



Roj: **STSJ AND 12167/2017 - ECLI: ES:TSJAND:2017:12167**

Id Cendoj: **41091340012017103746**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **14/12/2017**

Nº de Recurso: **3705/2016**

Nº de Resolución: **3716/2017**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **FRANCISCO MANUEL ALVAREZ DOMINGUEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Recurso nº 3705/16-K

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

Ilmo. Sr. Magistrado

DON LUIS LOZANO MORENO

Ilmo. Sr. Magistrado

DON FRANCISCO MANUEL ÁLVAREZ DOMÍNGUEZ (PONENTE)

Ilma. Sra. Magistrada

DOÑA MARÍA DEL CARMEN PÉREZ SIBÓN

En Sevilla, a catorce de diciembre de dos mil diecisiete.

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 NÚM. 3716 /17

En los recursos de suplicación interpuestos por D^a Belinda y Sueños de Colores, contra la sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de los de HUELVA, en sus autos nº 944/2014; ha sido Ponente el Ilmo. Sr. Don FRANCISCO MANUEL ÁLVAREZ DOMÍNGUEZ, Magistrado.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en autos, se presentó demanda por D^a Belinda contra la Corporación de la Universidad de Huelva S.A.U, Universidad de Huelva, Guardonuba S.L.L y Sueños de Colores S.C.A, con intervención del Ministerio Fiscal, sobre reclamación por despido, se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 19/06/15 por el Juzgado de referencia, en la que se estimó parcialmente la demanda.

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

"Primero.-Mediante Resolución Rectoral de fecha 30 de julio de 2009, la Universidad de Huelva convocó procedimiento de concurso para la contratación del servicio de gestión de la Escuela Infantil "Jardín de la Luz" de la Universidad de Huelva.



Segundo.-Mediante resolución del rector de la Universidad de Huelva de 11 de septiembre de 2009 se adjudicó provisionalmente a "Guardonuba S.L.L." el contrato de servicio de gestión de la escuela infantil "Jardín de la Luz" de la Universidad de Huelva, comenzando dicha entidad la prestación del servicio de gestión de guardería en el curso académico 2009/2010.

Tercero.-Habiéndose impugnado en vía administrativa aquella adjudicación por la entidad "Sueños de Colores S.C.A.", se dictó Resolución Rectoral de fecha 30 de julio de 2010, dejando sin efecto la adjudicación inicial del contrato a favor de la entidad "Guardonuba S.L.L.", y adjudicando el servicio a favor de la entidad "Sueños de Colores S.C.A."

Cuarto.-Contra esta última resolución se interpuso por la entidad "Guardonuba S.L.L." recurso contencioso administrativo que fue turnado al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Huelva, donde dio lugar a los autos tramitados bajo el número 919/10.

En dicho procedimiento la recurrente solicitó la adopción de medida cautelar, consistente en suspensión de la ejecución de la resolución rectoral impugnada, a fin de continuar con la gestión del servicio en tanto se sustanciaba el procedimiento judicial.

Mediante Sentencia de 15 de junio de 2011, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía se confirmó el Auto de 13 de octubre de 2010 del Juzgado de lo contencioso administrativo nº 1 de Huelva , que había denegado la medida cautelar de suspensión.

Quinto.-El 30 de agosto de 2011 se dicta resolución rectoral en cuya virtud se acuerda adoptar la medida provisional consistente en que, en tanto se resolvía el procedimiento de rescate iniciado mediante resolución de 3 de julio de 2011, el servicio de gestión de la escuela infantil "Jardín de la Luz" fuera asumido por la Universidad de Huelva.

Sexto.-Con fecha 27 de noviembre de 2013 el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Huelva, en los autos de procedimiento ordinario nº 919/2010, dictó sentencia en la que se declara la nulidad de la adjudicación inicial y del contrato formalizado con "Guardonuba S.L.", dejándolo sin efecto, y adjudicando el contrato a "Sueños de Colores S.C.A."

La mencionada sentencia figura incorporada a los folios 885 a 891 de las actuaciones, que damos por reproducidos.

Séptimo.-El día de 5 de marzo de 2014 se dicta resolución rectoral sobre ejecución de la referida sentencia, formalizándose el día 7 de marzo de 2014 el siguiente: "ACUERDO ENTRE LA UNIVERSIDAD DE HUELVA Y LA SCA "SUEÑOS DE COLORES EN RELACIÓN CON EL CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA DE FECHA 27 DE NOVIEMBRE DE 2013 DEL JUZGADO DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO N 1 DE HUELVA . EN RELACIÓN CON EL CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA.

REUIDOS

De una parte, D. Jeronimo , rector de la Universidad de Huelva, en representación de la misma.

De otra parte, Doña Isidora , Doña Penélope y Doña María Rosa en representación de la entidad Sueños de Colores SCA.

MANIFIESTAN

I.- Que por el Juzgado de los Contencioso administrativo nº 1 de Huelva, se ha dictado Sentencia de 27 de Noviembre de 2013 en el procedimiento Ordinaria 919/2010 por la que se desestima el recurso promovido por la entidad Guardonuba SLL contra la Resolución rectora, de 30 de Julio de 2010 que estimó parcialmente el recurso de reposición interpuesto contra la adjudicación del contrato de servido de gestión d lo Escuela Infantil Jardín de Luz de la Universidad de Huelva, declarando la sentencia la nulidad de la adjudicación inicial y del contrato formalizado con la entidad Guardonuba SLL, dejándolo sin efecto y adjudicando el contrato a favor de la entidad Sueños de colores SCA.

II.- que en ejecución de la expresada sentencia se formalizan los siguientes

ACUERDOS

Primero.- El contrato a favor de Sueños de Colores SCA no entrará en vigor hasta el día 1 de septiembre de 2014, fecha de comienzo del siguiente curso escolar, y ello en atención al interés público que en este caso representan los alumnos de la Escuela Infantil Jardín de la Luz.

Asimismo, para procurar la adaptación progresiva de los escolares actualmente matriculados a los nuevos gestores, facilitando y normalizando el traspaso en la gestión, en beneficio de los menores, la Corporación de la



Universidad de Huelva contratará a las tres trabajadoras de la entidad Sueños de Colores SCA que formalizan este acuerdo, hasta la finalización del curso escolar 2013-2014, con fecha de extinción en todo caso el 31 de julio de 2014, en régimen de dedicación a tiempo completo uno de los contratos y a tiempo parcial los dos restantes.

Segundo.- En cuanto a las personas que se encuentran prestando sus servicios en la actualidad en dicha escuela infantil, sus contratos se extinguirán el 31 de julio de 2014, asumiendo la Universidad de Huelva cualquier liquidación o indemnización que en su caso proceda por el fin de tales contratos, de manera que cualquier reclamación que pudiera producirse sobre salarios o indemnizaciones serán de exclusiva responsabilidad de la Universidad de Huelva, y caso de declaración judicial de responsabilidad solidaria, la entidad Sueños de Colores SCA deducirá lo abonado del canon anual a pagar a la Universidad.

Tercer.-A fecha 1 de septiembre de 2014 se realizará por ambas partes un inventario de los enseres existentes o que haya de reponer la Universidad, que serán los que habrán de ser devueltos por Sueños de Colores SCA a la finalización del contrato".

En cumplimiento del acuerdo transcrito, el 10 de marzo de 2014 la "Corporación de la Universidad de Huelva S.A.U." procedió a contratar con carácter temporal, para obra o servicio determinado, a las socias de la cooperativa Doña Isidora , Doña María Rosa y Doña Penélope , constituyendo el objeto de los referidos contratos la "conclusión curso 2013/2014".

Octavo.-Con fecha 19 de noviembre de 2014 el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Huelva dictó auto de ejecución de la sentencia en cuya parte dispositiva se establecía lo siguiente: "Se acuerda que por parte de la Universidad de Huelva, se proceda a la ejecución completa del Fallo recogido en la sentencia dictada por este Juzgado de fecha 27-11-2013 , que acordaba la adjudicación del contrato a favor de la recurrente Sueños de Colores SCA, para lo cual se debe proceder por la Universidad de Huelva, a la formalización del contrato administrativo correspondiente con dicha entidad Sueños de Colores SCA y que recoja el contenido de los pliegos de condiciones administrativas y técnicas que se aprobaron por dicha entidad pública para realizar esta licitación y adjudicación del citado contrato, incorporando el contenido de los acuerdos firmados por las partes con fecha 5 y 7 de marzo de 2014, por lo que se refiere a la extinción de los contratos laborales con fecha 31-7-2014, del personal que prestaba sus servicios en dicha guardería infantil y perteneciente a la Corporación de la Universidad de Huelva SAU. Sin costas",

Noveno.-El Pliego de Cláusulas Administrativas y Particulares y Prescripciones Técnicas que regía la contratación del "Servicio de Gestión de la Escuela Infantil "Jardín de Luz" de la Universidad de Huelva", Exp. NUM000 , figura incorporado a los folios 710 a 764 de las actuaciones, cuyo contenido damos aquí por reproducido.

Décimo.-El día 4 de febrero de 2015 fue suscrito contrato nº NUM001 (Bis) entre Universidad de Huelva y "Sueños de Colores, S.C.A." para la concesión del "Servicio de Gestión de la Escuela Infantil "Jardín de la Luz" de la Universidad de Huelva, unido a los folios 693 a 697 de lo actuado, a que hacemos aquí remisión explícita.

Undécimo.-La hoy actora, Doña Belinda , mayor de edad y con DNI nº NUM002 , ha venido prestando servicios como Educadora, en la Escuela Infantil "Jardín de Luz", sita en el campus "El Carmen" de la Universidad de Huelva, desde el día 1 de noviembre de 2009.

Damos por reproducido el contenido del informe de vida laboral de la trabajadora demandante, que obra unido a los folios 542 a 546 de las actuaciones.

Duodécimo.-Con fecha 22 de enero de 2014 las trabajadoras de la guardería Doña Gregoria , Doña Belinda , Doña Natividad , Doña Trinidad , Doña Andrea , Doña Eurne , Doña Julia , Doña Raimunda , Doña María Milagros , Doña Bernarda , Doña Eulalia , Doña Mariana y Doña Silvia suscribieron documento del tenor literal siguiente: "ACTA DE CONSTITUCIÓN PARA LA DESIGNACIÓN DE REPRESENTANTE LEGAL DE LOS TRABAJADORES DE LA PLANTILLA DEL CENTRO

En la ciudad de Huelva a 22 de enero de 2014.

Reunidas en asamblea las trabajadoras abajo referenciadas, observando las formas y plazos de preaviso legalmente establecidas, y teniendo como único punto del orden del día la designación de las trabajadoras que representen los derechos e intereses de la totalidad de la plantilla, todas ellas por UNANIMIDAD acuerdan:

PRIMERO: Designar a las trabajadoras: DÑA. Gregoria con DM NUM003 y DÑA. Belinda con DNI NUM002 , como sus representantes legales.

SEGUNDO: Otorgar a dichas trabajadoras las más amplias facultades y prerrogativas legalmente establecida a los efectos de que:



1. Representen los derechos e intereses de las totalidad de las trabajadoras que componen la plantilla, en cuantos procesos de negociación se entablen por la Universidad de Huelva relacionadas directa o indirectamente con el mantenimiento de los servicios propios de la Escuela Infantil Jardín de Luz con la Nueva empresa adjudicataria de los servicios, la que en su caso la pudiera sustituir, así como subsidiariamente con la Corporación de la Universidad de Huelva y/o la Universidad de Huelva a través del Vicerrectorado de Estudiantes, Empleo y Extensión Universitaria y en último caso ante el Excmo. Sr. Rector.
2. Representen los derechos e intereses en cualquier proceso de negociación relacionados con la situación laboral de la totalidad de las trabajadoras, con las sociedades e instituciones relacionadas en el apartado primero del presente acta.
3. En general para cualquier actuación de representación en el ámbito de la defensa de los derechos e intereses que por derecho le correspondan al colectivo".

Decimotercero.-El 23 de enero de 2014 tuvo entrada en los registros de la Universidad de Huelva escrito del tenor literal siguiente: "AL SR. RECTOR MAGNIFICO

DE LA UNIVERSIDAD DE HUELVA

DÑA. Gregoria y DÑA. Belinda en calidad de representante legal de las trabajadoras del centro de Educación Infantil "JARDIN DE LUZ" a través de la presente comparece y como mejor proceda en derecho EXPONE:

PRIMERO: Que con fecha de 22 de enero de 2014 hemos sido designadas como representantes legales de las trabajadoras del centro de Educación Infantil "JARDIN DE LUZ", tal y como consta debidamente acreditado en acta de asamblea de trabajadoras que se adjunta como documental nº 1.

SEGUNDO: Que, conforme al mandato designado, y a la luz de la situación que indefinición provocada por el cumplimiento de la Sentencia que determina la adjudicación del contrato a la entidad COOP. SUEÑOS DE COLORES -GUARDERÍA CLARINES y la evidente repercusión de la misma en la situación laboral de las trabajadoras y habida cuenta de la manifiesta situación de falta de información sobre estos hechos y el completo abandono y dejadez de funciones por parte de la Dirección de la Corporación de la Universidad de Huelva, solicitamos:

1. Reunión con el Excmo. Y Magnifico Sr. Rector y con el Vicerrector de Estudiantes, Empleo y Extensión Universitaria a los efectos de tener conocimiento de la situación real de las negociaciones relacionadas con el mantenimiento del servicio, interviniendo activamente en las mismas.
2. Regularización de la situación contractual y vida laboral de la totalidad de las trabajadoras, a la vista de determinadas irregularidades detectadas.

Por todo lo expuesto, al SR. RECTOR MGFCO. DE LA UNIVERSIDAD DE HUELVA SOLICITO, tenga por presentada la documental relacionada y se atienda a la mayor brevedad posible con lo expresamente solicitado en el apartado segundo de este escrito".

Decimocuarto.-Con fecha 18 de febrero de 2014 Doña Florinda , Directora académica de la Universidad, suscribió comunicación del siguiente tenor literal: "Se ha acordado que hasta final de este curso el equipo educativo actual se mantendrá tal y como está ahora, y la gestión la seguirá llevando la Corporación. Además, se va a contratar a 3 educadoras de la Cooperativa, desde finales de este mes o principios de marzo, hasta final de curso. De esta forma tendrán la oportunidad de conocerlas, así como ellas a ustedes y sus hijos e hijas. Éstas educadoras trabajarán conjuntamente con el resto del equipo educativo actual.

A partir del 31 de Julio será 'Sueños de Colores' quien gestione la guardería y, por tanto, al personal que en ella trabaje el próximo curso académico.

Toda esta información fue comunicada al representante de ustedes, Florian , el pasado viernes (14.2.14), tanto telefónicamente como en persona. Así mismo, tenemos constancia de que hoy martes va a celebrarse otra reunión entre la Cooperativa y los representantes de ustedes. Quedamos a su disposición para cualquier consulta que deseen hacernos. Reciban un cordial saludo".

Decimoquinto.-El día 8 de mayo de 2014 la trabajadora demandante presentó en el Decanato de los Juzgados de esta sede demanda contra Corporación de la Universidad de Huelva S.A.U., Universidad de Huelva y Sociedad Cooperativa Sueños de Colores en la que, con carácter principal, solicitaba se reconociese el carácter indefinido de su relación laboral, con su antigüedad real y efectos inherentes a la misma.

La mencionada demanda obra unida a los folios 28 a 33 de las actuaciones, que damos por reproducidos, y fue precedida de papeleta de conciliación presentada en el CMAC de Huelva contra Corporación de la Universidad de Huelva S.A.U. y Sociedad Cooperativa Sueños de Colores el día 9 de abril de 2014, habiéndose celebrado el



acto, sin avenencia, el 30 de abril de 2014. La reclamación previa contra la Universidad había sido asimismo presentada el día 9 de abril de 2014.

Similares demandas presentaron en el Decanato de los Juzgados de Huelva las compañeras de la hoy actora Doña Gregoria , Doña Julia , Doña Natividad , Doña Trinidad , Doña Andrea , Doña Edurne , Doña Raimunda , Doña María Milagros , Doña Bernarda , Doña Eulalia y Doña Silvia .

Decimosexto.-El día 31 de julio de 2014 la Corporación de la Universidad de Huelva hizo entrega a la hoy actora de la siguiente comunicación escrita: "SRA. DÑA. Belinda Entregada en mano.

Muy Sra. nuestra,

Por medio de la presente le comunicamos que, en cumplimiento de la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Huelva, recaída en el Procedimiento Ordinario 919/2010, a partir del próximo curso 2014/2015 la entidad SUEÑOS DE COLORES, S.C.A. se hará cargo de la gestión de la ESCUELA INFANTIL JARDÍN DE LA LUZ en la que Usted presta servicios.

Como quiera que la entidad SUEÑOS DE COLORES, S.C.A va a asumir la administración y gestión integral de la citada escuela infantil, se deberá subrogar en los derechos y obligaciones laborales y de Seguridad Social de los trabajadores de dicha escuela, quienes deberán pasar a formar parte de su plantilla con las mismas condiciones laborales que venía disfrutando en esta empresa, todo ello de conformidad con lo establecido en el artículo 44 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo , por el que se aprueba el Texto Refundido del Estatuto de los Trabajadores.

En virtud de todo ello, Ud. quedará desvinculada de CORPORACIÓN DE LA UNIVERSIDAD DE HUELVA, S.A.U. con efectos 31 de julio de 2014".

Ese mismo día la Corporación hizo entrega a la hoy actora de certificado de empresa en el que figuraba como causa de su cese "fin de contrato temporal".

Decimoséptimo.-Por la trabajadora fue presentada una primera papeleta de conciliación "ad cautelam", el 22 de agosto de 2014, habiéndose celebrado el acto conciliatorio, con resultado de "sin avenencia", el 11 de septiembre de 2014.

Decimooctavo.-El día 1 de septiembre de 2014 "Sueños de Colores S.C.A." entrega a la demandante comunicación escrita del siguiente tenor literal: "Muy Sra. Nuestra: Como ya se le informo a usted y al resto de la plantilla de la entidad Corporación de la Universidad de Huelva SAU, empresa instrumental de la citada entidad Universitaria para la gestión de la guardería "Jardín de Luz", en la reunión celebrada a finales del mes de Febrero del presente año, con la representación de la SCA "Sueños de Colores, la Universidad de Huelva, para dar cumplimiento a la Sentencia firme de 27 de Noviembre de 2013 del Juzgado de lo contencioso-Administrativo número UNO de esta Ciudad que declaró la NULIDAD de la adjudicación inicial de dicho servicio de Guardería a la entidad Guardonuba SLL y, la consiguiente nueva adjudicación a la entidad SCA Sueños de Colores, según expresa condena de dicha Resolución Judicial, firmó un acuerdo de fecha 7 de Marzo del presente año con la citada Cooperativa por el que asumió la responsabilidad de la extinción de su contrato de trabajo el día 31 de Julio del actual, responsabilizándose del pago de la liquidaciones por salarios o indemnizaciones que en su caso procedieran por la finalización de su relación laboral.

Por ello, caso de existir disconformidad por su parte ante la situación originada, deberá dirigirse en todo caso a la Universidad de Huelva. Se acompaña a esta comunicación, Acta Notarial de los extremos reseñados de tal compromiso".

En dicha fecha "Sueños de Colores S.C.A." contrata para la prestación del referido servicio a un total de diez trabajadores, entre quienes figuraban incluidos Doña Mariana , Doña Isidora , Doña María Rosa y Doña Penélope .

Decimonoveno.-La retribución diaria bruta percibida por la trabajadora, en cómputo anual, durante 2014, ascendió a 36,41 euros.

Vigésimo.-El informe de vida laboral de la "Corporación de la Universidad de Huelva S.A.U." obra unido a los folios 698 a 701 de las actuaciones, a que nos remitimos.

Vigésimo primero.-Con fecha 2 de diciembre de 2013 la "Corporación de la Universidad de Huelva S.A.U." suscribió con Doña Mariana contrato de trabajo de interinidad para sustituir a la trabajadora de la guardería Doña Raimunda , por "riesgo durante el embarazo".

El 3 de febrero de 2014 ambas partes suscribieron nuevo contrato de trabajo de interinidad para sustituir a la misma trabajadora, por "maternidad".



El 21 de mayo de 2014 ambas partes suscriben un tercer contrato de trabajo de carácter temporal, de interinidad, en cuya virtud la Sra. Mariana se obligaba a prestar servicios como Educadora hasta el día 9 de julio de 2014, para sustituir a Doña Raimunda , por ostentar esta última "derecho a reserva de puesto de trabajo".

El 9 de julio de 2014 Doña Mariana suscribió recibo de saldo y finiquito, en el que se manifestaba "definitivamente liquidado y saldado, finiquitada y resuelta mi relación laboral contractual con la citada empresa, sin que tenga nada que reclamar ni reserva alguna de acciones que formular".

Vigésimo segundo.-Se agotó la vía previa, presentándose una segunda papeleta de conciliación por despido en el CMAC de Huelva por la trabajadora con fecha 24 de septiembre de 2014, y habiéndose dado el acto por celebrado, sin avenencia, el 9 de octubre de 2014.

La demanda origen de la litis fue presentada en el Decanato de los Juzgados de esta capital el día 14 de octubre de 2014".

TERCERO.- Contra dicha sentencia se interpusieron sendos recursos de suplicación por la parte demandante y por la demandada Sueños de Colores SCA, que fueron impugnados de contrario.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-La trabajadora, educadora de profesión, interpuso demanda frente al despido que consideraba producido en su persona. La sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de Huelva de fecha 19 de junio de 2015 estimó parcialmente la demanda interpuesta, declarando la improcedencia del despido practicado el 1 de septiembre de 2014, imponiendo a "Sueños de Colores SCA" las consecuencias legales derivadas, y absolviendo a los restantes codemandados. Se alzan frente a la misma en suplicación la demandante y la empresa condenada, aduciendo diversos motivos al efecto. El orden de exposición de dichos motivos de recurso habrá de ser alterado a fin de conseguir una ordenada exposición procesal de los mismos, que en otro caso podría resultar inadecuada.

SEGUNDO.-Ha de examinarse en primer término la pertinencia de la aportación documental propuesta por "Sueños de Colores SCA" al amparo del artículo 233 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social . Se integra por el escrito de desistimiento realizado por la trabajadora en fecha 19 de abril de 2016, de la demanda declarativa de derechos interpuesta frente a los codemandados en las presentes actuaciones.

Establece efectivamente el artículo 233 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social que "1. La Sala no admitirá a las partes documento alguno ni alegaciones de hechos que no resulten de los autos. No obstante, si alguna de las partes presentara alguna sentencia o resolución judicial o administrativa firmes o documentos decisivos para la resolución del recurso que no hubiera podido aportar anteriormente al proceso por causas que no le fueran imputables, y en general cuando en todo caso pudiera darse lugar a posterior recurso de revisión por tal motivo o fuera necesario para evitar la vulneración de un derecho fundamental, la Sala, oída la parte contraria dentro del plazo de tres días, dispondrá en los dos días siguientes lo que proceda, mediante auto contra el que no cabrá recurso de reposición, con devolución en su caso a la parte proponente de dichos documentos, de no acordarse su toma en consideración. De admitirse el documento, se dará traslado a la parte proponente para que, en el plazo de cinco días, complemente su recurso o su impugnación y por otros cinco días a la parte contraria a los fines correlativos.

2. El trámite al que se refiere el apartado anterior interrumpirá el que, en su caso, acuerde la Sala sobre la inadmisión del propio recurso."

No debe aceptarse sin embargo la unión del documento mencionado, dado que el mantenimiento o no de aquella demanda por la actora carece de trascendencia en los términos del debate suscitado en el presente recurso, independientemente de los efectos que puedan afirmarse producidos sobre la empresa, al tiempo de su interposición y por el mero hecho de haberlo sido.

TERCERO.-Plantea igualmente su recurso la empresa por la vía del artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social para examinar la infracción de normas sustantivas o de jurisprudencia, invocando como conculcados los artículos 16 y 15.5 del Estatuto de los Trabajadores , artículo 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 97 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social en relación con el artículo 24 de la Constitución Española , así como de la jurisprudencia interpretativa, considerando que debería apreciarse una incongruencia interna de los razonamientos que se han erigido en ratio decidendi, si bien no supondrían la necesidad de declaración de nulidad de la sentencia. Debería establecerse la existencia de una relación laboral indefinida y no fija discontinua como parece admitirse por la propia sentencia de instancia, en relación con las fechas de extinción de la relación laboral y la apreciación de la excepción de caducidad.



La cuestión ha sido examinada por esta Sala en el enjuiciamiento de casos análogos de compañeras de la trabajadora, habiendo puesto de relieve al efecto la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 9 de noviembre de 2017, que "Sobre la cuestión que aquí se plantea se ha pronunciado recientemente esta Sala en sentencia de fecha 21 de septiembre de 2017 (Rec. núm. 3077/16) referida a otra trabajadora que había prestado servicios en las mismas condiciones que la actora pero en la que, con amparo en el apartado a) del artículo 193 de la LRJS, se había solicitado la nulidad de la sentencia por incongruencia extra petitum. Se razona en dicha sentencia que "...en la 1ª conciliación ante el CMAC se impugnaba el cese acordado por la "Corporación de la Universidad de Huelva S.A.U." el día 31 de julio de 2.014, y en la sentencia se declara la improcedencia del despido que se produjo el 1 de septiembre de 2.014, por no subrogarse la empresa "Sueños de Colores S.C.A." en la relación laboral, por lo que la sentencia no debía pronunciarse sobre este despido al ser posterior a la conciliación ante el CMAC, infringiendo los artículos 218 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 97 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española." (...)

Razonábamos en dicha sentencia que: "En relación con la incongruencia "extra petitum" la sentencia del Tribunal Supremo, dictada por el Pleno de fecha 24 de septiembre de 2.015, declara que: "la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional que en su sentencia 41/2007, de 26 de febrero, dice: "la incongruencia por exceso o extra petitum es aquella por la que "el órgano judicial concede algo no pedido o se pronuncia sobre una pretensión que no fue oportunamente deducida por los litigantes e implica un desajuste o inadecuación entre el fallo o la parte dispositiva de la resolución judicial y los términos en los que las partes formularon sus pretensiones. La incongruencia extra petitum constituye siempre una infracción del principio dispositivo y de aportación de las partes que impide al órgano judicial, en los procesos presididos por estos principios, pronunciarse sobre aquellas pretensiones que no fueron ejercitadas por las partes, al ser éstas las que, en su calidad de verdaderos domini litis, conforman el objeto del debate o thema decidendi y el alcance del pronunciamiento judicial. Este deberá adecuarse a lo que fue objeto del proceso, delimitado, a tales efectos, por los sujetos del mismo (partes), por lo pedido (petitum) y por los hechos o realidad histórica que le sirve como razón o causa de pedir (causa petendi). Todo lo cual no comporta que el Juez deba quedar vinculado rígidamente al tenor de los concretos pedimentos articulados por las partes en sus respectivos escritos forenses o a los razonamientos o alegaciones jurídicas esgrimidas en su apoyo. Por un lado el principio iura novit curia permite al Juez fundar el fallo en los preceptos legales o normas jurídicas que sean de pertinente aplicación al caso, aunque no hayan sido invocadas por los litigantes; y, por otro lado, el órgano judicial sólo está vinculado por la esencia de lo pedido y discutido en el pleito, y no por la literalidad de las concretas pretensiones ejercitadas, tal y como hayan sido formalmente solicitadas por los litigantes, de forma que no existirá la incongruencia extra petitum cuando el Juez o Tribunal decida o se pronuncie sobre una pretensión que, aun cuando no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso (por todas, Sentencias del Tribunal Constitucional nº 9/1998, de 13 de enero (RTC 1998, 9), FJ 2; 15/1999, de 22 de febrero (RTC 1999, 15), FJ 2; 134/1999, de 15 de julio (RTC 1999, 134), FJ 9; 172/2001, de 19 de julio (RTC 2001, 172), FJ 2; 130/2004, de 19 de julio (RTC 2004, 130), FJ 3)", 250/2004, de 20 de diciembre (RTC 2004, 250), FJ 3)".

En el mismo sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2.006, citando la sentencia del Tribunal Constitucional 227/2000 de 2 de octubre, declara que "la incongruencia "extra petitum" sólo tiene relevancia constitucional y lesiona el artículo 24.1 de la Constitución Española en la medida en que provoque indefensión al defraudar el principio de contradicción. Solo si la Sentencia modifica la "causa petendi" o el "petitum" alterando la acción ejercitada, se habría dictado sin oportunidad de debate, ni defensa, sobre las nuevas posiciones en que el órgano judicial sitúa el "thema decidendi" (sentencia del Tribunal Constitucional nº 98/1996 [RTC 1996, 98], F. 2).... En otras palabras, lo constitucionalmente decisivo desde las coordinadas procesales esenciales que exige el artículo 24 Constitución Española, es si el sujeto ha podido alegar y probar lo que estimase por conveniente en relación con todos los aspectos esenciales del conflicto en el que se halla inmerso y que van a ser objeto de pronunciamiento judicial. Y ello sucederá claramente en relación con los aspectos expresa y formalmente suscitados por las partes y con los que lógica o legalmente se hallan anudados a ellos, pero también podrá suceder con pretensiones implícitas de tal naturaleza que hagan "razonablemente previsible" su inclusión en el contenido del fallo (sentencia del Tribunal Constitucional nº 144/1996, de 16 de octubre [RTC 1996, 144], F. 4)".

Conforme a este criterio jurisprudencial se entiende que no es incongruente que el Juez aplique por derivación las consecuencias legales de una petición, aunque no hayan sido solicitadas expresamente por las partes, si vienen impuestas en normas de derecho necesario (Sentencias del Tribunal Constitucional nº 120/1984, de 10 diciembre y 97/1987, de 10 junio) o, que se concedan efectos no pedidos por las partes siempre que se ajusten al objeto material del proceso (sentencia del Tribunal Constitucional nº 14/1985, de 1 febrero).



Esta tendencia interpretativa alejada de una rigidez formalista debe operar si cabe con mayor laxitud en el proceso laboral y aconseja tener una concepción más relajada de la congruencia que la existente en el proceso civil, pero cualquier flexibilidad en esta materia tiene que tener el límite de saber que la congruencia es una garantía de la efectividad del principio de contradicción, es decir, de que las partes tendrán siempre la oportunidad de ser oídas respecto de las cuestiones sobre las que pueden ser condenadas y de que el Juez resolverá sobre todas las alegaciones que las partes planteen en el pleito, con lo cual se está garantizando la inviolabilidad de los derechos reconocidos en el artículo 24 de la Constitución Española a la tutela judicial y a la no indefensión.

En este caso la sentencia no se pronuncia sobre cuestiones que no fueron planteadas en la demanda, ya que en la misma se impugnaba la comunicación remitida por la "Corporación de la Universidad de Huelva S.A.U." el 31 de julio de 2.014 en la que se informaba de su cese en la empresa en esa fecha y de la obligación de la empresa "Sueños de Colores S.C.A." de subrogarse en su relación laboral en cumplimiento de la sentencia dictada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo el 27 de noviembre de 2.013, aunque por acuerdo entre la Universidad de Huelva y la empresa "Sueños de Colores S.C.A." de fecha 5 de marzo de 2.014, se establece como fecha de iniciación de los efectos del contrato de gestión de la Escuela infantil "Jardín de la Luz" el día 1 de septiembre de 2.014, y así se hace constar literalmente en el hecho 5º de la demanda en la que manifiesta que "esta parte estaba adscrita al servicio, con contrato indefinido, debiendo en consecuencia ser subrogada por la entidad adjudicataria del servicio", constando la interposición de una segunda conciliación previa contra la empresa "Sueños de Colores S.C.A.", en plazo legal, ya que esta empresa no comunicó el despido hasta el 1 de septiembre de 2.014.

Por ello fue acertada la sentencia al examinar la obligación de la empresa "Sueños de Colores S.C.A." de subrogarse en la relación laboral, ya que de la existencia o no de esa obligación deriva la existencia del despido y la determinación de la entidad responsable de la declaración de improcedencia del mismo, la "Corporación de la Universidad de Huelva S.A.U." en el caso de inexistencia de la obligación de subrogarse en la relación laboral de la empresa "Sueños de Colores S.C.A." o esta empresa, si existía un derecho a la continuidad de la relación laboral en aplicación del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores como ha declarado la sentencia, lo que nos conduce a la desestimación de este motivo de recurso ya que no existe ningún precepto legal que obligue a que sólo exista una conciliación ante el CMAC o a que cada conciliación dé lugar a un procedimiento judicial distinto, ya que nos encontramos ante un único despido, notificado por las dos empresas afectadas por la sucesión empresarial, la saliente "Corporación de la Universidad de Huelva S.A.U." el día 31 de julio de 2.014 y la entrante "Sueños de Colores S.C.A." el 1 de septiembre de 2.014."

Las consideraciones expuestas determinan la existencia de un solo acto extintivo en las presentes actuaciones, por lo que caen por su base las afirmaciones relativas a la eventual apreciación de una relación laboral fija discontinua con la trabajadora. Debe desestimarse en consecuencia el motivo de recurso interpuesto.

CUARTO.-Aduce Sueños de Colores SCA un segundo motivo de recurso por la misma vía procesal, entendiéndolo como infringidos los artículos 59.3 en relación con los artículos 15.5 y 16 del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre. Considera que ha transcurrido el plazo de caducidad establecido legalmente para ejercitar la acción de despido, no pudiendo considerarse la producción del despido en dos fechas distintas ni a la trabajadora como fija discontinua en relación a su llamamiento cada comienzo de temporada. Debería considerarse a todos los efectos como fecha de extinción la del 31 de julio de 2014 y no la del 1 de septiembre de 2014, al fijarse por la actora dos fechas distintas al efecto. La acción debería considerarse caducada en consecuencia.

Ha de ponerse de relieve inicialmente que el texto legal aplicable será el Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo, que se hallaba vigente al tiempo de producirse el cese en las presentes actuaciones, no el Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre que no entró en vigor sino hasta el 13 de noviembre de 2015.

El motivo debe desestimarse, a tenor de lo expuesto en el anteriormente expuesto, y en relación asimismo con lo manifestado por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de referencia: "...no existiendo caducidad de la acción, dado que, como se ha dicho, existe un único despido, notificado por las dos empresas afectadas por la sucesión empresarial, la saliente "Corporación de la Universidad de Huelva S.A.U." el día 31 de julio de 2.014, y la entrante "Sueños de Colores S.C.A." el 1 de septiembre de 2.014, y el despido se produjo cuando la entidad entrante, Sueños de Colores, S.C.A., no incorporó a la trabajadora el 1 de septiembre de 2014, habiéndose presentado la papeleta de conciliación (segunda) en fecha 24 de septiembre de 2014 y celebrado el acto de conciliación sin avenencia el 9 de octubre, y presentado la demanda el 14 de octubre de 2014 (hecho probado vigésimo cuarto) un día antes de finalizar el plazo de veinte días hábiles que para el ejercicio de la acción de despido establece el artículo 103.1 de la LRJS .".



QUINTO.- Plantea un último motivo de recurso "Sueños de Colores SCA" por la vía del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, poniendo de relieve al efecto la vulneración del artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre, considerando no producida subrogación alguna por su parte en la prestación del servicio. Realiza al efecto una amplia exposición doctrinal acerca del concepto de sucesión de empresa, para acabar manifestando que se había producido en el supuesto examinado una mera sucesión en la actividad como consecuencia del cambio de adjudicación de las contratadas, por lo que no se trataría de una sucesión de contratistas sino de la recuperación sui generis de la actividad por parte de la Universidad de Huelva y posterior adjudicación a su legítima reconocida adjudicataria. Lo que no constituye supuesto de transmisión de empresa de los previstos en el artículo 44 anteriormente mencionado.

Habrà de adoptarse al efecto el mismo criterio establecido por la sentencia reiterada, de acuerdo con un principio de homogeneidad jurídica, dada la identidad de supuestos y razones apreciable: "Respecto de esta cuestión hemos de mantener el criterio establecido en la sentencia de la Sala antes citada de 21 de septiembre de 2017, en la que se argumentó que "El artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores establece una garantía de los intereses de los trabajadores en los supuestos de transmisión de empresas, para lo cual conceptúa la empresa como "una entidad económica que mantenga su identidad, entendida como un conjunto de medios organizados a fin de llevar a cabo una actividad económica, esencial o accesoria".

La jurisprudencia tradicional exigía para apreciar la existencia de una transmisión de empresas la concurrencia de dos elementos: a) un elemento subjetivo, consistente en la sustitución de un empresario por otro en la misma actividad empresarial; y b) un elemento objetivo constituido por la transmisión de un empresario a otro, por cualquiera de los medios admitidos en Derecho de los elementos patrimoniales necesarios para continuar la actividad empresarial (sentencias del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1.998, 15 de abril de 1.999, 25 de febrero de 2.002, 19 de junio de 2.002, 12 de diciembre de 2.002 y 11 de marzo de 2.003), doctrina que ha sido matizada por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, que ha señalado como elemento fundamental, para determinar si existe o no una sucesión de empresas, el que se haya transmitido "una entidad económica organizada de forma estable, o sea, que se haya producido la transmisión de un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objeto propio", pudiendo deducirse la existencia de la transmisión no sólo del traspaso de elementos patrimoniales, sino del hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, que se haya transmitido o no la clientela, o del grado de analogía entre las actividades ejercitadas antes y después de la transmisión (sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de marzo de 1.986, 19 de mayo de 1.992, 10 de diciembre de 1.998, 2 de diciembre de 1.999 y 24 de enero de 2.002.

En este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 24 septiembre 2012 (RJ 2012\10288) declara que "Son muchas las ocasiones en las que esta Sala se ha pronunciado sobre la aplicabilidad del repetido precepto, el artículo 44 Estatuto de los Trabajadores, exigiéndose por la jurisprudencia que para su aplicabilidad concurrieran los dos elementos o requisitos subjetivo y objetivo consistentes, respectivamente, en la sustitución de un empresario por otro en una misma actividad empresarial y en la transmisión del primero al segundo por cualquiera de los medios admitidos en derecho de los elementos patrimoniales necesarios para continuar la actividad empresarial -por todas sentencias del Tribunal Supremo de 3 de octubre de 1998 (RJ 1998, 7804) (Rec.-5067/97), 15 de abril de 1999 (RJ 1999, 4408) (Rec.-734/98), 25 de febrero de 2.002 (RJ 2002, 6235) (Rec.-4293/00), 19 de junio de 2.002 (RJ 2002, 7492) (Rec.- 4225/00), 12 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 1962) (Rec.-764/02), 11-3-2003 (RJ 2003, 3353) (Rec.-2252/02) con cita de otras muchas anteriores, aun cuando en relación con la necesidad de transmitir elementos patrimoniales se haya introducido recientemente una modificación de criterios en relación con las empresas de servicios en aplicación de la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas - sentencia del Tribunal Supremo de 27 de octubre de 2004 (RJ 2004, 7202) (Rec.-899/2002)-. En relación con ello procede constatar que el indicado Tribunal comunitario ha señalado como elemento fundamental para determinar si existe o no sucesión empresarial el de que se haya transmitido una entidad económica organizada de forma estable, o sea, que se haya producido la transmisión de un conjunto organizado de personas y elementos que permite el ejercicio de una actividad económica que persigue un objeto propio y cómo la realidad de aquella transmisión garantista puede deducirse no solo de la transmisión de elementos patrimoniales sino del hecho de que el nuevo empresario se haga cargo o no de la mayoría de los trabajadores, que se haya transmitido o no la clientela o del grado de analogía entre las actividades ejercitadas antes y después de la transmisión - sentencias del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 18 de marzo de 1986 (TJCE 1986, 65), Asunto Spijkers o 19-5-1992 (TJCE 1992, 99), Asunto Stichting, 10-12-1998 (TJCE 1998, 309) Asunto Sánchez Hidalgo, 2-12-1999 (TJCE 1999, 283) Asunto Allen y otros, 24-1-2002 (TJCE 2002, 29) Asunto Temco, entre otras -. En definitiva, hoy lo importante y trascendental es que se haya producido aquella sustitución subjetiva



de empresarios o entidades, lo que habrá que concretar en cada caso a partir de las particulares circunstancias concurrentes (FJ 2º, sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2.004 (RJ 2005, 951)).".

En este caso nos encontramos ante un supuesto de externalización de la gestión del servicio de la Escuela Infantil "Jardín de Luz" de la que es titular la Universidad de Huelva que, a consecuencia de un procedimiento judicial impugnatorio de la adjudicación efectuada, gestionó de forma directa el servicio a través de su empresa instrumental "Corporación de la Universidad de Huelva S.A.U.", asumiendo la empresa "Sueños de Colores S.C.A." la gestión de una escuela infantil perfectamente organizada en relación al local, mobiliario, alumnado, documentación y en pleno funcionamiento, hasta el punto que para favorecer el traspaso de la gestión tres trabajadoras de la empresa "Sueños de Colores S.C.A." fueron contratadas por la "Corporación de la Universidad de Huelva S.A.U." previamente al inicio de la prestación del servicio por parte de esta cooperativa el 1 de septiembre de 2.014, por lo que hubo una total transmisión de los elementos patrimoniales que sirven para prestar el servicio desde el año 2.009, y una sustitución en la posición del empresario.

El hecho de que la empresa "Sueños de Colores S.C.A." tuviera que reponer parte del material didáctico, lúdico e higiénico para el uso de los menores, en el año 2.014, o asumiera la obligación proporcionar vestuario a los trabajadores anualmente, no es motivo suficiente para declarar la inexistencia de una sucesión de empresas por no existir una transmisión patrimonial, ya que nos encontramos ante una obligación de reposición mínima, pues no resultaría comprensible que sólo existiera sucesión si utilizaran biberones o tetinas de cinco años de antigüedad, o no se aporte el material didáctico más novedoso, como si no existiera evolución alguna en la enseñanza infantil, debiendo haber cubierto las necesidades de personal con la subrogación en la relación laboral del personal existente...por lo que fue acertada la sentencia de instancia en condenar a esta empresa "Sueños de Colores S.C.A." ya que su negativa a subrogarse en la relación laboral de la actora, constituye un despido, en principio improcedente, lo que nos conduce a la desestimación del recurso de suplicación interpuesto."

Debe desestimarse en consecuencia e igualmente, el último de los motivos de recurso interpuestos por la empleadora.

SEXTO.-Se plantea a su vez el recurso de suplicación por Dña. Belinda al amparo del artículo 193 b) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, no proponiendo en realidad una modificación del relato de hechos probados de la sentencia de instancia, sino efectuando una argumentación en torno a los hechos que considera que acreditarían el carácter de despido nulo. Realiza al efecto un recordatorio de los alegados en su demanda, aduciendo la falta de aportación a las actuaciones de la documentación requerida a las demandadas acerca de los movimientos de altas y bajas laborales de trabajadores por cuenta ajena producidos entre 1 de febrero y el 29 de diciembre de 2014, ausencia de mención de la sentencia de instancia a la solicitud de la trabajadora de que se tuvieran por ciertos los hechos de la demanda en otro caso; así como su disconformidad con las consideraciones efectuadas en la sentencia acerca del carácter de representante legal de las trabajadoras de la recurrente.

No cabe sino la desestimación del motivo planteado en tales defectuosos términos procesales, dado que en ellos no se propone la modificación del relato de hechos de la sentencia de instancia como correspondería a un motivo de recurso planteado por esta vía procesal, limitándose a manifestar su discrepancia con los criterios establecidos por la magistrada de instancia acerca de la valoración de los medios de prueba, así como con la resolución de las distintas cuestiones planteadas. Ni tan siquiera cabe admitir la posibilidad de tener por acreditadas las alegaciones hechas en relación a la prueba acordada a tenor de lo dispuesto en el artículo 94.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, ya que como queda claramente establecido, ello constituye una mera facultad discrecional del magistrado a quo, a la vista de la totalidad de la prueba practicada en las actuaciones.

Las alegaciones contenidas en el motivo debieron ser planteadas en su caso por la adecuada vía procesal prevista en el artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, como efectivamente se efectúa a continuación. Debe ponerse de relieve en relación a las alegaciones formuladas por "Sueños de Colores SCA" en su escrito de impugnación, que la existencia defectos procesales en la interposición de alguno o algunos de los motivos del recurso no debe dar lugar inicialmente a la inadmisión del mismo, sino a su rechazo por falta de fundamentación adecuada, en el supuesto de que no pudieran ser objeto de subsanación sin perjudicar el derecho de la contraparte.

SEPTIMO.- Aduce la trabajadora un nuevo motivo de recurso para examinar la infracción de normas sustantivas o de jurisprudencia al amparo del artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, estableciendo dos submotivos en el mismo. Plantea en el primero de ellos la infracción del artículo 4.1 g) del Estatuto de los Trabajadores en relación con los artículos 9.3 y 24.1 de la Constitución Española, así como de la jurisprudencia interpretativa en la materia, por considerar que se habría producido la vulneración de la indemnidad procesal



de la actora. La entidad "Sueños de Colores SCA" habría despedido a las trabajadoras en función de su afinidad con la Cooperativa, no habiendo sido despedidas en cambio las tres que formaban parte de la misma, como tampoco la sra Mariana , siendo la única que no habría interpuesto acción declarativa de derechos, por lo que continuó desarrollando sus funciones en la demandada.

Tal criterio fue también desestimado por la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de referencia, en torno a criterios que deben ser reproducidos en el caso de la actora: "La garantía de indemnidad ha sido interpretada por la sentencia del Tribunal Constitucional nº 16/2006, de 19 de enero , dictada por el Pleno, en doctrina que es citada en las sentencias nº 120/2006 de 24 de abril , 138/2006, de 8 de mayo y 168/2006 de 15 de junio , declarando que "la transgresión de la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que tal derecho puede verse lesionado igualmente cuando de su ejercicio, o de la realización de actos preparatorios o previos necesarios para el mismo, se siguen consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza (entre las más recientes, recogiendo anterior doctrina, sentencias del Tribunal Constitucional nº 55/2.004, de 19 de abril , F. 2 ; 87/2.004, de 10 de mayo , F. 2 ; 38/2.005 de 28 de febrero, F. 3 ; y 144/2.005, de 6 de junio , F. 3).

En el campo de las relaciones laborales la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas del ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos, de donde se sigue la consecuencia de que una actuación empresarial motivada por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que el trabajador se creía asistido debe ser calificada como discriminatoria y radicalmente nula por contraria a ese mismo derecho fundamental, ya que entre los derechos laborales básicos de todo trabajador se encuentra el de ejercitar individualmente las acciones derivadas de su contrato de trabajo (artículo 24.1 Constitución Española y artículo 4.2 g) del Estatuto de los Trabajadores), sentencias del Tribunal Constitucional nº 14/1.993, de 18 de enero , F. 2 ; 38/2.005, de 28 de febrero, F. 3 ; y 182/2.005, de 4 de julio , F. 2.

La prohibición del despido como respuesta al ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos se desprende también del artículo 5 c) del Convenio nº 158 de la OIT (ratificado por España por Instrumento de 18 de febrero de 1.985, publicado en el BOE de 29 de junio de 1.985), norma que ha de ser tenida en cuenta, por mandato del artículo 10.2 de la Constitución , a efectos de la interpretación de derechos fundamentales. Tal precepto excluye expresamente de las causas válidas de la extinción del contrato de trabajo «haber planteado una queja o participado en un procedimiento entablado contra el empleador por supuestas violaciones de Leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes». Esa restricción la hicimos extensiva en la sentencia del Tribunal Constitucional nº 14/1.993, de 18 de enero , F. 2, «a cualquier otra medida dirigida a impedir, coartar o represaliar el ejercicio de la tutela judicial, y ello por el respeto que merecen el reconocimiento y la protección de los derechos fundamentales, no pudiendo anudarse al ejercicio de uno de estos derechos, otra consecuencia que la reparación in natura cuando ello sea posible, es decir, siempre que quepa rehabilitar al trabajador perjudicado en la integridad de su derecho». En este sentido cabe citar también la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 22 de septiembre de 1.998, la cual, si bien centrada en el principio de igualdad de trato y en la Directiva 76/207 CEE, declara que debe protegerse al trabajador frente a las medidas empresariales adoptadas como consecuencia del ejercicio por aquél de acciones judiciales."

En relación con la carga de la prueba en los procesos en los que se alega la vulneración de la garantía de indemnidad la sentencia del Tribunal Constitucional nº 92/2.009 de 20 de abril , declara que: "También es preciso tener presente la importancia que en estos supuestos tiene la regla de la distribución de la carga de la prueba. Según reiterada doctrina de este Tribunal, cuando se alegue que determinada decisión encubre en realidad una conducta lesiva de derechos fundamentales del afectado, incumbe al autor de la medida probar que obedece a motivos razonables y ajenos a todo propósito atentatorio a un derecho fundamental. Pero para que opere este desplazamiento al demandado del onus probandi no basta con que el demandante tilde de discriminatoria la conducta empresarial, sino que ha de acreditar la existencia de indicios que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de semejante alegato y, presente esta prueba indiciaria, el demandado asume la carga de probar que los hechos motivadores de su decisión son legítimos o, aun sin justificar su licitud, que se presentan razonablemente ajenos a todo móvil atentatorio de derechos fundamentales. No se impone, por tanto, al demandado la prueba diabólica de un hecho negativo -la no discriminación-, sino la de la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales (por todas, sentencias del Tribunal Constitucional nº 66/2002, de 21 de marzo [RTC 2002, 66], F. 3 ; 17/2003, de 30 de enero [RTC 2003 , 17] , F. 4 ; 49/2003, de 17 de marzo [RTC 2003, 49], F. 4 ; 171/2003, de 29 de septiembre [RTC 2003 , 171] , F. 3 ; 188/2004, de 2 de noviembre [RTC 2004, 188], F. 4 ; y 171/2005, de 20 de junio [RTC 2005, 171], F. 3 ;



16/2006, de 19 de enero [RTC 2006, 16], F. 2 ; 125/2008, de 20 de octubre [RTC 2008, 125], F. 3). Esta doctrina es seguida por el Tribunal Supremo que en su sentencia núm. 345/2016 de fecha 27 abril (RJ 2016\2683).

(...) En el presente caso, del relato de hechos probados de la sentencia y de lo declarado con valor fáctico en la fundamentación jurídica de la misma, resulta que el cese de la actora fue simultáneo al de las otras trabajadoras que venían prestando sus servicios en la guardería, contando a partir de dicha fecha únicamente con los servicios de las cuatro trabajadoras de la Corporación que no habían presentado reclamación, de las cuales tres eran las socias de "Sueños de Colores, S.C.A", que habían sido contratadas por la Corporación en el mes de marzo de 2014, con la única finalidad de facilitar el proceso de traspaso en la gestión de la guardería, y la cuarta, Mariana , había prestado servicios para la Corporación desde diciembre de 2013 en virtud de contrato de interinidad, finalizando el 9 de julio de 2014, sin que hubiere presentado demanda , habiendo sido contratada nuevamente el 1 de septiembre de 2014.

En todo caso, como se ha dicho, la decisión de no contar con los servicios de la aquí demandante ni con los de las otras trabajadoras que fueron despedidas en esa misma fecha, 1 de septiembre de 2014, ya estaba tomada y se había manifestado de manera rotunda e indubitada en la estipulación segunda del Acuerdo suscrito por "Sueños de Colores, S.C.A" con la Corporación el día 7 de marzo de 2014 (h.p. séptimo), en fecha anterior a aquella otra (8 de mayo de 2014) en que, conociendo presumiblemente, como el resto de sus compañeras, la decisión empresarial, formuló reclamación demandando el reconocimiento del carácter indefinido de su relación laboral, de modo que, en tales circunstancias no cabe entender que el despido hubiere sido una represalia a su escrito de reclamación previa presentado el 9 de abril de 2014, y no cabe por tanto apreciar la nulidad del despido por dicha causa."

Deberá desestimarse por ello e igualmente, el motivo de recurso aducido, de acuerdo con los criterios mencionados.

OCTAVO.-En el segundo de los submotivos planteados por la trabajadora por la vía del artículo 193 c) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , aduce la infracción del artículo 68 c) del Estatuto de los Trabajadores , al haberse acreditado la condición de representante legal de la recurrente y haberse vulnerado sus garantías legales. Subsidiariamente y para el supuesto de entenderse que el despido de la mencionada era improcedente, se habría producido la vulneración del derecho de elección que correspondería a dicho representante legal de los trabajadores.

Determinaba efectivamente el artículo 68 del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo entre las garantías reconocidos a los miembros del Comité de empresa y delegados de personal como representantes de los trabajadores, la de no ser despedidos ni sancionados durante el ejercicio de sus funciones ni dentro del año siguiente a la expiración de su mandato, salvo que ésta se produjese por revocación o dimisión, siempre que el despido o sanción se basara en la acción del trabajador en el ejercicio de su representación. Asimismo no podría ser discriminado en su promoción económica y profesional en razón precisamente del desempeño de su representación.

Protección otorgada a dichos representantes legales de los trabajadores que venía a conectarse con el derecho de opción que les era reconocido por el artículo 56.4 del mismo cuerpo legal , en relación a los efectos del despido para los casos en los que fuera declarado como improcedente.

En el caso examinado se recoge en el hecho probado duodécimo que con fecha 22 de enero de 2014 las trabajadoras de la guardería que se enumeraban, procedieron a la designación de dos compañeras entre las que se encontraba la actora, como representantes legales "de los trabajadores de la plantilla del centro". Se otorgaba a dichos trabajadoras amplias facultades y prerrogativas que se relacionaban para la defensa y negociación de los intereses de aquéllas en sus relaciones con las empleadoras que se mencionaban.

La cuestión radica en determinar si las trabajadoras designadas podrían ser o no consideradas como propias representantes legales a los efectos mencionados. La respuesta no puede sino ser negativa ya que resulta clara la falta de garantías en su designación derivada de la ausencia de un propio proceso electoral, en los términos regulados por el artículo 69 y siguientes del Estatuto de los Trabajadores . Debe considerarse estos efectos la falta de los elementos mínimos que permitieran apreciar la regularidad del procedimiento asambleario eventualmente seguido: el desconocimiento acerca del número de trabajadores existentes en la empresa, a los efectos de designar a los delegados de personal que deberían ser nombrados en los términos previstos por el artículo 62.1, o la falta de participación de otros eventuales grupos de trabajadores existentes. La misma necesidad de proceder a la enumeración de las facultades atribuidas a las personas designadas no sería precisa en caso de tratarse de verdaderas delegadas de personal, cuyas atribuciones aparecen legalmente fijadas en paralelo a las del Comité de Empresa.



Tal criterio venía a ser el mantenido por la doctrina jurisprudencial, habiendo puesto de relieve la ya antigua sentencia del Tribunal Supremo de 13 de septiembre de 1988, que "En los motivos tercero y cuarto denuncia con el debido amparo procesal la infracción del art. 68 a) del Estatuto de los Trabajadores y del art. 111 de la Ley Procesal Laboral y postula la declaración de nulidad del despido, alegando que tenía el carácter de representante de los trabajadores y que, sin embargo, no se le instruyó el oportuno expediente contradictorio; lo que igualmente tiene que decaer porque como se desprende de lo relatado en los hechos probados 16, 17 y 18, el actor no reunía tal condición por haberse efectuado su designación -juntamente con otros compañeros- por el sistema asambleario para actuar como interlocutor provisional con la empresa en determinado asunto; no habiéndose observado los trámites establecidos imperativamente para el procedimiento electoral de miembros del Comité y Delegados de Personal en los arts. 69 y siguientes del E.T., por lo que no le son aplicables las garantías que para éstos establece el invocado art. 68 a); no obstante, hay que resaltar que la demanda, con fundamento en el Convenio 158 de la O. I. T le dio traslado de un pliego de cargos que fue contestado por el actor, lo que en rigor configura un expediente contradictorio."

Debe desestimarse en consecuencia el motivo del recurso, y confirmarse la sentencia dictada en instancia.

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

FALLAMOS

I.-Que debemos desestimar y desestimamos los recursos de suplicación interpuestos por "Sueños de Colores SCA" y Dña. Belinda contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 3 de Huelva de fecha 19 de junio de 2015 en el procedimiento seguido a instancias de la trabajadora frente a la empresa recurrente, "Guardonuba SLL", Universidad de Huelva y Corporación de la Universidad de Huelva SAU en reclamación por despido, habiendo sido llamado a las actuaciones el Ministerio Fiscal, confirmando 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".

Se advierte a la empresa condenada que, de hacer uso de tal derecho, al preparar el recurso, deberá presentar en esta Sala resguardo acreditativo de haber consignado la cantidad objeto de la condena, en la cuenta de "Depósito y Consignaciones" número 4.052 0000 65 -.../. (reseñado en puntos suspensivos número de recurso y año) del Banco de Santander, oficina urbana Jardines de Murillo, sita en Avda. Málaga, num. 4 de Sevilla; tal consignación podrá sustituirla por aval bancario, en el que deberá constar la responsabilidad solidaria del avalista, quedando el documento presentado en poder del Sr. Secretario de esta Sala, que facilitará recibo al presentante y expedirá testimonio para su incorporación al rollo.

Se acuerda la imposición de costas a la recurrente comprensivas de honorarios de letrado o Graduado Social de la parte contraria por importe de 600 euros.

Asimismo la parte recurrente que no goce del beneficio de la justicia gratuita o de la exención de la obligación de constituir depósitos si recurre deberá presentar en esta Secretaría resguardo acreditativo del depósito de 600 euros en la cuenta corriente de «Depósitos y Consignaciones» núm. 4.052-0000-35-3705- 16, abierta a favor de esta Sala en el Banco de Santander, especificando en el campo concepto que se trata de un recurso y mantener la consignación efectuada en la instancia.



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

PUBLICACIÓN: En Sevilla a catorce de diciembre de 2017.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ