



Roj: **STSJ AND 7356/2016 - ECLI: ES:TSJAND:2016:7356**

Id Cendoj: **41091340012016102000**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **28/09/2016**

Nº de Recurso: **2801/2015**

Nº de Resolución: **2516/2016**

Procedimiento: **SOCIAL**

Ponente: **MARIA BEGOÑA RODRIGUEZ ALVAREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO Nº 2801/15 IN

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

ILTMA.SRA.DÑA. MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ ALVAREZ.

ILTMA.SRA.DÑA. MARÍA BEGOÑA GARCÍA ÁLVAREZ.

ILMO.SR.DON JESÚS SÁNCHEZ ANDRADA.

En Sevilla, a veintiocho de septiembre de dos mil dieciséis.

La Sala de lo Social de Sevilla del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, compuesta por los Ilmos. Sres. citados al margen.

EN NOMBRE DEL REY

Ha dictado la siguiente:

SENTENCIA N° 2516 /16

En el recurso de suplicación interpuesto por la Lda. D^a Esperanza Alcaraz Guerrero en representación de la Universidad de Huelva, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número tres de los de Huelva; ha sido Ponente la ILMA. SRA. DOÑA MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ ALVAREZ, Presidenta de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Según consta en autos número 283/14, se presentó demanda por Doña Fermina , sobre despido, contra Universidad de Huelva, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 04/12/14, por el Juzgado de referencia, en que se estimó la demanda.

SEGUNDO: En la citada sentencia y como hechos probados se declararon los siguientes:

"Primero.-La actora, Doña Fermina , mayor de edad y con D. N.I. nº NUM000 , ha prestado sus servicios por cuenta y bajo la dependencia de la Universidad de Huelva, como Titulado de Grado Superior, desde el 11 de enero de 2007, adscrita desde el inicio de su contratación a la unidad del Gabinete del Rector, Comunicación y Relaciones Institucionales de la Universidad de Huelva, desarrollando las funciones propias de Jefe de Comunicación de la Universidad de Huelva, amén de otras vinculadas a la indicada unidad de gestión.

Estas funciones se concretan fundamentalmente en:

Atención diaria a los periodistas de los medios de comunicación.

Investigación y búsqueda de información entre las fuentes de la Universidad.



Organización y convocatoria de ruedas de prensa con la presencia del Rector u otra autoridad académica para la difusión de investigaciones, actividades, premios, etc.

Difusión de la firma de Convenios de Colaboración entre la Universidad de Huelva y distintas instituciones y empresas nacionales e internacionales.

Elaboración de informaciones que reflejan los logros de la institución en el ámbito de la investigación, la excelencia del profesorado, méritos del alumnado o desarrollo de metodologías educativas avanzadas en las que es pionera.

Mantenimiento de una relación fluida con los distintos Departamentos y Facultades hasta conseguir que éstos se conviertan en fuentes de información activas.

Gestión, difusión y seguimiento de la información en los diferentes medios de comunicación de las notas de prensa emitidas por la Universidad.

Apoyo y orientación en campañas de Publicidad.

Coordinación de contenidos de los suplementos de carácter universitario editados por los diarios de ámbito provincial Huelva Información, Odiel Información y El Mundo.

Coordinación de programas de radio y televisión de contenido únicamente universitario en emisoras y televisiones locales.

Elaboración de discursos.

Apoyo en la comunicación interna entre los diferentes vicerrectorados.

Segundo.-La demandante ha permanecido de alta en el sistema de la Seguridad Social con la Universidad de Huelva los períodos y en virtud de los contratos siguientes:

-del 11-01-07 al 10 de enero de 2012, en virtud de contrato de duración determinada, para obra o servicio definido como "Servicio de apoyo técnico al Gabinete del Rector de la Universidad de Huelva y cuyo responsable es Don Sabino (CUG 80.00.00.01-Aplicación 649.00-Programa 422-D)". El mencionado contrato fue prorrogado en cuatro ocasiones, del 11 de enero de 2008 al 10 de enero de 2009, del 11 de enero de 2009 al 10 de enero de 2010, del 11 de enero de 2010 al 10 de enero de 2011 y del 11 de enero de 2011 al 10 de enero de 2012.

-del 11 de enero de 2012, en virtud de contrato de duración determinada, para obra o servicio definido como "Gestión de programas de formación de docencia universitaria, período 2010-2012". El mencionado contrato fue prorrogado en una ocasión, por período de doce meses, hasta el 10 de enero de 2014. En el ordinal cuarto de su clausulado se establecía textualmente: "El trabajador percibirá una retribución total de 2.269,81 euros brutos mensuales, que se distribuyen en los siguientes conceptos salariales:

-Sueldo: 1.945,55 euros.

-Prorrata de pagas extras: 324,26 euros".

Tercero.-Con fecha 11 de diciembre de 2013 la Universidad hizo saber por escrito a la hoy actora que "el próximo día 10 de enero de 2014 finaliza la prórroga de su contrato de trabajo, extendida con fecha 11 de enero de 2013, por expiración del tiempo concertado. Por ello en dicha fecha se producirá la extinción del contrato establecido con usted y que le una a la Universidad de Huelva, lo que se le informa en plazo, a los efectos oportunos. Rogamos firme la copia adjunta, a los únicos efectos de acreditar su notificación".

El 10 de enero de 2014 la entidad demandada cursó la baja de la trabajadora en el sistema de la Seguridad Social.

Cuarto.-Entre el 1 de octubre de 2013 y el 31 de enero de 2014 se han extinguido un total de 96 contratos de trabajo en la Universidad de Huelva.

Damos por reproducido el contenido del certificado que obra unido al folio 104 de lo actuado.

Quinto.-Al tiempo de su cese, correspondía percibir a la trabajadora una retribución diaria bruta, en cómputo anual, de 72,00 euros.

Sexto.-Con fecha 29 de octubre de 2014 la Universidad de Huelva ha dictado Resolución (folios 27 y 28, por reproducidos), por la que se acuerda incoar procedimiento de revisión de oficio de los contratos suscritos con la hoy actora, y sus prórrogas, por entender que los mismos pueden ser nulos de pleno derecho.

Séptimo.-La trabajadora no ostenta ni ha ostentado en el año anterior al cese la condición de delegado de personal, miembro del comité de empresa o delegado sindical.



Octavo.- Con fecha 11 de diciembre de 2013 la demandante solicita por escrito reducción de jornada a partir del día 26 de diciembre de 2013, para atender al cuidado de su hija nacida el NUM001 de 2012.

El 26 de diciembre de 2013 la Universidad comunica a la hoy actora lo siguiente: "En contestación a su escrito de fecha 11/12/2013 (...), en virtud del cual solicita una reducción de jornada de 1/8 por guarda legal de un menor de ocho años, le comunico:

Que según el art. 37.5 del Estatuto de los Trabajadores "Quien por razones de guarda legal tenga a su cuidado directo algún menor de ocho años... tendrá derecho a una reducción de la jornada de trabajo diaria, con la disminución proporcional del salario entre, a menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquélla."

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Dirección autoriza la petición de jornada reducida en un 1/8 por guarda legal de un menor de ocho años, a Da. Fermina , desde el 26/12/2013 al 10-01-2014, fecha prevista de finalización de su contrato laboral por Obra y Servicios Determinados.

Contra la presente resolución, que agota la vía administrativa, y de conformidad con lo preceptuado por los arts. 120 , 121 y 125 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo Común y el art. 69.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social , podrá formular reclamación previa a la vía jurisdiccional ante este Rectorado, advirtiéndose que denegada la misma, o transcurrido un mes sin que le haya sido notificada la resolución - recaída sobre ella, podrá formalizar demanda ante el Juzgado de lo Social competente".

Noveno.-Se agotó la vía previa, presentándose reclamación previa por la trabajadora el día 7 de febrero de 2014.

La demanda origen de la litis fue presentada en el Decanato de los Juzgados de esta capital el día 3 de marzo de 2014."

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpuso recurso de suplicación por la parte demandada que fue impugnado de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO: Frente a la sentencia de instancia que estimo la demanda de la actora declarando nulo su despido, declarando previamente que se encontraba vinculada a la Universidad por un contrato indefinido, por ser fraudulenta su contratación, nulidad del despido que deriva de que en los 90 se había producido un numero de despidos que traspasa los limites del despido colectivo debiendo por ello seguir los trámites legales al respecto previstos, se alza en Suplicación la Universidad de Huelva, entidad demandada invocando exclusivamente el tramite procesal del apartado a) del artículo 193 Ley reguladora de la Jurisdicción Social

SEGUNDO.- Por tramite adecuado del apartado a) del artículo 193 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y por tanto con correcta invocación procesal, se solicita nulidad de actuaciones alegando como única causa de nulidad,la vulneración del artículo 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , por estimar que se ha producido una indebida inversión de la carga de la prueba, por cuanto que la sentencia, presumiendo que todas o la mayoría de las contrataciones temporales que han dado lugar a los ceses previos y posteriores al de la actora, concretamente los producidos entre el 1 de octubre de 2013 y 31 de Enero de 2014, correspondían a contrataciones fraudulentas, haciendo recaer sobre la correspondiendo a la Universidad de Huelva la carga de probar que eran contrataciones temporales válidas.

Para empezar ha de dejarse constancia de que la nulidad de actuaciones, es un remedio excepcional y extraordinario que ha de utilizarse con cautela habiendo declarado el Tribunal Constitucional declarando la sentencia del Tribunal Constitucional nº 210/2001, de 29 de octubre que "no toda irregularidad procesal (aun cuando resulte inequívocamente constatada) implica necesariamente una lesión del derecho a obtener tutela judicial efectiva sin indefensión", de forma que resulta preciso, para dotar de relevancia constitucional a una irregularidad procesal que la misma "ocasiona un real y efectivo menoscabo del derecho de defensa"

Por lo demás, ha de dejarse aquí constancia de que no se plantea por la recurrente cuestión alguna en orden a si, para calcular los umbrales numéricos del despido colectivo que establecía el artículo 51 de Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, hoy derogado pero vigente hasta el 13 de Noviembre de 2015 que se aplica por razones temporales, ha de tenerse en cuenta los trabajadores de la empresa o solo los del centro de trabajo o tomarse en cuenta tanto la empresa en su conjunto como el centro de trabajo; el único problema que se plantea es que según la recurrente que no niega en numero de extinciones que computa la sentencia recurrida, tal sentencia parte de que todos los ceses corresponden a contrataciones fraudulentas y ello, -dice la recurrente-, no se ha probado, no correspondiendo a ella la carga de la prueba sino a la actora.



Cierto es que, en aplicación de la Directiva 98/59/CE y de la Sentencia Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 11 de noviembre de 2015 (caso **Pujante Rivera**), a efectos del despido colectivo no deben computarse las extinciones de contratos temporales cuando éstas se producen al finalizar la duración pactada o la tarea encomendada, aunque los contratos temporales sí deban tomarse en consideración para determinar el volumen de trabajadores que conforman la plantilla habitual de la empresa; a ello se han ajustado los resoluciones de los tribunales españoles y así la Audiencia Nacional en su Sentencia núm. 92/2014 de 14 mayo (Procedimiento núm. 66/2014) que a los efectos que nos ocupan, han de tomarse en cuenta todas las extinciones de contrato no inherentes a la persona del trabajador producidas durante un periodo de referencia de 90 días, debiendo incluirse los despidos reconocidos o declarados improcedentes, sea cuál sea la causa alegada, pudiendo el órgano judicial hacer tal declaración como cuestión previa, los despidos objetivos, sean o no recurridos y con independencia de su calificación, y las extinciones de contratos temporales tanto si el contrato se revela como indebidamente temporal, como si, siendo temporal, es extinguido antes de su término, como ocurre con los contratos para obra o servicio vinculado a una contrata por reducción de misma sin haber terminado, y excluyendo los despidos disciplinarios no impugnados así como los pendientes de litigio judicial.

Pero en el caso que nos ocupa, no se han tomado contrataciones temporales que terminen ordinariamente por conclusión de las tareas encomendadas si no que, se toman todos los ceses notificados partiendo la sentencia de instancia que todos los contratos son fraudulentos, ante la falta de prueba de la Universidad demandada de su validez, carga de la prueba que le correspondía en aplicación del principio de facilidad probatoria, contenido en el artículo 217.7 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues es la Universidad de Huelva y no cada particular, quien dispone de toda la documentación referida a estas contrataciones de trabajadores cuyo cese, fue notificado en fechas próximas al cese de la actora que se impugna a través de la demanda que da origen a estas actuaciones, máxime si tenemos en cuenta que, como razona la sentencia de instancia en el último Fundamento Jurídico, con valor de hechos probados aunque en lugar inadecuado, "es un hecho notorio y sobradamente conocido en Huelva que el Rector de la Universidad ha venido justificando públicamente en los medios de comunicación escrita la masiva extinción de los contratos temporales en razones de insuficiencia (o reducción) presupuestaria",

Cierto es que cuando se dictó la sentencia que ahora se recurre, se en contraban pendiente de litigio la impugnación de los ceses de todos los trabajadores, pero en todos los casos se resolvió que la contratación era fraudulenta y se declaró la indefinición de la relación laboral de los trabajadores afectados, habiendo sido confirmadas por esta Sala todas las sentencias que se han recurrido por la Universidad que, en numerosos recursos planteados, ni siquiera cuestionaba la declaración de indefinición en la relación laboral por fraude en la contratación, como tampoco lo hace en el recurso que nos ocupa, en el que como y se ha dicho, solo recurre invocando el trámite procesal del apartado a) del artículo 1913 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social.

De esta manera las cosas, ha de ser rechazada la nulidad solicitada, y desestimado consecuentemente el recurso que se estudia, en concordancia con lo resuelto en esta Sala en la Sentencia núm. 14/2016 de 14 enero (Recurso de Suplicación núm. 3067/2014), en la que se planteaba también la nulidad de la sentencia por el mismo motivo que ahora se ha planteado en este recurso, si bien en aquel recurso se planteaba también otros motivos de que aquí no se han planteado.

Vistos los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Con desestimación del recurso de suplicación interpuesto por Universidad de Huelva, contra la sentencia dictada en los autos nº 283/14 por el Juzgado de lo Social número tres de los de Huelva, en virtud de demanda formulada por Doña Fermina, contra Universidad de Huelva, debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida.

Notifíquese esta sentencia a las partes al Excmo. Sr. Fiscal de este Tribunal, advirtiéndose que, contra ella, cabe recurso de Casación para la Unificación de Doctrina, que podrá ser preparado dentro de los DIEZ DÍAS hábiles siguientes a la notificación de la misma, mediante escrito dirigido a esta Sala, firmado por abogado -caso de no constar previamente, el abogado firmante deberá acreditar la representación de la parte-, con tantas copias como partes recurridas, expresando el propósito de la parte de formalizar el recurso; y en el mismo deberá designarse un domicilio en la sede de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo a efectos de notificaciones, con todos los datos necesarios para su práctica y con los efectos del apartado 2 del artículo 53 LRJS.

En tal escrito de preparación del recurso deberá constar:



a) exposición de "cada uno de los extremos del núcleo de la contradicción, determinando el sentido y alcance de la divergencia existente entre las resoluciones comparadas, en atención a la identidad de la situación, a la igualdad sustancial de hechos, fundamentos y pretensiones y a la diferencia de pronunciamientos".

b) referencia detallada y precisa a los datos identificativos de la sentencia o sentencias que la parte pretenda utilizar para fundamentar cada uno de los puntos de contradicción".

c) que las "sentencias invocadas como doctrina de contradicción deberán haber ganado firmeza a la fecha de finalización del plazo de interposición del recurso", advirtiéndose, respecto a las sentencias invocadas, que "Las sentencias que no hayan sido objeto de expresa mención en el escrito de preparación no podrán ser posteriormente invocadas en el escrito de interposición".

Una vez firme esta sentencia, devuélvanse los autos al Juzgado de lo Social de referencia, con certificación de esta resolución, diligencia de su firmeza y, en su caso, certificación o testimonio de la posterior resolución que recaiga.

Únase el original de esta sentencia al libro de su razón y una certificación de la misma al presente rollo, que se archivará en esta Sala.

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

PUBLICACION.- Sevilla a 28/09/16.