



Roj: **STSJ GAL 5847/2018 - ECLI: ES:TSJGAL:2018:5847**

Id Cendoj: **15030340012018104152**

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

Sede: **Coruña (A)**

Sección: **1**

Fecha: **26/12/2018**

Nº de Recurso: **2912/2018**

Nº de Resolución: **17/2019**

Procedimiento: **Social**

Ponente: **ANTONIO JOSE GARCIA AMOR**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIALA CORUÑA

PLAZA DE GALICIA S/N

15071 A CORUÑA

Tfno: 981-184 845/959/939

Fax: 881-881133/981184853

NIG: 15030 44 4 2017 0001827

Equipo/usuario: MB

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPPLICACION 0002912 /2018 - MBL

Procedimiento origen: DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000354 /2017

RECURRENTE/S D/ña Emiliano

ABOGADO/A: MARIA DEL MAR RODRIGUEZ LOPEZ

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: SERVICIOS Y MATERIALES SA (SERMASA), CONSORCIO PARA LA PROMOCION DE LA MUSICA , MINISTERIO FISCAL, CONCELLO DE A CORUÑA , IMMGA MUSICA SL

ABOGADO/A: RAQUEL PAZOS ALLER, JOSE CARLOS BOUZA FERNANDEZ , , LETRADO AYUNTAMIENTO , MARIA BELEN POUSADA VALES

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

ILMO SR. D. ANTONIO J. GARCIA AMOR,

ILMA SRA. D^a. BEATRIZ RAMA INSUA,

ILMO. SR. D. CARLOS VILLARINO MOURE

En A CORUÑA, a veintiséis de diciembre de dos mil dieciocho.

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

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

Y POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE



EL PUEBLO ESPAÑOL

ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En el RECURSO SUPPLICACION 0002912/2018, formalizado por el/la Letrada D^a. María del Mar Rodríguez López, en nombre y representación de Emiliano, contra la sentencia número 146/2018 dictada por XDO. DO SOCIAL N. 1 de A CORUÑA en el procedimiento DESPIDO/CESES EN GENERAL 0000354/2017, seguidos a instancia de Emiliano frente a SERVICIOS Y MATERIALES SA (SERMASA), CONSORCIO PARA LA PROMOCION DE LA MUSICA, MINISTERIO FISCAL, CONCELLO DE A CORUÑA, IMMGA MUSICA SL, siendo Magistrado-Ponente el/la Ilmo/a Sr/Sra D/D^a ANTONIO J. GARCIA AMOR.

De las actuaciones se deducen los siguientes:

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO: D/D^a Emiliano presentó demanda contra SERVICIOS Y MATERIALES SA (SERMASA), CONSORCIO PARA LA PROMOCION DE LA MUSICA, MINISTERIO FISCAL, CONCELLO DE A CORUÑA, IMMGA MUSICA SL, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, dictó la sentencia número 146/2018, de fecha veinticuatro de mayo de dos mil dieciocho.

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

1º.- *El demandante ha prestado servicios laborales para el CONCELLO DE A CORUÑA, como músico de la Banda Municipal de Música de A Coruña el 03/08/2009, tras haber sido contratado como personal laboral con categoría profesional de Músico, en virtud de contrato para obra o servicio determinado en los siguientes periodos: a) Del 03/08/2009 al 31/08/2009, al objeto de realizar la obra o servicio consistente en los conciertos que celebraría la Banda Municipal de Música de A Coruña en el mes de agosto de 2009 en el Festival taurino, Salón del Cómic, Feria del Libro, Romería de Sta. Margarita y sus respectivas sesiones de ensayo, teniendo dicha obra autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa b) Del 02/09/2009 al 30/09/2009, al objeto de realizar la obra o servicio consistente en los conciertos que celebraría la Banda Municipal de Música de A Coruña en el mes de septiembre de 2009, en la Pza. S. Andrés, parque de Marte, Fiesta del Barrio de Montealto y sus respectivas sesiones de ensayo teniendo dicha obra autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa. c) Del 12/10/2009 al 25/10/2009, al objeto de realizar la obra o servicio consistente en los conciertos que celebraría la Banda Municipal de Música de A Coruña en el mes de octubre de 2009, en el Palacio de la Ópera y sus respectivas sesiones de ensayo teniendo dicha obra autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa. d) Del 29/10/2009 al 22/11/2009, al objeto de realizar la obra o servicio consistente en los conciertos que celebraría la Banda Municipal de Música de A Coruña en el mes de noviembre de 2009, en el Palacio de la Ópera y sus respectivas sesiones de ensayo teniendo dicha obra autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa. e) Del 01/12/2009 al 20/12/2009, al objeto de realizar la obra o servicio consistente en los conciertos que celebraría la Banda Municipal de Música de A Coruña en los días 13 y 20 de diciembre en el Palacio de la Ópera y sus respectivas sesiones de ensayo teniendo dicha obra autonomía y sustantividad propias dentro de la actividad de la empresa. 2º.- El demandante había sido el aspirante puntuado con mayor puntuación en el proceso selectivo que concluyó con la formación de las listas de cobertura temporal de plazas de músico el 14/05/2009. 3º.- El demandante fue contratado como funcionario interino con el objeto de reforzar la Banda Municipal de Música para la realización del programa de conciertos durante los siguientes periodos: a) Del 21/01/2010 al 31/08/2010 b) Del 15/09/2010 al 23/09/2010 c) Del 07/10/2010 al 09/10/2010 d) Del 26/10/2010 al 20/12/2010 e) Del 11/01/2011 al 22/04/2011 f) Del 23/05/2011 al 24/05/2011 g) Del 09/08/2011 al 15/09/2011 h) Del 23/09/2011 al 06/11/2011 i) Del 29/11/2011 al 18/12/2011 Su categoría profesional es la de Percusionista y el salario mensual, con prorrata de pagas extras, asciende a 2.342,60 €. 4º.- El demandante había sido contratado mediante sucesivos contratos temporales para obra o servicio determinados entre el 05/11/2008 y el 17/06/2009 por la mercantil SERVICIOS Y MATERIALES SA-SERMASA, y ello con destino en la Banda Municipal de Música de A Coruña. 5º.- En fecha de 04/10/2011 se celebró convenio de colaboración entre el CONCELLO DE A CORUÑA y el CONSORCIO PARA LA PROMOCIÓN DE LA MÚSICA cuyo objeto viene constituido por la aportación por este último de profesionales para la Banda Municipal de Música. La cláusula primera del Convenio dispone que "El CONSORCIOPARA LA PROMOCIÓN DE LA MÚSICA colaborará con la Banda Municipal en la celebración de los conciertos de la temporada 2011/2012 en la ciudad de A Coruña, mediante la aportación de profesionales que se indican en el Anexo de este Convenio". El 4 de octubre de 2012 se celebró otro convenio de idéntico contenido, que fue objeto de sucesivas prórrogas. El 07/01/2016 se suscribió otro convenio de duración anual. 6º.- El CONSORCIO PARA LA PROMOCIÓN DE LA MÚSICA es una Entidad de Derecho Público que se rige por la normativa de régimen local, habiendo sido constituido por el CONCELLO DE A CORUÑA y la*



Asociación de Amigos de la Ópera de A Coruña. Está presidido por el Alcalde de A Coruña. 7º.- La relación laboral del demandante con el CONSORCIO PARA LA PROMOCIÓN DE LA MÚSICA se articuló desde el 21/12/2011 a través de contratos de obra o servicio determinado, celebrados al amparo del RD 1435/1985, que regula la relación laboral de artistas en espectáculos públicos, para actuaciones concretas. 8º.- La Banda Municipal de Música de A Coruña está dotada de 46 puestos de músicos, según la RPT del CONCELLO DE A CORUÑA. 9º.- Los miembros de la Banda Municipal de Música de A Coruña disfrutaban todos ellos y sin excepciones de su periodo vacacional durante el mes de julio (testifical de D. Leoncio) 10º.- El demandante no fue contratado para su intervención en la Banda Municipal de Música de A Coruña durante el mes de julio de 2016. Si lo fue, en el año 2016 para los días 9, 12 y 14 de agosto, los días 6, 7, 8, 13, 14, 15, 20, 21, 29 de agosto, los días 6 y 13 de octubre, los días 9, 11, 13 y 30 de noviembre y los días 2 y 4 de diciembre de 2016. 11º.- El Director de la Banda Municipal de Música de A Coruña certifica en octubre de 2014 que el demandante ha participado en distintos conciertos desde el año 2008 como percusionista dentro del conjunto de la Banda Municipal de Música de A Coruña. 12º.- Para la categoría profesional de Tutti Percusión (la correspondiente al demandante el salario regulador que rige en el CONSORCIO PARA LA PROMOCIÓN DE LA MÚSICA, a tenor de lo establecido en el Convenio colectivo de trabajo para el CONSORCIO PARA LA PROMOCIÓN DE LA MÚSICA, publicado en BOP A Coruña de 04/06/2014 asciende a la suma anual de 34.416,56 €, incrementados con el complemento de antigüedad fijado en el art. 29.g) en la cuantía de 47,24 € mensuales por trienio. 13º.- El centro de trabajo que se indicaba en los contratos era la BANDA MUNICIPAL y objeto que se hacía constar era la preparación y concierto en el Palacio de la Ópera o preparación y concierto Banda Municipal. SERMASA giraba facturas al CONCELLO DE A CORUÑA con el concepto de "contratación de personal (músicos) para la Banda Municipal de A Coruña. 14º.- En los contratos celebrados se indicaba que el trabajador prestará sus servicios como profesor instrumentista del P.I. Percusión, el objeto de los contratos era su participación con la Banda Municipal de Música en los conciertos y ensayos, al mismo tiempo en la cláusula séptima de cada uno de los contratos se expresaba que el objeto del mismo es la realización por parte del trabajador de: ensayos, conciertos, actuaciones o grabaciones con la Orquesta Sinfónica de Galicia. 15º.- El demandante consta, ante la TGSS, como trabajador por cuenta ajena del CONSORCIO PARA LA PROMOCIÓN DE LA MÚSICA en las siguientes fechas de 30/11/2016, 02/12/2016 y 04/12/2016, siendo baja en esos mismos días. Previamente lo había sido en los siguientes periodos: a) Del 26/04/2016 al 27/04/2016 b) Del 29/04/2016 al 30/04/2016 c) Del 06/05/2016 al 07/05/2016 d) Los días 13, 14 y 15 de mayo de 2016 (con inicio y fin de contrato en la misma fecha) e) Del 08/06/2016 al 09/06/2016 f) días 21, 23 y 25 de junio de 2016 (con inicio y fin de contrato en la misma fecha) 16º.- El demandante ha sido trabajador por cuenta ajena de la mercantil IMMGA MÚSICA SL, con antigüedad de 17/03/2017, categoría profesional de Músico percusión, con un salario según convenio, en virtud de contrato de trabajo temporal a tiempo completo para obra o servicio determinado cuyo objeto es la preparación y ejecución de un concierto para el día 19/03/2017. Es baja ante la TGSS como trabajador por cuenta ajena de dicha mercantil en fecha de 19/03/2017 (documentos nº 2,3 y 4 del ramo de prueba de la demandada IMMGA MÚSICA SL). 17º.- La mercantil IMMGA MÚSICA SL emitió factura al CONCELLO DE A CORUÑA, por la prestación servicios auxiliares para la realización del concierto de la Banda Municipal de Música de A Coruña en el palacio de la Ópera de fecha 19/03/2017 (documentos nº 5 y 6 del ramo de prueba de la demandada IMMGA MÚSICA SL). 18º.- El demandante tomó parte en la ejecución de dicho concierto así como también en el ensayo previo realizado el día 17/03/2017 (documento nº 7 del ramo de prueba de la demandada IMMGA MÚSICA SL, consistente en certificado del Director Titular de la Banda Municipal de Música de A Coruña) 19º.- Por Resolución del CONCELLO DE A CORUÑA, de fecha 13/09/2017 se convocaron pruebas selectivas para la cobertura de plazas de músico con carácter interino. El demandante fue calificado como "no apto". 20º.- Los instrumentos empleados por los miembros de la Banda Municipal de Música de A Coruña, así como las partituras que emplean en sus conciertos y los uniformes que visten en sus actuaciones públicas son aportados y sufragados por el CONCELLO DE A CORUÑA, el cual también se encarga, sobre todo con los instrumentos musicales de mayor tamaño, de su traslado desde el local de ensayos (ubicado en un local habilitado del recinto COLISEUM de A Coruña) hasta el lugar donde se vaya a realizar el concierto (testifical de D. Nicanor). 21º.- El demandante no ostenta ni ha ostentado durante el último año cargo alguno de representación legal o sindical de los trabajadores. 22º.- En fecha de 10/04/2017 se presentaron, por medio de correo certificado, sendas reclamaciones administrativas previas frente al CONCELLO DE A CORUÑA y al CONSORCIO PARA LA PROMOCIÓN DE LA MÚSICA. 23º.- La remitida al CONCELLO DE A CORUÑA fue inadmitida en virtud de Resolución del propio Concello, de fecha 26/04/2017 24º.- En fecha de 10/04/2017 se presentó papeleta de conciliación ante el SMAC frente al CONSORCIO PARA LA PROMOCIÓN DE LA MÚSICA y a las mercantiles IMMGA MÚSICA SL y SERVICIOS Y MATERIALES SL, celebrándose el correspondiente acto de conciliación en fecha de 24/04/2017, el cual concluyó sin avenencia

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

QUE DESESTIMANDO la demanda interpuesta por D. Emiliano, en su propio nombre y representación, DEBO ABSOLVER Y ABSUELVO a las mercantiles, IMMGA MÚSICA SL, SERVICIOS Y MATERIALES SA-SERMASA, al



CONSORCIO PARA LA PROMOCIÓN DE LA MÚSICA y al CONCELLO DE A CORUÑA de los pedimentos frente a estos deducidos.

CUARTO: Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por Emiliano 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.X.GALICIA SALA DO SOCIAL en fecha 18 de septiembre de 2018.

SEXTO: Admitido a trámite el recurso se señaló el día 26 de diciembre de 2018 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 desestimó la demanda sobre despido.

El trabajador demandante interpone suplicación contra dicho pronunciamiento. A tal fin y con amparo procesal correcto, solicita su nulidad, revisar los hechos probados y examinar el derecho que aplicó.

Entre los codemandados, Consorcio para la Promoción de la Música (CPM), Immga Música SL (IMGA) y Concello de A Coruña (CAC) impugnan el recurso.

SEGUNDO.- La pretensión anulatoria ofrece doble fundamento: [A] Con cita de los artículos 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), 97.2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (LRJS) y 24 de la Constitución (C), así como las sentencias que cita, pues la decisión judicial recurrida omite cualquier referencia a la cesión ilegal del trabajador demandante. [B] Con cita de los artículos 97.2 LRJS y 218.1 LEC, pues no procede estimar la cosa juzgada material negativa para apreciar la falta de legitimación pasiva de CAC, IMGA y Servicios y Materiales SA (SERMASA).

TERCERO.- I. La jurisprudencia (TS s. 5-4-2018/r. 122-2017) afirma: <<<<A tenor del art. 120.3 CE, las sentencias serán siempre motivadas. Dicho mandato se desarrolla en el marco de la legalidad ordinaria en el art. 218 LEC que, en su párrafo 1, establece que las sentencias han de ser congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito, haciendo las declaraciones que aquéllas exijan y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto de debate. Ciertamente, la incongruencia o la falta de exhaustividad vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, proclamado en el art. 24 CE, provocando con ello la indefensión de la parte perjudicada (STC 20/1982 y 136/1988).

La incongruencia omisiva será apreciable, por tanto, si falta el pronunciamiento sobre alguna pretensión. Así lo recordábamos en la STS/4ª de 4 octubre 2017 (rcud. 3136/2015), en la que recogíamos la doctrina anterior del Tribunal Constitucional, según la cual "la incongruencia omisiva o ex silentio se produce cuando el órgano judicial deja sin respuesta a alguna de las cuestiones planteadas por las partes, siempre que no quepa interpretar razonablemente el silencio judicial como una desestimación tácita, cuya motivación pueda inducirse del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución">>>>.

En el supuesto actual, no apreciamos el vicio de incongruencia que se denuncia, porque la decisión judicial de instancia, tras referir "...sin perjuicio de lo que más abajo pueda reseñarse respecto a la posible existencia de cesión ilegal del trabajador" (FJ 2º) y aunque obvia cualquier pronunciamiento específico y expreso sobre la materia, sin embargo el que adopta sobre la cuestión litigiosa de fondo -la inexistencia de despido litigioso-, implica la desestimación tácita, breve y lacónica, del tráfico ilícito de mano de obra.

Por otra parte, la acción ejercitada lo es por despido, en cuanto petitiona exclusiva y expresamente, los efectos o consecuencias legales de su nulidad o improcedencia, es decir, los previstos en los artículos 55 y 56 ET, cual corrobora el suplico de demanda que, sin embargo y no obstante lo que describe en su hecho tercero y fundamento de derecho III, nada solicita en relación con las consecuencias legalmente previstas sobre el tráfico ilícito de mano de obra (art. 43 ET), de ahí que resulte aplicable la jurisprudencia cuando declara: <<<<Tampoco cabe olvidar la necesaria distinción entre las alegaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones (ahora, cesión ilegal) y las pretensiones en sí mismas consideradas (ahora, despido nulo o improcedente) [SSTC 95/1990, de 23/Mayo; 128/1992, de 28/Septiembre; 169/1994, de 6/Junio; 91/1995, de 19/Junio ; 143/1995, de 3/Octubre; 131/1996, de 11/Julio etc.], de forma que si bien respecto de las primeras no sería necesaria -a los efectos de la debida tutela judicial exigible ex art. 24 CE - una contestación explícita y pormenorizada a cada una de ellas, pudiendo bastar -en atención a las circunstancias particulares concurrentes- con una respuesta global o genérica respecto de alegaciones concretas no sustanciales, sin embargo más rigurosa es la exigencia respecto a las pretensiones, puesto



que respecto de ellas es necesario -para admitir una respuesta tácita y excluir incongruencia omisiva- que del conjunto de los razonamientos de la sentencia pueda deducirse razonablemente no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino también los motivos fundamentadores de la respuesta tácita [así, la STC 56/1996, de 15/Abril, FJ 4; y SSTs 03/12/09 -rco 30/09-; 11/07/07 -rco 94/06-; y 30/04/12 rco 106/11-] (STS 18/12/15 -rco 25/15-)>>>>.

Principios que reitera el Tribunal Supremo (s. 8-10-2018/r. 66-2017) al decir: <<<<Es esencial, en este punto, la distinción efectuada en nuestra doctrina entre las meras alegaciones de los litigantes, que sólo pueden afectar a la motivación de la resolución, y las auténticas pretensiones formuladas, que son las únicas que pueden determinar un desajuste del fallo con aquellas -y, por ende, un vicio de incongruencia omisiva- (SSTC 174/2004, de 18 de octubre, FJ 3; 36/2006, de 13 de febrero, FJ 3, y 25/2012, de 27 de febrero, FJ 3)". Siendo ello así y a esos efectos, el análisis de la existencia o no de incongruencia omisiva se desarrolla en los siguientes pasos "en primer lugar, si estamos ante verdaderas pretensiones (y no ante meras alegaciones), para dilucidar después, sólo si la respuesta al primer interrogante es afirmativa, si el silencio judicial puede interpretarse como un supuesto de desestimación tácita (STC 8/2004, de 9 de febrero, FJ 4)" [STC 152/2015]>>>>.

Por otra parte, entendemos que en el ámbito del proceso por despido, tanto el carácter prejudicial como los efectos esenciales (fijación de responsabilidades empresariales) del tráfico ilícito de trabajadores, disculpan, por no revelarse necesario, el examen de la cesión ilegal mano de obra al no apreciar la instancia el presupuesto del que, en su caso, derivan.

II. Respecto de la legitimación, se distingue entre legitimación ad processum , o capacidad, y ad causam , que es la verdadera legitimación, es decir, la situación especial de ciertas personas con la relación jurídico-material deducida en el proceso, de modo que son aquéllas y no otras las que deben aparecer como partes procesales para que el conflicto alcance solución jurisdiccional eficaz. A su vez, en el ámbito de la legitimación ad causam se distingue la legitimación activa, para ser demandante, y la pasiva, para ser demandado. Esta última, de que ahora se trata, conforma la posición procesal que justifica padecer la concesión de una tutela judicial concreta (al demandante), de modo que el pronunciamiento judicial a adoptar produce consecuencias o efectos jurídicos en la esfera jurídica del demandado por su situación con la relación debatida en el proceso (TSJ Galicia ss. 20-11-2009, 26-10-2018/rr. 4277-2006, 1984-2018), lo que determina su enlace con la decisión a adoptar respecto del tema litigioso de fondo.

Por otra parte y en aplicación del instituto de la cosa juzgada, que deriva de la sentencia del Juzgado de lo Social nº 3 de A Coruña, de 28-3-2017 (autos de despido 755/2016), confirmada por esta Sala (TSJ Galicia s. 20-10-2017/r. 2994-2017), que desestimaron la acción ejercitada por el ahora actor contra CAC, CPM y SERMASA, la litis actual desplegaría sus efectos a partir del 29-6-2016, pues el trabajador demandante fundamentó su pretensión -desestimada- en la falta de convocatoria para el concierto de música previsto en la fecha indicada.

CUARTO.- Las pretensiones fácticas son:

[A] En el hecho probado 10º, añadir: "Las calificaciones finales que obtuvieron los aspirantes para integrar la lista definitiva para la cobertura con carácter interino, de plazas de músico se publica el 23 de enero de 2018 y la adaptación de la lista confeccionada para la cobertura de plazas de músico a la Instrucción 4/17 sobre el procedimiento de creación y gestión de listas de espera para el nombramiento de personal interino es de fecha 26 de enero de 2018"; se basa en el tomo 2/2, folios 113 a 119.

Se admite, porque las fechas de publicación de la lista definitiva y de adaptación de ésta a la instrucción citada resulta de la documental que se invoca.

[B] Los hechos probados nuevos siguientes:

- "Vigésimo Quinto.- El 17 de junio de 2016, el actor interpuso reclamación previa a la vía jurisdiccional social frente al Ayuntamiento de A Coruña y frente al Consorcio para la Promoción de la Música. El mismo día presentó papeleta de conciliación ante el SAMC de A Coruña para celebrar con la empresa Servicios y Materiales SA, SERMASA, y con el Consorcio para la Promoción de la Música. El 5 de agosto de diciembre (sic) de 2016 presentó demanda en la oficina del Registro y Reparto Social de A Coruña reclamando la relación laboral indefinida"; se basa en el tomo 1/2, folios 436 a 475.

Se acepta para afirmar: (a) El 17-6-2016 formuló reclamación previa sobre relación laboral indefinida y cantidades (ff. 454 a 463). (b) El día citado presentó demanda de conciliación (ff. 464 y 466 a 473). (c) La demanda está fechada el 28-8-2016 (ff. 447 a 453) y su presentación en el Juzgado tuvo lugar el 5-9-2016 (ff. 437, 438, 443, 445).



- "Vigésimo Sexto.- Para la categoría laboral de músico de la Banda Municipal de Música, las características del puesto son las siguientes: 1. El puesto de trabajo se encuadra en el subgrupo de clasificación A2, con nivel de complemento de destino 19 y complemento específico constituido por un factor de responsabilidad FR07 y un plus de festividad, de conformidad con la Relación de Puestos de Trabajo vigente en el Concello de A Coruña. 2. Las retribuciones percibidas con desglose de conceptos por los músicos de la Banda Municipal en el año 2016, son las siguientes: Sueldo base del grupo A2.- 968,57 €/mes. Complemento de destino correspondiente al nivel 19.- 421,43 €/mes. Complemento específico correspondiente a FR07.- 644,43 €/mes. Paga extraordinaria abonada en el mes de junio de 2016.- 1.849,07 €/mes. Trienio a razón de 35,12 € por trienio y mes"; se basa en el tomo 2/2, folio 120.

Se admite, porque resulta esencialmente del informe emitido por los servicios jurídicos del CAC que alega.

- "Vigésimo Séptimo.- Con anterioridad, el actor presentó demanda de despido la cual fue tramitada por el Juzgado de lo Social nº 3 de A Coruña bajo el número de autos 755/2016. En fecha 28 de marzo de 2017 se dictó sentencia desestimatoria de la demanda. Recurrída en suplicación por el actor, el 20 de octubre de 2017, se dicta por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Rec. Suplicación 2994/2017) sentencia desestimando el recurso de suplicación. La sentencia dictada por la Sala contiene el siguiente pronunciamiento. Fundamento de Derecho Cuarto <<...Lo anterior no obliga pues a que la duración de los contratos del actor sean anuales, esto es, en función de la duración del convenio entre el Consorcio y el Ayuntamiento (el objeto del convenio era la aportación de profesionales para la Banda Municipal de Música en relación a los conciertos de la temporada 2011/2012, y sucesivas temporadas), pues la relación especial permite la contratación por actuación y no por temporada, o menos aún en función de la duración del referido Convenio. Es así que no se detecta fraude en la contratación pues la contratación temporal aún sucesiva lo fue por actuación, lo que explica la pluralidad de contratos. La ausencia de fraude impide también considerar que la relación laboral sea indefinida, lo que implica que la no llamada para el concierto o actuación del día 29 de julio de 2016 no pueda ser considerada un despido, pues la llamada era por actuación, y el actor prestaba servicios no para la Banda sino para el Consorcio, de modo que solo cuando se actualiza la causa, esto es, la necesidad de un profesional de la clase del actor, procede la contratación. Por otro lado, pese a la conexión temporal entre la reclamación previa del actor contra las demandadas, las mismas siguieron contratando al actor en agosto de 2016. Así, pues, no se acredita hecho extintivo alguno, sino solo el devenir propio de esta relación laboral especial. Lo antes expuesto haría innecesario resolver la cuestión de la cesión ilegal, pues la misma es siempre cuestión prejudicial en sede del procedimiento de despido. Y no acreditado el hecho del despido, y por tanto, no siendo innecesario establecer cuál es el real empleador del actor a los efectos de reincorporación a la entidad de su elección, no procedería resolver la misma. En ese sentido la parte podrá accionar en su caso, por la referida cesión ilegal, pretendiendo la consideración de personal laboral indefinido, si como parece ha seguido prestando servicios para las codemandadas en las mismas condiciones laborales después del 29 de junio de 2016, pero en este procedimiento que es solo por despido no procede declarar la condición de indefinición, pues ninguna consecuencia tendría al ser desestimada la acción de despido precisamente por ausencia de acto extintivo. En definitiva, las conclusiones que obtenemos de lo razonado hasta aquí son las siguientes: la relación laboral de la actora es la especial de artistas y no la común u ordinaria; dentro de la relación especial referida cabe la contratación temporal para una o varias representaciones, como la realizada en el caso presente; tal contratación temporal se rige por sus propias reglas con amplia admisión de la temporalidad, que impide apreciar el fraude de ley en la reiteración de contratos; por tanto los contratos realizados son válidos a pesar de su reiteración; tampoco puede prosperar la alegada cesión ilegal, al ser un cuestión solo prejudicial en sede de despido; no habiendo despido, la parte debe acudir a la acción declarativa en su caso, pues no es posible acumular a la acción de despido la de declaración de laboralidad indefinida por cesión ilegal, salvo que, como decimos, se plantee como cuestión prejudicial. En consecuencia, procede la desestimación del recurso>>"; se basa en el tomo 1/2, folios 401 a 416.

La sentencia de primera instancia referida, consta implícita en el FJ 2º de la decisión judicial que ahora se recurre; la sentencia de suplicación que se cita y que confirmó aquélla, se acepta en su literalidad (ff. 409 a 414).

QUINTO.- En el ámbito jurídico, el recurso denuncia las infracciones siguientes: [A] El artículo 6.4 del Código Civil en relación con los artículos 15 y 43 del Estatuto de los Trabajadores (ET), por el carácter fraudulento de la contratación desde su inicio. [B] El artículo 49 ET en relación con los artículos 55 y 56 del mismo código, y 108.1 LRJS, pues si el demandante es trabajador indefinido por cesión ilegal, la extinción de su contrato ha de calificarse como despido improcedente.

SEXTO.- Resumen de hechos probados, antecedentes de la decisión a adoptar:

(1) En el período 5-11-2008/17-6-2009, SERMASA contrató al actor -recurrente mediante sucesivos contratos de obra/servicio determinado, con categoría de músico para la banda de música municipal (BMM) del CAC. SERMASA giraba al CAC facturas en concepto de contratación de dicho personal para la BMM.



- (2) En el período 3-8/20-12-2009, con la categoría citada prestó iguales servicios para el CAC, tras ser contratado mediante diversos contratos del tipo ya señalado.
- (3) El 14-5-2009 concluyó el proceso selectivo para la formación de listas de cobertura temporal de plazas, en el que obtuvo la mayor puntuación. Fue contratado como funcionario interino para reforzar la BMM en el programa de conciertos en diversos períodos entre el 21-1-2010 y el 18-12-2011.
- (4) El CPM es una entidad de derecho público, constituido por el CAC y por la Asociación de Amigos de la Ópera de A Coruña, y presidido por el alcalde de la ciudad; se rige por la normativa de régimen local.
- (5) En fechas 4-10-2011, 4-10-2012 y 7-1-2016 CAC y CPM suscribieron convenios de colaboración, cuyo objeto era la aportación por CPM de profesionales para la BMM.
- (6) Desde el 21-12-2011, la relación demandante/CPM se articuló mediante contratos para obra o servicio determinado para actuaciones concretas.

El salario según convenio del CPM es 34.416 56 €/año más antigüedad de 47 24 €/mes por trienio.

En 2016 fue contratado para actuar los días 9, 12 y 14 de agosto, 6, 7, 8, 13, 14, 15, 20, 21 y 29 de septiembre, 6 y 13 de octubre, 9, 11, 13 y 30 de noviembre, 2 y 4 de diciembre.

En la Tesorería General de la Seguridad Social (TGSS), consta como trabajador por cuenta ajena del CPM en los períodos y fechas siguientes: 26 a 27 y 29 a 3-4, 6 a 7 y 13 a 1-5, 8 a 9 y 21 a 2-6, 30-11, 2 y 4-12-2016.

(7) El 17-6-2016, interpuso reclamación previa frente al CAC y frente al CPM sobre relación laboral indefinida y diferencias salariales, y papeleta de conciliación ante el SAMC de A Coruña respecto de SERMASA del CPM. El 5-9-2016 presentó demanda contra las entidades y empresa referidas por los conceptos indicados.

(8) Trabajó para IMGGA con categoría de músico, mediante contrato de obra/servicio determinado de 17-3-2017, cuyo objeto fue la preparación/ejecución de un concierto para el día 19-3-2017, fecha ésta en la que causó baja en la TGSS como trabajador por cuenta ajena para la empresa referida. IMGGA emitió factura al CAC.

(9) El CAC, por resolución de 13-9-2017, convocó pruebas selectivas para la cobertura de plazas de músico con carácter interino; el actor fue calificado "no apto".

El 23-1-2018 se publicaron las calificaciones finales de los aspirantes a integrar la lista definitiva para la cobertura de plazas de músico con carácter interino.

El 26-1-2018 tuvo lugar la adaptación de dicha lista a la Instrucción 4/17 sobre procedimiento de creación y gestión de listas de guarda para el nombramiento de personal interino.

(10) La BMM cuenta con 46 puestos de músicos, encuadrados en el grupo de clasificación A2 según la relación de puestos de trabajo del CAC.

Las retribuciones en 2016 fueron: Sueldo base, 968 57 €/mes; complemento de destino, 421 43 €/mes; complemento específico FR07, 644 43 €/mes; paga extraordinaria abonada junio, 1.849 07 €/mes; trienio, 35 12 € por trienio y mes.

El CAC aporta y sufraga los instrumentos de música y su transporte, partituras y uniformes utilizados en los conciertos; las vacaciones de sus componentes son en el mes de agosto.

SÉPTIMO.- Los datos expuestos en el fundamento jurídico anterior nos llevan a considerar que la relación laboral objeto de enjuiciamiento no se limita exclusivamente a la mantenida por el trabajador demandante con IMMGA sino también con el CPM desde el 29-6-2016, por aplicación de la sentencia ya citada del Juzgado de lo Social nº 3 de A Coruña, de 28-3-2017 (autos de despido 755/2016), confirmada por esta Sala (TSJ Galicia s. 20-10-2017/r. 2994-2017).

No obstante, dicha particularidad es irrelevante porque la similitud de los contratos suscritos desde la fecha indicada con los anteriormente firmados hacen aplicables los argumentos que sirvieron para desestimar su anterior demanda, entonces fundamentada en la no convocatoria para participar en un concierto de música determinada (el de 29-6-2016), con lo que parecía sugerir que ostenta la cualidad de trabajador indefinido no fijo, en puesto de trabajo discontinuo, no apreciable de acuerdo con lo expuesto en nuestra sentencia de 20-10-2017, y ahora, no en una extinción de la relación laboral a cargo de IMMGA, sino en el cumplimiento del contrato con dicha mercantil de fecha 17-03-2017, por efectividad de su objeto (participación en el concierto de 19-03-2017) y consiguiente baja en la TGSS.

Al efecto y partiendo de la aplicabilidad del Real Decreto 1435/1985 de 1-8 (Regula la relación laboral especial de los artistas en espectáculos públicos), dijimos entonces: <<<<...Lo anterior no obliga pues a que la duración de los contratos del actor sean anuales, esto es, en función de la duración del convenio entre el Consorcio y



el Ayuntamiento (el objeto del convenio era la aportación de profesionales para la Banda Municipal de Música en relación a los conciertos de la temporada 2011/2012, y sucesivas temporadas), pues la relación especial permite la contratación por actuación y no por temporada, o menos aún en función de la duración del referido Convenio. Es así que no se detecta fraude en la contratación pues la contratación temporal aún sucesiva lo fue por actuación, lo que explica la pluralidad de contratos. La ausencia de fraude impide también considerar que la relación laboral sea indefinida, lo que implica que la no llamada para el concierto o actuación del día 29 de julio de 2016 no pueda ser considerada un despido, pues la llamada era por actuación, y el actor prestaba servicios no para la Banda sino para el Consorcio, de modo que solo cuando se actualiza la causa, esto es, la necesidad de un profesional de la clase del actor, procede la contratación. Por otro lado, pese a la conexión temporal entre la reclamación previa del actor contra las demandadas, las mismas siguieron contratando al actor en agosto de 2016. Así pues, no se acredita hecho extintivo alguno, sino solo el devenir propio de esta relación laboral especial...>>>> (FJ 4º).

Por otra parte, la argumentación de recurso se proyecta, más que al despido, institución por la que únicamente acciona, al tráfico ilícito de mano de obra que, como ya indicamos, no configuró una pretensión en la instancia y sin que en este trámite tampoco interese la declaración de los efectos legales que son propios de dicha institución jurídica.

En definitiva y al igual que en nuestra sentencia de 20-10-2017, no apreciándose en el caso presente comunicación extintiva de la relación de trabajo sino la finalización ordinaria del contrato, <<<<...haría innecesario resolver la cuestión de la cesión ilegal, pues la misma es siempre una cuestión prejudicial en sede del procedimiento del despido. Y no acreditado el hecho del despido, y por tanto, no siendo innecesario establecer cuál es el real empleador del actor a los efectos de reincorporación a la entidad de su elección, no procedería resolver la misma. En ese sentido la parte podrá accionar en su caso, por la referida cesión ilegal pretendiendo la consideración de personal laboral indefinido (lo que ahora no sucede), si como parece ha seguido prestando servicios para las codemandadas en las mismas condiciones laborales después del 29 de junio de 2016, pero en este procedimiento (también el actual) que es solo por despido no procede declarar la condición de indefinición, pues ninguna consecuencia tendría al ser desestimada la acción de despido precisamente por ausencia de acto extintivo>>>> (FJ 4º).

Por todo ello,

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la letrada D^a. María del Mar Rodríguez López, en nombre y representación de D. Emiliano, contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de A Coruña, de 24 de mayo de 2018 en autos nº 354/2017, que confirmamos.

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta T.S.X.GALICIA SALA DO SOCIAL

MODO DE IMPUGNACIÓN: Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de Casación para Unificación de Doctrina que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala dentro del improrrogable plazo de diez días hábiles inmediatos siguientes a la fecha de notificación de la sentencia. Si el recurrente no tuviera la condición de trabajador o beneficiario del régimen público de seguridad social deberá efectuar:

- El depósito de 600 € en la cuenta de 16 dígitos de esta Sala, abierta en el Banco de SANTANDER (BANESTO) con el nº **1552 0000 37 seguida del cuatro dígitos correspondientes al nº del recurso y dos dígitos del año del mismo.**

- Asimismo si hay cantidad de condena deberá consignarla en la misma cuenta, pero con el código **80** en vez del 37 ó bien presentar aval bancario solidario en forma.

- Si el ingreso se hace mediante transferencia bancaria desde una cuenta abierta en cualquier entidad bancaria distinta, habrá que emitirla a la cuenta de veinte dígitos **0049 3569 92 0005001274** y hacer constar en el campo "Observaciones ó Concepto de la transferencia" los 16 dígitos que corresponden al procedimiento (**1552 0000 80 ó 37 **** ++**).

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

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