





ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

desvirtuados con la prueba practicada los posibles indicios de vulneración de derechos fundamentales.

**SEGUNDO.-** En la tramitación de este procedimiento se han observado las formalidades legales pertinentes.

#### HECHOS PROBADOS

**PRIMERO.-** La actora [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED] ha prestado servicios para el Consorcio Orquesta Ciudad de Malaga, como [REDACTED] [REDACTED] ( [REDACTED] ) , desde el 3-9-18 , salario medio de 3552,35 € incluida prorrata de pagas extraordinarias .

**SEGUNDO.** - El día 3-9-18 se firmo contrato temporal por obra o servicio determinado a tiempo completo , para temporada artística O.F.M 2018/2019 . Duración del 3-9-18 al 2-9-19 , folio 80 .

**TERCERO.-** El 20-5-19 se remitió escrito a la actora comunicando que el 2-9-19 finalizaría el actual contrato de trabajo , el periodo de vacaciones que le corresponde es del 3-9-18 a 2-9-19, los disfrutara desde el 3-8 al 2-9-19 , 31 días , folio 13. .

**CUARTO.-** Por el Consorcio Orquesta Ciudad de Malaga , se publico convocatoria para la provisión de plazas de profesores músicos de la plantilla de la Orquesta Filarmónica de Malaga , puestos a cubrir [REDACTED] [REDACTED] ( [REDACTED] [REDACTED] ) , los aspirantes que hayan superado el primer ejercicio de la convocatoria constituirán una bolsa de trabajo para plazas de la misma categoría profesional a la que se hubiesen presentado y podrán ser llamados en su caso para cubrir con carácter temporal vacantes producidas por enfermedad u otra causa siempre que el consorcio lo decida y cuando las necesidades del servicio lo requieran . Candidatos que hayan superado las pruebas , la duración del contrato será de 12 meses de acuerdo con lo establecido en el RD 1435/85 de 1 de agosto regulador de la relación



ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

laboral especial de los artistas en espectáculos públicos , folios 174 a 176.

**QUINTO.-** Que el medio empleado para la difusión de la convocatoria del proceso selectivo de [REDACTED] de mayo de 2018 fue la publicación en la web del consorcio orquesta ciudad de Malaga asi como en la web musical ( [www.musicalchairs.info](http://www.musicalchairs.info) ) .

**SEXTO.-** Que el acta nº 1 de las audiciones para la provisión de plaza de [REDACTED] ( [REDACTED] ) en la orquesta filarmónica de Malaga mayo de 2018 obra a los folios 181 a 182, una vez finalizadas las audiciones correspondientes al ejercicio A ( obra obligada ) el tribunal declara dos aspirantes , nº 5 y nº6 han superado el ejercicio A, a continuación da comienzo el ejercicio B ( repertorio orquestal ) haciendo su presentación los dos aspirantes ya identificados por sus nombres, el tribunal por unanimidad adopta el acuerdo de que ha obtenido la plaza de [REDACTED] ( [REDACTED] ) , [REDACTED] ) , [REDACTED] ) , [REDACTED] ) . Folio 182.

**SÉPTIMO.-** Que el Gerente del el Consorcio Orquesta Ciudad de Malaga certifica que la contratación de los profesores músicos de la OFM con carácter temporal se realiza mediante proceso selectivo , incluida del Director Titular Artístico .Folio 184 .

**OCTAVO.-** Que tras las Audiciones el Tribunal adopto por unanimidad conceder el puesto de [REDACTED] ( [REDACTED] ) a [REDACTED] ) a [REDACTED] ) . Folio 25.

**NOVENO.-** Que el 17-12-18 consta acta de reunión del Tribunal Artístico de la OFM , al objeto de evaluar a la actora y decidir su posible continuidad en el puesto , tras informe positivo y por unanimidad de los asistentes ,merece continuar desempeñando su labor en la plaza conseguida anteriormente por concurso publico . Folio 26.

**DECIMO.-** EL director titular y artistico de la Orquesta Filarmónica de Malaga manifiesta por escrito que la actora ha





ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

desempeñado en la orquesta con gran responsabilidad y preparación técnica los que la hace merecedora de la plaza que ocupa actualmente por concurso , folio 27.

**DECIMO PRIMERO .-** Que el cuadro de programación de la temporada 2018/2019 de la Orquesta Filarmónica de Malaga obra a al folio 283.

**DECIMO SEGUNDO .-** El plan de trabajo de la orquesta filarmónica de Malaga obra a los folios 284 a 295.

**DECIMO TERCERO.-** El listado de bolsa de trabajo desde el 11-6-18 obra a los folios 185 a 192.

**DECIMO CUARTO.-** La actora ha actuado como [REDACTED] en los programas que obran a los folios 296.

**DECIMO QUINTO .-** Que a los folios 301 y 302 constan programas de conciertos en los que aparece la actora.

**DECIMO SEXTO.-** El 11-11-15 el Consejo de Administración de la O.F.M por unanimidad de los asistentes acordó : elevar a la Junta General la propuesta de adscripción definitiva del Consorcio orquesta Ciudad de Malaga al Excmo Ayuntamiento de Malaga de conformidad con lo establecido en el Ley 27/2013 de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la administración local y ley 40/2015 de 1 de octubre , elevar a la Junta General la aprobación de la propuesta de modificación de Estatutos del Consorcio Orquesta Ciudad de Malaga .Folios 303 a 308

**DECIMO SÉPTIMO.-** En sesión ordinaria celebrada por el Exmo Ayuntamiento de Malaga el 22-12-15 se adoptó el acuerdo relativo a propuesta de la teniente de Alcalde Delegada de Cultura y Educación para la aprobación de los acuerdos de adscripción definitiva al Exmo Ayuntamiento de Malaga y modificación de Estatutos del Consorcio Orquesta Ciudad de Malaga. Folios 309 a 316

**DECIMO OCTAVO.-** En el BOP de 15-3-16 se publico la aprobación por el Ayuntamiento de Malaga en sesión de 22-12-15 , de la modificación de los Estatutos previamente aprobado por la Junta General del Consorcio Orquesta Ciudad de Malaga el 17-12-15, en dichos estatutos se recoge que el Consorcio Orquesta Ciudad de Malaga queda adscrito al excelentísimo Ayuntamiento de Malaga de conformidad con lo establecido en la Ley 27/2013 de 27 de diciembre de Racionalización y Sostenibilidad de la Administración Local .



ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

**DECIMO NOVENO.-** El 16-11-18 se adopto acuerdo por la Junta de Gobierno Local , propuesta de la aprobación de oferta de empleo publico del Consorcio Orquesta Ciudad de Malaga para el ejercicio 2018 , folio 320 .

**VIGÉSIMO.-** Propuesta a la Junta de Gobierno Local de la teniente de alcalde de cultura , de aprobación de la oferta de empleo publico del Consorcio Orquesta Ciudad de Malaga para el ejercicio 2018 . Propone aprobación de oferta de empleo publico 2018 para el puesto de ( ) Folio 322y 323.

**VIGÉSIMO PRIMERO .-** El 29-10-18 se adoptó por la Junta General del Consorcio Orquesta Ciudad de Malaga , acuerdo de elevación a la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Malaga de la oferta de empleo publico del Consorcio Orquesta Ciudad de Malaga, para 2018 . La Junta General del Consorcio Orquesta Ciudad de Malaga por unanimidad de los miembros asistentes , acordó elevar a la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Malaga la oferta de empleo publico del Consorcio Orquesta Ciudad de Malaga para 2018 para la adjudicación del puesto de ( ) ( ) . Folio 326.

**VIGÉSIMO SEGUNDO .-** El informe relativo a la aprobación de la oferta de empleo publico 2018 del Consorcio Orquesta Ciudad de Malaga, obra a los folios 327 a 329 .

**VIGESIMO TERCERO.-** El 18-10-18 por el director Gerente del Consorcio Orquesta Ciudad de Malaga en representación del Consorcio Orquesta Ciudad de Malaga y de otra el presidente del comité de empresa , acuerdan proponer una oferta de empleo publico para cubrir un puesto de ( ) ( ) . Folio 332.

**VIGESIMO CUARTO.-** La concertino de la Orquesta Filarmónica de Malaga el 17-10-18 firmo escrito solicitando la contratación de un violinista para ocupar el puesto de ( ) , folio 334 .





ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

**VIGESIMO QUINTO.-** El informe propuesta de inicio de tramitación de oferta de empleo publico de 2018 del Consorcio Orquesta Ciudad de Malaga del Excmo Ayuntamiento de Malaga .Folio 335 a 337

**VIGESIMO SEXTO.-** El 12-12-18 se publico en el BOP el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de aprobación de la oferta de empleo publico del Consorcio Orquesta Ciudad de Malaga para el ejercicio 2018, consistente en una plaza de [REDACTED] ( [REDACTED] [REDACTED] ) . Folio 338

**VIGESIMO SEPTIMO.-** Por la actora se ha interpuesto recurso contencioso administrativo contra el Ayuntamiento de Malaga, contra el acuerdo de la Junta de Gobierno Local de 16-11-18 por el que se aprueba la oferta de empleo publico para puesto de [REDACTED] [REDACTED] [REDACTED]

**VIGESIMO OCTAVO.-** El Consorcio Orquesta Ciudad de Malaga tiene convenio propio de empresa .

**VIGESIMO NOVENO.-** En 2012 se convocaron pruebas para la provisión de plazas de profesores músicos cuyas bases obran a los folios 381 a 391.

**TRIGESIMO.-** El 20-6-19 se firmo acta de finalización del procedimiento previo a huelga ante la comisión de conciliación mediación , objetivos y finalidades del conflicto planteado por el promotor en el escrito de iniciación , previo a huelga :

Exigir a las instituciones que gestiona el consorcio que aporten las cantidades necesarias para que la OFM pueda afrontar la actividad artística con su plantilla al completo; exigir el cumplimiento del articulo 55 del convenio colectivo ; denunciar la falta de transparencia en procesos selectivos y las irregularidades en la contratación ; reclamar la creación de plazas y reposición de las que han amortizado ; reclamación de derechos sociales, finaliza sin avenencia , folios 395 y 396.

**TRIGESIMO PRIMERO.-** El 5-7-19 se remitió a la actora escrito en contestación a escrito presentado por la actora , sobre modificación de Estatutos del Consorcio , consta que la modificación de los Estatutos del Consorcio requiere además de su inicial aprobación en el seno del Consorcio , una tramitación posterior en cada una de las administraciones consorciadas , que en lo que corresponde a la tramitación de la propuesta por el Ayuntamiento de Malaga , la misma



ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

se aprobó por el Pleno con fecha 22-12-15 y posteriormente se publicó en BOP de Málaga el 15-3-16.

La tramitación que correspondía a la administración autonómica no se llevó a cabo ( aprobación por el Consejo de Gobierno de la Junta y publicación en el BOJA) y por lo tanto la modificación en trámite no llegó a adquirir vigencia , pues le faltaba la aprobación de una de las administraciones consorciadas y su publicación en el BOJA.

Por tanto los estatutos vigentes siguen siendo los de 23-12-91.

Folio 416.

**TRIGESIMO SEGUNDO .-** El día 14-5-19 en la página web de la Orquesta Filarmónica de Málaga , no aparece la actora en la plantilla .

**TRIGESIMO TERCERO.-** La actora antes de ser contratada por el Consorcio Orquesta Ciudad de Málaga, solicitó una excedencia de un año en la orquesta sinfónica de [REDACTED] .

**TRIGESIMO CUARTO.-** La actora interpuso demanda de reconocimiento de derecho y de la condición de personal laboral fijo contra el Consorcio Orquesta Ciudad de Málaga , ante el Juzgado Decano el día 21-1-19 , que fue turnada al juzgado de lo social nº 10 , señalando como fecha para la celebración de juicio el 9-3-2020.

**TRIGESIMO QUINTO.-** La actora no ha ostentado en el último año la condición de representante de los trabajadores ni está afiliada a sindicato .

**TRIGESIMO SEXTO.-** El Consorcio Orquesta Ciudad de Málaga es una corporación de derecho público con personalidad jurídica propia .

**TRIGESIMO SEPTIMO.-** En el concierto del 150 aniversario de la Sociedad Filarmónica de Málaga , se nombro a un director invitado , la actora inicialmente iba a actuar como [REDACTED] sin embargo la [REDACTED] titular acudió el último día de los ensayos y actuó la [REDACTED] titular en dicho puesto .



ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

TRIGESIMO OCTAVO.- La demanda es de fecha 1-10-19.

#### FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** Los anteriores hechos probados han sido obtenidos en virtud de la convicción del juzgador, alcanzada tras el estudio de los medios de prueba practicados en el proceso, y concretamente de la prueba documental aportada por ambas partes y testifical .

Por la parte actora se ejercita acción de despido alegando que la relación mantenida con el Consorcio Orquesta Ciudad de Malaga fue concertada en fraude de ley y que se trata de relación fija dado que ha pasado un proceso selectivo, manifestando que la extinción debe ser calificada como nula por vulneración de derechos fundamentales y subsidiariamente improcedente .

La antigüedad se debe fijar a la fecha del contrato , no aportándose prueba que acredite que deba ser superior .

No se discute la categoría profesional ni el salario medio .

**SEGUNDO .-** Por la Consejería de Cultura de la Junta de Andalucía y por el Ayuntamiento de Malaga se opone la falta de legitimación pasiva , la misma se debe desestimar dado que si bien el Consorcio Orquesta Ciudad de Malaga es una corporación de derecho publico con personalidad jurídica propia , su llamamiento es para la valida constitución de la Litis al ser ambas administraciones consorciadas .

**TERCERO .** -En primer lugar por la actora se alega que se ha producido un despido al ser la relación laboral temporal en fraude de ley y debiéndose considerar indefinida fija al haber superado proceso selectivo y que debe calificarse como nulo por producirse como represalia por la reclamación anterior de reconocimiento de relación laboral como fija y por tanto vulneración de derecho de indemnidad , por vulneración de derecho fundamental a la dignidad al



ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

ser excluida su actuación como concertino en el concierto del 150 aniversario de la sociedad filarmónica de Malaga y ser excluida de la plantilla del Consorcio Orquesta Ciudad de Malaga en la web, y vulneración de derechos fundamentales alegando que los días 20 y 21 de junio hubo convocatoria de huelga y uno de los puntos era la reconsideración de la oferta de empleo publico de la plaza de [REDACTED] reivindicándose la conversión del contrato de la actora como indefinido fijo .

"Para que los Tribunales puedan apreciar la discriminación o lesión de los derechos fundamentales del actor, en el acto impugnado, se hace preciso llevar a cabo la correspondiente actividad probatoria. Al respecto resulta decisivo lo previsto en el artículo 181 LRJS que señala que en el acto del juicio una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación de derecho fundamental o libertad publica , corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable , suficientemente probada , de las medidas adoptadas y su proporcionalidad .

Según ello, y como ya resaltó el TS en relación a la similar regulación en la LPL , en sentencias de 1 de junio de 1992, 6 de mayo de 1995 y 5 de noviembre de 1996, en materia de lesión del derecho de libertad sindical, o de cualquier otro derecho fundamental o de las libertades públicas, la postura procesal de las partes no se altera en orden a la práctica de la prueba, debiendo probar la demandante, en primer lugar, lo fundado de la pretensión deducida. Esto es lo que quiere decir el artículo 179.2 citado al hablar de "... una vez constatada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación de la libertad sindical" .

La peculiaridad reside en que la prueba de la parte demandante será, generalmente, prueba de presunciones ,poniendo de relieve la serie de indicios de los que pueda racionalmente presumirse la existencia de la violación denunciada. Así pues, la modalidad de prueba habitual de este tipo de procesos, en ningún caso libera al demandante de su práctica, tal y como viene admitiendo la jurisprudencia en materia de despidos discriminatorios.





ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

Y, precisamente, porque esta inversión de la carga de la prueba no existe en esta modalidad procesal, es por lo que el artículo 181-2, para después de haberse constatado la existencia de indicios de que se ha producido violación de derecho fundamental, señala que "corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad".

También cabe resaltar que el propio Tribunal Supremo en sentencias de 9 de febrero de 1996 y 15 de abril de 1996, con motivo de la alegación de violación del derecho de libertad sindical refiriéndose a la inversión de la carga de la prueba establecida en el artículo 179.2 de la vigente Ley de Procedimiento Laboral ha declarado que "para que haya lugar a esta inversión no basta la mera alegación, es preciso acreditar indicios de violación de la libertad sindical, y los indicios son señales o acciones que manifiestan -de forma inequívoca- algo oculto; lo que es muy distinto de sospechar, que es imaginar o aprehender algo por conjeturas fundadas en apariencia".

En definitiva, la actividad probatoria que ha de desplegar la parte actora ha de recaer sobre la existencia real y efectiva de una diferenciación de trato, y por lo menos sobre la existencia de indicios racionales de los que pueda deducirse que la desigualdad de trato está vinculada a algún factor prohibido de diferenciación -sentencia del Tribunal Constitucional núm. 24/1984, de 4 de marzo, y del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 1986 y 23 de julio de 1990-, en el caso de litis por razones de discriminación por razón de sexo.

De otra parte en relación a la denominada «garantía de indemnidad» el Tribunal Constitucional recuerda - STC 198/2001, de 04/octubre, que el «derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se satisface (...) mediante la actuación de los Jueces y Tribunales, sino también a través de la garantía de indemnidad, que significa que del ejercicio de la acción judicial o de los actos preparatorios o previos a ésta no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza (...). En el ámbito de las relaciones laborales, la garantía de indemnidad se traduce en la imposibilidad de adoptar medidas de represalia derivadas de las actuaciones del trabajador encaminadas a obtener la tutela de sus derechos». Y al efecto se



ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

decía en STC 7/1993 (18/enero) que «si la causa del despido del trabajador hubiera sido realmente una reacción (...) por el hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que se creía asistido, la calificación de tal sanción sería la de radicalmente nula». Y como destacan esa misma Sentencia y otras posteriores, la prohibición del despido (u otra medida empresarial) como respuesta al ejercicio por el trabajador de la tutela de sus derechos se desprende también del art. 5.c del Convenio núm. 158 de la Organización Internacional del Trabajo (...), que expresamente excluye de las causas válidas de la extinción del contrato de trabajo «el haber planteado una queja o participado en un procedimiento entablado contra un empleado por supuestas violaciones de Leyes o reglamentos o haber presentado un recurso ante las autoridades administrativas competentes». Asimismo, el despido o otra decisión patronal dirigida contra el empleado en estos casos supondría el desconocimiento del derecho básico que ostentan los trabajadores , que configura como tal «el ejercicio individual de las acciones derivadas de su contrato de trabajo ». E igualmente cabe citar, por último, la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 22/09/98; , la cual, si bien centrada en el principio de igualdad de trato y en la Directiva 76/207/CEE ( 1976\44), declara que debe protegerse al trabajador frente a las medidas empresariales adoptadas como consecuencia del ejercicio por aquél de acciones judiciales.

Sentado lo anterior, de los hechos probados, no se desprende la constatación de la concurrencia de la violación del derecho fundamental de la actora alegado, ya que la actora conocía cuando finalizaba el contrato desde el inicio del mismo dado que se fija como fecha el 2-9-19 y si bien se preavisó en mayo de 2019 , la extinción se produce en la fecha fijada en el contrato , además en las bases de la convocatoria se fijaba la duración de 12 meses , por lo que la extinción se produce en la fecha desde el inicio fijada y en consecuencia no se estima indicio de que la misma sea represalia frente a una reclamación de la actora.

En cuanto a la alegación de vulneración de la dignidad de la actora por ser sustituida como [REDACTED] en el 150 aniversario de





ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

la sociedad filarmónica de Malaga , de una parte no debemos olvidar que la vulneración de derechos fundamentales en este caso debe ir ligada a la acción de despido que se ejercita, de otra parte que de la prueba resulta que se trataba de una actuación con un director externo que la actora comenzó a ensayar como [REDACTED] si bien en el ultimo ensayo se incorporo la [REDACTED] , que la actora ha actuado como [REDACTED] en otros conciertos , de otra parte tampoco se estima vulneración de derecho fundamental en que la actora no estuviera en la web de la orquesta filarmónica en mayo de 2019 dentro de la plantilla , en el acta notarial consta que se pudo comprobar que no figuraba en la web en mayo de 2019 , el anexo 2 es una captura de pantalla del compareciente que incorpora el Notario , apareciendo la actora en programas de la orquesta como el que obra al folio 57, y sin que ello suponga que la extinción del contrato de la actora responda a vulneración de derecho fundamental.

Por ultimo la huelga a la que se hace referencia en la demanda , es de fecha 20 u 21 de junio cuando a la actora se le preaviso la extinción del contrato en mayo de 2019 con efectos de 2-9-19 , fecha que constaba en el contrato como fin del mismo , por lo que se trata de un hecho posterior al preaviso .

Por lo que con independencia a la calificación de la relación entre las partes y de la extinción del contrato , no se aprecia que se haya producido por con la vulneración del derecho fundamental a la indemnidad, dignidad y huelga alegado por la actora, como igualmente informó el Ministerio Fiscal .

**TERCERO :** Entrando a resolver el fondo del litigio y en concreto a la reclamación por despido , por la actora se alega fraude en la clausula de temporalidad , que la actora paso un proceso selectivo con los principios de igualdad , merito y capacidad y que el contrato debe ser considerado indefinido fijo .

Por la demandada el Consorcio orquesta Ciudad de Malaga , se opone que en las bases de la convocatoria es establecía que la duración del contrato seria de 12 meses , de acuerdo con lo establecido en el RD 1435/85 de 1 de agosto regulador de la Relación Laboral Especial



ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

de los artistas en espectáculos públicos y que la actora no impugno las bases de la convocatoria .

Por la demandada cita la sentencia del TSJA (MA) de 7-2-13 , que como en otras sentencias de TSJ , parte de la naturaleza temporal de la relación especial de artistas prevista en el artículo 5 del RD 1435/85 .

Dicha sentencia , en un supuesto de contratos del Consorcio Orquesta Ciudad de Malaga , resuelve que :

La primera cuestión a debate en el presente recurso radica en determinar si la relación jurídica que unía a los actores con la empresa demandada era una relación laboral común o la relación laboral especial de artistas en espectáculos públicos regulada en el Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto. Ello en modo alguno constituye una cuestión nueva, ya que fue planteada en la instancia y analizada expresamente en la sentencia recurrida, la cual llegó a la conclusión de que efectivamente nos encontrábamos ante esa relación laboral de carácter especial. El artículo 1 del referido Real Decreto 1435/1985 señala que se entiende por relación especial de trabajo de los artistas en espectáculos públicos la establecida entre un organizador de espectáculos públicos o empresario y quienes se dediquen voluntariamente a la prestación de una actividad artística por cuenta, y dentro del ámbito de organización y dirección de aquellos, a cambio de una retribución; quedando expresamente incluidas en el ámbito de aplicación del Real Decreto toda las relaciones establecidas para la ejecución de actividades artísticas desarrolladas directamente ante el público en teatros o cualquier otro tipo de local destinado habitual o accidentalmente a espectáculos públicos. La Sala considera que la actividad desarrollada por los actores, los cuales han prestado servicios como músicos en la Orquesta Filarmónica de Málaga, debe incardinarse en el ámbito de esta relación laboral especial, pues incuestionablemente se dedicaban a la ejecución de actividades artísticas ante el público mediante su participación en los conciertos de la referida orquesta demandada. Ello no puede quedar desvirtuado por el hecho de que en los sucesivos contratos de





ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

trabajo que suscribieron no se indicase que los mismos se realizaban al amparo de lo previsto en el Real Decreto 1435/1985, pues, conforme reiterada y constante doctrina jurisprudencial, las relaciones jurídicas tienen el carácter que realmente corresponde a su naturaleza y al contenido efectivo de la prestación de servicios, independientemente de la denominación formal que le hayan podido dar las partes.

Una vez sentado lo anterior, hemos de indicar que la jurisprudencia ha reseñado que la regulación sobre modalidades y duración del contrato de trabajo contenida en el artículo 5 del Real Decreto 1435/1985 modifica sustancialmente el régimen jurídico que los contratos temporales tienen en el artículo 15 del Estatuto de los Trabajadores, pues, frente a la regla general de la contratación por tiempo indefinido que preside la regulación estatutaria, y la admisión de los contratos temporales como excepción a dicha regla general, condicionada a la exigencia de causalidad y sometida a unas exigencias de tipicidad con sus consiguientes limitaciones, en el régimen especial de los artistas la regla general es justo la contraria, esto es, la contratación temporal. Precisamente por ello la admisión de la contratación temporal abarca el supuesto de contratación de un trabajador para sucesivas temporadas, el cual se entiende bien contratado y bien cesado con la sola finalización de la temporada a la que alcanza el contrato suscrito en cada ocasión. Es cierto que el legislador no ha querido descartar absolutamente la existencia de artistas que son contratados para realizar una actividad artística reiterada y con el mismo contenido, en cuyo caso aceptaría la posibilidad de la fijeza discontinua, si bien, por tratarse de una contradicción en los términos, tal admisión tendría un carácter excepcional, por lo que para que la misma prosperara habría que demostrar que los trabajos para los que el interesado ha sido contratado son los habituales y reiterados en la empresa en su misma identidad, o por lo menos, con un grado de homogeneidad suficiente para estimar que no existe entre las de uno y otro año una diversidad que merezca el calificativo de relevante ( Sentencias del Tribunal Supremo de 15 julio 2004, 17 mayo 2005 y 15 enero 2008 ). En definitiva, sostiene la jurisprudencia antes reseñada que la regla general de la temporalidad del artículo 5.1 del indicado Real



ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

Decreto tiene su razón de ser en las propias peculiaridades de la actividad del trabajo de los artistas, tanto referidas a la propia persona del artista-que exige de una aptitud y cualificación especiales en permanente renovación-, como de la propia actividad y el marco en que se desarrolla-sometidas a constantes cambios e innovaciones-, lo que haría disfuncional la regla de la contratación con carácter fijo, por lo que si bien es cierto que el legislador no ha querido descartar absolutamente el que existan artistas que sean contratados para una actividad artística reiterada y no cambiante, se trata de un supuesto que, como excepción a la regla general del artículo 5.1, debe ser interpretado restrictivamente.

Pues bien, dicha doctrina jurisprudencial resulta plenamente aplicable al supuesto de autos, pues los actores fueron contratados para prestar sus servicios como músicos en la Orquesta Filarmónica de Málaga durante las temporadas 2008/2009, 2009/2010 y 2010/2011, en virtud de sucesivos contratos temporales para la realización de obra o servicio determinado; siendo cesados al finalizar la última temporada para la que habían sido contratados, sin ser llamados al inicio de la temporada 2011/2012, dado que no habían superado ese año las pruebas en las convocatorias para cubrir las vacantes existentes. Consta además plenamente acreditado que la empresa demandada efectúa anualmente convocatorias para cubrir las vacantes de profesor músico de la plantilla, de tal manera que para ser contratado para una concreta temporada artística previamente se tiene que haber superado las pruebas previstas en la convocatoria, las cuales determinan la aptitud e idoneidad para realizar la actividad en esa concreta temporada, pruebas que no fueron superadas por los actores en la convocatoria para la temporada artística 2011/2012, lo que motivó la no contratación de los mismos. En consecuencia, encontrándonos en el presente caso ante unas relaciones laborales de carácter especial y de naturaleza temporal, siendo contratados los actores para las sucesivas campañas o temporadas artísticas de la orquesta demandada, previa superación por parte de los mismos de las pruebas de acceso previstas para cada temporada, la no contratación de los demandantes para la temporada 2011/2012 por no superación de las pruebas de acceso establecidas para esa temporada concreta, en modo alguno puede calificarse como





ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

un despido, sino como una extinción de la relación laboral por finalización del término pactado en el contrato.

En este caso debemos partir de que si bien de la testifical y la documental se acredita la valía artística de la actora , se ha firmado un solo contrato para la temporada 2018/2019 y se ha llevado a cabo un proceso selectivo con bases de convocatoria no habiéndose impugnado las pruebas de acceso .

El artículo 27 del convenio colectivo de aplicación establece que :

#### Provisión de vacantes y contratación

1. La provisión de vacantes se efectuará mediante convocatoria pública basada en los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad, conforme a la fórmula de concurso oposición, salvo para cubrir una vacante artística de manera provisional, en cuyo caso se procederá mediante el sistema de audición de acuerdo con los mismos principios. Los profesores de la OCM están obligados a participar en los jurados o tribunales de los concursos, oposiciones o audiciones, cuando para ello sean requeridos por la Gerencia. La convocatoria se regirá por lo establecido en la legislación vigente y en el Estatuto Básico del Empleado Público.

2. El solista de cada sección, junto con el Director Titular, la Concertino y el Gerente, fomentará la creación de una bolsa de trabajo para la contratación eventual y la participación de músicos de refuerzo en su sección, sin perjuicio de las políticas activas que pueda realizar el Consejo de Administración.

3. La contratación de los aspirantes seleccionados se efectuará conforme a las modalidades previstas por la legislación laboral vigente y en los idiomas oficiales admitidos por la Comunidad Autónoma de Andalucía.

4. El candidato que habiendo superado la audición para cubrir una vacante se incorpore a la Orquesta Filarmónica de Málaga habrá de





ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

hacerlo con un instrumento igual o de superior calidad a aquel con el que efectuó la prueba.

Del criterio de selección

En el criterio de selección primará la capacidad para el trabajo orquestal y la desenvolvura musical, velando cuidadosamente por la igualdad de oportunidad de todos los candidatos. La prueba de repertorio obligado dentro de la prueba artística a la que deberán ser sometidos los aspirantes se hará sin que el tribunal tenga conocimiento de la identidad de los aspirantes. Los miembros del tribunal elegirán a los candidatos aptos para el puesto objeto de audición sin comentarios previos a su particular calificación En la zona reservada para los miembros del tribunal solo podrán estar presentes sus miembros.

Conversión del contrato en indefinido: Antes de la conversión del contrato laboral temporal de los profesores y profesoras que hubieran superado la pruebas en convocatoria pública en indefinido, la comisión artística se reunirá al menos dos veces durante el periodo de vigencia del contrato. Una a los seis meses de la fecha de la contratación y otra al año y medio, al objeto de realizar la correspondiente valoración artística e informar de aquellos aspectos laborales y artísticos que deban ser mejorados por el profesor o profesora. Antes de la conversión o suspensión del contrato, se constituirá otra Comisión Artística, compuesta por los miembros de la sección afectada mas el Gerente. Si las decisiones de ambas comisiones fueran opuestas, el Gerente tomará la decisión atendiendo las motivaciones expresadas en ambas Comisiones. Ningún profesor o profesora puede intervenir en ambas comisiones. Si la sección está compuesta por menos de 6 miembros, se invitará a los miembros de las secciones afines hasta completar este número.

A su vez el artículo 5 del RD 1485/85 dispone que :

Uno. El contrato de trabajo de los artistas en espectáculos públicos podrá celebrarse para una duración indefinida o determinada. El contrato de duración determinada podrá ser para una o varias actuaciones, por un tiempo cierto, por una temporada o por







ADMINISTRACIÓN  
DE  
JUSTICIA

Debemos estar a las bases de la convocatoria de las pruebas de selección en las que participo la actora , que además son acordes a la normativa en esta relación laboral especial , por lo que no se estima probado el fraude de ley en la contratación de la actora , ajustada a las bases publicadas, aceptadas y no impugnadas , lo que nos lleva a desestimar la demanda por despido .

VISTOS los preceptos legales aplicables al presente caso.

F A L L O

Que desestimando la demanda interpuesta por ( ) ( ) ( ) ( ) El Consorcio Orquesta Ciudad de Malaga , contra La Consejería de Cultura y Patrimonio Artístico de la Junta de Andalucía y el Ayuntamiento de Malaga , debo absolver a la demandada de la demanda formulada de contrario .

Incorpórese la presente sentencia al libro correspondiente, expídase testimonio para su unión a los autos, y hágase saber a las partes que contra ella cabe recurso de Suplicación ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, recurso que habrá de anunciarse antes este Juzgado en el plazo de cinco días a contar desde el siguiente al de la notificación de esta resolución.

Así por esta mi sentencia lo pronuncio, mando y firmo.



