTED] **no mantiene ni ha mantenido vínculo 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.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Para resolver sobre la procedencia/improcedencia del despido objeto de litis, y la empresa codemandada responsable del mismo, requiere previamente dilucidar si la demandante es una trabajadora que debe ser subrogado por la nueva empresa adjudicataria (FACTUDATA XXI S.L.) de **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.

El artículo 44.1 ET configura la subrogación del personal como obligatoria para la empresa entrante cuando se ha producido algo calificable de sucesión de empresas ("El cambio de titularidad de una empresa, de un centro de trabajo o de una unidad productiva autónoma no extinguirá por sí mismo la relación laboral, quedando el nuevo empresario subrogado en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social del anterior"). El 44.1 ET impone a la empresa entrante la obligación de asumir todos los contratos de trabajo del personal adscrito a la unidad productiva o centro de trabajo que estuvieran vigentes a la fecha del cambio de titularidad del mismo. La empresa entrante ha de asumir a la totalidad de la plantilla adscrita a la contrata, y luego en su caso adoptar las medidas legalmente admitidas para ajustar tal plantilla a sus necesidades reales de mano de obra.

Siguiendo la STS 18/01/2022 (sentencia nº 40/2022, recurso nº 3876/2019):

"2. Herramienta necesaria para resolver la Litis planteada es la doctrina acuñada por esta Sala IV en los supuestos de sucesión, resumida en STS (Pleno) 27.09.2018, rcud. 2747/2016, y que relatamos, entre otras, en STS 8.09.2021, rcud 1866/2020:

"A) La exclusión del régimen subrogatorio común (art. 44 ET) por parte del convenio colectivo únicamente es válida cuando no se transmite una unidad productiva con autonomía funcional.

B) El convenio colectivo puede mejorar la regulación del ET y de la Directiva 2001/23/CE, no preterirla o empeorarla. Las previsiones convencionales solo rigen "siempre y cuando no conculquen ningún precepto de Derecho necesario".

C) Cuando el convenio obliga a la asunción de la plantilla preexistente en supuestos adicionales a los legales, aunque materialmente haya una "sucesión de plantilla" no debe



acudirse a la regulación común, puesto que lo pactado opera como mejora de las previsiones heterónomas.

D) Siempre que haya transmisión de medios materiales o infraestructura productiva lo que procede es aplicar el régimen general de la transmisión de empresa con subrogación laboral.

En la sentencia citada, que adaptó la doctrina del Tribunal Supremo a la STJUE de 11 de julio de 2018, C-60/17, se llegó a las siguientes conclusiones:

Primera. - Hay transmisión de empresa encuadrable en el art. 44 ET si la sucesión de contratas va acompañada de la transmisión de una entidad económica entre las empresas saliente y entrante.

Segunda. - En actividades donde la mano de obra constituye un factor esencial, la asunción de una parte relevante del personal adscrito a la contrata (en términos cuantitativos o cualitativos) activa la aplicación del artículo 44 ET.

Tercero.- Cuando (como en el caso) lo relevante es la mano de obra (no la infraestructura) la subrogación solo procede si se da esa asunción de una parte relevante (cuantitativa o cualitativamente) del personal.

Cuarto.- El hecho de que la asunción de una parte relevante de la plantilla derive de lo preceptuado por el convenio colectivo no impide la aplicación de la anterior doctrina".

La subrogación empresarial opera por imperativo de la ley, una vez que concurren los requisitos constitutivos de la sucesión de empresa, sin requerir un acuerdo expreso de las partes (cedente y el cesionario) ni el consentimiento del trabajador afectado. Dicho de otro modo: la subrogación empresarial opera automáticamente, por el solo hecho de que haya una sucesión legal de empresa. La sucesión de empresa no es por sí misma causa de extinción del contrato de trabajo, lo cual se traduce en la obligación del cesionario de subrogarse en la relación laboral de los trabajadores de la empresa cedente que estuvieran adscritos a la entidad económica transmitida, es decir, el cesionario se subroga en la posición del cedente.

En este caso no se plantea propiamente la aplicación directa del art. 44 ET, sino el Convenio Colectivo regulador de la subrogación empresarial. Los Convenios Colectivos suelen establecer garantías de estabilidad en el empleo a favor de los trabajadores que están bajo su ámbito de aplicación, cuando en la prestación de los servicios se suceden diferentes empresas contratistas, imponiendo a tal fin la obligación de subrogarse en los correspondientes contratos.

El art. 71 el Convenio Marco Estatal de Servicios de Atención a las Personas Dependientes y Desarrollo de la Promoción de la Autonomía Personal, sobre Adscripción del personal en las empresas, centros y servicios afectados por el ámbito funcional de presente convenio, dispone:

"Con el fin de mantener la estabilidad del personal en el empleo, conseguir la profesionalización del sector y evitar en la medida de lo posible la proliferación de contenciosos, ambas partes acuerdan la siguiente regulación:

1. Al término de la concesión de una contrata, el personal adscrito a la empresa saliente, de manera exclusiva en dicha contrata, pasará a estar adscrito a la nueva empresa titular de la contrata, quien se subrogará en todos los derechos y obligaciones que tuvieran reconocidos en su anterior empresa, debiendo entregar al personal un documento en el que se refleje el reconocimiento de los derechos de su anterior empresa, con mención expresa al menos a la antigüedad y categoría, dentro de los 30 días siguientes a la subrogación.

En este sentido, y de conformidad con lo dispuesto en el párrafo precedente, para que el personal adscrito a la empresa saliente sea subrogado, deberá concurrir alguno de los siguientes supuestos:

.....



La empresa cesante deberá comunicar al personal afectado la pérdida de la adjudicación de los servicios, así como el nombre de la nueva empresa adjudicataria, tan pronto tenga conocimiento de dichas circunstancias.

2. Todos los supuestos anteriormente contemplados se deberán acreditar fehaciente y documentalmente por la empresa saliente a la empresa entrante, con una antelación mínima de 15 días naturales antes de la fecha del término de su contrata o en el plazo de los 3 días hábiles siguientes a la fecha desde que tuviese conocimiento expreso formal de la adjudicación, si ésta fuera posterior, la documentación siguiente:

....

e) En cualquier caso, el contrato de trabajo entre la empresa saliente y el personal sólo se extingue en el momento que se produzca de derecho la subrogación del mismo a la nueva adjudicataria.

.....

El mecanismo de subrogación, definido en el presente artículo operará automáticamente con independencia del tipo de personalidad de la empresa de que se trate, ya sea física, jurídica o de cualquier clase.

La aplicación de este artículo será de obligado cumplimiento para las partes que vincula: empresa o entidad pública cesante y nueva adjudicataria.

g) La adjudicataria saliente tendrá la facultad de acordar libremente con las personas afectadas por la subrogación la permanencia en su plantilla, sin que ello genere a la adjudicataria entrante la obligación de asumir el vínculo con un personal diferente."

Segundo.- La cuestión ha sido resuelta por la STSJAndalucía/Málaga de 02/11/2022 (sentencia nº 1715/2022, recurso nº 1186/2022), en un supuesto idéntico al presente respecto de otra trabajadora, desestimando la demanda respecto de BCM GESTION DE SERVICIOS S.L. y de EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MALAGA, y, estimando la demanda respecto de FACTUDATA XXI S.L. declara el despido improcedente; razonando:

"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."

Tercero.- Subsidiariamente, FACTUDATA XXI S.L. alega la aplicación del Convenio Colectivo General de Centros y Servicios de Atención a Personas con Discapacidad (BOE de 04/07/2019) cuyo artículo 27 sólo prevé la subrogación empresarial cuando tanto la empresa saliente como entrante estén incluidas en el ámbito de aplicación funcional del Convenio. Alegación que decae por los mismos razonamientos expuestos por la referida STSJAndalucía/Málaga de 02/11/2022.

FACTUDATA XXI S.L. conocía o debía conocer perfectamente que había trabajadoras adscritas a 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, cuál era el Convenio Colectivo de aplicación, que conforme a dicho convenio colectivo y contrato administrativo suscrito con el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE MALAGA estaba obligada como empresa entrante a subrogar a las trabajadoras adscritas a la contrata adjudicada; habiendo cumplido la empresa saliente (BCM GESTION DE SERVICIOS S.L.) todos los requisitos/entrega de documentación prevista en el art. 71 Convenio Marco Estatal de servicios de atención a las personas dependientes y desarrollo de la promoción de la autonomía personal, para que dicha subrogación tuviera lugar.

FACTUDATA XXI S.L. invoca la STS 20/12/2022 (sentencia nº 969/2022, recurso nº 1871/2019). Dicha sentencia dilucida 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. Considerando el TS aplicable el Convenio Colectivo general de centros y servicios de atención a personas con discapacidad a los trabajadores de los Centros especiales de empleo, sean cuales sean las tareas a las que se dediquen en tanto estén vinculados a esta específica figura empresarial mediante una relación laboral especial que define el ámbito de aplicación del citado convenio. Sin embargo, esta doctrina no desvirtúa lo resuelto por la mencionada STSJAndalucía/Málaga de 02/11/2022, se trata de supuestos de hecho y cuestión jurídica distinta.

Cuarto.- Dado que el trabajador demandante tiene la consideración de personal subrogable por la empresa entrante, la no subrogación supone finalización del contrato de trabajo del actor, mereciendo el calificativo de despido improcedente, considerándose fecha del despido la prevista para el inicio de la ejecución la nueva contrata, esto es, el 25/10/2021 en la cual la empresa entrante no subroga a la trabajadora demandante. Procede la absolución de la empresa saliente (BCM GESTION DE SERVICIOS S.L.), y, de conformidad con lo razonado, en el presente supuesto las consecuencias del despido improcedente recaen sobre la empresa entrante (FACTUDATA XXI S.L.) que estaba obligada a subrogarse en el contrato de



trabajo de la trabajadora, a quien el convenio colectivo aplicable y contrato administrativo le imponía subrogar a la trabajadora, y por ende, no amparaba extinguir el contrato de trabajo de la demandante.

Conforme al art. 55.3º y art. 56 ET y art. 108.1º LRJS debemos declarar el despido improcedente, con las consecuencias previstas en el art. 56 ET y art.110 LRJS. En consecuencia, el empresario en el plazo de 5 días desde la notificación de la presente sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido con abono de los salarios de tramitación previstos en el art. 56.2, o el abono de una indemnización prevista en el art. 56.2 ET. En aplicación de los artículos 110.3 LRJS y art. 56.1 y 3 ET el empresario deberá ejercitar la opción entre la readmisión o la indemnización en el plazo de los cinco días siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia, sin esperar a la firmeza de la misma, mediante escrito o comparecencia ante la Secretaria de este Juzgado. En el caso de que el empresario no efectúe esta opción dentro del plazo expresado, se entenderá que procede la readmisión.

Atendiendo al salario de 1.076,16 euros/mes (35,38 euros/día), una antigüedad a 26/10/2020 y fecha del despido el 25/10/2021 (el día 24 fue el último día que la trabajadora prestó servicios para la empresa saliente, debiendo haber sido contratada por la empresa entrante el día 25), a los efectos indicados se establece una indemnización de 1.167,56 euros.

Éste juzgado en sentencia nº 75/2023 de fecha 15/03/2023 (procedimiento nº 1.241/2021) resolvió en el mismo sentido un supuesto idéntico al presente, habiendo sido confirmada dicha sentencia por el TSJAndalucía/Málaga en sentencia nº 1.320/2023 de fecha 12/07/2023 (recurso de suplicación nº 856/2023).

Quinto.- Finalmente, la demandante y codemandada alegan mala fe/temeridad de la empresa FACTUDATA XXI S.L., por tratarse de un supuesto idéntico al ya resuelto por la tan citada STSJAndalucía/Málaga de 02/11/2022, interesando la aplicación del art. 97.3 LRJS.

Dispone el artículo 97.3 LJS que "3. 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. En tales casos, y cuando el condenado fuera el empresario, deberá abonar también los honorarios de los abogados y graduados sociales de la parte contraria que hubieren intervenido, hasta el límite de seiscientos euros."

De conformidad con el art. 11.2 LOPJ, los Juzgados y Tribunales rechazarán fundadamente las peticiones, incidentes y excepciones que se formulen con manifiesto abuso de derecho o entrañen fraude de ley o procesal.

Por su parte, la LEC, en su art. 247.1 dice: " 1. Los intervinientes en todo tipo de procesos deberán ajustarse en sus actuaciones a las reglas de la buena fe.". Buena fe, que expresa y específicamente viene exigida en esta jurisdicción social en las actuaciones de las partes en el proceso, al señalar el art. 75.4 que: "Todos deberán ajustarse en sus actuaciones en el proceso a las reglas de la buena fe."

La STS 08/02/2022 (sentencia nº 126/2022, recurso nº 56/2020) ha analizado el art. 97.3 la LRJS en los siguientes términos:

"D) La sanción pecuniaria por temeridad constituye, desde cualquier punto de vista, una cualidad accesoria respecto al fondo del asunto, como hemos mantenido en SSTs 20/2018 de 16 enero (rcud. 969/2016) y 1173/2021 de 30 noviembre (rcud. 1793/2019), entendiéndose



el adjetivo accesorio como algo secundario, según el diccionario de la RAE, que depende del principal, o que se le une por accidente.

Las SSTs 4 octubre 2001 (rcud. 4477/2000), 27 Junio 2005 (rec. 168/2004) y 15 febrero 2012 (rec. 67/2011), entre otras, explican que el precepto procesal (actual art. 97.3 LRJS) "concede una cierta discrecionalidad para la imposición de la sanción, pero no cabe duda de que el sustrato básico imprescindible es que se ejerciten pretensiones totalmente infundadas, con conocimiento de su injusticia".

E) La STS 685/2018 de 27 junio (rcud. 1946/1999) alberga unas reflexiones del todo trasladables a nuestro caso. En efecto, el artículo 97.3 de la LRJS otorga una facultad de sancionar al juzgador -revisable en sede de recurso, según indica el artículo 204 de la propia LRJS- que se refiere tanto al litigante que obró de mala fe o con temeridad, como al litigante que no acudió al acto de conciliación injustificadamente. Esta facultad se concreta en la posibilidad de imponer una sanción pecuniaria dentro de los límites que se fijan en el apartado 4 del artículo 75 de la LRJS. Si el condenado es el empresario, éste deberá abonar también los honorarios de los abogados y graduados sociales de la parte contraria que hubieren intervenido, hasta el límite de seiscientos euros. La imposición de las anteriores medidas se efectuará, según indica el propio artículo 97.3, a solicitud de parte o de oficio, previa audiencia en el acto de la vista de las partes personadas.

Al respecto hemos afirmado que "el Tribunal de instancia tiene una cierta discrecionalidad para imponer la multa a que se refiere el citado artículo 97.3 de la LPL, valorando los factores que confluyen en la posición de la parte actora y motivando la decisión (STC 41/1984), que naturalmente puede ser analizada y eventualmente anulada por el Tribunal de casación si se entendiera que la medida ha sido arbitraria, pero para ello es preciso que consten de forma fehaciente y clara elementos de los que se pueda desprender de manera objetiva que la aplicación de aquel precepto fue inadecuada" (STS de 7 de diciembre de 1999 Rec. 1946/1999).

F) Por ello, de conformidad con el informe del Ministerio Fiscal, ha de rechazarse también el recurso en este punto, sin que en modo alguno la aplicación del referido artículo 97.3 LRJS suponga vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva como insinúa la recurrente, pues tal derecho fundamental se configura como el que tienen las partes en el proceso a obtener una resolución del Tribunal fundada y motivada, pero no necesariamente acorde con sus pretensiones ni ajustado a sus intereses. Al imponer la sanción cuestionada, por lo demás de carácter muy moderado, la Sala de instancia ha expuesto detalladamente las razones de ello, sin que hayan sido dejadas sin fundamento por la recurrente."

Son presupuestos, por tanto, del ejercicio de esta facultad sancionatoria, la mala fe o la temeridad. La mala fe existe cuando la parte es plenamente consciente de la absoluta inconsistencia jurídica de su postura, ya estribe ésta en un pretender, ya en un oponerse a la justa pretensión del adversario. Y concurre la temeridad en quien desconoce la completa falta de fundamento atendible de su conducta por ausencia inexcusable de la diligencia más elemental; esta temeridad, además, ha de ser notoria, lo que significa tanto como exigir que el carácter infundado del actuar del litigante se muestre manifiesto, patente, obvio, incluso por la persona menos experta dentro de círculo de las que intervienen en el sector de actividades de que se trate. 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.

Precisa la STS 10/02/2021 (sentencia nº 183/2021, recurso nº 3370/2018) que "no es dable amparar la calificación de temeraria de la pretensión en lo que para el juez puede parecer evidente de la lectura de la ley. El derecho de los ciudadanos al acceso a los tribunales no se halla mermado por la claridad de la norma sustantiva que resulte aplicable. Es obvio que quien acude a la vía judicial en demanda de justicia lo hace desde una



comprensión distinta de dicha norma que la que, a la postre, tenía quien juzgó en instancia. Siendo ello así, lo que procederá será la desestimación de sus pretensiones, mas no la negación de la tutela que parece desprenderse de la consideración que demandar en tal caso es temerario, abusivo o fraudulento. La función de jueces y tribunales es interpretar las leyes y el contenido y finalidad de éstas será el que resulte de dicha labor de interpretación y aplicación."

La propia naturaleza sancionadora del precepto impone un uso restrictivo, prudente y cauteloso de la facultad que en él se otorga, debiendo concurrir para su aplicación, una finalidad dilatoria o abusiva, un uso desviado de las normas o un incumplimiento de los distintos deberes que les hayan podido imponer los Tribunales a las partes, de modo que, con carácter general, la imposición de multa por temeridad y mala fe se halla ligada a una torticera actividad procesal. 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 CE. La temeridad y mala fe deben referirse exclusivamente a actitudes procesales 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.

En este caso, aunque la cuestión fáctico-jurídica ha sido abordada por la STSJAndalucía/Málaga de 02/11/2022, condenando a la empresa FACTUDATA XXI S.L., sin embargo, la insistencia en un nuevo análisis de los hechos y normas jurídicas/convenio colectivo para su resolución no permite afirmar tajantemente que sea acreditativa de un abuso consciente en el ejercicio del derecho, máxime teniendo en cuenta que este precepto ha de ser interpretado de manera restrictiva, desde la perspectiva del derecho sancionador, de suerte que sea evidente y notoria la temeridad o mala fe procesal, pues podría atentar contra el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su vertiente del libre acceso de los ciudadanos a los órganos jurisdiccionales en defensa de sus intereses.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

1 FALLO

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.

Notifíquese la presente resolución a las partes haciéndoles saber que la misma no es firme y contra ella cabe interponer recurso de Suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía-Málaga, recurso que habrá de anunciarse ante éste Juzgado en el plazo de cinco días siguientes a la notificación de la presente resolución. Se advierte al recurrente que no fuere trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del Régimen público de Seguridad Social que deberá constituir como depósito 300 euros en la Cuenta de Consignaciones y Depósitos de este Juzgado, aportando el resguardo acreditativo; así como acreditar la consignación en la mencionada Cuenta de la cantidad objeto de la condena o presentar aval bancario por la misma cantidad en el que se haga constar la responsabilidad solidaria del avalista, observándose la forma, plazos y requisitos establecidos en los arts. 190 y ss y arts. 229 y ss LRJS. El Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, los Organismos Autónomos dependientes de todos ellos, y quienes tuvieran reconocido el beneficio de justicia gratuita quedarán exentos de constituir el depósito y consignaciones referidas (art. 229.4º LRJS).

Líbrese Testimonio de esta Sentencia para su unión a los autos de su razón e inclúyase la misma en el Libro de su clase.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando en Primera Instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera 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.



