



Roj: STSJ AND 5105/2014 - ECLI:ES:TSJAND:2014:5105
Id Cendoj: 29067340012014100842
Órgano: Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social
Sede: Málaga
Sección: 1
Nº de Recurso: 422/2014
Nº de Resolución: 922/2014
Procedimiento: SOCIAL
Ponente: FRANCISCO JAVIER VELA TORRES
Tipo de Resolución: Sentencia

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA

SALA DE LO SOCIAL CON SEDE EN MÁLAGA

N.I.G.: 2906744S20120007414

Negociado: VE

Recurso: Recursos de Suplicación 422/2014

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 12 DE MALAGA

Procedimiento origen: Procedimiento Ordinario 639/2012

Recurrente: Magdalena

Representante: JOSE SERRANO GARCIA

Recurrido: MINISTERIO FISCAL, **AYUNTAMIENTO DE MALAGA** y BANDA MUNICIPAL DE MALAGA

Representante: MIGUEL ANGEL IBAÑEZ MOLINA

Presidente

Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES.

Magistrados

Ilmo. Sr. D. JOSE LUIS BARRAGAN MORALES

Ilmo. Sr. D. MANUEL MARTIN HERNANDEZ CARRILLO

En Málaga a 5 de junio de dos mil catorce.

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

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente:

S E N T E N C I A 922/14

En el recurso de Suplicación interpuesto por Magdalena contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número doce de Málaga, ha sido ponente el Ilmo. Sr. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: Que según consta en autos se presentó demanda por Magdalena sobre cantidad siendo demandado **Ayuntamiento de Málaga** y Banda Municipal de Málaga y parte el Ministerio Fiscal habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 25 de noviembre de 2013 en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

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

PRIMERO.- D^a Magdalena DNI nº NUM000 , se presentó a la convocatoria efectuada en noviembre de 2007 por el **Ayuntamiento de Málaga** para cubrir una beca de educando de la Banda Municipal de Música (BM), especialidad flauta. Dicha beca tendría una duración de 4 años según las Bases reguladoras de la convocatoria, cuya copia figura aportada en el ramo de prueba del **Ayuntamiento de Málaga** y se da por reproducida (ff. 98 a 101). Al renunciar la aspirante que había conseguido la mayor puntuación en las pruebas de la citada convocatoria (D^a Almudena -folios 103 a 105-), se nombró a la actora, candidata siguiente en puntuación, con efectos de 9 de octubre de 2009, como becaria educando de la Banda Municipal (en adelante, BM), especialidad flauta (folio 106-).

SEGUNDO.- La Banda Municipal de Música realiza una labor de formación musical entre los jóvenes de Málaga consistente en posibilitar la realización de prácticas becadas, dentro de la misma, a 12 educandos de distintas especialidades, con los 40 funcionarios músicos que la componen.

La Banda Municipal de Música rememora la existencia de la Academia de educandos, que durante muchos años mantuvo indisolublemente unida a ella a partir de su última reorganización, aprobada en 1912; el "Reglamento para el Régimen de la Banda Municipal de Música, Academia de Educandos y Caja Especial de Fondos", aprobado por el Excmo. Ayuntamiento Pleno de 28 de abril de 1930, que venía a sustituir al de diciembre de 1913, señalaba que dicha Academia tenía como objeto "dar enseñanza gratuita de solfeo y manejo de instrumentos de Banda, a los alumnos pobres que soliciten el ingreso en aquella"; la permanencia de estos alumnos en la academia les garantizaba el ingreso como meritorios e incluso después como miembros de pleno derecho de la Banda Municipal, de acuerdo a los "adelantos, aptitudes y comportamiento" de unos y las necesidades del servicio de la otra. Actualmente, cubierta la faceta de la enseñanza Musical por la Red de Conservatorios de la Comunidad de Andalucía, y las distintas Asociaciones Musicales en ella existentes, la Banda Municipal ofrece a los alumnos destacados de los grados profesional y superior de la carrera musical la posibilidad de realizar prácticas instrumentales, a través de la incardinación en la actividad diaria de la Banda Municipal.

Se adjudican dichas becas tras el proceso selectivo "ad hoc" a las oportunas solicitudes, proceso que se encuentra sujeto a unos meritos y requisitos muy distintos de los funcionarios que integran la actividad de la banda. Uno de esos requisitos es la juventud (edad entre 16 y 26 años). Las becas están subvencionadas con 540 euros mensuales y conllevan una serie de deberes al becado, tal como acudir a los ensayos y actuaciones en el mismo régimen que los funcionarios (hecho no controvertido, testifical de D. Leonardo), habida cuenta que la tarea de utilidad para el becado es precisamente integrarse en la banda y adquirir así una formación profesional práctica, a través de la lectura e interpretación continua de piezas musicales de muy distinto tipo, en armonía con el resto del grupo que conforma la banda, y en público.

Cuando el Director de la BM no puede comparecer a los ensayos, por motivos de enfermedad o permisos, los becarios quedan eximidos de concurrir a los mismos, lo que no ocurre con los Profesores Superiores de la BM, funcionarios para los que es obligatoria siempre esta actividad (testifical de D. Sergio , Subdirector -funcionario- de la Banda Municipal).

TERCERO.- Las plazas de Profesores Superiores de la BM, subgrupo A1, y Profesor de la Banda de Música, subgrupo A2, están incluidas en la plantilla de personal funcionario del **Ayuntamiento de Málaga** (folio 95). En la plantilla de personal laboral del **Ayuntamiento de Málaga**, no se encuentra la categoría de Profesor Superior de la Banda de Música (folio 96).

CUARTO.- La banda, como se ha expuesto, se compone de 40 funcionarios, más 12 becarios. Estos últimos están repartidos entre los distintos grupos, de tal manera que no existen becarios que pueden estar solos, sino que siempre se integran junto a otros funcionarios de su instrumento. A los becarios se les autoriza para que utilicen las instalaciones de la BM, tanto para estudiar como para ensayar, solos o acompañados de compañeros ajenos incluso a la BM, con la finalidad de que puedan preparar pruebas o exámenes a los que tengan que presentarse en el Conservatorio, incluso para que planifiquen conciertos particulares. Posibilidad no se les concede a los Profesores Superiores de la BM, dada su condición de funcionarios.

QUINTO.- Agotada la vía administrativa previa.

TERCERO: Que contra dicha sentencia anunció Recurso de Suplicación la parte actora, recurso que formalizó, siendo impugnado de contrario. Recibidos los autos en este Tribunal se proveyó el pase de los mismos a ponente para su examen y resolución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Tal como queda expresado en los antecedentes de esta resolución, la sentencia de instancia desestimó la demanda en la que se suplicaba el reconocimiento de la existencia de relación laboral entre las partes y el pago de las diferencias salariales derivadas de tal relación. Contra dicha sentencia, la demandante interpuso el presente recurso de suplicación con la finalidad de que se estimase tal reconocimiento así como las diferencias retributivas, cifradas, a fecha 6 de octubre de 2013 , en 65.110,89 euros, articulado para ello motivos de nulidad, de revisión de los hechos declarados probados y de infracción de las normas sustantivas y de la jurisprudencia, recurso que ha sido impugnado por la corporación codemandada únicamente, y cuyo examen -no exhaustivo, como se verá-, se abordará en los fundamentos siguientes, no sin antes realizar algunas consideraciones de orden procesal.

SEGUNDO.- La sentencia de instancia, si bien desestima la demanda y absuelve a los demandados de las pretensiones formuladas en su contra, lo hace, según sus argumentos, porque la finalidad de la beca excluía su consideración como *contrato de trabajo ordinario de los recogidos en el Estatuto de los Trabajadores* (fundamento de derecho segundo, párrafo último). No se desciende al detalle de la naturaleza jurídica de tal vínculo entre becante y becado, pero no ofrece duda que aquella desestimación, en realidad, lo que encierra es un pronunciamiento sobre la falta de jurisdicción de los órganos jurisdiccionales del orden social, conforme a lo establecido en los artículos 9.1 y 5 de la Ley Orgánica Ley 6/1985 *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial* [en adelante, LOPJ], 5 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social [en adelante, LRJS], y 37.2 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil [en adelante, LEC].

Desde esta premisa, afectando la cuestión litigiosa a la falta de jurisdicción, en la medida en que se trata de una materia que afecta al orden público procesal, sustraída al poder dispositivo de las partes, para su resolución la Sala puede examinar el total contenido de los autos, sin sujeción al relato histórico de la sentencia de instancia ni a los presupuestos y estructuras formales del recurso (sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 11 de Junio del 1990 [ROJ: STS 4463/1990] y de 20 de Junio del 2001 [ROJ: STS 5274/2001], seguidas por esta Sala en sentencias de 15 de septiembre del 2011 [ROJ: STSJ AND 18229/2011], de 7 de Junio del 2012 [ROJ: STSJ AND 15143/2012] y de 13 de Junio del 2013 [ROJ: STSJ AND 8261/2013], entre otras muchas).

En realidad, tal cuestión es esencialmente coincidente con los motivos de infracción de las normas sustantivas y de la jurisprudencia que la parte recurrente formula, con amparo en el artículo 193 c) de LRJS , cuando denuncia la infracción de los artículos 1.1 , 8.1 y 15.3 del *Estatuto de los Trabajadores , en su Texto Refundido aprobado por el Real Decreto-Legislativo 1/1995, de 24 de marzo* [en adelante, ET], y 6.4 del Código Civil [en adelante, CC] (apartado undécimo del escrito de interposición).

De la delimitación conceptual de la relación habida entre las partes, se podrá verificar si el pronunciamiento efectuado en la instancia es jurídicamente correcto, cuestión que se abordará en el fundamento siguiente.

TERCERO.- Sentado lo anterior, para resolver tal cuestión, ha de partirse de la doctrina unificada a propósito de la delimitación de la relación de trabajo común, la regulada en el artículo 1.1 del ET , con el resto de las figuras afines, en las que la prestación de servicios es consustancial, entendida aquélla, según la definición estatutaria, como la de *los que voluntariamente prestan sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra personal, física o jurídica, denominada empleador o empresario* . Delimitación en la que, por otro lado, ha de tenerse presente la regla favorecedora de su existencia, la contenida en el artículo 8.1 del ET , según el contrato de trabajo se *presumirá existente entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de la retribución de aquél*.

En este sentido, aquella doctrina ha expresado que, aunque el artículo 1.1 del ET no contiene una definición del contrato de trabajo, sí establece las notas generales características que ha de reunir para poder ser acreedor de tal denominación y distanciarse de otras instituciones o figuras jurídicas próximas, y que la dependencia -entendida como situación del trabajador sujeto, aun en forma flexible y no rígida, ni intensa a la esfera organicista y rectora de la empresa-, y la ajeneidad, respecto al régimen de retribución, constituyen elementos esenciales que diferencian la relación de trabajo de otros tipos de contratos, siendo la proyección acumulada de indicios de una y otra sobre la relación concreta que se analiza la que permite la calificación, porque tanto la dependencia como la ajeneidad son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que se pueden manifestar de distinta manera según las actividades y los modos de producción, y que además, aunque sus contornos no coincidan exactamente, guardan entre sí una estrecha relación. De ahí que en la resolución de los casos litigiosos se recurra con frecuencia para la identificación de estas notas del contrato de trabajo a un conjunto de indicios o hechos indiciarios de una y otra, que son unas veces comunes

a la generalidad de las actividades o trabajos y otras veces específicos de ciertas actividades laborales o profesionales.

La dependencia ha de ser entendida como situación del trabajador sujeto, aun en forma flexible y no rígida, ni intensa a la esfera organicista y rectora de la empresa, y que la ajénidad consiste en la cesión anticipada de los frutos o de la utilidad patrimonial del trabajo del trabajador al empleador, que a su vez asume la obligación de pagar el salario con independencia de la obtención de beneficios. Y que los indicios comunes de dependencia más habituales son la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario; el desempeño personal del trabajo, compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones; la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad; y, reverso del anterior, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador». Y que son indicios comunes de la nota de ajénidad, entre otros, la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados; la adopción por parte del empresario y no del trabajador de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela, indicación de personas a atender; el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo; y el cálculo de la retribución o de los principales conceptos de la misma con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones. La línea divisoria entre una y otra opción está en lo que la jurisprudencia llamó integración en el círculo rector y disciplinario del empresario, concepto que en la legislación vigente se formula como *servicios (...) dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica*, y que la doctrina científica denomina nota o criterio de «dependencia» (por todas, la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de 26 de noviembre de 2012, [ROJ: STS 8640/2012]).

Y más concretamente, la doctrina unificada elaborada a propósito de la distinción entre la relación laboral común de la de aquellos que presten servicios en virtud de becas. Así, dicha doctrina comienza destacando que *tanto en la beca como en el contrato de trabajo se da una actividad que es objeto de una remuneración, de ahí la zona fronteriza entre ambas instituciones*. Señala a continuación que *las becas son en general asignaciones dinerarias o en especie orientadas a posibilitar el estudio y formación del becario y si bien es cierto que este estudio y formación puede en no pocas ocasiones fructificar en la realización de una obra, por lo que no son escasas las becas que se otorgan para la producción de determinados estudios o para el avance en concretos campos de la investigación científica, hay que tener en cuenta que estas producciones nunca se incorporan a la ordenación productiva de la institución que otorga la beca. De ahí que si bien el percceptor de una beca realiza una actividad que puede ser entendida como trabajo y percibe una asignación económica en atención a la misma, por el contrario, aquel que concede la beca y la hace efectiva no puede confundirse nunca con la condición propia del empresario ya que no incorpora el trabajo del becario a su patrimonio, circunstancia esencial a la figura del empresario, cuya actividad si bien puede carecer de ánimo de lucro, lo que siempre es subjetivo, no carece nunca de lo que en este aspecto puede denominarse sentido de lucro en la actividad que ejerce*. Así mismo, *el becario, que ha de cumplir ciertas tareas, no las realiza en línea de contraprestación, sino de aportación de un mérito para hacerse acreedor de la beca y disminuir así la carga de onerosidad que la beca representa, por lo que con ésta se materializa un compromiso que adquiere el becario y que no desvirtúa la naturaleza extralaboral de la relación existente. De ahí que la clave para distinguir entre beca y contrato de trabajo sea que la finalidad perseguida en la concesión de becas no estriba en beneficiarse de la actividad del becario sino en la ayuda que se presta en su formación. El rasgo diferencial de la beca como percepción es su finalidad primaria de facilitar el estudio y la formación del becario y no la de apropiarse de los resultados o frutos de su esfuerzo o estudio, obteniendo de ellos una utilidad en beneficio propio*. De esta manera, continúa afirmando aquella doctrina unificada, *la esencia de la beca de formación es conceder una ayuda económica de cualquier tipo al becario para hacer posible una formación adecuada al título que pretende o que ya ostenta, bien en centro de trabajo de la entidad que concede la beca, bien en centro de estudios ajeno al concedente, mientras que la relación laboral común no contempla ese aspecto formativo y retribuye los servicios prestados por cuenta y a las órdenes del empleador, con independencia de que la realización de los trabajos encomendados puedan tener un efecto de formación por la experiencia, que es inherente a cualquier actividad profesional. De ahí que las "labores encomendadas al becario deben estar en consonancia con la finalidad de la beca y, si no es así y las tareas que se le ordena realizar integran los cometidos propios de una categoría profesional, la relación entre las partes será laboral. El problema reside en la valoración de la prestación del becario en el marco de la propia actividad de la entidad que concede la beca, porque si del correspondiente examen se obtiene que la finalidad fundamental del vínculo no es la de contribuir a la formación del becario, sino obtener un trabajo necesario para el funcionamiento o la actividad*

de gestión del concedente, la conclusión es que la relación será laboral, si en ella concurren las restantes exigencias del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores (sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2005 [ROJ: STS 7355/2005], 29 de marzo de 2007 [ROJ: STS 2449/2007] y 29 de mayo de 2008 [ROJ: STS 3467/2008], entre otras).

En el supuesto sometido a consideración, del relato de hechos probados de la sentencia -que esencialmente, aun la extensa revisión fáctica propuesta por la parte recurrente, es suficiente para dar respuesta a la cuestión suscitada-, interesa destacar los extremos siguientes: el **Ayuntamiento de Málaga** realizó una convocatoria para la adjudicación de becas de educandos de la banda municipal, dirigidas a aquellos interesados en realizar prácticas en la misma, con carácter de alumno becario, entre cuyos requisitos se exigía tener una edad no superior a 27 años. Una de esas becas se le concedió a la actora, con efectos desde el 9 de octubre de 2009, con una duración de cuatro años. Durante dicho periodo, como integrante de la banda municipal, con la especialidad de flauta, su actividad se desarrolló del siguiente modo: acudía a los ensayos y actuaciones en las mismas condiciones que el personal funcionario integrante de la agrupación, en un número aproximado de 40, frente a los 12 becarios. Su intervención musical siempre se realizaba junto con un músico funcionario, no formando parte en solitario o con otros becarios de su sección musical. En las ocasiones en las que el director de la banda no podía asistir a los ensayos, quedaba eximido de acudir a los mismos, a diferencia del resto de los miembros, cuya asistencia era obligatoria en todo caso. Asimismo, a diferencia de éstos, podía hacer uso de las instalaciones tanto para estudiar como para ensayar. Finalmente, el importe mensual que recibía por dicha beca era de 540,00 euros.

Como se ha adelantado anteriormente, la magistrada de instancia rechaza la pretendida calificación de relación laboral común de la actora, por entender esencialmente que no concurren las notas definitorias de la relación estatutaria de trabajo. Parecer con el que esta Sala ha de mostrarse de acuerdo en la medida en que, aun el sometimiento de dicha flautista a la actividad de la banda de música -del que sería expresión más inequívoca su participación en ensayos y actuaciones, la incorporación a tal agrupación como un miembro más está primordialmente orientada a atesorar las cualidades necesarias para que den fruto en su formación académica, como lo pone de manifiesto, el hecho de la presencia condicionante del director de la banda, como muestra de esa perseguida orientación formativa, por no decir, finalmente, de la misma edad exigida a los becados, que, si bien no es temprana, se enmarca en una franja durante la cual se extienden los estudios académicos, especialmente dilatados en disciplinas musicales. Por otro lado, y finalmente, desde la perspectiva del fraude en la contratación, cobra especial significado el hecho de que el número de los becados integrados en la banda sea porcentualmente irrelevante respecto del total de sus miembros, pues apenas representa un 24 por 100 de éstos (40 funcionarios y 12 becarios).

La tesis nuclear del presente recurso se dirige a cuestionar la viabilidad jurídica de una actividad becada en la que no esté presente la formación teórica, sosteniendo que, siendo consustancial a la misma la obtención de conocimientos reglados, la sola práctica, que es lo que preferentemente adquiere la actora, únicamente podría justificar una relación amparada en un contrato formativo, en un contrato para la formación y el aprendizaje, de los previstos en el artículo 11.2 del ET. Sin negar que tal formación, entendida en sentido académico, no se dispensa, pues la sentencia deja consignado en el hecho segundo claramente que la *Banda Municipal de Música realiza una labor de formación musical entre los jóvenes de Málaga consistente en posibilitar la realización de prácticas becadas*, no por ello cabe desnaturalizar el vínculo entre las partes. Y ello debe ser así ya que, como también se indica en el mismo apartado segundo del relato fáctico, y cabe destacar ahora, la banda hunde sus raíces en una institución cuyo carácter pedagógico está fuera de toda duda. Y es que la magistrada afirma en ese pasaje de la sentencia que la *Banda Municipal de Música rememora la existencia de la Academia de educandos, que durante muchos años mantuvo indisolublemente unida a ella a partir de su última reorganización [la cual] tenía como objeto "dar enseñanza gratuita de solfeo y manejo de instrumentos de Banda, a los alumnos pobres que soliciten el ingreso en aquella"; la permanencia de estos alumnos en la academia les garantizaba el ingreso como meritorios e incluso después como miembros de pleno derecho de la Banda Municipal, de acuerdo a los "adelantos, aptitudes y comportamiento" de unos y las necesidades del servicio de la otra.*

Por todo lo expuesto, no respondiendo la relación entre las partes a los rasgos definidores de la relación laboral común, la sentencia de instancia, en tanto rechaza dicha pretensión, no obstante lo precisado en el fundamento de derecho segundo de esta sentencia, ha de ser confirmada; siendo de resaltar que esta Sala en sentencia de fecha 15 de mayo de 2014, dictada en un supuesto similar al de autos, ya ha declarado la inexistencia de relación laboral entre un becario y la Banda Municipal de Málaga en que realizaba su actividad de formación musical.



FALLAMOS

Que debemos **desestimar** y **desestimamos** el recurso de suplicación interpuesto por Doña Magdalena contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número doce de Málaga con fecha 25 de noviembre de 2013 en autos en reclamación de cantidad, seguidos a instancias de dicha recurrente contra el Excmo. **Ayuntamiento de Málaga** (Banda Municipal de Málaga), confirmando la sentencia recurrida.

Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal advirtiéndoles que contra la misma cabe Recurso de Casación para la Unificación de Doctrina ante la Sala 4ª del Tribunal Supremo, el que deberá prepararse en el plazo de los diez días siguientes a la notificación de este fallo, durante cuyo plazo se encontraran los autos a su disposición en esta Sede Judicial para su examen.

Líbrese certificación de la presente sentencia para el rollo a archivar en este Tribunal incorporándose el original al correspondiente libro.

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

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ