

JUZGADO DE LO SOCIAL Nº 3
JEREZ DE LA FRONTERA

Procedimiento nº 693/2015.-
(DESPIDO y CANTIDAD)

SENTENCIA nº 116/2016

En JEREZ DE LA FRONTERA, a ocho de abril de dos mil dieciséis.

Vistos por mí, Dña. [REDACTED] Magistrada-Juez del Juzgado de lo Social Nº 3 de Jerez de la Frontera, los presentes autos del orden social nº 693/2015 en materia de DESPIDO y RECLAMACIÓN DE CANTIDAD, en virtud de demanda interpuesta por D. [REDACTED] asistido del Graduado Social D. [REDACTED] frente al EXCMO. AYUNTAMIENTO DE JEREZ DE LA FRONTERA, asistido por el Letrado [REDACTED] EN NOMBRE DE S.M EL REY, he dictado la presente conforme a los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 17/06/15 tuvo entrada en este Juzgado la demanda formulada por la parte actora, por la que en base a los hechos y fundamentos en ella expuestos suplica se dicte sentencia conforme a lo solicitado en su demanda.

SEGUNDO.- Admitida que fue la demanda, se señaló para la celebración del acto de conciliación y en su caso juicio la audiencia del día 24/02/16 a las 12,00 horas, en cuyo acto comparecieron quienes así figuran en el acta del juicio, haciendo alegaciones y proponiendo pruebas. Practicándose las declaradas pertinentes y tras formular sus conclusiones definitivas solicitando una sentencia conforme a sus intereses, se dio el acto por terminado.

TERCERO.- En la tramitación de este procedimiento se han observado todas las prescripciones legales, salvo los plazos, debido a la carga de entrada de asuntos que soporta el Juzgado que excede considerablemente del módulo de entrada, lo que se

COPIA

pone de manifiesto a los efectos de lo establecido en el Art. 211.2 de la L.E.C. 1/2000, de 7 de enero.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- El actor, D. [REDACTED], mayor de edad y con DNI [REDACTED] ha venido prestando sus servicios para el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE JEREZ DE LA FRONTERA con categoría profesional de músico instrumentista, (Instrumento musical: Trompetista/Fliscornio), como integrante de la BANDA MUNICIPAL DE MÚSICA DEL AYUNTAMIENTO DE JEREZ DE LA FRONTERA desde el 13/09/04 con jornada mensual de 21,50 horas y salario día de [REDACTED]

SEGUNDO.- En fecha de 10/04/15, notificado el día 20/04/15, el AYUNTAMIENTO DE JEREZ DE LA FRONTERA dirige comunicación por escrito con el siguiente contenido:

" Como usted conoce , la Junta de Gobierno Local del Excmo. Ayuntamiento de Jerez de la Frontera , en sesión celebrada el pasado día 13 de marzo, ha aprobado las BASES DE LA CONVOCATORIA DE BECAS PARA LA FORMACIÓN Y DIFUSIÓN MUSICAL DE LA BANDA MUNICIPAL DE MÚSICA DE JEREZ DE LA FRONTERA (Boletín Oficial de la Provincia de Cádiz, nº 58, de 26 de Marzo de 2015).

Una vez concluya el proceso con la asignación de las correspondientes ayudas, se reanudarán las actividades de la Banda Municipal de música en colaboración con el Ayuntamiento. "

TERCERO.- Reclama el actor la cantidad de [REDACTED] en concepto de salarios adeudados desde el mes de Septiembre de 2014 al día 20/04/15.

CUARTO.- En fecha de 06/05/15 la parte actora formuló reclamación previa por despido y reclamación de cantidad ante el AYUNTAMIENTO DE JEREZ DE LA FRONTERA interesando la readmisión en las mismas condiciones existentes hasta el día 20/04/15 y el abono de los salarios desde Septiembre de 2014.

QUINTO.- El AYUNTAMIENTO DE JEREZ DE LA FRONTERA adoptó el Acuerdo de Pleno de 29/01/99, aprobando el Reglamento de funcionamiento de la banda, y el Acuerdo de la Junta de Gobierno Local de fecha 09/04/99, complementario al de la convocatoria de ayudas a la formación y difusión musical de la Banda Municipal de

Música de Jerez.

SEXTO.- En fecha de 13/03/15 se aprueban las convocatorias de Becas para formación y difusión musical de la banda municipal de música de Jerez (BOP 26/03/15).

Tras dicha publicación el Ayuntamiento comunicó a todos los componentes de la Banda la suspensión de actividades y ensayos hasta la resolución de la convocatoria de becas.

Desde Septiembre de 2014 a Abril de 2015, los miembros de la Banda continuaron sus actividades.

SÉPTIMO.- A fecha de 04/02/16 el responsable técnico de cultura del Ayuntamiento, [REDACTED] suscribe informe de dicho servicio relativo a las demandas formuladas por los miembros de la banda municipal de música, donde figura una relación de 39 músicos, entre ellos el actor, con reseña de su instrumento y año de entrada.

OCTAVO.- En fecha de 03/02/16 el Jefe de Departamento Económico Financiero, D. [REDACTED] suscribe informe relativo a partidas presupuestarias relacionadas con la banda municipal de música [Capítulo 2, gastos corrientes en bienes y servicios correspondientes al Órgano 08. Cultura y Fiestas del Programa 334B (Banda de Música)]. Ejercicios 1999 a 2015.

NOVENO.- Los precios públicos de la banda son aprobados y publicados por el Consistorio previa ordenanza pública correspondiente.

DÉCIMO.- La banda realizaba dos ensayos semanales, los lunes y los miércoles para preparación de obras, a razón de una hora y media diaria (19,00-20,30 horas) y los jueves dedicaba una hora a actividades de formación y de carácter pedagógico en colegios y distintos centros de la ciudad (18,00-19,00 horas).

Durante el año la banda ejecutaba los conciertos programados por el Ayuntamiento en las fechas destacadas por el municipio, en concreto:

- Domingos de 11,30 a 13,30 (2 horas)
- Festividad Ntra. Sra. de la Merced de 18,00 a 22,00 horas (4 horas)

- Parada Hípica de 12,00 a 14,00 (2 horas)
- Festividad de San Dionisio de 09,00 a 10,00 (1 hora)
- Festividad del Pilar 08,00 a 14,00 (6 horas)
- Conciertito de 12,00 a 14,00 horas (2 horas)
- Belenistas de 21,00 a 22,00 (1 hora)
- Festividad de San Antón de 10,30 a 14,30 (4 horas)
- Cartel de Semana Santa de 20,30 a 22,30 (2 horas)
- Día de Andalucía de 08,00 a 16,00 (8 horas)
- Exaltación de la saeta de 21,00 a 00,00 (3 horas)
- Saeta Mairena de 20,00 a 00,00 (4 horas)
- Pregón de 11,00 a 15,00 (4 horas)
- Final Concierto Saeta de 21,00 a 21,30 (0'50 horas)
- Concierto Semana Santa de 21,00 a 22,00 (1 hora)
- Pregón del Toreo de 20,00 a 22,00 (1 hora)
- Alumbrado de Feria de 20,30 a 22,00 (1,5 horas)
- Festividad del Corpus de 18,00 a 22,00 (4 horas)

UNDÉCIMO.- Los servicios prestados por el actor de Enero a Junio de cada año y de Septiembre a Diciembre, ascienden a un total de 215 horas anuales, lo que supone una jornada mensual de 21,50 horas y una jornada semanal media de 5,375 horas y percibía una retribución mensual de [REDACTED] €.

DUODÉCIMO.- Los ensayos de la banda se realizaban en la "Sala Compañía", local habilitado al efecto por el Consistorio, suministrando igualmente la entidad local el vestuario de los músicos de la misma, con anagrama del Ayuntamiento, atriles, carpetas, partituras e instrumentos de la misma, a excepción de algunos de ellos tales como flautas, flautines, oboes, clarinetes y saxofones, que son propiedad de sus componentes, así como sus desplazamientos a las distintas actuaciones. Las transferencias que reciben los músicos provienen las distintas partidas al afecto aprobadas por los presupuestos municipales.

DÉCIMOTERCERO.- A fecha de la comunicación de 10/04/15, todos los integrantes de la banda recibían becas como beneficiarios, incluido el coordinador, con funciones de director, [REDACTED] quien desde Septiembre de 2012, además de responsable técnico de la ejecución artística de la banda realizaba labores de coordinación de sus miembros para las distintas actuaciones previamente concertadas desde el Consistorio. Entre las funciones del Director se encuentra el control de asistencia con sanciones en caso de ausencias a

ensayos y actividades programadas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los hechos que se han declarado probados lo han sido de la valoración conjunta de la prueba obrante en las actuaciones consistente en documentales y testificales practicadas, y todo ello conforme a las reglas de la sana crítica.

Por las partes se ha dado reproducido cuanto alegaron y cuantas pruebas practicaron en la vista de los autos nº 697/2015, celebrado el mismo día, en primer lugar, en aras de la economía procesal.

No ha existido discusión en torno a categoría profesional, antigüedad y salario.

SEGUNDO.- Se plantea por parte del Ayuntamiento excepción de falta de jurisdicción, negando la existencia de relación laboral entre las partes, considerando al actor beneficiario de una beca municipal, siendo competente la Jurisdicción Contencioso Administrativa para la reclamación de cantidad efectuada, reconociendo el adeudo de la misma.

Excepción que determina que previamente deba entrarse a analizar la cuestión relativa al orden jurisdiccional competente, a la competencia objetiva o por razón de la materia, al tratarse de presupuesto procesal de orden público, del primer requisito procesal necesario para conocer de la acción ejercitada, lo que supone indudablemente el conocimiento y decisión sobre la naturaleza de la relación mantenida, y la determinación de su carácter o no de relación laboral, siendo competente este orden jurisdiccional de ostentarla, y ello aunque no se opusiera por la parte demandada la excepción de incompetencia por razón de la materia, pues, por ser norma de derecho absoluto y necesario que constituye el primer presupuesto formal y trámite inexcusable para que el órgano jurisdiccional pueda entender y resolver el asunto sometido a su consideración hasta el extremo de que queda por encima del principio dispositivo o de rogación y de la voluntad del propio Juzgado o Tribunal porque de concurrir la falta de competencia significaría un obstáculo insalvable que vedaría al Juzgador el estudio de otras excepciones y de la cuestión de fondo, puede y debe ser apreciada de oficio.

Ello partiendo del hecho de que la competencia jurisdiccional del orden social se puede proyectar en tres vertientes distintas, una la de declarar la existencia o no de

relación laboral, lo que implica en caso negativo, cuando no se ha propuesto ni discutido otra incidencia, la desestimación de la demanda y consiguiente absolución del demandado, otra la de declarar que la relación de trabajo es sólo aparente o fraudulenta, con las consecuencias jurídicas que son propias e inherentes a dicho pronunciamiento; y una tercera, la de mantener que la relación entre las partes, si bien no es laboral puede ser de naturaleza jurídica distinta, cuando por las circunstancias promovidas y debatidas se comprueba que subyace la existencia de vínculo civil, mercantil o administrativo, supuesto en el que ha de reconocerse la incompetencia jurisdiccional de este orden y que debe tenerse en cuenta igualmente a tal fin, que los actos o negocios jurídicos tienen la naturaleza que se deriva del conjunto de derechos y obligaciones que encierran, es decir, de la verdadera realidad, cualquiera que sea la terminología empleada y con independencia de la calificación jurídica que le asignen las partes, por lo que la determinación de la naturaleza laboral, Contencioso-Administrativa o civil-mercantil de la relación representa materia que escapa a la libre disposición de los litigantes, ya que se trata de una labor que ha de verificarse sobre el contenido real de las prestaciones concertadas y de la concurrencia de los requisitos y presupuestos que legalmente definan y delimiten una singular figura contractual, por lo que debe prevalecer siempre el auténtico carácter jurídico, en lo personal y en lo funcional, exteriorizado en los actos desarrollados por los interesados en su efectiva ejecución.

Sentado lo anterior, se adelanta que se comparte las alegaciones vertidas por la parte actora con invocación del artículo 2. a) de la LRJS y del artículo 1 del ET en orden a determinar que la naturaleza de las relaciones que vinculaba al litigante al tiempo de ejercitar su acción es laboral, por concurrir las notas configuradoras de la misma cuales son, ajenidad en los riesgos y en los frutos de su trabajo, dependencia en cuanto que inserción en el círculo organizativo y disciplinario del empresario y retribución, como contraprestación económica a los servicios realizados. Así, y como datos relevantes, la parte actora está integrada en la Banda Municipal de Música, que es sufragada con cargo al Presupuesto municipal en partida reservada dentro del capítulo de gastos en bienes corrientes y servicios, entregada mensualmente por el Ayuntamiento, acudiendo regularmente a los ensayos con obligatoriedad de asistencia e imposición de sanciones en caso contrario, realizándose los ensayos en instalaciones y locales habilitados por el Ayuntamiento el que también determina los acontecimientos en los que actúa la Banda con intervención obligatoria, siendo concertada la actuación de la Banda por el Ayuntamiento que recibe el precio acordado, de todo lo que se deduce la inserción de la parte actora dentro del ámbito de

organización y dirección del Ayuntamiento demandado como empleador de los mismos y la concurrencia de las notas propias de la relación laboral de dependencia y ajenidad, debiendo que la relación mantenida es laboral y las cuestiones controvertidas corresponden en su enjuiciamiento y solución a este Orden jurisdiccional.

Igual conclusión a la que se llega en aplicación al supuesto de autos del criterio expuesto en la STSJA, Sede Málaga de 03/07/14, cuando en su fundamento de derecho tercero cuando establece:

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

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

resolución de los casos litigiosos se recurra con frecuencia para la identificación de estas notas del contrato de trabajo a un conjunto de indicios o hechos indiciarios de una y otra, que son unas veces comunes a la generalidad de las actividades o trabajos y otras veces específicos de ciertas actividades laborales o profesionales.

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

Y más concretamente, la doctrina unificada elaborada a propósito de la distinción entre la relación laboral común de la de aquellos que presten servicios en virtud de becas. Así, dicha doctrina comienza destacando que tanto en la beca como en el contrato de trabajo se da una actividad que es objeto de una remuneración, de ahí la zona fronteriza entre ambas instituciones. Señala a continuación que las becas son en

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

sino obtener un trabajo necesario para el funcionamiento o la actividad de gestión del concedente, la conclusión es que la relación será laboral, si en ella concurren las restantes exigencias del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores (sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 22 de noviembre de 2005, 29 de marzo de 2007 y 29 de mayo de 2008, entre otras).

Aplicando lo anterior al supuesto anterior se llega a la misma conclusión que se ha expuesto.

Y así, el origen de la banda municipal de Jerez, se remonta al año 1930, integrada inicialmente por funcionarios del consistorio. Mediante Acuerdo de Pleno de 29/01/99, se aprobó el reglamento de funcionamiento de la misma, en su ordinal primero se recoge "*La Banda Municipal de Música de Jerez fundada en 1930, pretende continuar con la dilatada tradición musical de nuestra ciudad, contribuyendo a la formación musical de sus integrantes y a la promoción cultural de los jerezanos*". Su ordinal séptimo reseña "*La Banda Municipal de Música estará compuesta por 7.1 Personal laboral del Ayuntamiento de Jerez que será contratado por un tiempo o servicios determinados. 7.2 Personal becado de acuerdo con un nivel de formación, experiencia y méritos*".

Ciertamente en el ordinal décimo se reseña que el personal becado recibirá una beca anual sin que ello signifique relación laboral por el Ayuntamiento, reseñándose en las Normas de Funcionamiento (09/04/99) que la banda estará integrada por el Director y por personal becado. Sin embargo igualmente se constata en dichas normas la publicación anual de becas que no se ha llevado a efecto al margen de la aprobada el día 13/03/15.

En este punto resulta trascendental partir de lo anteriormente expuesto en el sentido que "*debe tenerse en cuenta igualmente a tal fin, que los actos o negocios jurídicos tienen la naturaleza que se deriva del conjunto de derechos y obligaciones que encierran, es decir, de la verdadera realidad, cualquiera que sea la terminología empleada y con independencia de la calificación jurídica que le asignen las partes, por lo que la determinación de la naturaleza laboral, Contencioso-Administrativa o civil-mercantil de la relación representa materia que escapa a la libre disposición de los litigantes, ya que se trata de una labor que ha de verificarse sobre el contenido real de las prestaciones concertadas y de la concurrencia de los requisitos y presupuestos que*

legalmente definan y delimiten una singular figura contractual, por lo que debe prevalecer siempre el auténtico carácter jurídico, en lo personal y en lo funcional, exteriorizado en los actos desarrollados por los interesados en su efectiva ejecución.", así como lo reseñado en la última de las Sentencias referidas cuando establece " El problema reside en la valoración de la prestación del becario en el marco de la propia actividad de la entidad que concede la beca, porque si del correspondiente examen se obtiene que la finalidad fundamental del vínculo no es la de contribuir a la formación del becario, sino obtener un trabajo necesario para el funcionamiento o la actividad de gestión del concedente, la conclusión es que la relación será laboral , si en ella concurren las restantes exigencias del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores".

En aplicación de lo anterior al presente asunto se parte del hecho de que desde el mes de Septiembre de 2012, en que al anterior Director, Sr. Orellana deja de prestar sus servicios como personal laboral, todos los integrantes de la banda tienen la condición de personal becados, incluido el Sr. Román Cárdenas, coordinador de la misma, pero con funciones de dirección, como expuso en el plenario el Sr. Fernández Orozco. Percepción de becas como asignación que habrían recibido en concepto de tal incluso integrantes con más de 44 años en la banda, caso del Sr. Benítez López, como vino a ratificar en el plenario. Las actuaciones de la banda, son organizadas y gestionadas por el Consistorio, los precios públicos de la misma son aprobadas por ordenanza municipal, los ensayos tenían como objeto la preparación artística de las obras a ejecutar por la banda en las actuaciones propiamente concertadas por el consistorio, a la par de ser él la persona que controlaba la asistencia a los mismos, siendo sancionado económicamente el integrante en caso de ausencia.

E incluso la entidad local hasta el año 2004 ha sido la perceptora de los ingresos provenientes de las actuaciones de la misma, resultando la inexistencia de cobro posterior a dicha fecha, pero habiendo continuado la banda con sus actuaciones programadas por el mismo, muchas de ellas con la consideración de actos municipales oficiales, sin que resulte ingresos provenientes de los mismos, pero sin que resulten igualmente gastos a costa del caudal municipal para la cobertura de los mismos, resultando que el precio público de una hora de actuación con preparación temática específica ascendía en 2006 a la suma de XXXXXXXXXX

A ello resulta necesario añadir, que para el ingreso en la banda se requería de cierta formación musical, resultando los espacios de ensayos previamente habilitados por el

Ayuntamiento, quien costeaba a cargo del presupuesto municipal, desplazamientos, vestuarios y material de la banda, incluidos instrumentos de mayor pesaje. Realizándose actuaciones no sólo en término municipal de Jerez, sino también en otras localidades a discreción del Consistorio.

Durante los ejercicios que la banda generó ingresos fue el Consistorio el perceptor de los mismos, siendo así que en los restantes la banda tuvo participación en los actos musicales reseñados en hechos probados con carácter municipal, no suponiendo coste adicional que las gratificaciones abonadas a sus integrantes, y contribuyendo a los fines de "contribución cultural de los jerezanos".

Resultando en su consecuencia que la relación mantenida por la parte actora con el consistorio ha de ser calificada de carácter laboral. No siendo preponderante en la misma el elemento de formación musical, sin que exista constancia de la existencia de una formador al efecto, al margen de la figura del Coordinador/ Director, a su vez con la condición de becado, con funciones de preparación artística de obras a ejecutar, sino en el de la participación de los conciertos previamente concertados por el Consistorio, quien cuando hubo ingresos, con precios públicos fijados por el Ayuntamiento, fue el perceptor de los mismos, y en los casos en que no fue así se benefició de la actuación de la banda en actos oficiales, sin tener que suscribir los servicios de otra agrupación, a la vez de dar satisfacción al fin de promoción cultural de los jerezanos.

Concurriendo en definitiva los requisitos del artículo 1.1 del ET (servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario).

TERCERO.- Declarada la relación laboral entre las partes, la reclamación de cantidad fijada en la suma de ████████ € (Septiembre de 2014-20/04/15) no resulta controvertida entre las partes, así como tampoco el hecho de su no abono, debiendo el consistorio ser condenado al pago de la misma, más el 10% de intereses moratorios ex artículo 29 del ET.

CUARTO.- En cuanto a la comunicación efectuada en la fecha de 20/04/15, la misma ha de ser calificada, como despido, atendiendo al concepto jurisprudencial que se maneja del mismo, STS de 07/12/09.

"Por despido debe entenderse toda extinción del contrato de trabajo que se produce por iniciativa del empleador. Así lo ha señalado la doctrina científica y lo reconoce nuestra sentencia de 26 de febrero de 1990, con criterio que se reitera en decisiones posteriores, entre las que puede mencionarse la sentencia de 14 de mayo de 2007, en la que, con cita de numerosas resoluciones anteriores, se dice que "la expresión «despido» no debe entenderse constreñida al que tenga origen disciplinario, ya que su significado también comprende -por lo general- cualquier otro cese unilateralmente impuesto por el empresario al trabajador, aunque estuviese fundado en causa ajena al incumplimiento contractual".

A tal respecto resulta necesario realizar cinco apreciaciones. En primer lugar que la parte actora solicita en su escrito de demanda que se califique la improcedencia de la relación extintiva. En segundo lugar que a esta Juzgadora le han sido turnados 7 procedimientos de despido formulados por integrantes de la banda municipal. En tercer lugar que en el informe suscrito por el Sr. Fernández Orozco se cuantifica la existencia de 39 miembros de la banda, manifestando en el plenario a preguntas del letrado de la parte actora, que todos recibieron la misma comunicación individual que el actor. En cuarto lugar, la doctrina mantenida desde antiguo por la Sala Cuarta en cuanto a que la calificación jurídica correspondiente al despido del trabajador es "misión exclusiva del Juzgador" así en STS de 20/12/89 (RJ 1989, 9254) que *'por despido se entiende la extinción del contrato de trabajo por decisión unilateral del empresario'* y que *'la posible diversidad de efectos o resultados no tiene otra causa o razón que la distinta calificación jurídica que corresponde aplicar a esa única extinción contractual, calificación que ha de efectuarse necesariamente en la sentencia que recaiga en ese proceso después del examen, valoración y enjuiciamiento de todas las alegaciones, pruebas y datos que obren en autos'*. En este mismo sentido la STS de 28/10/87 (JJ 1987, 7217) ya había dicho que *"la calificación jurídica correspondiente al despido del trabajador es misión exclusiva del Magistrado de Trabajo quien a la vista del resultado de las pruebas verificadas en el acto del juicio procederá a calificarlo en Derecho, sin tener que atenerse ni vincularse a la que se ha hecho en la demanda, bastando con que el demandante impugne en su demanda el despido de que ha sido objeto"*.

Y en quinto y último lugar lo mantenido igualmente por nuestro Alto Tribunal en su Sentencia Sentencia de 25/11/13 (ROJ: STS 5943/2013) el concepto de despido colectivo no sólo se ciñe al derivado de causas económicas, técnicas, organizativas y

productivas sino a todos aquellos despidos derivados de causas no inherentes a la voluntad del trabajador, que supere los límites establecidos en el art. 51. del E.T.

Manifiesta el T.S. en el fundamento jurídico Quinto de la referida Sentencia.

«No desconoce la Sala que en sus sentencia de 22 de enero de 2008 y en otras posteriores, como las de 22 y 26 de febrero, 14 de mayo, 15 de julio y 30 de septiembre de ese año, se sostiene que los despidos colectivos "exigen necesariamente para su existencia la concurrencia de causas económicas, técnicas, organizativas o de producción", de forma que "para la existencia de un despido colectivo no basta, en forma alguna, con el hecho de que varios trabajadores hayan sido despedidos al mismo tiempo, aunque el número de esos trabajadores supere, incluso con holgura, los topes que fija el 51.1 del ET, sino que además es absolutamente preciso que esos ceses sean debidos a alguna causa económica, técnica, organizativa o de producción". Pero esta doctrina ha sido revisada por las sentencias de 3 julio y 8 de julio de 2012, en las que se reconoce que, si bien el art. 51 del ET parece vinculado a un elemento causal que se refiere la existencia de causas económicas, técnicas, organizativas y productivas, lo cierto es que en la configuración final de esta modalidad extintiva resulta determinante el elemento cuantitativo, pues el citado artículo, después de establecer en el párrafo primero de su número 1 los denominados umbrales numéricos que, al combinarse con el periodo de referencia, delimitan el alcance de la decisión colectiva, prevé en su párrafo quinto que para el cómputo del número de extinciones, a efectos de establecer la existencia de un despido colectivo y aplicar las garantías de procedimiento, deben tenerse en cuenta no solo las extinciones por las causas ya mencionadas, sino "cualesquiera otras extinciones producidas en el periodo de referencia por iniciativa del empresario en virtud de otros motivos no inherentes a la persona del trabajador distintos de los previstos en el párrafo c) del apartado 1 del art. 49 de esta Ley"; párrafo éste que se refiere a la extinción de los contratos temporales por vencimiento del término.

En el mismo sentido se pronuncia la Directiva CE 98/59 cuando en su art. 1.1) a) define los despidos colectivos como "los efectuados por un empresario, por uno o varios motivos no inherentes a la persona de los trabajadores" cuando el número de los despidos alcance el número aplicable a estos efectos.

De ahí que del ámbito del despido colectivo solo se excluyan las extinciones en virtud de motivos inherentes a la persona del trabajador -entre ellos, los derivados de la

conducta en el orden disciplinario- y las que se produzcan por cumplimiento del término. Por ello, si un despido disciplinario -en principio, vinculado a la conducta del trabajador, como ya se ha dicho- se declara improcedente y, pese a ello, el contrato se extingue, el cese no podrá ser excluido del cómputo a efectos del despido colectivo, como tampoco podrá serlo, la falsa alegación del vencimiento del término en un contrato que no es temporal. En consecuencia, los despidos disciplinarios que en el presente caso se reconocieron improcedentes son computables a efectos de los umbrales del art. 51.1 del ET y lo mismo ocurre con los despidos por causas objetivas para los que también se admitió su improcedencia y ello con independencia de lo que dispone el párrafo sexto del nº 1 del art. 51 ET.

También es conveniente recordar que el procedimiento de despido colectivo, que contiene garantías que han de vincularse con el orden público laboral, no es disponible para el empresario, de forma que este no puede optar por aceptar las consecuencias de la improcedencia para evitar el mencionado procedimiento. Así lo reconoce el apartado b) del art. 124.2 de la LRJS y antes el art. 124 de la LPL y así lo ha declarado también la Sala en la sentencia ya citada de 08/07/12, en la que se dice que "el empresario no puede legítimamente optar -para extinguir un número de contratos de trabajo que alcancen los umbrales del art. 51.1 ET- entre seguir el oportuno ERE con extinción indemnizada de 20 días año/servicio o bien acudir al cese ordinario de los mismos trabajadores y abonar una indemnización de 45 días año/servicio, pues los plurales intereses en juego [...] le imponen preceptivamente que haya de seguir el cauce colectivo que contempla el citado art. 51 ET".»

Por otro lado, el artículo 51.1 del ET establece:

" 1. A efectos de lo dispuesto en la presente Ley se entenderá por despido colectivo la extinción de contratos de trabajo fundada en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción cuando, en un período de noventa días, la extinción afecte al menos a:

- a) Diez trabajadores, en las empresas que ocupen menos de cien trabajadores.*
- b) El 10 por ciento del número de trabajadores de la empresa en aquellas que ocupen entre cien y trescientos trabajadores.*
- c) Treinta trabajadores en las empresas que ocupen más de trescientos trabajadores."*

Resultando conforme a lo anterior que como se constata de la documental reseñada la banda contaría al menos con 39 integrantes -con superación por tanto de los umbrales máximos del 51 ET- que habrían formulado demanda ante la Jurisdicción Social, habiendo recibido todos la misma comunicación individual que la parte actora, como se manifestó en el plenario por el Responsable de Cultura del Ayuntamiento, y sin que resulte acreditado el seguimiento de los trámites procedimentales que tal efecto se describen en el artículo 51 ET.

Derivando conforme a lo anterior que el despido del actor ha de ser calificado nulo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 122 de la LRJS con las consecuencias previstas en el artículo 55 del ET y 113 de la misma ley rituaria (*Si el despido fuera declarado nulo se condenará a la inmediata readmisión del trabajador con abono de los salarios dejados de percibir*)

Sin que por otra parte haya lugar a la condena en costas al ser la estimación de la demanda sustancial, y no esencial como dispone el artículo 66 de la LRJS.

QUINTO.- Contra la presente resolución cabe interponer recurso de Suplicación de conformidad con lo establecido en el artículo 191 de la LRJS.

Vistos los preceptos legales citados y demás de legal y pertinente aplicación

FALLO

Estimo sustancialmente la demanda interpuesta por D. [REDACTED] [REDACTED] contra el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE JEREZ DE LA FRONTERA, y en consecuencia debo declarar y declaro que el despido producido el 21/04/15 es NULO, debiendo el EXCMO. AYUNTAMIENTO DE JEREZ DE LA FRONTERA proceder a la inmediata readmisión del trabajador en el puesto de trabajo que venía ocupando y con las mismas condiciones, debiendo abonar los salarios dejados de percibir desde aquella fecha hasta el día en que se ha dictado la presente, y que asciende a la cantidad de [REDACTED] €.

Y con estimación de la reclamación de cantidad, debo condenar y condeno al EXCMO. AYUNTAMIENTO DE JEREZ DE LA FRONTERA a abonar a la parte actora la suma de [REDACTED] por los salarios dejados de percibir desde Septiembre de 2014 al 20/04/15 más el 10% de intereses moratorios ex artículo 29 del ET.

Notifíquese la presente sentencia a las partes, haciéndoles saber que contra la misma pueden interponer RECURSO DE SUPPLICACIÓN ante la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, el cual deberá anunciarse ante este Juzgado en el acto de la notificación de esta sentencia, bastando para ello la manifestación en tal sentido de la parte, de su Abogado, Graduado Social colegiado o de su representante en el momento de hacerle la notificación, o dentro de los cinco días siguientes al en que tenga lugar dicha notificación, por escrito o comparecencia.

Si el recurrente no goza del beneficio de justicia gratuita deberá, deberá acreditar en su caso, *al tiempo de anunciar el recurso*, haber ingresado en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Juzgado nº 4427000065069315 abierta en la entidad BANESTO (haciendo constar en el ingreso el número de procedimiento), la cantidad total objeto de condena, pudiendo sustituirse la consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario, en el que deberá hacerse constar la responsabilidad solidaria del avalista.

De igual modo, deberá acreditar, al tiempo de anunciar el recurso, haber consignado como depósito la cantidad de ■■■■■€ en la cuenta bancaria referenciada con indicación igualmente del número de procedimiento.

Para la *interposición del recurso la empresa*, deberá acreditar haber ingresado en concepto de tasa judicial la cantidad correspondiente en la cuenta bancaria referenciada con indicación igualmente del número de procedimiento y todo ello sin perjuicio de las exenciones legalmente previstas para recurrir.

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

PUBLICACIÓN: Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por la Ilma. Sra. Magistrada-Juez a los efectos de este procedimiento, en el día de su fecha, estando celebrando audiencia pública, ante mí el Sr. Letrado de la Administración de Justicia, de lo que doy fe.

