



Roj: **STSJ GAL 10031/2011 - ECLI: ES:TSJGAL:2011:10031**

Id Cendoj: **15030340012011105413**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **21/12/2011**

Nº de Recurso: **4138/2011**

Nº de Resolución: **5770/2011**

Procedimiento: **RECURSO SUPPLICACION**

Ponente: **ANTONIO JESUS OUTEIRIÑO FUENTE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

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

PLAZA DE GALICIA

Tfno: 981184 845/959/939

Fax:98118 4853/2155/2211

**NIG:** 15078 44 4 2010 0002910

402250

**TIPO Y Nº DE RECURSO:** RECURSO SUPPLICACION 0004138 /2011 js

**JUZGADO DE ORIGEN/AUTOS:** DEMANDA 0001372 /2010 JDO. DE LO SOCIAL nº 002 de SANTIAGO DE COMPOSTELA

**Recurrente/s:** UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA, FUNDACION USC DEPORTIVA

**Abogado/a:**

**Procurador/a:**

**Graduado/a Social:**

**Recurrido/s:** Agustina

**Abogado/a:**

**Procurador/a:**

**Graduado/a Social:** MATILDE MALLO NIEVES

**ILMO. SR.PRESIDENTE:**

ANTONIO OUTEIRIÑO FUENTE

**ILMOS/AS SRES/AS MAGISTRADOS/AS:**

JOSÉ ELIAS LÓPEZ PAZ

LUIS FERNANDO DE CASTRO MEJUTO

En A CORUÑA, a veintiuno de Diciembre 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 0004138 /2011, formalizado por la representación de UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA, y la de FUNDACION USC DEPORTIVA, contra la sentencia dictada por JDO. DE LO SOCIAL N. 2 de SANTIAGO DE COMPOSTELA en el procedimiento DEMANDA 0001372 /2010, seguidos a instancia Agustina de frente a UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA, y la FUNDACION USC DEPORTIVA, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/Dª ANTONIO OUTEIRIÑO FUENTE.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO:** D/Dª Agustina presentó demanda contra UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA, FUNDACION USC DEPORTIVA, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia de fecha treinta y uno de Marzo de 2011.

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

"**Primero:** Dª Agustina viene prestando servicios para las entidades demandadas, con antigüedad de 1 de agosto de 2008, como coordinadora de ajedrez, con categoría profesional de CATEG. 3 NIVEL 1, percibiendo un salario bruto mensual 612'85 euros, debiendo percibir un salario mensual, con inclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias de 1.099'54 euros (grupo III, 2 del convenio colectivo de la USC).

**Segundo:** Tal relación aparece fundada en los siguientes contratos de trabajo: -Contrato de trabajo de duración determinada, a tiempo parcial de 17'50 horas a la semana, para la realización de obra o servicio determinado consistente en "PRESTACIÓN DE SERVICIOS DURANTE A VIXENCIA DO CONTRATO", para prestar sus servicios como "COORDINADORA DE XADREZ", con la categoría de CATEG 3, NIVEL 1, suscrito por las partes el 1 de septiembre de 2008, comunicando la empresa a la trabajadora el 15 de junio de 2009 la finalización el 30 de junio.

-Contrato de trabajo de duración determinada, a tiempo parcial de 17'50 horas a la semana, para la realización de obra o servicio determinado consistente en "PRESTACIÓN DE SERVICIOS DURANTE A VIXENCIA DO CONTRATO", para prestar sus servicios como "COORDINADOR DE XADREZ", con la categoría de CATEG 3, NIVEL 1, suscrito por las partes el 14 de octubre de 2009, suscribiendo el 31 de mayo de 2010 documento en el que declara la trabajadora causará baja el 31 de mayo de 2010 y que con el abono de 707'73 euros se da por saldada y finiquitada en sus devengos salariales y derechos que le pudieran corresponder.

**Tercero:** El 31 de mayo de 2010 la demandante es dada de baja en la Tesorería General de la Seguridad Social por "Fin de contrato temporal a instancia del empresario.

**Cuarto:** La función de la demandante consistía en realizar su función de coordinadora de ajedrez tanto respecto de las escuelas deportivas de la misma, como respecto al deporte federado, desarrollándose las primeras en las instalaciones de la piscina de la Universidad, que suministra el material para el desarrollo de las mismas.

**Quinto:** El 27 de mayo de 2010 la USC comunica a la Fundación USC la finalización de las escuelas deportivas, entre otras, la de ajedrez el 31 de mayo de 2010.

**Sexto:** El servicio de deportes de la USC ha previsto diversos cursos de ajedrez para el curso académico 2010 a 2011, extendiéndose uno de ellos desde 13 de octubre al 31 de mayo.

**Séptimo:** 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.

**Octavo:** 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.

**Noveno:** La FUNDACIÓN USC DEPORTIVA realiza en el año 2008 una convocatoria para la cobertura de puestos de trabajo, entre los cuales se incluye un coordinador de ajedrez, con la categoría grupo profesional 3, nivel



1, especificándose en las bases que los contratos de duración determinada a tiempo parcial podrán ser de la modalidad de contrato de obra o servicio.

**Décimo:** La programación de las escuelas deportivas, en las que prestaba sus servicios la demandante, es realizada por la USC, la que también establecía el calendario y publicitaba los cursos, imponiendo normas de inscripción y matriculas.

**Undécimo:** La demandante recibía, para el desempeño de su trabajo, ordenes de instrucciones del técnico del área deportiva de la USC encargado del deporte federado Sr. Fermín , así como también del gerente de la Fundación Sr. Mauricio , en lo relativo a los horarios.

**Duodécimo:** La Fundación USC tiene su sede en piso sito en la Plaza Pascual Veiga nº 7 de Santiago de Compostela, del uso del cual dispone en virtud de contrato de arrendamiento suscrito el 18 de abril de 2005.

**Decimotercero:** La Fundación USC ha adquirido diverso material de oficina.

**Decimocuarto:** La Fundación USC presta sus servicios para otras entidades públicas y privadas como el Ayuntamiento de Teo, la Agrupación Deportiva C.P. López Ferreiro, facturando por los mismos.

**Decimoquinto:** La Fundación USC ha suscrito contrato de trabajo de duración determinada de interinidad para prestar servicios como coordinador de ajedrez el 13 de octubre de 2010 con D. Amador , a tiempo parcial de 15 horas semanales.

**Decimosexto:** No consta que la demandante ostente ni haya ostentado la representación de los trabajadores en la empresa.

**Decimoséptimo:** El 2 de noviembre de 2010 la demandante formula reclamación previa frente a la USC siendo desestimada por resolución de 23 de noviembre de 2010.

**Decimooctavo:** El 12 de noviembre de 2010 se celebra ante el SMAC de Santiago de Compostela acto de conciliación con al FUNDACIÓN USC que finaliza sin acuerdo".

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

"FALLO.- Se estima parcialmente la demanda formulada por Da Agustina frente a la FUNDACIÓN USC DEPORTIVA y la UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA (USC), desestimándose la excepción opuesta por la FUNDACIÓN USC DEPORTIVA y en consecuencia:

-Se declara improcedente el despido de la trabajadora D<sup>a</sup> Agustina por parte de la FUNDACIÓN USC DEPORTIVA.

-Se condena solidariamente a la a la FUNDACIÓN USC DEPORTIVA 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, en cuyo caso la demandante podrá elegir entre la cedente o la cesionaria, o el abono de la indemnización de 2.473'96 euros, más en ambos casos, el abono de los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la presente que ascienden a 6.670'30 euros, así como lo que se devenguen hasta su notificación a razón de 36'65 euros diarios".

**CUARTO:** Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por UNIVERSIDADE DE SANTIAGO DE COMPOSTELA, FUNDACION USC DEPORTIVA formalizándolo posteriormente. Tal recurso fue 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 2 setiembre 2011.

**SEXTO:** Admitido a trámite el recurso se señaló el día 21 diciembre 2011 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.-** La sentencia de instancia declara improcedente el despido de la actora y condenando solidariamente a las demandadas Fundación USC Deportiva y la Universidad de Santiago de Compostela (USC). Y contra esta decisión recurren ambas codemandadas articulando, en primer término, la USC un motivo de suplicación, al amparo del art. 191. a) de la LPL, en el que denuncia incongruencia de la sentencia por infracción del art. 97. 2 de la LPL, en relación con los arts. 24 y 120. 3 CE, por entender que la sentencia incurre en



incongruencia al haber fijado la retribución mensual de la trabajadora en 1099, 54 , cuando en demanda se señaló la de 1.012 y al inicio del acto de juicio la actora fijó definitivamente dicho importe en 637,97 .

El motivo no puede prosperar, al aparecer formulado por el cauce del apartado a) del art. 191 de la LPL, ya que la incongruencia puntual que invoca no constituye infracción de normas esenciales de procedimiento determinantes de indefensión, sino una cuestión impugnabile por el cauce procesal de revisión de hechos y a través de un motivo de infracción jurídica.

**SEGUNDO.-** Al amparo del art. 191. b) de la LPL, formulan ambas demandadas sus respectivos motivos de suplicación, al amparo del art. 191. b) de la LPL (en el de la Fundación, por error, se cita la letra a), en los que interesan la revisión de los hechos declarados de la sentencia de instancia en la forma siguiente:

A) Ambas partes recurrentes el hecho primero, proponiendo las siguientes redacciones alternativas: 1) La USC haciendo constar que: "D<sup>a</sup> Agustina viene prestando servicio para la entidad demandada Fundación USC Deportiva, con antigüedad de 1 de septiembre de 2008, como coordinadora de ajedrez, con categoría profesional de Categ. 3 Nivel, percibiendo un salario bruto mensual 612,85 euros ". 2) La Fundación haciendo constar que: "D<sup>a</sup>. Agustina prestó servicios para la Fundación USC Deportivo, suscribiendo su último contrato con fecha 14 de octubre de 2009, con una jornada de 17,50 horas, con la categoría de coordinadora de ajedrez, percibiendo un salario mensual, con inclusión de la parte proporcional de las pagas extraordinarias de 612,85 euros".

De las modificaciones propuestas se acoge la redacción propuesta por la USC por ser la más completa y recoger la antigüedad, categoría y salario de la actora (coincidente con el de la Fundación), resultando así que la redacción propuesta se desprende de los documentos obrantes a los folios 165-166, en concreto, del contrato de trabajo suscrito entre las partes, vida laboral de la actora (folios 75 a 78), así como de las nóminas correspondientes al periodo enero a mayo de 2010, (folios 185 a 189), de las que resulta un salario con pagas extras de 612,85 euros, en vez de los 637,97 fijados por la actora, con carácter definitivo, en el acto del juicio, y que en todo caso habría que respetar.

B) La Fundación, en su motivo segundo, interesa que se añada un último párrafo al hecho declarado probado segundo con el contenido que a continuación se expresa: "quedando totalmente rescindida su relación laboral que lo unía con la Empresa, sin que tenga derecho a posterior reclamación o indemnización por concepto alguno, y que renuncia expresamente a cualquier acción procesal (civil, penal o de otra índole) contra la mencionada empresa".

No se acoge la adición, por cuanto ya en el hecho impugnado se menciona el documento de finiquito suscrito por la actora, siendo la redacción propuesta una cuestión accesorio o de matiz a los efectos de resolver la eficacia del aludido documento.

C) Con el mismo amparo procesal, la Fundación, en su motivo segundo, interesa que se supriman los hechos probados cuarto, octavo y undécimo. Motivo que no prospera, pues como la propia parte recurrente reconoce los hechos cuarto y undécimo tienen soporte probatorio en la testifical, cuya valoración corresponde en exclusiva al Magistrado de instancia que la intermedió. Y el motivo octavo, basta simplemente por tener corregida la fecha del Convenio (1 de enero de 2009).

D) El cuarto motivo de revisión de hechos articulado por la Fundación interesa la supresión del hecho probado décimo del término "programación". Motivo que no prospera, por cuanto del documento que se cita (folio 221 a 224) no se desprende exactamente la interpretación que sostiene el recurrente, pues de acuerdo con reiterada doctrina jurisprudencial el soporte documental que sirva de base al motivo, debe ostentar, inexcusablemente, una literosuficiencia probatoria, de tal modo que de él se desprenda ineludiblemente la modificación pretendida, sin que exista necesidad de tener que acudir a conjeturas, razonamientos añadidos, deducciones o elucubraciones ( SSTS de 19-7-1985 [RJ 1985\3819 ] o de 14-7-1995 [ RJ 1995\6259]). Además, como ha señalado el Tribunal Supremo, entre otras en la sentencia de 22-3-2002 (RJ 2002\5994), no se puede suplantar el criterio de la instancia, y, asimismo, como ha precisado en la de 7-3-2003 (RJ 2003\3347), la valoración conjunta del acervo probatorio corresponde al Magistrado de instancia según el art. 97, 2 de la Ley de Procedimiento Laboral que es quien tiene la plena intermediación en la práctica de la prueba, por lo que no puede desvirtuarse dicho criterio, salvo que existan elementos que indefectiblemente lleven a la conclusión del error de la instancia. De igual manera, no pueden existir modificaciones del relato de los hechos cuando existen pruebas que contrarían o ponen en tela de juicio los asertos en los que se apoya la modificación.

E) El 2º motivo de revisión de hechos formulado por la USC interesa la revisión del hecho probado Octavo con inclusión del siguiente párrafo: En la estipulación 5º de dicho Convenio se establece que la Universidad de Santiago de Compostela se compromete a poner a disposición de la Fundación sus instalaciones deportivas



y equipamientos, respetando los horarios y las normas de organización de espacios que son competencia da USC".

La adición, que se apoya en el Convenio entre la USC y La Fundación (folios 120 a 122), no procede, al presentar la redacción propuesta carácter valorativo-argumental más que meramente fáctico, limitándose a transcribir el contenido de una estipulación.

F) El 3º motivo de revisión de hechos formulado por la USC interesa la modificación del hecho probado undécimo con inclusión del siguiente párrafo: "La demandante, para el desempeño de su trabajo, recibía del encargado de deporte federado de la USC -Sr. Fermín - instrucciones relativas a la coordinación del curso de ajedrez que impartía; y del gerente de la Fundación -Don. Mauricio - las relativas al cumplimiento de jornada y demás obligaciones laborales derivadas del contrato".

La modificación, que se apoya en la documental obrante a los folios 139 a 142 no prospera, pues de dicha documental no resulta el contenido de la revisión que se pretende, debiendo reiterarse que no cabe acudir a conjeturas, razonamientos añadidos, deducciones o elucubraciones.

**TERCERO.-** Ya en sede jurídica sustantiva y al amparo del art. 191. c) de la LPL, formula la Fundación los motivos quinto y sexto de su recurso, que por su íntima conexión han de ser examinados conjuntamente, en los que denuncia, en el quinto, infracción de los arts. 49. 1 letras a) y d) y 59, 3 del ET, así como 1256 del C.c., por entender que la acción está caducada sobre la base de que la relación laboral se había celebrado como un contrato por obra o servicio determinado que fue extinguido en 31 de mayo de 2010. Y en el sexto, infracción del art. 15 del ET por entender que se está en un supuesto en que resulta factible acudir a la contratación temporal.

La censura jurídica que se denuncia no resulta acogible sobre la base de las siguientes consideraciones:

**1.-** En primer término, carece de relevancia en este caso el hecho de que la actora hubiese firmado un finiquito con la misma fecha del cese, ya que como señala la STS de 24 junio 1998 (Ar. 5788), el criterio que la Sala 4ª de dicho TS viene aplicando a la interpretación de este tipo de finiquitos firmados al término de contratos temporales, es el que muestran las Sentencias de 19 junio 1990 (Ar. 5486), 6 julio 1990 (Ar. 6066) y 29 marzo 1993 (Ar. 2218). En la Sentencia de 6 julio 1990 se dice que «dicho convenio liquidatorio hace referencia a las naturales secuencias del contrato de trabajo por tiempo determinado que, formal y aparentemente, vino vinculando a las partes litigantes, por lo que, declarada la nulidad e ineficacia de esa nota de temporalidad en la contratación de referencia, deviene consecuente la falta de virtualidad propia del correspondiente documento liquidador de dicha relación laboral». Y la citada STS de 19 de junio de 1990, señala también que "la firma de un finiquito en el que se alega causa inapropiada para la extinción del vínculo laboral ha de entenderse que pone de manifiesto un negocio jurídico con causa torpe, lo que ha de determinar su carencia de eficacia, impidiendo que pueda ser considerado como manifestación de mutuo disenso".

**2.-** En el presente caso, y como ya mantuvo esta Sala en supuestos semejantes al que ahora se enjuicia, entre ellos el que contempla la STSJ de Galicia de 16 de noviembre de 2011 (Rec. 4111/2011), la actora era fija discontinua a tiempo parcial, señalando la citada sentencia que: "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 la mayoría de las ocasiones).

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 si 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 20/09/11 R. 2170/11, 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-; 15/10 -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. En consecuencia, ambos motivos han de ser desestimados, ya que el inicio del plazo de caducidad de la acción debe computarse desde que la demandante supo que no iba a ser llamada para realizar el curso de ajedrez, y que ha de establecerse en el 10 de octubre de 2010, fecha de la contratación de un nuevo coordinador de ajedrez, lo que impide igualmente, dada la naturaleza de su relación laboral, entender infringido el art. 15 del ET relativo a la contratación temporal.

**CUARTO.-** El séptimo motivo de la Fundación, denuncia infracción del art. 42 del ET en relación con el art. 43 del mismo Estatuto; y el tercero de la USC infracción del art. 43 del ET, por entender ambas recurrentes que no existió cesión ilegal.

La censura jurídica que se denuncia no resulta acogible por las siguientes razones:



1.- La doctrina unificada de la Sala IV del TS es extensísima sobre el particular ( STS de 17 enero 2001, ( RJ 2002\3755), 14 septiembre 2001 ( RJ 2002\582), 24 septiembre 2001, 17 enero 2002 (RJ 2002\3755), 16 junio 2003 (RJ 2003\7092) y 14 de marzo de 2006 (Recurso 66/2005). La resume la STS/IV de 27 enero de 2011 (Rec. nº 1784/2010), señalando que "existe cesión ilegal de trabajadores cuando la empresa que contrata al trabajador, aun siendo una empresa real y no aparente (pues si fuera aparente estaríamos en el ámbito de la determinación del verdadero empresario por aplicación del artículo 1 del ET y no en el ámbito de la cesión de trabajadores de una empresa a otra), no pone realmente en juego su organización, entendiendo por tal sus medios materiales y organizativos propios -que es lo que justifica que estemos en el campo de las contrataciones lícitas del artículo 42 del ET y no en el de la cesión ilícita del artículo 43 del ET - y, consiguientemente, ejerce respecto al trabajador contratado el poder de dirección y el poder disciplinario, de una manera real y efectiva. Y es bien sabido también que el hecho de que la empresa cedente, la que contrata al trabajador, sea quien le pague los salarios y quien le dé de alta en Seguridad Social no es indicativo de que la cesión ilegal no exista, pues si tal no ocurriera, simplemente el tema ni siquiera podría plantearse. Y, finalmente, tampoco es óbice para la posible existencia de la cesión ilegal el que la empresa cedente contrate también a determinados mandos intermedios que dan órdenes a los trabajadores presuntamente cedidos ilegalmente pero que, en realidad, dichos mandos intermedios reciben la órdenes de los mandos superiores de la empresa cesionaria, es decir, que ellos mismos - esos mandos intermedios- pueden ser, a su vez, trabajadores cedidos ilegalmente".

2.- Y en el presente caso, del relato histórico y de la fundamentación jurídica de la sentencia de instancia, con pleno valor de hecho probado, se desprende lo siguiente: A) Es la USC quien pone los medios o instrumentos para que la actora pueda realizar sus labores de monitora, en concreto, el local, la piscina de la universidad, los tableros y las fichas, sin que su empleadora formal le proporcione ninguno, aun cuando se trate de una empresa, no ficticia, que tenga su sede en un piso arrendado y disponga de diverso material de oficina que nada tiene que ver con la actividad desarrollada por la actora y con los medios que esta necesitaba para llevarla a cabo; B) Respecto a la organización y desarrollo del trabajo de la actora, los cursos que impartía eran organizados por la USC que planificaba y gestionaba los mismos, fijaba su calendario, horarios, normas de inscripción, matrícula y publicidad de tales cursos, asumiendo la fundación el costo de personal. C) Para el desempeño de su trabajo la demandante recibía órdenes de instrucciones del técnico del área deportiva de la USC encargado del deporte federado Don. Fermín , así como también del gerente de la Fundación Don. Mauricio , en lo relativo a los horarios, que eran fijados previamente por la USC

De todo ello se desprende, a la vista de lo que resulta probado, que debe calificarse la relación contractual entre las dos codemandadas, como fenómeno interpositorio de carácter jurídico determinante de una cesión ilegal, y ello por cuanto la trabajadora 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 ( STS de 17 enero 1991 y STSJ de Andalucía - Sevilla de 12 diciembre 2002, AS 2003\1294), limitándose la Fundación a ejercer como empresario meramente formal, al no poner en juego su organización ni instrumento alguno de dirección u organización del trabajo de la actora, dejando de ejercer la condición de empresa en su aspectos propios y definitorios, constituyendo, consecuentemente, el convenio entre ambas demandadas, un fenómeno interpositorio en que el contrato suscrito resulta mero instrumento al efecto, al depender la trabajadora demandante "de las órdenes e instrucciones de la USC". Por otro lado, y en lo que se refiere a la gestión empresarial mediata, esto es, abono de salarios, sanciones, etc., cierto que los salarios los abona la Fundación cedente, pero esta circunstancia y el hecho de que dicha empresa cedente conserve la facultad disciplinaria no es obstáculo para la existencia de cesión ilegal de trabajadores según la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 1997 (RJ 1997\9315), al no ser indicativo de que la cesión ilegal no exista, sobre todo cuando no hay constancia de órdenes dimanantes de su personal directivo y cuando la organización y medios son puestos por la empresa cesionaria que ostenta el efectivo poder de dirección empresarial.

**QUINTO.-** El último motivo articulado con carácter subsidiario por la Fundación USC, denuncia infracción del art. 15.8 del ET, en relación con la jurisprudencia relativa al cómputo de antigüedad y salarios de tramitación en los contratos fijos - discontinuos ( STS de 5/3/1997) e infracción de los arts. 42 y 43 del ET

1.- La censura jurídica 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 20/09/11 R. 2170/11, 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 media 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 531 días (de 1/9/2008 a 30/6/2009: 302 días, y de 14/10/2009 a 31/5/2010: 229 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 señalada y un salario diario de 20,43 , resulta una indemnización de 1337, 36 , que señala la parte recurrente y que es la que deberá incluirse en el fallo. Procede, por tanto, acoger en parte el recurso de la Fundación, desestimar el de la USC, y revocar parcialmente la sentencia impugnada en el sentido indicado de rectificar la cuantía de indemnización. Por lo expuesto,

### FALLAMOS:

Que con estimación parcial del recurso interpuesto por la «FUNDACIÓN USC DEPORTIVA», revocamos en parte la sentencia que con fecha 31/03/11 ha sido dictada en autos tramitados por el Juzgado de lo Social nº Dos de los de Santiago de Compostela, a instancia de DÑA. Agustina y declaramos que la indemnización a optar por las codemandadas condenadas solidariamente será de 1337, 36 . Y manteniéndose inalterados el resto de los pronunciamientos. Asimismo se desestima el recurso interpuesto por la UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA.

Asimismo condenamos a la Universidad recurrente a que por el concepto de honorarios satisfaga 300 al Sr. Letrado de la parte recurrida. E igualmente acordamos, en su caso, la pérdida del depósito constituido y el destino legal para la consignación efectuada.

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 la fecha, por el Ilmo/a. Sr/a. Magistrado/a Ponente que la suscribe, en la Sala de Audiencia de este Tribunal. Doy fe.