



Roj: **STSJ GAL 7125/2011 - ECLI: ES:TSJGAL:2011:7125**

Id Cendoj: **15030340012011103793**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **20/09/2011**

Nº de Recurso: **2170/2011**

Nº de Resolución: **4123/2011**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **LUIS FERNANDO DE CASTRO MEJUTO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.GALICIA SALA DE LO SOCIALA CORUÑA

I22198C3

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax:98118 4853/2155/2211

NIG: 15078 44 4 2010 0001908

402250

TIPO Y Nº DE RECURSO: RECURSO SUPPLICACION 0002170 /2011-CRS

JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS: DEMANDA 0000894 /2010 JDO. DE LO SOCIAL nº 002 de SANTIAGO DE COMPOSTELA

Recurrente: FUNDACION USC DEPORTIVA

Abogado/a: BELEN LAREO LODEIRO

Procurador/a: JORGE BEJERANO PEREZ

Recurrente: UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA

Procuradora: MARIA FARA AGUIAR BOUDIN

Recurrido: Jose Manuel

Abogado/a: ALBERTO FREIJEIRO OTERO

Procurador/a: XULIO XABIER LOPEZ VALCARCEL

Recurrido: CLUB DEPORTIVO UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA (DOG)

Recurrido: FOGASA

ILMO. SR. D. JOSÉ ELÍAS LÓPEZ PAZ

PRESIDENTE

ILMO. SR. D. LUIS F. DE CASTRO MEJUTO

ILMO. SR. D. RICARDO RON LATAS

En A CORUÑA, a 20 de Septiembre de 2011.

Tras haber visto y deliberado las presentes actuaciones, la T.S.J.GALICIA SALA DE LO SOCIAL, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española ,

EN NO MBRE DE S.M. EL REY

**Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE****EL PUEBLO ESPAÑOL**

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION **2170/2011**, formalizado por la UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA y la FUNDACION USC DEPORTIVA, contra la sentencia dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 2 de SANTIAGO DE COMPOSTELA en el procedimiento DEMANDA 894/2010, seguidos a instancia de Jose Manuel frente al FOGASA, el CLUB DEPORTIVO UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA, la UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA y la FUNDACION USC DEPORTIVA, siendo Magistrado-Ponente el Ilmo. Sr. D. LUIS F. DE CASTRO MEJUTO.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D Jose Manuel presentó demanda contra el FOGASA, el CLUB DEPORTIVO UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA, la UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA y la FUNDACION USC DEPORTIVA, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha veintiuno de Diciembre de dos mil diez .

SEGUNDO: En la sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos expresamente declarados probados:

"Primero: D. Jose Manuel viene prestando servicios para las entidades demandadas con antigüedad de 13 de octubre de 2003, como monitor de atletismo en las instalaciones de la USC, a tiempo parcial, a razón de 11:55 horas semanales, percibiendo una retribución mensual, con inclusión de la parte proporcional de las horas extraordinarias de 339'81 euros./ Segundo: Tal relación laboral aparece fundada en los siguientes contratos de trabajo: -Contrato de trabajo de duración determinada, a tiempo parcial para la realización de obra o servicio determinado definido como "REALIZACION DE ACTIVIDADES DEL CLUB DURANTE SERVICIO", para prestar sus servicios como MONITOR DE XIMNASIA MANTEMENTO, con la misma categoría profesional, suscrito entre el actor y el CLUB DEPORTIVO UNIVERSIDADE DE SANTIAGO el 13 de octubre de 2003, extendiéndose su duración desde dicha fecha hasta el 30 de junio de 2004. -Contrato de trabajo de duración determinada, a tiempo pparcial para la realización de obra o servicio determinado definido como "PRESTACION DE SERVICIOS EN LAS ACTIVIDADES DEL CLUB DURANTE EL CONTRATO", para prestar sus servicios como MONITOR DE XIMNASIA MANTEMENTO, con la misma categoría profesional, suscrito entre el actor y el CLUB DEPORTIVO UNIVERSIDADE DE SANTIAGO El 4 de octubre de 2004, extendiéndose su duración desde dicha fecha hasta el 30 de junio de 2005. -Contrato de trabajo de duración determinada, a tiempo parcial para la realización de obra o servicio determinado definido como "PRESTACION DE SERVICIOS EN LAS ACTIVIDADES DEL CLUB DURANTE EL CONTRATO", para prestar sus servicios como MONITOR DE XIMNASIA MANTEMENTO, con la misma categoría profesional, suscrito entre el actor y el CLUB DEPORTIVO UNIVERSIDADE DE SANTIAGO el 7 de octubre de 2005 extendiéndose su duración desde dicha fecha hasta el 30 de junio de 2006. -Contrato de trabajo de duración determinada, a tiempo parcial para la realización de obra o servicio determinado definido como "PRESTACION DE SERVICIOS EN LAS ACTIVIDADES DEL CLUB DURANTE EL CONTRATO", para prestar sus servicios como MONITOR DE ATLETISMO, con la misma categoría profesional, suscrito entre el actor y el CLUB DEPORTIVO UNIVERSIDADE DE SANTIAGO el 3 de octubre de 2006, extendiéndose su duración desde dicha fecha hasta el 30 de junio de 2007. -Contrato de trabajo de duración determinada, a tiempo parcial para la realización de obra o servicio determinado definido como "PRESTACION DE SERVICIOS AO CLUB DURANTE DURACION CONTRATO", para prestar sus servicios como MONITOR DE ATLETISMO, con la misma categoría profesional, suscrito entre el actor y el CLUB DEPORTIVO UNIVERSIDADE DE SANTIAGO el 15 de octubre de 2007 y con duración inicial de un mes sucesivamente prorrogado, extendiéndose su duración hasta el 31 de mayo de 2008. El 1 de junio de 2008 el demandante suscribe finiquito por importe de 1 de junio de 2008, comunicándole al trabajador el 15 de junio de 2009 la finalización del contrato. -Contrato de trabajo de duración determinada, a tiempo parcial para la realización de obra o servicio determinado definido como "DURANTE DURACION CONTRATO", para prestar sus servicios como ATLETISMO, con la categoría 3, nivel 2, con la misma categoría profesional, suscrito entre el actor y la FUNDACION USC DEPORTIVA el 30 de septiembre de 2008 y cuya duración se extiende desde el 1 de octubre de 2008 al 30 de junio de 2009./ Tercero: El 15 de junio de 2010 el demandante recibe burofax con notificación de fin de contrato con el siguiente contenido: "Que o vindeiro día 19 de xuño conclúen os labores propios da súa especialidade profesional na obra obxecto do contrato suscrito o 13/10/09, de conformidade co artigo 8.1 do Real Decreto



2720/1.998, do 18 de decembro, polo que se desenvolve o artigo 15 do Estatuto dos Traballadores en materia de contratos de duración determinada./ É por iso que debemos dar por extinguido o seu contrato de traballo na data sinalada no encabezamento deste documento, e iso sobre a base do establecido no artigo 49.1 c) do Estatuto dos Traballadores./ Comunicarlle tamén que, nas oficinas da empresa terá a súa disposición a liquidación de partes proporcionais que lle corresponden, incluíndo a indemnización por extinción do contrato na contía que a lexislación vixente establece, así como a documentación necesaria para acceder á prestación por desemprego."/ Cuarto: El demandante desempeñaba sus funciones como monitor de atletismo en las escuelas de deporte organizadas por la USC siendo la misma titular de los medios materiales empleados por el trabajador y de las instalaciones utilizadas por este./ Quinto: El 26 de abril de 1990 se suscribe entre la USC y el CLUB DEPORTIVO UNIVERSIDADE DE SANTIAGO, cuyo contenido se da por íntegramente reproducido, señalando en el mismo que es de interés para la universidad la participación en las competiciones deportivas organizadas por las distintas federaciones, delegando la universidad en el Club la organización de la actividad deportiva federada de dicha universidad./ Sexto: El 15 de diciembre de 2008 por acuerdo de la junta del CLUB DEPORTIVO UNIVERSIDADE DE SANTIAGO a propuesta de su presidente D. Francisco , actual responsable del área deportiva de la USC, se acuerda la disolución de la entidad, si bien continuó algún tiempo más por razones de finalización de la temporada./ Séptimo: En el C.D.U., la gestión de los contratos correspondía a D. Nicolas y a Da Natividad ./ Octavo: Por escritura pública de 9 de noviembre de 2007 se constituye la FUNDACIÓN USC DEPORTIVA, cuyos fines son la promoción, incentivo y desarrollo de la actividad físico-deportiva universitaria preferentemente en la Comunidad Autónoma Gallega, y entre cuyas actividades figura la celebración de cursos.. etc para la formación de universitarios colaborando con las administraciones público y en particular la gestión del deporte federado de la USC./ Noveno: El 3 de abril de 1990 la USC suscribe con la FUNDACIÓN USC DEPORTIVA convenio de colaboración cuyo contenido se da por íntegramente reproducido, y en el que se encomienda a la Fundación la gestión de las escuelas deportivas y el deporte federado de la USC que esta le indique, así como la colaboración de la Fundación en la organización de las competiciones deportivas que la USC realice./ Décimo: La FUNDACIÓN USC DEPORTIVA realiza en el año 2008 una convocatoria para la cobertura de puestos de trabajo, entre los cuales se incluye una plaza de coordinador de atletismo y una de monitor de atletismo./ Undécimo: El actual gerente de la FUNDACIÓN USC DEPORTIVA es D. Nicolas ./ Duodécimo: El 99% de los trabajadores que prestaban sus servicios en las escuelas deportivas de la USC mientras su realización se encargó a la CLUB DEPORTIVO UNIVERSIDADE DE SANTIAGO pasan a desempeñar su trabajo cuando las mismas son encargadas a la FUNDACIÓN USC DEPORTIVA./ Decimotercero: La programación de las escuelas deportivas es realizada por el Área Deportiva de la USC./ Decimocuarto: Actualmente la FUNDACIÓN USC DEPORTIVA sigue prestando a la USC el servicio que venía realizando el actor./ Decimoquinto: No consta que el trabajador ostente ni haya ostentado en el último año la condición de representante legal de los trabajadores./ Decimosexto: El 2 de julio de 2010 el demandante formula reclamación previa frente a la Universidad de Santiago de Compostela./ Decimoséptimo: El 19 de julio de 2010 se celebra ante el SMAC de Santiago de Compostela acto de conciliación que finaliza sin acuerdo respecto a la FUNDACIÓN USC DEPORTIVA dándose por intentado respecto al CLUB DEPORTIVO UNIVERSIDADE DE SANTIAGO".

TERCERO: En la sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

"FALLO: Se estima la demanda formulada por D. Jose Manuel frente a la FUNDACIÓN USC DEPORTIVA, el CLUB DEPORTIVO UNIVERSIDADE DE SANTIAGO y la UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA (USC), con intervención del FOGASA, y en consecuencia: -Se declara improcedente el despido efectuado por la FUNDACIÓN USC DEPORTIVA al actor. -Se condena solidariamente a la FUNDACIÓN USC DEPORTIVA, el CLUB DEPORTIVO UNIVERSIDADE DE SANTIAGO y la UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA (USC), a que en el plazo de CINCO DÍAS desde la fecha de la notificación de la sentencia, opte entre la readmisión inmediata de la demandante en las mismas condiciones que poseía con anterioridad, o el abono de la indemnización de 3.440'58 euros, más, en ambos casos, el abono de los salarios de tramitación que importan hasta la fecha de la presente la cantidad de 2.116'84 euros a los que habrán de añadirse los que se devenguen hasta la notificación de la sentencia a razón de 11'32 euros diarios".

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA y por la FUNDACION USC DEPORTIVA formalizándolos posteriormente. Tales recursos fueron objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO: Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta T.S.J.GALICIA SALA DE LO SOCIAL en fecha 29-ABRIL-11.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 20-SEPTIEMBRE-11 para los actos de votación y fallo.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sección de Sala los siguientes,



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre la Fundación USC Deportiva la Sentencia estimatoria de la demanda, solicitando -vía artículo 191.a) LPL - la reposición de las actuaciones al estado en que se encontraban en el momento de haberse infringido normas o garantías del procedimiento que hayan producido indefensión (artículo 97 LPL en relación con los artículos 248.3 LOPJ , 218 LEC y 24 CE), la alteración -a través del artículo 191.b) LPL - del relato histórico y denunciando -por el cauce del artículo 191.c) LPL - la infracción de los artículos 15 , 44 , y 42 y 43, todos del ET . También ha recurrido la Sentencia la Universidad de Santiago de Compostela, quien insta -por el cauce del artículo 191.b) LPL - la modificación de los hechos probados, y denuncia -por la vía artículo 191.c) LPL - la infracción por aplicación indebida de los artículos 43 y 56.1 ET .

SEGUNDO.- 1.- Comenzando por el motivo de nulidad, la falta de motivación postulada no puede acogerse, porque como ya hemos indicado en otras ocasiones (entre las últimas, SSTSJ Galicia 09/06/11 R. 961/11 , 26/11/10 R. 3588/10 , 17/10/08 R. 3263/08 , 05/03/08 R. 462/05 , 12/11/07 R. 4638/07 , 01/10/07 R. 4754/04 , ...), la motivación de las resoluciones judiciales, aparte de venir impuesta en el artículo 120.3 CE , es una exigencia derivada del artículo 24.1 CE con el fin de que se puedan conocer las razones de la decisión que aquéllas contienen, posibilitando su control mediante el sistema de los recursos (SSTC 163/2000, de 12/Junio, F. 3 ; 214/2000, de 18/Septiembre, F. 4 ; 172/2004, de 18/Octubre, F. 3 ; 329/2006, de 20/Noviembre , F. 7); al margen de que -en definitiva- el derecho a obtener una resolución fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos (SSTC 112/1996, de 24/Junio, F. 2 ; 87/2000, de 27/Marzo, F. 6 ; 172/2004, de 18/Octubre , F. 3), precisándose que la obligación de motivar el factum en la sentencia actúa, de una parte para garantizar el ejercicio adecuado del derecho de defensa, y de otra como elemento preventivo de la arbitrariedad, «aunque, lógicamente, esta obligación no debe ser entendida en el sentido de que pueda coartar la libertad del juez o de que le imponga el deber procesal de una extensa y prolija redacción» (STS 11/12/03 Ar. 2577).

En todo caso, lo anterior exigirá conocer tanto los presupuestos jurídicos de la decisión, como los fácticos sobre los que se proyectan las normas elegidas (SSTC 58/1997, de 18/Marzo, F. 2 ; 25/2000, de 31/Enero , F. 2), poniendo así de manifiesto la ratio decidendi del fallo judicial y permitiendo conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales determinantes de la decisión jurisdiccional (SSTC 196/1988, de 24/Octubre, F. 2 ; 215/1998, de 11/Noviembre, F. 3 ; 170/2000, de 26/Junio, F. 5 ; 68/2002, de 21/Marzo, F. 4 ; 128/2002, de 03/Junio, F. 4 ; 119/2003, de 16/Junio, F. 3 , y 172/2004, de 18/Octubre , F. 3). Hemos de reiterar -Sentencias citadas supra- que el derecho a la tutela judicial que imponen los artículos 120 CE , 259 y 372 LEC , y 97 LPL , ha de entenderse como el derecho del justiciable y de la propia comunidad a una resolución jurídicamente fundada y a conocer las razones de la decisión judicial. La exigencia de motivar las decisiones es inherente a la potestad judicial (mezcla inseparable de auctoritas y de imperium: STC 159/92, de 26/Octubre) y descansa -STC 22/1994, de 27/Enero - sobre una serie de finalidades que son esenciales, tanto si se las contempla desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva, como si se hace desde la propia esencia de la función jurisdiccional; finalidades que, con palabras de la STC 55/1987 , consisten en (a) garantizar la posibilidad de control de la sentencia por los Tribunales superiores; (b) lograr la convicción de las partes en el proceso sobre la justicia y corrección de una decisión judicial que afecta a los derechos de un ciudadano; y (c) mostrar el esfuerzo realizado por el Tribunal para garantizar una resolución carente de arbitrariedad, lo que sólo puede lograrse «si la sentencia hace referencia a la manera en que debe inferirse de la Ley la resolución judicial, y expone las consideraciones que fundamentan la subsunción del hecho bajo las disposiciones legales que aplica».

Y precisamente por ello, ha de rechazarse únicamente lo que puede calificarse como mera declaración de conocimiento o como simple «emisión de una declaración de voluntad», que sería una proposición apodíctica (así, la STC 159/1992, de 26/Octubre), dado que debe ser consecuencia de una exégesis racional del ordenamiento y no fruto de la arbitrariedad (SSTC 61/1983, de 11/Julio ; 05/1986, de 21/Enero ; 22/1994, de 27/Enero, F. 2 ; 10/2000, de 31/Enero, F. 2 ; 172/2004, de 18/Octubre , F. 3); pero no la escueta fundamentación de la sentencia (STC 154/1995, 24/Octubre), pues aunque desde la más pura técnica procesal resulte deseable una fundamentación detallada que exprese el completo proceso lógico que condujo al Juez a su decisión y sea igualmente plausible una descripción exhaustiva de lo que se considera probado (STC 27/1993, de 25/Enero), la obligada tutela se satisface cuando simplemente se expresa con claridad el motivo que lleva a resolver la pretensión (así, SSTC 116/1986, de 08/Octubre ; 13/1987, de 05/Febrero ; 55/1987, de 13/Mayo ; 75/1988, de 25/Abril ; 13/1989, de 05/Febrero ; 36/1989, de 14/Febrero ; 14/1991, de 28/Enero ; 34/1992, de 18/Marzo ; 22/1994, de 27/Enero ; 27/1993, de 25/Enero ; 304/1993, de 25/Octubre ; 58/1994, de 28/Febrero ; 192/1994, de 20/Junio , ...), siendo así que el citado derecho fundamental no impone servilismo a las alegaciones de las partes (STS 05/05/05 -rec. 18/2005 -), ni hace exigible una respuesta pormenorizada a los argumentos de los litigantes -SSTC citadas supra-. Porque la motivación no está necesariamente reñida con el laconismo (STC 154/1995, de 24/Octubre ; y STS 30/09/03 Ar. 7450) y, por otro, que no es necesaria la



exhaustiva descripción del proceso intelectual ni la pormenorizada respuesta a las alegaciones de las partes (STC 36/1989, de 14/Febrero ; y STS 30/09/03 Ar. 7450). No obstante, la suficiencia de la motivación no puede ser apreciada apriorísticamente, con criterios generales, antes al contrario requiere examinar el caso concreto para comprobar si, a la vista de las circunstancias concurrentes, se ha cumplido o no este requisito en las resoluciones judiciales impugnadas (STC 184/1998, de 28/Septiembre , F. 2).

2. En particular, se considera suficiente la manifestación de haber tenido en cuenta en su conjunto la totalidad de la prueba documental (STS 29/01/02 -rco 1068/01 -); siquiera esa suficiencia, como todo concepto jurídico indeterminado, habrá de ser precisada en cada caso concreto (STC 325/1994, de 12/Diciembre ; y SSTS 11/12/03 -rco 63/03 -; y 21/11/05 -rco 148/04 -). En concreto y para lo que aquí interesa, se advierte que es suficiente esa afirmación contemplada en el Fundamento Jurídico Segundo de la Sentencia de Instancia, aparte de que el Magistrado va haciendo referencia a toda la prueba practicada en el proceso a lo largo de su resolución, apuntalando sus razonamientos y, por ende, conllevando una especificación de cuál es el medio concreto de prueba del que ha inferido una determinada conclusión fáctica. Por lo tanto, se rechaza el motivo.

TERCERO.- 1.- Por lo que se refiere a las revisiones fácticas postuladas por la recurrente Fundación USC Deportiva, que habrá de entenderse que se hacen por el cauce de la letra «b» y no «a» como se hace constar:

(a) La referente al ordinal primero no se acoge, porque no se trata de que el último contrato firmado llevase esa fecha, sino de la unidad del vínculo contractual y de la existencia de una relación fijo-discontinua que no puede desconocerse por la parte condenada, lo que no se razona jurídicamente por la recurrente, sino que se hace en un plano meramente teórico. Aparte de que está ausente en la fundamentación jurídica un precepto que -de estimarse- permitiese darle consecuencia a la alteración de la indemnización, porque, si bien se cita en el motivo fáctico segundo, no se incluye en la parte jurídica del recurso.

(b) La referente al ordinal segundo tampoco, pues le resulta predicable lo anterior; no podemos acceder a la modificación interesada, ya que debe existir una interconexión entre los motivos a los que se refiere el artículo 191 b) LPL (los de «hechos») y los que se articulan al amparo de la letra c) de dicho precepto (los de «derecho»), pues si ello no se realizara de la manera indicada se produciría una ruptura fatal en la línea argumental del recurso, al dejar, en definitiva, huérfanos de apoyo jurídico los motivos fácticos. Y debe quedar claro que estos últimos no son una meta en sí mismos, sino un camino de previo recorrido dirigido al fin de argumentar después en derecho; en síntesis, un ataque a un hecho declarado probado sólo puede tener trascendencia en sí mismo en tanto que, apoyado en un posterior razonamiento jurídico dado por el recurrente, sirva para modificar el fallo de instancia (entre otros muchos precedentes, SSTJ Galicia 29/04/11 R. 3848/07, 17/03/11 R. 5245/10, 07/03/11 R. 4695/07, 03/03/11 R. 3910/10, 09/06/10 R. 926/10, 19/05/09 R. 626/06, 18/12/08 R. 4851/08, etc.). Y, nuevamente, no hay ningún motivo referente a la eficacia liberatoria del finiquito firmado que se haya recogido explícitamente y, por ende, la introducción de lo pretendido es inútil.

(c) La concerniente a los ordinales octavo y décimo tampoco, porque han de calificarse como meras cuestiones de redacción o estilo, ajenas a la finalidad de la Suplicación (valgan por todas, SSTSJ Galicia 05/07/11 R. 1855/08, 17/06/11 R. 626/08, 23/05/11 R. 508/11, 13/05/11 R. 903/11, 18/04/11 R. 2726/10, , que carecen de trascendencia, ya que en los propios ordinales de la Sentencia se describe sucintamente lo que intenta desgranarse por el recurrente. Y,

(d) La relativa al duodécimo, porque no cabe la revisión en base a una mera alegación de falta de prueba. Como es sabido (así, SSTSJ Galicia 05/07/11 R. 5812/07, 31/03/11 R. 2415/07, 14/01/11 R. 4190/10, 18/05/10 R. 4745/06, 12/05/09 R. 2178/06, etc.), la regla es que no puede intentarse la revisión de hechos probados mediante la alegación de prueba negativa, o sea, no puede aducirse la mera inexistencia de pruebas demostrativas del hecho declarado probado (entre otras, SSTS 03/06/85 Ar. 3333, 15/07/86 Ar. 4143, 15/07/86 4148 y 27/03/90 Ar. 2359), siempre que se haya desplegado una mínima actividad probatoria (STS 21/03/90 Ar. 2204), como en este caso (documental y testifical). Y, ello, porque es al Juez de Instancia al que corresponde formar su convicción, sopesando la totalidad de los medios probatorios llevados al proceso, con arreglo a las reglas de la sana crítica, para lo que la legislación procesal le confiere amplios poderes valorativos (artículos 97.2 LPL y 348 LEC). No puede pretenderse la modificación de los hechos probados mediante lo que la doctrina ha dado en llamar «la obstrucción negativa»; es decir, solicitando la supresión de un determinado hecho probado señalando que el mismo no está probado, o suficientemente probado. Esta mera alegación de prueba negativa -como se hace en el motivo- es inhábil a efectos revisorios, no pudiendo prevalecer frente a la valoración conjunta de la prueba realizada por el Juzgador; máxime cuando -así lo reconoce la recurrente- el dato fáctico se ha amparado expresamente en dos declaraciones testificales.

2.- Por lo que se refiere a las alteraciones propuestas por la Universidad:

(a) La concerniente al ordinal primero no puede acogerse, porque es una mera cuestión de redacción o estilo, a la que le sería predicable lo expresado en el Fundamento Jurídico Tercero.1.c) anterior, porque quién ha



sido su contratante se expresa en el ordinal segundo -serie de contratos-, siquiera la conclusión jurídica es la existencia de una cesión ilegal.

(b) Las relativas a los ordinales quinto y noveno tampoco, puesto que, tal como se ha indicado en muchas ocasiones (valgan por todas, SSTS 12/12/06 -cas. 21/06 -; 13/02/07 - rco 168/05 -; 11/10/07 - rco 22/07 -; 15/10/07 - rco 26/07 -; 20/07/07 - rco 76/06 -; 24/06/08 - rco 128/07 -; 30/06/08 - rco 138/07 -; y 08/07/08 - rco 126/07 -; y SSTSJ Galicia 12/07/11 R. 3034/09 , 05/07/11 R. 1353/11 , 17/06/11 R. 626/08 , 09/06/11 R. 961/11 , 10/06/11 R. 1545/11 , 31/03/11 R. 4404/07 , etc.), en el relato de hechos han de hacerse constar exclusivamente los puntos de hecho no admitidos -controvertidos- que sean necesarios para la debida solución del tema objeto del litigio y en el grado mínimo requerido para que los litigantes puedan proceder a su impugnación en todos los aspectos relevantes del proceso, y para que los órganos jurisdiccionales de suplicación o de casación puedan comprender cabalmente el debate procesal y resolver sobre el mismo en los términos previstos en la ley (STS 22/01/98 Ar. 7), sin que ello quiera decir que la regular constatación de hechos probados exija su expresión exhaustiva o proliza, sino que el requisito se cumple con un relato suficiente que centre el debate en modo tal que también el Tribunal que conozca del recurso pueda proceder a su resolución con arreglo al propio relato histórico, admitiéndose -incluso- la forma irregular de remisión, a los efectos de determinación de hechos probados, pero siempre que tal técnica permita apreciar, con singularidad e individualización, los hechos base de la decisión (SSTS 11/12/97 Ar. 9313 , 01/07/97 Ar. 6568, etc.). Y,

(c) La relativa al ordinal décimo octavo tampoco, porque resulta nuevamente irrelevante, dado que la actividad desarrollada en otros supuestos no influye sobre la analizada en éste, pues lo decisivo es considerar cómo se ha articulado la prestación de servicios o de mano de obra y si ello constituye una cesión ilegal.

CUARTO. - 1.- Ya en el campo jurídico, se empezará por los motivos contemplados en el recurso de la Fundación que son tres: uno, en el que se discute la existencia de trabajos fijos-discontinuos; otro, la existencia de una sucesión de empresas; y uno último, en el que se discute la concurrencia de una cesión ilegal (que es una censura común a la sostenida por la USC y que, por lo tanto, responderemos conjuntamente). Ninguna de estos motivos se comparte.

2.- En cuanto a la validez de los trabajos por obra o servicio determinado, la base de la aceptación de los trabajos fijos discontinuos se halla en la circunstancia (SSTS 07/07/03 -rcud 4185/00 -; y 22/03/04 Ar. 2942) de que existen trabajos de temporada que se repiten de forma cíclica en su identidad [recogida de la naranja, actividad de enseñanza, hostelería, etc.], siendo esa reiteración cíclica [con temporalidad cierta o variable] en la misma actividad las determinantes de tal modalidad especial de fijeza en el trabajo, o con palabras de la primera de dichas sentencias, para apreciar la condición de trabajadores fijos discontinuos ha de acreditarse «el carácter permanente de la actividad, como consecuencia de una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, es decir, a intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad» (SSTS 07/07/03 Ar. 2004/4953 ; 22/03/04 Ar. 2942 ; y 15/07/04 Ar. 5362). Característica, repetimos, que aquí está presente, dado que las contrataciones del ahora recurrente se han iterado cíclicamente y en fechas distintas (coincidentes con el curso escolar).

En todo caso, y recordando la doctrina sobre los fijos discontinuos, la admisión de esta modalidad contractual en supuestos que se reiteran periódicamente no es absoluta y está condicionada a que la actividad en sí misma no sea permanente o no pueda adquirir este carácter en virtud de condicionamientos derivados de su propia configuración como servicio público, entre ellos, en su caso, la financiación cuando ésta opera como elemento determinante de esa configuración (SSTS 10/04/02 Ar. 6006 ; 22/03/04 Ar. 2942 ; 25/11/03 Ar. 9115 ; y 07/07/03 Ar. 2004/4953). Además, para la validez del contrato temporal causal, la doctrina unificada tuvo muy en cuenta, junto con el dato de la existencia de la subvención la concurrencia de los demás requisitos exigidos por el tipo legal «Y, fundamentalmente, que la singularidad de la obra o servicio (ya fuera formación profesional, ayuda a domicilio, prevención de incendios, campamentos o guarderías infantiles, etc.) quedara suficientemente determinada y concreta. Sólo cuando ello ocurrió tuvo por configurada una situación plenamente incardinable en los preceptos antes citados. Por eso, en las ocasiones en que este último requisito no se cumplió, o cuando quedó acreditado que la actividad contratada era habitual y ordinaria en la Administración contratante, la Sala ha calificado de indefinida la relación laboral, pese a la existencia de una subvención [SSTS 07/10/98 R. 2709/1997 ; 05/07/99 Ar. 6443 ; 02/06/00 Ar. 6890]. Pues es obvio que también pueden financiarse servicios permanentes de la Administración por medio de subvenciones». Añade esta sentencia «que la financiación de los servicios obligatorios, como la de cualquier otra actividad temporal o permanente del Ayuntamiento, deba estar prevista e incluida en sus presupuestos anuales, revela que el servicios sea temporal por naturaleza, ni justifica por sí sola la formalización de contratos anuales, aunque sea esa la duración de los presupuestos» (SSTS 22/03/04 Ar. 2942 ; 25/11/03 Ar. 9115 ; 07/07/03 Ar. 2004/4953 ; 21/01/09 -rcud 1627/08 -; 14/07/09 -rcud 2811/08 ; y 15/09/09 -rcud 4303/08 -).



Porque -lo precisábamos en las SSTSJ Galicia 01/04/11 R. 5612/10 , 21/01/11 R. 4304/10 y 05/06/08 R. 1694/08 - el objeto de la modalidad contractual de trabajos fijos de carácter discontinuo está separada de los contratos eventuales o por obra o servicio determinados por una línea divisoria sutil, de modo que si la naturaleza del trabajo es ocasional, imprevisible, esporádico o coyuntural, los contratos temporales serán idóneos para su cobertura. Pero, si el trabajo se reitera en el tiempo de una manera cíclica o periódica, debe ser proveído con la modalidad de contrato para trabajos fijos de carácter discontinuo, no siendo admisible su cobertura por contratos temporales. Como recuerda la STS 05/07/99 -rcud 2958/98 -, «los criterios de delimitación entre el trabajo eventual y el fijo discontinuo han sido ya concretados por esta Sala. La STS 26/05/97 Ar. 4426, entre otras, señala que "cuando el conflicto consiste en determinar si la necesidad de trabajo puede atenderse mediante un contrato temporal, eventual o de obra, o debe serlo mediante un contrato indefinido de carácter discontinuo lo que prima es la reiteración de esa necesidad en el tiempo, aunque lo sea por períodos limitados". Será posible pues la contratación temporal, ya sea eventual o por obra o servicio determinado, cuando ésta se realice para atender a circunstancias excepcionales u ocasionales, es decir, "cuando la necesidad de trabajo es, en principio, imprevisible y queda fuera de cualquier ciclo de reiteración regular". Por el contrario "existe un contrato fijo de carácter discontinuo cuando se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, o lo que es igual, en intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad". Y la STS 25/02/98 -rec. 2013/97 - Ar. 2210 ha recordado que "la condición de trabajador fijo discontinuo configurada hoy como modalidad de contratación a tiempo parcial, a tenor de lo dispuesto en el art. 12.3 del ET /95 responde a las necesidades normales y permanentes de la empresa -de ahí la condición de fijeza- que se presentan por lo regular de forma cíclica o periódica, y que no alcanzan la totalidad de lo jornada anual"» (SSTS 08/11/05 -rec. 3779/04- Ar. 2006/1301 ; 21/12/06 -rcud 792/05 - . 2007/315 ; 21/12/06 -rcud 4537/05- Ar. 9913 ; 27/02/07 -rcud 4220/05 - ; 30/05/07 -rcud 5315/05 - ; 21/01/09 -rcud 1627/08 - ; 14/07/09 -rcud 2811/08 ; y 15/09/09 -rcud 4303/08 -).

En principio, por tanto, la contratación temporal procede cuando la necesidad de trabajo sea extraordinaria y resulte insuficiente el personal fijo [por ejemplo, para la elaboración del censo demográfico decenal del INE (26/12/02 -rec. 73/02- y 02/11/05 -rec. 3893/04-; también como obiter dicta en STS 11/03/04 -rec. 3679/03 -, FJ 6) o resulte imprevisible y fuera de cualquier ciclo regular. En estas ocasiones, la insuficiencia de plantilla en el ámbito de las Administraciones Públicas puede actuar de modo equivalente a la acumulación de tareas, permitiendo la contratación temporal, si concurren además causas coyunturales (entre otras, SSTS 16/05/05 -rcud 2412/04 - ; 21/12/06 -rcud 792/05 - ; 21/01/09 -rcud 1627/08 - ; 14/07/09 -rcud 2811/08 - ; y 15/09/09 -rcud 4303/08 -). Por el contrario, existe un contrato indefinido de carácter discontinuo cuando se produce una necesidad de trabajo de carácter intermitente o cíclico, o lo que es igual, en «intervalos temporales separados pero reiterados en el tiempo y dotados de una cierta homogeneidad» (SSTS 21/12/06 -rcud 792/05-, para el INE ; 21/12/06 -rcud 4537/05-, también para el INE ; 27/02/07 -rcud 4220/05-, para INE ; 30/05/07 -rcud 5315/05-, para INE ; 21/01/09 -rcud 1627/08 - ; 14/07/09 -rcud 2811/08 - ; 15/09/09 -rcud 4303/08 - ; 15/7/10 -rcud 2207/09 -).

Por lo tanto, se rechaza la censura, porque nos encontramos ante una actividad fija discontinua, que responde a un carácter permanente (curso escolar) y que se repite cíclicamente.

QUINTO.- 1.- El segundo punto es el relativo a la sucesión de empresa. Siguiendo el criterio, entre otras, de las SSTSJ Galicia 01/07/11 R. 5396/07 , 09/06/11 R. 4762/07 , 14/01/11 R. 4190/10 , 18/06/10 R. 1094/10 , 05/05/10 R. 570/10 , etc.; que la adecuada garantía de estabilidad en el puesto de trabajo impone en nuestro ordenamiento jurídico un concepto objetivo de empresa, que pone el acento en la vinculación de los trabajadores no con la persona del empresario, sino con el complejo organizativo de medios humanos y materiales que la empresa representa como generadora de derechos y obligaciones laborales garantizadas por el artículo 44 ET , de tal manera que mientras subsista la empresa como tal el contrato de trabajo resulta inmune a los cambios de titularidad empresarial; y de ello es reflejo el citado artículo 44 ET , que prevé la continuidad de la relación laboral en los casos de novación subjetiva de la persona del empleador, abarcando con su amplia expresión «cambio de titularidad» cualquier tipo de transmisión, ya sea inter vivos o mortis causa, bien se acentúe la nota de la sucesión en el conjunto orgánico de bienes y derechos que constituyen la empresa, o bien por el contrario se haga hincapié en la sucesión de la actividad (SSTSJ Galicia 19/10/04 R. 3748/04 , 30/09/04 R. 1473/02 , 29/06/95 AS 2326 y 10/03/94 AS 903, siguiendo criterio expuesto por la STS 10/05/71), en el bien entendido de que la mayor parte de las situaciones contempladas judicialmente no integran supuestos en los que se transmita una empresa en funcionamiento, pues ello eliminaría todo litigio sobre la subrogación empresarial, sino que el desacuerdo surge precisamente -como observa la STSJ Asturias 15/12/95 AS 4597- cuando se trata de ocultar esa sucesión con el fin de evitar las consecuencias que entraña y se acude en el cambio de titularidad -añadimos- a mecanismos no transparentes.

Más exactamente, el referido artículo 44 ET constituye la transposición al derecho español de la Directiva 77/1987 de la CEE (actual 2001/23 / CE [12 /Marzo]), aplicable -conforme al artículo 1 - a los traspasos de



empresas, centros de actividad o partes de centros de actividad, como consecuencia de cesión contractual y difusión; y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sentencias 65/1986, de 18/Marzo y Asunto Spijkers ; 54/1994, de 14/Abril y Asunto Schmidt ; y 83/1999, de 02/Diciembre y Asunto Allen y otros) ha mantenido que el elemento decisivo para determinar la presencia de una sucesión de empresa se encuentra en el mantenimiento de la identidad de la entidad económica, que resulta de la continuación o reanudación, por parte del nuevo empresario, de las mismas o análogas actividades económicas, cuya concurrencia puede resultar de distintas circunstancias, como son la transmisión de elementos corporales o incorporeales, la transferencia de actividad o la transferencia del personal o la parte esencial del personal (para todas, STJUE 25/01/01 Ar. 22).

2.- Ya en el ámbito de la Jurisprudencia española se ha mantenido unánimemente (así, SSTS 03/10/98 Ar. 7804 ; 15/04/99 -Sala General Ar. 4408 ; 25/02/02 Ar. 6325 ; 19/06/02 Ar. 7492 ; 12/12/02 Ar. 2003\1962 ; 11/03/03 Ar. 3353 ; 23/11/04 Ar. 2005/951) que el supuesto de hecho contemplado por el artículo 44 ET requiere la concurrencia de dos requisitos: (a) que haya tracto o transmisión de un titular a otro, por cualquier procedimiento, lo que permite incluir los supuestos en los que la transmisión no es directa entre el primitivo empresario y el sucesor, e incluso aquellos otros en los que se disimula con la finalidad de evitar que operen sus efectos legales, siendo lo realmente decisivo a tales efectos, como destaca la STSJ País Vasco 19/12/95 AS 4763, que haya continuidad en la actividad empresarial, y para ello cobra suma importancia comprobar el objeto de la actividad que desarrollan ambos empresarios, así como las circunstancias del lugar en que lo efectúan, los medios humanos y materiales con que lo hacen y el momento en que cada cual la lleva a cabo; y (b) que el objeto transmitido sea la empresa en su conjunto, alguno de sus centros de trabajo o, incluso, una de sus unidades productivas con capacidad para funcionar autónomamente. En palabras del TS, la sucesión de empresa requiere «la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales [...] que permite la continuidad de la actividad empresarial» (STS 27/10/86 Ar. 5902) y, por ello, no puede apreciarse la sucesión cuando lo que se transmite «no es la empresa en su totalidad ni un conjunto organizativo de ésta dotado de autonomía suficiente en el plano funcional o productivo, sino unos elementos patrimoniales aislados» (SSTS 04/06/87 Ar. 4127 ; y 15/04/99 -Sala General-).

En tal línea tenemos señalado precedentemente (así, SSTSJ Galicia citadas) que los amplios términos en que está redactado el artículo 44 ET determinan - SSTS 13/03/90 Ar. 2069 y 10/05/91 Ar. 3798- que los supuestos de transmisión de empresas en él previstos sean configurados, unas veces acentuando la sucesión en el conjunto orgánico de bienes y derechos que constituyen la empresa, y en otras ocasiones haciendo hincapié en la sucesión de la «actividad», por entender que el entramado sistemático y funcional que subyace a la actividad productiva de la empresa es el auténtico nervio de la misma. De todas formas y con carácter general podemos señalar que el Tribunal Supremo ha venido interpretando el artículo 44 ET -como su precedente artículo 79 LCT- presuponiendo la concurrencia de dos elementos: el subjetivo, representado por la transferencia directa del negocio o centro de trabajo autónomo por cualquier tipo de transmisión; y el objetivo, consistente en la entrega efectiva del total conjunto operante de los elementos esenciales de la empresa que permita la continuidad de la actividad empresarial, o lo que es lo mismo, que la Empresa se transmita como unidad, en sus factores técnicos, organizativos y patrimoniales, realizada a través de cualquier figura jurídica y comprendiendo tanto la directa como la llevada a cabo con la interposición de un tercero, que incluso puede ser un Órgano de la Administración. Y precisamente por ello ha de excluirse la aplicación de los aludidos preceptos en los supuestos de transmisión de aislados elementos materiales o instrumentales, pero no del ente unitario que la Empresa representa (en este sentido, las SSTS 06/05/71 Ar. 2568 , 14/11/77 Ar. 4510 , 16/06/83 Ar. 3017 , 03/10/84 Ar. 5224 , 09/10/84 Ar. 5263 , 29/03/85 Ar. 1454 , 26/01/87 Ar. 292 , 11/05/87 Ar. 3664 y 12/09/88 Ar. 6875).

Pero en relación con la necesidad de transmitir elementos patrimoniales se ha 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 [STS 27/10/04 -rcud 899/02 -]. 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 [SSTSJUE 65/1986, de 18/Marzo, Asunto Spijkers ; 99/1992, de 19/Mayo, Asunto Stiiching ; 309/1998, de 10/Diciembre, Asunto Sánchez Hidalgo ; 283/1999, de 02/Diciembre, Asunto Allen y otros; y 29/2002, de 24/Enero, 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 (STS 23/11/04 -rec. 6432/03 -).



3.- En particular, puede observarse que la segunda empresa asumió las actividades que desarrollaba la primera (es más, hubo una atribución coincidente en el tiempo -ordinales segundo, octavo y décimo-); además, casi todos los trabajadores (el 99%) que prestaban servicios en la primera -y que es el único patrimonio de estas dos empresas, porque las instalaciones y material lo proporciona la USC- pasaron a la segunda en bloque; y también, existe una unidad en la dirección de ambas empresas. Se rechaza el motivo.

SEXTO.- 1.- Y en cuanto a la última de las censuras (que es común al sostenido por la USC), podría resaltarse, de entrada, que sí ha habido una cesión ilegal de trabajadores. Con respecto a la cesión y por expresarlo de una manera resumida (con mayor extensión nos hemos referido a este mismo problema, entre otras, en SSTSJ Galicia 01/07/11 R. 2540/11 , 20/05/11 R. 2727/09 , 11/04/11 R. 5551/10 , 05/11/10 R. 3599/10 , etc.), la esencia de la cesión no se centra en que la empresa cedente sea real o ficticia o que tenga o carezca de organización sino que lo relevante a efectos de la cesión consiste en que esa organización «no se ha puesto en juego», limitándose su actividad al suministro de la mano de obra a la otra empresa que la utiliza como si fuera propia (SSTS 19/01/94 Ar. 352 ; 12/12/97 -rec. 3153/96 -; 03/02/00 -rec. 1430/99 -; 27/12/02 -rec. 1259/02 -; 16/06/03 -rcud 3054/01 -; y 11/11/03 -rcud 3898/02 -). En otras palabras, «[...] la apreciación acerca de la existencia o no de cesión ilegal la ha situado la última doctrina de esta Sala en el hecho de "suministrar la mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial" [por todas, SSTS 17/07/93 -rcud 712/92 -; 19/01/94 -rcud 3400/92 -; 12/12/97 -rcud 3153/96 -; 14/09/01 -rcud 2142/00 -; 20/09/03 -rcud 1741/02 -; 03/10/05 -rcud 3911/04 -; 30/11/05 -rcud 3630/04 -; y 14/03/06 -rcud 66/05 -]. En todas las cuales se contempla la cesión ya no como un supuesto de interposición de mano de obra entre empresas ficticias como en un primer momento se entendió, sino una situación que puede darse entre empresas reales que, sin embargo, no actúan como tales en el desarrollo de la contrata al no implicar en ella su organización y riesgos empresariales» (SSTS 24/04/07 -rcud 36/06-, en obiter dicta ; 21/09/07 -rcud 763/06-, en obiter dicta para ENDESA ; y 26/09/07 -rcud 664/06 -, apreciando falta de contradicción).

En otras palabras, la actuación empresarial en el marco de la contrata es un elemento clave de calificación, aunque excepcionalmente, el ejercicio formal del poder de dirección empresarial por el contratista no sea suficiente para eliminar la cesión, si se llega a la conclusión de que aquél no es más que un delegado de la empresa principal, como es el caso de los locutorios telefónicos [SSTS 17/07/93 Ar. 5688 ; y 15/11/93 -rec. 1294/92 -), en los que incluso la relación del contratista encargado del locutorio con aquélla se ha calificado como laboral (SSTS 14/09/01 -rec. 2142/00 -; 17/01/02 -rec. 3863/00 -; 16/06/03 -rcud 3054/01 -; y 14/03/06 -rcud 66/05 -).

2.- Expuestos los rasgos de la institución, habría ahora de deslindarse de la legítima contrata y subcontrata que pudiera haberse celebrado. No está de más recordar que los artículos 42 y 43 ET no fijan los límites entre la lícita contrata y la ilegal cesión temporal de trabajadores. La doctrina jurisprudencial ha ido cercenando las conductas abusivas de forma progresiva; pues si en una primera fase se declaró que había cesión ilegal de trabajadores cuando la empresa contratista es una empresa ficticia o aparente (SSTS 17/07/93 Ar. 5688 ; 11/10/93 Ar. 7586 ; 18/03/94 Ar. 2548), posteriormente se declaró que no bastaba con la existencia de un empresario real, no ficticio (STS 19/01/94 Ar. 352), dado que «existe cesión ilegal de trabajadores cuando la aportación de éste en un supuesto contractual determinado se limita a suministrar la mano de obra sin poner a contribución los elementos personales y materiales que conforman su estructura empresarial» (STS 12/12/97 Ar. 9315) y porque «mal puede ser empresario de una determinada explotación quien carece de facultades y poderes sobre los medios patrimoniales propios de la misma. También es difícil atribuir tal calidad a quien no asume los riesgos propios del negocio, pues esa asunción de riesgos es nota específica del carácter empresarial. Tampoco se compagina con la condición de empresario el tener fuertemente limitada la capacidad de dirección y selección del personal» (STS 17/12/01 Ar. 2002/3026).

Sin embargo, el ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva y así lo reconoce el artículo 42.1 ET , lo que supone que, con carácter general, la denominada descentralización productiva es lícita, con independencia de las cautelas legales e interpretativas necesarias para evitar que por esta vía puedan vulnerarse derechos de los trabajadores (SSTS 27/10/94 Ar. 8531 ; 17/12/01 Ar. 2002/3026).

3.- Ahora bien, esas afirmaciones precisarán de una serie de matizaciones y, sobre todo, de la elaboración de criterios que permitan diferenciar ambas figuras claramente. Y eso no es tarea fácil, porque cuando la contrata se concreta en una prestación de servicios que tiene lugar en el marco de la empresa principal o arrendataria, no es fácil diferenciarla de la cesión, lo que se agrava porque en la práctica se recurre a las contratas como medio formal de articular un acuerdo interpositorio de facilitación de trabajadores entre el cedente y el cesionario y es difícil reconocer, en las circunstancias de cada caso, el límite entre un mero suministro de trabajadores y una descentralización productiva lícita. Por ello, la doctrina judicial ha recurrido a la aplicación ponderada de



diversos criterios de valoración que no son excluyentes, sino complementarios, y que tienen un valor indicativo u orientador: la justificación técnica de la contrata, la autonomía de su objeto, la aportación de medios de producción propios (STS 07/03/88 Ar. 1863); el ejercicio de los poderes empresariales (SSTS 12/09/88 Ar. 6877 , 16/02/89 , 17/01/91 Ar. 59 y 19/01/94 Ar. 352) y la realidad empresarial del contratista, que se pone de manifiesto en relación con datos de carácter económico, como capital, patrimonio, solvencia, estructura productiva,... (SSTS 14/09/01 Ar. 582 ; 17/01/02 Ar. 3755 ; 16/06/03 Ar. 7092 ; y 14/03/06 -rec. 66/05 -).

De entre todos ellos y siquiera matizando la afirmación anterior, puede argüirse que el determinante es el del empresario efectivo. La línea divisoria entre los supuestos de subcontratación lícita y de pseudocontrata o cesión ilegal de trabajadores bajo falsa apariencia de contrata de obras o servicios ha de ser trazada de acuerdo con la doctrina del empresario efectivo (STS 11/07/86 Ar. 4026 ; 17/07/93 Ar. 5688 ; 11/10/93 Ar. 7586 ; 18/03/94 Ar. 2548 ; 12/12/97 Ar. 9325), debiendo ponderarse el desempeño de la posición empresarial no de manera general, sino en relación al trabajador concreto que la solicita (STS 12/09/88 Ar. 6875 ; 19/01/94 Ar. 352). De acuerdo con esta doctrina, los casos de empresas contratistas que asumen la posición de empresarios o empleadores respecto de sus trabajadores, desempeñando los poderes y afrontando las responsabilidades propias de tal posición se incluyen en la subcontratación lícita, regulada por el artículo 42 del ET , mientras que los casos de contratas ficticias de obras o servicios que encubren una mera provisión de mano de obra constituyen cesión ilegal de trabajadores, prohibida y regulada por el artículo 43 del ET . Siendo ello así, para proceder a la calificación que corresponda en cada caso es necesario en cada litigio considerar las circunstancias concretas que rodean la prestación de servicios del trabajador, las relaciones efectivamente establecidas entre el mismo y las empresas que figuran como comitente y contratista, y los derechos y obligaciones del nexo contractual existente entre estas últimas (STS 30/05/02 Ar. 7567). Éste creemos que es el rasgo, que, complementado por los anteriores indicios, permite diferenciar las dos figuras en juego: el trabajador pertenecerá a la empresa en cuya esfera organicista, directiva y disciplinaria se encuentre integrado.

Criterio que es el asumido por el actual párrafo segundo del artículo 43 ET , que precisa «En todo caso, se entiende que se incurre en la cesión ilegal de trabajadores contemplada en el presente artículo cuando se produzca alguna de las siguientes circunstancias: que el objeto de los contratos de servicios entre las empresas se limite a una mera puesta a disposición de los trabajadores de la empresa cedente a la empresa cesionaria, o que la empresa cedente carezca de una actividad o de una organización propia y estable, o no cuente con los medios necesarios para el desarrollo de su actividad, o no ejerza las funciones inherentes a su condición de empresario». En este precepto se recogen en numerus apertus las circunstancias que habían sido creadas por la jurisprudencia para apreciar la cesión ilegal, pero sin restringirla sólo a éstas. Al margen de que, según la línea jurisprudencial más reciente dictada con respecto a las encomiendas suscritas por Administraciones Públicas (STS 27/01/11 -rec. 1784/10 -), la presencia de mandos intermedios de la empresa cedente no es un dato relevante para descartar la existencia de una cesión ilegal, cuando haya habido una abdicación por parte de la empresa contratista de sus facultades empresariales y el propio mando intermedio aparece cedido.

4.- Como colofón, corresponde proyectar esas conclusiones a los datos fácticos obrantes en el asunto presente, contemplados no sólo en el relato histórico, sino también en la fundamentación jurídica con pleno valor de hecho probado (SSTS -entre tantas precedentes- 15/11/06 -rcud 2764/05 -; 27/02/08 -rcud 2716/06 -; 26/06/08 -rco 18/07 -; 18/07/08 -rcud 437/07 - 12/05/09 -rcud 2153/07 -; y 21/10/10 -rco 208/08 -; y, entre muchas, SSTSJ Galicia 12/07/11 R. 2445/08 , 01/07/11 R. 2540/11 , 09/06/11 R. 5228/07 , 01/06/11 R. 807/11 , 13/05/11 R. 903/11 ,etc.); pudiendo constatarse que, primero, la USC es quien pone los medios o instrumentos para que el actor pueda realizar sus funciones, sin que su empleadora formal le proporcione ninguno; segundo, es la USC la que hace las escuelas deportivas con todos los elementos, salvo el personal (los monitores), que es lo único asumido por la Fundación; y tercero, la programación de las escuelas deportivas la realizaba la USC, gestionándolas e imponiendo los horarios.

De todo ello se desprende (tal como ya recordábamos en las SSTSJG 20/05/11 R. 2727/11 , 05/11/10 R. 3599/10 , 13/07/10 R. 1708/10 , 21/05/10 R. 947/10 y 17/03/10 R. 1709/09 , para la cesión entre TRAGSA y la Xunta de Galicia y aquí plenamente trasladables) que debe calificarse las contratas entre las codemandadas como fenómeno interpositorio de carácter jurídico determinante de una cesión ilegal, y ello por cuanto el trabajador demandante ha permanecido dentro del ámbito del poder de dirección de la USC, que en todo momento ha actuado como su verdadera y real empleadora, limitándose la entidad FUSCD a ejercer como empresaria meramente formal, al no poner en juego su organización ni instrumento alguno de dirección u organización del trabajo del actor, dejando de ejercer la condición de empresas en su aspectos propios y definitorios. Se rechaza el motivo.



SÉPTIMO.- 1.- El último motivo alegado por la USC es el relativo al cómputo de la antigüedad y sí debe acogerse, pues - conforme al artículo 56.2 ET - la indemnización habrá de abonarse en función de los años de servicio, y es claro que los mismos han de fijarse, cuando de contratos de trabajo fijos- discontinuos se trata, atendiendo al tiempo total de desempeño de la actividad. Y como hemos declarado en las STSJ Galicia 03/06/05 R. 2006/05 y 28/03/03 AS 3009, es consolidado criterio jurisprudencial el de que, para el cálculo de la indemnización que corresponde para el supuesto de despido improcedente, únicamente son computables los períodos de tiempo de real prestación de servicios, hasta el punto de excluirse el tiempo intermedio,...; y en el caso de sucesivas contrataciones laborales se computa el inicio de la relación siempre que no medie solución de continuidad significativa en el desenvolvimiento de la misma, lo que no se produce cuando entre uno y otro contrato medía una interrupción breve, inferior al tiempo de caducidad de la acción de despido y que tampoco se rompe la continuidad de la relación de trabajo, a efectos del cómputo del tiempo de trabajo, por la suscripción de recibos de finiquito entre los distintos actos contractuales de una serie ininterrumpida de contratos de trabajo sucesivos (STS 18/09/01 Ar. 8446 y las que en ella se señalan). Significa todo ello que cuando el art. 56 ET determina que la indemnización habrá de calcularse «por años de servicio», ello se traduce en que tratándose de fijos-discontinuos no será computable la antigüedad sino el tiempo de prestación efectiva de servicios (en tal sentido, SSTSJ País Vasco 03/06/03 AS 1620 ; Cataluña 02/07/01 AS 3073 , 03/07/00 AS 2470 y 17/01/00 AS 79 ; Navarra 20/04/99 AS 6011 ; Valencia 08/05/98 AS 5808,...).

2.- Lo anterior supone que la antigüedad del actor a efectos de despido es de 53 meses; en particular, 9 meses por el primer contrato (8 meses y 17 días); 9 meses por el segundo (8 meses y 26 días); 9 meses por el tercero (8 meses y 23 días); 9 meses por el cuarto (8 meses y 27 días); 8 meses por el quinto (7 meses y 16 días); y 9 meses por el último (8 meses y 29 días). No puede olvidarse que, conforme a la jurisprudencia (SSTS 30/06/08 -rcud 2639/07 -; 31/10/07 -rcud 4181/06 -; y 12/11/07 -rcud 3906/06 -), es obligado «el cómputo de los "restos" inferiores al mes como si de un mes completo se tratase, dado que la norma impone prorratear en todo caso "por meses [y no por días en ningún caso] los periodos de tiempo inferiores a un año"». Por lo tanto, sobre una antigüedad de 53 meses y un salario diario de 11,17€, resulta una indemnización de 2.220,04€.

3.- Otro tanto ha de hacerse con respecto a los salarios de tramitación, porque el inicio de su devengo ha de ser el 01/10/10, que es la fecha en la que se inicia el curso y debería ser llamado nuevamente el actor, sin que pueda generar salarios durante el periodo intermedio, dada su condición de fijo discontinuo; y la Sentencia de Instancia ha de revocarse en este sentido y, en consecuencia,

FALLAMOS

Que con estimación parcial del recurso que ha sido interpuesto por la UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA, revocamos la sentencia que con fecha 21/12/10 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Dos de los de Santiago de Compostela , y declaramos que la indemnización por el despido improcedente asciende a DOS MIL DOSCIENTOS VEINTE EUROS Y CUATRO CÉNTIMOS (2.220,04€) y que los salarios de tramitación se devengarán desde el 01/10/10 hasta la notificación de la sentencia de instancia, manteniéndose el resto de los pronunciamientos.

Asimismo, se desestima el recurso interpuesto por la FUNDACIÓN USC DEPORTIVA. Y condenamos a esta parte recurrente a que por el concepto de honorarios satisfaga 300 € al Sr. Letrado de la parte recurrida. E igualmente acordamos la pérdida del depósito constituido.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta T.S.J.GALICIA SALA DE LO SOCIAL

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para la unificación de doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia. Si el recurrente no tuviere la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá consignar la cantidad de 300 euros en concepto de depósito para recurrir, en la Cuenta de Consignaciones de esta Sala abierta en BANESTO con el nº 1552 debiendo indicar en el campo concepto, "Recurso" seguida del código "35 Social Casación". Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria deberá incluir tras la cuenta referida, separados por un espacio, el código "35 Social Casación". Si efectuare diversos pagos en la misma cuenta deberá especificar un ingreso por cada concepto, incluso si obedecen a otros recursos de la misma o distinta clase indicando en el campo de observaciones la fecha de la resolución recurrida utilizando el formato dd/mm/aaaa. Quedan exentos de su abono en todo caso, el Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades locales y los Organismos Autónomos dependientes de ellos.

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



PUBLICACION .- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha, por el Ilmo. Sr. Magistrado-Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ