



Roj: **STSJ AND 1849/2018 - ECLI: ES:TSJAND:2018:1849**

Id Cendoj: **41091340012018101034**

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

Sede: **Sevilla**

Sección: **1**

Fecha: **22/03/2018**

Nº de Recurso: **1053/2017**

Nº de Resolución: **1032/2018**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **MARIA BEGOÑA RODRIGUEZ ALVAREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO Nº 1053/17 IN

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO SOCIAL

SEVILLA

ILMA.SRA.DÑA. MARIA BEGOÑA RODRÍGUEZ ALVAREZ.

ILMA.SRA.DÑA. MARÍA BEGOÑA GARCÍA ÁLVAREZ.

ILMO.SR.DON JESÚS SÁNCHEZ ANDRADA.

En Sevilla, a veintidós de marzo de dos mil dieciocho.

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 Nº 1032 /18

En los recursos de suplicación interpuestos por la demandante D^a Penélope y por la demandada Sueños de Colores, S.C.A, contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número uno 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 895/14 se presentó demanda por D^a Penélope, sobre despido, contra Corporación de la Universidad de Huelva, S.A.U., Universidad de Huelva, Sueños de Colores S.C.A. y Guardonuba, S.L.L., se celebró el juicio y se dictó sentencia el día 29/01/16 por el Juzgado de referencia en que se estimó parcialmente la demanda.

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

" **PRIMERO** . La demandante, Doña Penélope, con DNI NUM000, ha venido prestando servicios como Educadora, en la Escuela Infantil "Jardín de la Luz", sita en el Campus del Carmen de la Universidad de Huelva, con las entidades y en los periodos que a continuación se especifican:

Para Guadonuba, S.L.L. :

-desde el 3 de mayo al 30 de junio de 2010.

-desde el 1 de septiembre de 2010 al 30 de junio de 2011.

2) Corporación de la Universidad de Huelva, S.A.U.:



-desde el 1 de septiembre de 2011 al 31 de julio de 2012.

-desde el 3 de septiembre de 2012 al 31 de julio de 2013.

-desde el 2 de septiembre de 2013 al 31 de julio de 2014.

La vida laboral de la trabajadora y los contratos de trabajo suscritos, obran en autos y se dan por reproducidos.

SEGUNDO. La demandante ha venido percibiendo ,últimamente, una retribución mensual bruta, incluido prorrateo de pagas extraordinarias, de 1.092,24 euros.

TERCERO. Mediante Resolución rectoral de 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.

Obra en autos y se dan por reproducidos el Pliego de Cláusulas Administrativas y Particulares y Prescripciones Técnicas que regían la contratación (EXP SE-09-09).

CUARTO. Por Resolución del Rector de la Universidad de Huelva de 11 de septiembre de 2009, se adjudicó provisionalmente a la entidad Guadonuba, S.L. el citado servicio.

QUINTO. Habiéndose impugnado en vía administrativa aquélla adjudicación por la entidad Sueños de Colores, S.C.A., se dictó Resolución rectoral en fecha 30 de julio de 2010, dejando sin efecto la adjudicación inicial, y adjudicando el servicio a favor de la entidad Sueños de Colores, S.C.A.

SEXTO. Dicha resolución fue impugnada por Guardonuba, S.L.L. ante los Juzgados de lo Contencioso Administrativo de Huelva, que turnada correspondió al Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1, Autos 919/10.

SÉPTIMO. El 30 de agosto de 2011 se dicta Resolución del Rector en cuya virtud se acuerda 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 fuera asumido por la Universidad de Huelva.

OCTAVO. Con fecha 27 de noviembre de 2013, el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº 1 de Huelva, dictó sentencia en que declaró la nulidad de la adjudicación inicial y del contrato formalizado con Guardonuba, S.L.L., dejándolo sin efecto y adjudicando el contrato a favor de Sueños de Colores, S.C.A.

NOVENO. El día 5 de marzo de 2014 se dicta Resolución rectoral sobre ejecución de la meritada sentencia, formalizándose el día 7 de marzo de 2011 un "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 nº 1 de Huelva ", en el que se pactó que:

"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, 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 de 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 canos anual a pagar a la Universidad.

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

DÉCIMO. En cumplimiento del anterior acuerdo, en fecha 10 de marzo de 2014, la Corporación de la Universidad de Huelva, S.A.U, procedió a contratar con carácter temporal, modalidad obra o servicio determinado, a las socias de la cooperativa Doña Graciela , Doña Sagrario y Doña Belinda , con objeto expresado "conclusión curso escolar 2013/2014".



DECIMOPRIMERO. El 8 de mayo de 2014 la demandante presentó ante los Juzgados de lo Social de Huelva, demandada declarativa de derechos contra la Corporación Universidad de Huelva, S.A.U. , Universidad de Huelva y Sueños de Colores, SCA, al considerar que ostentaba la condición de personal indefinido.

Similares demandadas fueron presentadas por la totalidad de la plantilla, excepto por Doña Sagrario , Doña Graciela y Doña Belinda , y Doña Matilde que finalizó su relación laboral con la Corporación de la Universidad de Huelva, SAU , el 9 de julio de 2014. Obra en autos vida laboral de la Corporación de la Universidad de Huelva, SAU, cuyo contenido se da por reproducido.

DECIMOSEGUNDO. El 31 de julio de 2014, la Corporación de la Universidad de Huelva entrega a la actora carta en la que se le participa 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 de 31 de julio de 2014".

DECIMOTERCERO. Ese mismo día 31 de julio de 2014, Corporación Universidad de Huelva, S.L. hizo entrega a la demandante de un certificado de empresa, en el que figuraba como causa de cese "fin de contrato temporal".

DECIMOCUARTO. En fecha 22 de agosto de 2014, la actora presentó ante el CMAC papeleta de conciliación "ad cautelam", habiéndose celebrado el 11 de septiembre de 2014, con el resultado de "sin avenencia".

DECIMOQUINTO. El 1 de septiembre de 2014, cuando la trabajadora acudió a su puesto de trabajo, le fue impedido su acceso por la entidad Sueños de Colores, SCA, haciéndole entrega de una carta, cuyo contenido, por constar en autos, se da por reproducido.

DECIMOSEXTO. Con fecha 1 de septiembre de 2014 la mercantil Sueños de Colores, SCA abrió la guardería, habiendo precisado la adquisición de elementos de materiales fungibles y material didáctico. Se dan por reproducidas el contenido de las facturas que figuran unidas al ramo de prueba de la codemandada Sueños de Colores, SCA.

DECIMOSÉPTIMO. La trabajadora, que no ha ostentado cargo de representación de los trabajadores, presentó papeleta de conciliación ante el CMAC el 24 de septiembre de 2014, celebrándose el acto, sin avenencia el 9 de octubre de 2014."

TERCERO .- Contra dicha sentencia se interpusieron recursos de suplicación por las partes antedichas, habiéndose efectuado impugnación.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO : La trabajadora, actora cuya profesión es la de educadora, presentó demanda de despido tramitado en el juzgado de lo Social nº 1 de Huelva que dictó sentencia cuyo fallo es del siguiente tenor literal: *ESTIMANDO parcialmente la demanda interpuesta por DOÑA Penélope frente a CORPORACIÓN DE LA UNIVERSIDAD DE HUELVA, S.A.U., UNIVERSIDAD DE HUELVA, SUEÑOS DE COLORES, S.C.A. y GUARDONUBA, S.L.L., con intervención del Ministerio Fiscal; debo declarar y declaro la improcedencia del despido acaecido el 1 de septiembre de 2014 y, en su consecuencia, condeno a SUEÑOS DE COLORES, S.C.A. , a su elección, que deberá manifestar por escrito o comparecencia ante la Oficina de este Juzgado de lo Social, dentro de los cinco días hábiles siguientes a aquél en que se le notifique esta sentencia, a la readmisión de la actora en las mismas condiciones que tenía antes de producirse el despido, con abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido, a razón de un salario diario de 36,41 € o al abono de una indemnización ascendente a 6.007,32 euros .Adviértase a la condenada de que si no opta en el plazo indicado procederá la readmisión*

Debo absolver y absuelvo al resto de codemandadas de las pretensiones vertidas en su contra.

Frente a dicha sentencia se alzan en Suplicación la empresa condenada a pasar por las consecuencias del despido y la demandante, la primera al amparo de lo dispuesto en el apartado c) del artículo 193 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y la segunda al amparo de lo dispuesto en los apartados b) y c) del artículo 193 del precitado texto legal .



SEGUNDO : En razón de que para resolver los motivos de recurso dedicados a examinar el derecho que la sentencia aplica, han de fijarse primero los hechos que pueden constituir el sustrato fáctico del derecho reclamado, ha de estudiarse en primer lugar el motivo de recurso que planea la trabajadora invocando el trámite procesal del apartado b) del artículo 193 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social . Manifiesta a este respecto la actora: "que la Juzgadora de instancia no ha tenido en cuenta la totalidad de los hechos probados para la redacción y motivación de la sentencia que se impugna", pero realmente no se solicita ninguna revisión fáctica concreta, sino que se limita la recurrente a repetir las alegaciones de la demanda y a argumentar que, habiendo presentado escrito solicitando que las entidades codemandadas aportasen en el acto de la vista determinada documentación que no fue aportada y que se requería al efecto de acreditar que el despido de la actora constituye una represalia empresarial debida a la interposición de la demanda declarativa de derecho, lo que produce una vulneración de la indemnidad de la actora, debieron de tenerse por ciertos los hechos del a demanda.

Así planteado el motivo de recurso, ha de ser desestimado porque la mera discrepancia con los criterios de valoración de los elementos de convicción por parte de la Magistrada de instancia, lo que a ella corresponde en exclusiva, tal como se extrae de lo dispuesto en el artículo 97.2 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , no justifica que pueda modificarse la relación fáctica de la sentencia que precisa en todo caso, de unos requisitos que a la luz de lo dispuesto en el artículo 193 b) y 196.3) de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , son los siguientes: 1) Que se señale con precisión cuál sea el hecho afirmado, negado u omitido, que el recurrente considere equivocado, contrario a lo acreditado o que conste con evidencia y no se haya incorporado al relato fáctico; 2) Que se ofrezca un texto alternativo concreto a figurar en la narración fáctica tildada de errónea, bien sustituyendo a algunos de sus puntos, bien complementándolos; 3) Que se citen pormenorizadamente los documentos o pericias de los que se estime se desprende la equivocación del juzgador, sin que sea dable admitir su invocación genérica, ni plantearse la revisión de cuestiones fácticas no discutidas a lo largo del proceso; 4) Que esos documentos o pericias pongan de manifiesto el error de manera clara, evidente, directa y patente, sin necesidad de acudir a conjeturas, suposiciones o argumentaciones más o menos lógicas, naturales y razonables; 5) Que la revisión pretendida sea trascendente en orden a la cuestión controvertida. Tales requisitos, en este caso no se cumplen y ni siquiera cabe la posibilidad de tener por acreditadas las alegaciones hechas en relación a la prueba admitida y no aportada por la empresa habida cuenta que, a tenor de lo dispuesto en el artículo 94.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , ello es facultad discrecional del juzgador de instancia.

Por lo expuesto, ha de ser desestimado el motivo de recurso que se estudia.

TERCERO : Por tramite adecuado del apartado c) del artículo 193 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social , se solicita por la empresa Sueños De Colores, S.C.A, el examen del derecho aplicado en sentencia, alegándose la infracción de lo dispuesto en 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 incurre la sentencia en incongruencia interna, porque partiendo de una relación laboral indefinida, aplica para rechazar la excepción de caducidad, criterios de relación laboral de trabajadora fija discontinua.

La cuestión que aquí se plantea, ha sido ya abordada y resuelta por esta Sala al resolver recursos de Suplicación, en supuestos semejantes al que ahora nos ocupa correspondientes a trabajadoras compañeras de la actora que vieron extinguida su relación laboral en análogas circunstancias y así las Sentencias de esta misma Sala del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 26 de octubre de 2017 y 9 de noviembre de 2017 , sentencias que han ganado firmeza decían lo siguiente: "*En relación con la incongruencia "extra petitum" la sentencia del Tribunal Supremo, dictada por el Pleno de fecha 24 de septiembre de 2015 (RJ 2015/5016) , 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, FJ 2; 15/1999, de 22 de febrero, FJ 2; 134/1999, de 15 de julio, FJ 9; 172/2001, de 19 de julio, FJ 2; 130/2004, de 19 de julio, FJ 3)", 250/2004, de 20 de diciembre, 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 coordenadas 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."

En aplicación de las consideraciones expuestas, ha de concluirse que solo ha existido en el caso examinado, como en los resueltos con anterioridad por la Sala, un único despido en una sola relación laboral indefinida, por lo que en consecuencia debe de ser desestimado el motivo de recurso que se estudia.

CUARTO : La empresa Sueños de Colores SCA plantea un segundo motivo de recurso, también por el trámite procesal del apartado c) del artículo 193 de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, arguyendo que se han infringido 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 para defender que se ha producido la caducidad de la acción de despido por transcurso del plazo legal, sin que pueda considerarse otra fecha de despido distinta de la de 31 de julio de 2014, sin que la de 1 de septiembre de 2014, pueda considerarse fecha de notificación la extinción de la relación laboral que ya se había producido con anterioridad.

Con carácter previo a la resolución de este motivo de recurso, ha de aclararse que el texto legal aplicable y al que se ha de entender efectuada la referencia legal, es el Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo, que es el texto que se encontraba vigente al momento del cese enjuiciado y no el texto del Estatuto de los Trabajadores aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2015 de 23 de octubre que no se había publicado.

Por lo demás, también a esta cuestión han dado respuesta las sentencias de esta Sala antes referenciadas que como ya se ha dicho han ganado firmeza, sentencias que razonan que no se ha producido la 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 ."*

Esta misma solución es la que ha de adoptarse ahora, lo que obliga a desestimar el motivo de recurso estudiado, por resultar en todo coincidentes las fechas de despido, presentación de las papeletas de conciliación, celebración del acto de conciliación y presentación de la demanda.

QUINTO .- En el motivo tercero y último, la empresa "Sueños de Colores SCA" por la vía del apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, denuncia la infracción de lo dispuesto en el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores, citando nuevamente Real Decreto Legislativo 2/2015, referencia legal que, como ya se ha dicho, ha de entenderse efectuada al texto anterior, Real Decreto Legislativo 1/1995 de 24 de marzo, considerando que no se ha producido, por su parte subrogación alguna, sino una mera sucesión en la actividad como consecuencia del cambio de adjudicación de las contratadas, sin que pueda apreciarse una sucesión de contratistas sino que habiendo recuperado la actividad de la guardería por parte de la Universidad de Huelva, fue posteriormente efectuada la adjudicación a la recurrente, lo que no constituye supuesto de transmisión de empresa, a la que pueda aplicarse los efectos previstos en el artículo 44 de Estatuto de los Trabajadores.

Esta cuestión también se resuelve en las sentencias de esta Sala anteriormente citadas y por razones de seguridad jurídica, dado que las citadas sentencias han ganado firmeza, ha de aplicarse el mismo criterio, desestimatorio de los argumentos de la recurrente. Las citadas sentencias se expresan de la siguiente manera: *"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 accesorio".*

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 Stiiching, 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."

SEXTO : Una vez estudiado y desestimado integrante el recurso de la empresa condenada en la sentencia de instancia a pasar por las consecuencias del despido, ha de resolverse ahora el motivo de recurso que articula la trabajadora al amparo de lo dispuesto en el artículo 193 c) de Ley Reguladora de la Jurisdicción Social que, motivo de recurso que tiene por objeto la declaración de nulidad del despido impugnado. Se alega 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 el despido obedece a represalia empresarial, por lo que debió de calificarse como nulo por vulnerar de la garantía de indemnidad al haber sido despedida la actora, como el resto de sus compañeras por haber interpuesto demanda declarativa frente a la empresa.

Las alegaciones en tal sentido expuestas por la trabajadora recurrente, también han sido desestimadas por las sentencias de esta Sala antes aludidas al estudiar motivos idénticos alegados por las compañeras del actora cuyos despidos ya han sido resueltos por las reseñadas sentencias que han ganado firmeza y que razonan al respecto del siguiente modo: *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).

SÉPTIMO.- 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, Matilde , 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.

Debiéndose de aplicar aquí los mismos razonamientos, ha de llegarse a la misma solución desestimatoria del motivo de recurso estudiado y habiéndose desestimado también, según se ha expuesto el formalizado por la empresa, se impone la confirmación de la sentencia de instancia que no contiene las infracciones que se le imputan.

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

FALLAMOS

Con desestimación de los recursos de suplicación interpuestos por la demandante D^a Penélope y la demandada Sueños de Colores S.C.A. , contra la sentencia dictada en los autos nº 895/14 por el Juzgado de lo Social número uno de los de Huelva , en virtud de demanda formulada por D^a Penélope , contra Corporación de la Universidad de Huelva, S.A.U., Universidad de Huelva, Sueños de Colores, S.C.A. y Guardonuba, S.L.L. 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".

Se decreta la **pérdida** de los depósitos y consignaciones efectuados por la empresa recurrente Sueños de Colores S.C.A.



Se condena a la empresa recurrente, al pago de las costas de este recurso, en las que sólo se comprenden - por no constar la reclamación de otros gastos necesarios- los honorarios a los impugnantes de su recurso en cuantía de 500.- euros- más IVA que, en caso de no satisfacerse voluntariamente, podrán interesarse ante el Juzgado de lo Social de instancia, por ser el único competente para la ejecución de sentencias.

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.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ