



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCIA
SALA DE LO SOCIAL CON SEDE EN MÁLAGA

N.I.G.: 2906744420190012059

Negociado: VE

Recurso: Recursos de Suplicación 1177/2020

Juzgado origen: JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 9 DE MÁLAGA

Procedimiento origen: Despidos / Ceses en general 925/2019

Recurrente: [REDACTED]

Representante: MARIA PAZ DE LOS RIOS CAPARROS

Recurrido: MINISTERIO FISCAL, CONSORCIO ORQUESTA CIUDAD DE MÁLAGA (COCM),
AYUNTAMIENTO DE MÁLAGA y CONSEJERIA DE CULTURA Y PATRIMONIO HISTÓRICO
DE LA JJAA

Representante [REDACTED] SS.J.AYUNT. MALAGA y
LETRADO DE LA JUNTA DE ANDALUCIA - MALAGA

ILTMO. SR. D. FRANCISCO JAVIER VELA TORRES, PRESIDENTE
ILTMO. SR. D. JOSE LUIS BARRAGAN MORALES,
ILTMO. SR. D. MANUEL MARTIN HERNANDEZ CARRILLO

En la ciudad de Málaga a dieciocho de noviembre de dos mil veinte.

La SALA DE LO SOCIAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE
JUSTICIA DE ANDALUCÍA CON SEDE EN MÁLAGA, compuesta por los
Ilmos. Sres. citados al margen y

EN NOMBRE DEL REY

ha dictado la siguiente:

SENTENCIA 1892/20

En el recurso de Suplicación interpuesto por [REDACTED]
contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número nueve 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 [REDACTED]
[REDACTED] sobre despido siendo demandado Consorcio Orquesta Ciudad





de Málaga (COCM), Ayuntamiento de Málaga y Consejería de Cultura y Patrimonio Histórico de la Junta de Andalucía y parte el Ministerio Fiscal, habiéndose dictado sentencia por el Juzgado de referencia en fecha 26 de marzo de 2020 en los términos que se recogen en su parte dispositiva.

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

PRIMERO.- La actora [REDACTED] ha prestado servicios para el Consorcio Orquesta Ciudad de Málaga, como [REDACTED] ([REDACTED]), [REDACTED], [REDACTED]), desde el 3-9-18, salario medio de 3552,35 € incluida prorata de pagas extraordinarias. SEGUNDO. – El día 3-9-18 se firmó 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 Málaga, se publicó convocatoria para la provisión de plazas de profesores músicos de la plantilla de la Orquesta Filarmónica de Málaga, puestos a cubrir [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 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 solista de violín primero de mayo de 2018 fue la publicación en la web del consorcio orquesta ciudad de Málaga así como en la web musical (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 Málaga 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]). Folio 182.

SÉPTIMO.- Que el Gerente del el Consorcio Orquesta Ciudad de Málaga 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]) . 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 artístico de la Orquesta Filarmónica de Málaga manifiesta por escrito que la actora ha 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 Málaga obra a al folio 283. DECIMO SEGUNDO .- El plan de trabajo de la orquesta filarmónica de Málaga 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 concertino 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 Málaga al Excmo Ayuntamiento de Málaga 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 Málaga .Folios 303 a 308 DECIMO SÉPTIMO.- En sesión ordinaria celebrada por el Exmo Ayuntamiento de Málaga 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 Málaga y modificación de Estatutos del Consorcio Orquesta Ciudad de Málaga. Folios 309 a 316

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

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 Málaga 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 Málaga 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 Málaga , acuerdo de elevación a la Junta de Gobierno Local del Ayuntamiento de Málaga de la oferta de empleo publico del Consorcio Orquesta Ciudad de Málaga, para 2018 . La Junta General del Consorcio Orquesta Ciudad de Málaga por unanimidad de los miembros asistentes , acordó elevar a la Junta de Gobierno del Ayuntamiento de Málaga la oferta de empleo publico del Consorcio Orquesta Ciudad de Málaga 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 Málaga en representación del Consorcio Orquesta Ciudad de Málaga 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 Málaga el 17-10-18 firmo escrito solicitando la contratación de un () para ocupar el puesto de ()

() , folio 334 . VIGESIMO QUINTO.- El informe propuesta de inicio de tramitación de oferta de empleo publico de 2018 del Consorcio





Orquesta Ciudad de Málaga del Excmo Ayuntamiento de Málaga .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 Málaga para el ejercicio 2018, consistente en una plaza de () .

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 () 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 Málaga , la misma se aprobó por el Pleno con fecha 22-12-15 y posteriormente se publico en BOP de Málaga el 15-3-16. La tramitación que correspondía a la administración autonómica no se llevo a cabo (aprobación por el Consejo de Gobierno de la Junta y publicación en el BOJA) y por lo tanto la modificación en tramite no llego 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 pagina 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, solicito una excedencia de un año en la orquesta sinfónica de Dusseldofer .

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 dia 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 ultimo año la condición de representante de los trabajadores ni esta afiliada a sindicato .

TRIGESIMO SEXTO.- El Consorcio Orquesta Ciudad de Málaga es una corporación de derecho publico 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] acudió el ultimo día de los ensayos y actuó la concertino titular en dicho puesto .

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

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: La sentencia de instancia desestima la demanda sobre despido promovida por la actora y declara la válida extinción de la relación laboral existente entre las partes por finalización del término pactado en el contrato, absolviendo a los demandados de las pretensiones deducidas en la demanda. Contra dicha sentencia interpone recurso de suplicación la demandante, formulando un primer motivo, al amparo de lo dispuesto en el apartado b) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, para solicitar la adición de un hecho probado nuevo del siguiente tenor literal: "Por el Consorcio Orquesta Ciudad de Málaga, se publicó en 2011 convocatoria y Bases Generales que han de regir la provisión de plazas de profesores músicos para la provisión de plazas de la plantilla de la Orquesta Filarmónica Ciudad de Málaga, correspondientes a enero de 2012, para cubrir los siguientes puestos vacantes: 1 Trompa Tuit, 1 Trombón Complemento de Solista, 1 Violín Complemento de Solista de primeros violines, 1 Violín Complemento de



ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

Solista de segundos violines, 1 Viola Tutti. Las Bases de ambas convocatorias para el año 2012 y 2018 coinciden totalmente en todos sus apartados: requisitos, plazos, lugar de las pruebas, Tribunal de selección, documentación necesaria, desarrollo de las audiciones, contratación (la duración será de 12 meses) y normas finales (les será de aplicación el Convenio Colectivo del COCM). Desde la convocatoria de 2012, y tras proceso selectivo, la trompista [REDACTED] mantienen su plaza con carácter indefinido".

Debe desestimarse la adición fáctica solicitada, pues la misma resulta intrascendente a los fines discutidos en la presente litis, dado que se refiere a extremos que ya aparecen recogidos en el relato de hechos probados de la sentencia recurrida (concretamente lo referente a las convocatorias para la provisión de plazas de profesores músicos de la plantilla de la Orquesta Filarmónica de Málaga), sin que por otra parte la situación de la trompista y el violista a los que se alude en el recurso sea en modo alguno similar a la de la actora, por lo que ninguna importancia tiene a los efectos aquí discutidos el que los mismos mantengan su plaza con carácter indefinido.

SEGUNDO: Que al amparo de lo dispuesto en el apartado c) del artículo 193 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, se formula el segundo motivo de recurso para denunciar la infracción de los artículos 24 de la Constitución Española y 96.1 y 181. 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social. Alega la parte recurrente que debe declararse la nulidad del despido acordado por la empresa demandada, dado que dicho despido se ha producido con vulneración de los derechos fundamentales de la trabajadora y más concretamente con la vulneración de la garantía de indemnidad de la misma, pues el despido fue una represalia de la empresa por las anteriores reclamaciones judiciales planteadas por la actora.

El Tribunal Constitucional en sus sentencias 140/1999 y 168/1999 señala que el artículo 24 de la Constitución otorga una garantía de indemnidad del trabajador titular del derecho a la tutela judicial efectiva, garantía que puede oponerse frente a cualquier acto represivo de los poderes empresariales, recordando dichas sentencias que la vulneración de dicho derecho no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso que ocasionen privación de garantías procesales, sino que el mismo puede verse lesionado también cuando su ejercicio, o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para el ejercicio de una acción judicial, produzca como consecuencia una conducta de represalia por parte del empresario. Señala el Tribunal Constitucional que si la causa del despido del trabajador hubiera sido realmente una reacción de la empresa demandada por el





mero hecho de haber ejercitado una acción judicial tendente al reconocimiento de unos derechos de los que se creía asistido, la calificación del despido debe ser la de nulo, por atentar el mismo al derecho a la tutela judicial efectiva del trabajador y suponer una violación de la garantía de indemnidad del mismo.

Asimismo, reiterada doctrina del Tribunal Constitucional ha declarado que cuando se alegue que una decisión empresarial encubre en realidad una conducta lesiva de los derechos fundamentales, incumbe al empresario la carga de probar que su actuación obedece a motivos razonables, extraños a todo propósito atentatorio de un derecho fundamental. Ahora bien, para que juegue en el citado sentido la carga probatoria, el trabajador ha de aportar unos indicios razonables de que el acto empresarial lesiona sus derechos fundamentales. Es decir, no es suficiente para el trabajador la mera alegación de la vulneración constitucional, sino que el demandante debe aportar además un indicio razonable de que la violación del derecho fundamental se ha producido, de tal manera que únicamente cuando se hayan aportado estos indicios se producirá la denominada inversión de la carga de la prueba, correspondiendo entonces al demandado probar la existencia de causas suficientes, reales y serias para calificar de razonable la decisión empresarial, único medio de destruir la apariencia lesiva creada por los indicios aportados por el demandante (sentencias del Tribunal Constitucional 38/1981, 266/1993, 74/1998 y 90/1997, entre otras muchas). Dicha doctrina ha sido acogida expresamente por los artículos 96.1 y 181.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, a tenor de los cuales en el acto del juicio, una vez justificada la concurrencia de indicios de que se ha producido violación del derechos fundamental o libertad pública, corresponderá al demandado la aportación de una justificación objetiva y razonable, suficientemente probada, de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

La Sala considera que en el supuesto de autos la actora ha acreditado la existencia de esos indicios racionales fácticos sobre la vulneración del derecho a la garantía de indemnidad alegado, pues el cese de la demandante acaecido el 2 de septiembre de 2019 se produjo después de las demandas judiciales planteadas por la actora contra la empresa demandada con fecha 16 de noviembre de 2018 y 21 de enero de 2019, demandas en las que se impugnaba la oferta pública de empleo para el puesto de solista de primeros violines y se solicitaba el reconocimiento de la condición de personal laboral fijo. Ante ello corresponde a la indicada demandada la carga de probar la existencia de una justificación objetiva y razonable, acerca de la concurrencia de causas bastantes para proceder al despido de la trabajadora (artículo 96.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social). Pues bien, en el presente caso la empresa demandada no procede al cese de la actora como una reacción o represalia por las





anteriores demandas judiciales que la misma había presentado, sino que dicho cese estuvo motivado por la finalización del término pactado en el contrato suscrito por las partes, siendo además de resaltar que la actora en el momento en que interpuso la demanda declarativa de derechos en solicitud del reconocimiento de la condición de personal laboral fijo tenía perfecto conocimiento de que el contrato suscrito finalizaba el 2 de septiembre de 2019; haciéndose constar además en la convocatoria para la provisión de la plaza que la duración del contrato a suscribir sería de 12 meses, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 1435/85, de 1 de agosto, regulador de la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos. A mayor abundamiento, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sentencia número 540/2020 de 29 de junio de 2020 ha declarado que no se vulnera la garantía de indemnidad en aquellos supuestos en que la empresa procede a la extinción del contrato temporal en la fecha de finalización prevista en el mismo, aunque el trabajador previamente al cese haya presentado demanda judicial en solicitud de declaración de fijeza de la relación laboral, pues la empresa en estos casos actúa conforme a lo que era previsible, dada la duración pactada en el contrato, pues el mismo contenía una fecha cierta de finalización a la que se atuvo la empresa, sin anticipar tal decisión ni variar su conducta habitual, supuesto de evidente similitud con el de autos. Todo lo anterior nos lleva a desestimar este primer motivo de censura jurídica por el que se solicita la nulidad del despido por una supuesta vulneración de la garantía de indemnidad de la actora.

TERCERO: Que con idéntico amparo procesal se formulan los tres siguientes motivos de censura jurídica para denunciar la infracción de los artículos 15, apartados 1 y 3, del Estatuto de los Trabajadores y 5.2 del Real Decreto 1435/1985, por el que se regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos. Alega la parte recurrente con carácter subsidiario que en todo caso la relación laboral existente entre las partes debe considerarse de carácter indefinido, por lo que el cese de la actora acordado por la empresa demandada con fecha 2 de septiembre de 2019 so pretexto de la finalización del término pactado en el contrato habría de calificarse al menos como un despido improcedente.

La cuestión a debate en el presente recurso radica en determinar si la relación jurídica que unía a la actora con la empresa demandada debe ser considerada una relación laboral de carácter temporal (tesis sostenida por la parte demandada y asumida por la sentencia de instancia) o una relación laboral de carácter indefinido (tesis sostenida por la parte demandante), lo que se encuentra en directa relación a su vez con la determinación de si dicha relación jurídica era una relación laboral común o una relación laboral especial de





artistas en espectáculos públicos regulada en el Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto. 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 todas 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 la actora, la cual ha prestado servicios como músico en la Orquesta Filarmónica de Málaga, debe incardinarse en el ámbito de esta relación laboral especial, pues incuestionablemente se dedicaba 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 el contrato de trabajo suscrito no se indicase expresamente que el mismo se realizaba 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 corresponda a su naturaleza y al contenido efectivo de la prestación de servicios, independientemente de la denominación formal que le hayan podido dar las partes. A mayor abundamiento, como hemos indicado anteriormente, en las bases de la convocatoria para la provisión de la plaza en que participó la actora se indicaba expresamente que a los candidatos seleccionados por haber superado las pruebas se les realizaría un contrato de 12 meses de duración, de acuerdo con lo establecido en el Real Decreto 1435/1985, de 1 de agosto, regulador de la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos (hecho probado cuarto de la sentencia), por lo que la actora tenía perfecto conocimiento acerca de que el vínculo que le iba a unir con la demandada era el propio de la referida relación laboral especial.

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 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 la actora fue contratada para prestar sus servicios como músico en la Orquesta Filarmónica de Málaga durante la temporada 2018/2019, en virtud de un contrato temporal para la realización de obra servicio determinado, siendo cesada el 2 de septiembre de 2019 a la finalización de la referida temporada, una vez concluido el periodo de 12 meses de duración previsto en el contrato suscrito por las partes. 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, sin que conste que en el presente caso la actora haya superado las indicadas pruebas para ser contratado durante la temporada 2019/2000. Por su parte, el artículo 27 del Convenio Colectivo de la empresa demandada parte de la base





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

de que en un principio la contratación de los músicos de la Orquesta Filarmónica de Málaga se realizará con carácter temporal y tras la superación de las correspondientes pruebas de selección, no pudiendo ser convertido el contrato en indefinido sino tras la correspondiente convocatoria pública y superación de las correspondientes pruebas, lo que no consta en modo alguno haya realizado la actora, pues la convocatoria en que participó la misma y la superación de las correspondientes pruebas por parte de la trabajadora fue para una contratación temporal y no para una contratación indefinida. En consecuencia, encontrándonos en el presente caso ante una relación de carácter especial y de naturaleza temporal, siendo contratada la actora para una concreta campaña o temporada artística de la orquesta demandada, previa superación por parte de la demandante de las pruebas de acceso previstos para esa concreta temporada, el cese de la misma en modo alguno puede calificarse como un despido, sino como una extinción de la relación laboral por finalización del término pactado en el contrato; siendo de resaltar esta Sala en sentencia de 7 de febrero de 2013 (recurso de suplicación 1938/2012) ya ha declarado en un supuesto similar al de autos el carácter temporal de la relación jurídica existente entre un músico que prestaba servicios para la Orquesta Filarmónica de Málaga y el Consorcio Orquesta Ciudad de Málaga. Todo lo anterior nos lleva a desestimar el recurso de suplicación interpuesto y confirmar la sentencia recurrida.

FALLAMOS

Que debemos **desestimar y desestimamos** el recurso de suplicación interpuesto por [REDACTED] contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número nueve de Málaga con fecha 26 de marzo de 2020, en autos sobre despido seguidos a instancias de dicha recurrente contra el Consorcio Orquesta Ciudad de Málaga, Ayuntamiento de Málaga y Consejería de Cultura y Patrimonio Artístico de la Junta de Andalucía, habiendo sido parte el Ministerio Fiscal, 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.

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





ADMINISTRACIÓN
DE
JUSTICIA

"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes."



