

Una «nueva» y polémica «zona gris»: el caso de los auxiliares de conversación

Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de junio de 2017, recurso 379/2017

María Rosa Vallecillo Gámez

*Profesora contratada doctora acreditada a titular de universidad.
Universidad de Jaén*

1. MARCO NORMATIVO

Sigue suscitando polémica el trabajo al amparo de una beca, polémica y debate alimentados en los últimos meses a partir de ciertas declaraciones de un famoso chef en relación con las condiciones de trabajo de los becarios o, utilizando el anglicismo tan de moda, *stagiers*. Según el informe *The Experience of Traineeships in the UE* (2013), publicado a instancias de la Comisión Europea, el 58% de los alumnos en prácticas en nuestro país no percibe ningún tipo de remuneración y 7 de cada 10 becarios reconocen tener una carga laboral equivalente a la de un trabajador contratado.

El Ministerio de Educación convoca, desde hace casi 20 años, en el marco de la Ley de subvenciones puestos de auxiliares de conversación extranjeros en centros educativos públicos, en aplicación de los convenios bilaterales de cooperación cultural, científica y técnica entre España y otros países¹. Para facilitar el cumplimiento de dicho compromiso se suscriben, anualmente, convenios de colaboración entre el Ministerio de Educación y las comunidades autónomas a través de los cuales el ministerio se compromete a seleccionar y facilitar a las comunidades autónomas el número necesario de auxiliares de conversación, además de reservarse un cupo para gestionar directamente. La comunidad o el ministerio, en su caso, asumen la financiación de dicho programa a cargo de sus presupuestos. La actividad de los auxiliares de conversación se detalla en una

¹ Para este curso académico: [Resolución de 7 de junio de 2017, de la Secretaría de Estado de Educación, Formación Profesional y Universidades](#), por la que se convocan plazas para auxiliares de conversación extranjeros para el curso académico 2017-2018 (BOE de 17 de junio de 2017). Información completa en <https://www.mecd.gob.es/mecd/servicios-al-ciudadano-mecd/catalogo/general/educacion/050520/ficha.html>.

guía ministerial de auxiliares de conversación extranjeros en España que el ministerio publica cada curso académico. Los auxiliares seleccionados prestan sus servicios a partir de un nombramiento realizado bien por el propio ministerio, bien por la comunidad autónoma –en función del cupo asignado a cada institución– durante todo el curso académico y con una prestación de entre 12 y 16 horas semanales por las que reciben una cuantía que oscila entre 700 y 1.000 euros, en concepto de beca para cubrir gastos de manutención y alojamiento.

La palabra «becario» designa en el ámbito jurídico laboral distintas realidades, entre ellas, la contraprestación de los servicios que presta la persona que realiza una actividad al amparo de una beca, incluso a veces para ocultar una auténtica relación laboral. Sin embargo, la clave para distinguir una verdadera beca de un contrato de trabajo es que la finalidad perseguida en aquella no es que la empresa se beneficie de la actividad del becario, sino la ayuda que esta le presta en su formación. Por tanto, el rasgo diferencial es la facilitación del estudio y la formación –aprendizaje– de la persona becario sin apropiarse de los resultados o frutos de su esfuerzo o estudio con el objetivo prioritario de obtener un beneficio propio –[Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 28 de Madrid, de 30 de diciembre de 2015, rec. 517/2015](#)–. De ahí que las labores encomendadas deban estar en consonancia con la finalidad de la beca –[STS de 22 de noviembre de 2005, rec. 4752/2004](#)–, esto es, ha de prevalecer la finalidad formativa del becario. Por tanto, el verdadero becario no tiene derecho a una contraprestación por la realización de la actividad y de recibirse, no debe tener la consideración de salario. El interés fraudulento consiste en utilizar los servicios laborales de personas que formalmente no aparezcan como tal, es decir, cubrir un puesto de trabajo con un becario, privándoles de este modo de sus derechos laborales y de Seguridad Social con un significativo ahorro de costes.

Estas situaciones solo pueden evitarse con una definición clara de las características de la actividad formativa a fin de poder distinguir las de una relación laboral. Las regulaciones contemplan de forma poco rigurosa, dispersa y fragmentada determinados requisitos formales que debe cumplir la actividad de los becarios. Esto es, la realización de tutorías, de informes de evaluación del desempeño o de valoraciones finales, pero no definen las notas sustantivas básicas susceptibles de prueba propias de una práctica no laboral. La situación pasa por avanzar hacia una regulación conjunta donde se tengan en cuenta las diferentes situaciones y se incorpore el análisis de la jurisprudencia, todo ello previo estudio de sus deficiencias. Esto nos permitirá alcanzar una definición sustantiva de «práctica no laboral» claramente diferenciada del servicio laboral.

La regulación de la relación de becario, justificada en las relaciones de cooperación como las que aquí analizamos, ocasionan problemas de delimitación de la relación laboral. Si se desnaturalizan a través de la figura del becario las formas de inserción en el mercado de trabajo, tanto las de carácter formativo, como las de prestación de servicios, se vacía de sentido la función formativa a favor del abuso de la ambigüedad que las llamadas «zonas grises» pueden fomentar, sin que sea fácil la diferenciación de una realidad y otra, tal y como viene denunciando, cada vez más, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS). Se incrementa pues la conflictividad judicial de estas materias en múltiples versiones, en este caso en la de los auxiliares de conversación.

2. EL CASO CONCRETO: SÍNTESIS DEL RELATO FÁCTICO

El caso que nos ocupa es el de un auxiliar de conversación nombrado por la Consejería de Educación, Juventud y Deporte de la Comunidad de Madrid, en el marco del programa de auxiliares de conversación para el curso 2013-2014 y para el curso 2014-2015. Los nombramientos fueron efectivos para los periodos comprendidos entre el 1 de octubre de 2013 y el 30 de junio de 2014 y entre el 1 de octubre de 2014 y el 30 de junio de 2015. El 30 de junio de 2015 se comunicó al demandante que había finalizado su nombramiento.

Durante esos periodos, el auxiliar de conversación recibe una asignación mensual de 1.000 euros en concepto de manutención y alojamiento. Las funciones de los auxiliares consisten en 16 horas semanales de apoyo lingüístico al alumnado, de las que 2 pueden dedicarse al profesorado.

En la guía de auxiliares extranjeros en la Comunidad de Madrid se establece que la persona responsable del auxiliar de conversación es el director del centro educativo y por delegación de este, el jefe de estudios, el coordinador o el jefe de departamento, que supervisarán su labor y coordinarán sus tareas. Las funciones que desempeñan son las siguientes: ayudar a los maestros y profesores en la planificación de las clases y asistirles en el aula como apoyo lingüístico, seguir las indicaciones y colaborar con el profesorado en lo que se solicite, reforzar las destrezas orales del alumnado en la lengua extranjera, fomentar la motivación y el interés del alumnado por la lengua, cultura y civilización del país de origen del auxiliar, realizar prácticas específicas de conversación, atender el laboratorio de idiomas, así como el aula de medios informáticos y audiovisuales, aportar recursos didácticos, participar en reuniones de coordinación con el resto del equipo bilingüe con el fin de preparar las actividades que se realicen, impartir docencia al profesorado, con carácter voluntario y previa autorización del director del centro y podrán participar en la organización y realización de actividades extraescolares y complementarias.

En la organización del trabajo y la jornada, el auxiliar debe justificar cualquier ausencia por escrito y esta debe ser aceptada por el director, reflejando el control de asistencia y puntualidad en un parte mensual que quedará a disposición de la Consejería de Educación, Juventud y Deporte. Igualmente, cualquier permiso debe ser previamente solicitado por escrito y aprobado por el director. En este sentido, será el centro el responsable de comunicar cualquier incidencia sobre renuncias, ausencias por enfermedad... a la Subdirección General de Programas de Innovación. El director del centro está obligado a emitir un informe sobre el trabajo del auxiliar así como a realizar un seguimiento a lo largo del curso de manera coordinada con la consejería.

Interpuesta demanda por parte del auxiliar de conversación contra la Comunidad de Madrid en reclamación de improcedencia del despido, la sentencia de instancia social declara la improcedencia del despido (Sentencia 44/2017, de 2 de febrero, del Juzgado de lo Social, núm. 40 de Madrid) y condena a la demandada a optar en un plazo de 5 días entre readmitir al demandante en su puesto de trabajo o indemnizarle con la cantidad de 1.924,80 euros, debiendo abonarle en caso de optar por la readmisión los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia a razón de 33,33 euros diarios. Recurrida en suplicación, la

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (TSJ) de Madrid, Sala de lo Social, de 23 de junio de 2017, recurso 379/2017, desestima el recurso de suplicación y confirma la resolución judicial recurrida, condenando en costas a la parte recurrente, incluyendo la minuta de honorarios de la letrada impugnante, que la sala fija en 600 euros.

3. LA DOCTRINA JUDICIAL SENTADA: BREVIARIO DE RAZONES PARA EL FALLO

La Sentencia del TSJ de Madrid, Sala de lo Social, de 23 de junio de 2017, recurso 379/2017, confirmando la sentencia de instancia, justificada en el inmodificado relato fáctico que la sala entiende que no puede ser más preciso y contundente en el reconocimiento de una relación laboral y no al amparo de una beca, concluye que tanto de las pruebas practicadas como de la guía para auxiliares de conversación se desprende claramente que la actividad desarrollada por estos se realiza bajo la supervisión y bajo las órdenes de la dirección del centro educativo, que además controla su asistencia, puntualidad y permisos. Además, sus funciones son la realización de toda una serie de actividades con los alumnos del centro para el aprendizaje de la lengua propia del auxiliar, así como el apoyo lingüístico a los profesores en la planificación de las clases, incluso la impartición de 2 horas de clase semanales a los profesores.

Nos encontramos, por tanto, no ante una subvención o beca para que el auxiliar de conversación adquiera conocimientos y cultura de la lengua española, sino ante el refuerzo del aprendizaje de una lengua extranjera de los alumnos y los profesores. La finalidad del nombramiento, pues, no es la formación del auxiliar de conversación, por lo que supone una clara prestación de servicios de naturaleza laboral, «bajo las órdenes del director del centro educativo, bajo la dependencia de la Comunidad de Madrid, es decir, bajo el ámbito de dirección y organización de un tercero, existiendo una clara dependencia y por el desarrollo de la actividad se paga una remuneración que tiene carácter salarial a pesar de la denominación que se atribuye en el nombramiento como ayuda de manutención y alojamiento».

La concurrencia de las notas que informan y caracterizan cualquier relación de índole laboral se deduce con meridiana claridad, habida cuenta del carácter personal –*intuitu personae*–. Es una relación por cuenta ajena, dependiente y retribuida, realizada dentro del ámbito de organización y dirección del centro docente público al que se le adscribe.

En el balance de este conjunto de circunstancias, el tribunal entiende que, en el caso concreto aquí analizado, la sala de primera instancia es coherente al calificar la relación de laboral y dictaminar la improcedencia del despido, pues lo primordial en ella no es la formación del becario sino la incorporación al centro educativo de los frutos de su trabajo con infracción de las normas básicas, resultando pues una relación laboral encubierta, prestada a un coste inferior que lo que supondría la contratación del auxiliar como profesorado. Recordemos que el tiempo completo en educación es de 25 horas semanales y la prestación del auxiliar es de 16, con la posibilidad adicional de, voluntariamente, realizar actividades extraescolares o complementarias que no se retribuirían.

4. TRASCENDENCIA DE LA DOCTRINA JUDICIAL MÁS ALLÁ DEL CASO: PREVISIBILIDAD DE SU CONSOLIDACIÓN COMO PRECEDENTE JURISPRUDENCIAL

Esta sentencia tiene un valor doctrinal y práctico importante a efectos de corregir una situación que no por ampararse en la práctica de una Administración pública –el Ministerio de Educación– e instrumentarse en convenios de colaboración con otros países, está exenta de cumplir con la legalidad.

No es esta la primera sentencia al respecto. Un supuesto similar fue examinado por la Sala de lo Social del TSJ de Navarra en su [Sentencia de 17 de julio de 2015 –rec. 219/2015–](#) como consecuencia de demanda de oficio promovida por la Tesorería General de la Seguridad Social –afectando a 30 auxiliares de conversación–, llegando a idéntica conclusión, atendiendo a la denuncia de la Administración de la infracción de los artículos 1.1 y 1.3 g) del [Estatuto de los Trabajadores](#), en relación con el [artículo 17 del Decreto Foral 172/2004, de 19 de abril](#), por el que se establece el régimen general para la concesión de becas de formación de la Administración de la Comunidad Autónoma Foral de Navarra y sus Organismos Autónomos. Como en ella se expone, «el centro jurídico de la controversia sustentada radica en la naturaleza real de las becas como tales o bien su carácter contractual laboral, esto es, si las mismas amparan una actuación formativa para los becarios o si por el contrario habilitan en la práctica una relación de prestación de servicios que favorece a los alumnos de los centros educativos del Gobierno de Navarra a través del auxilio de conversación que procuran los perceptores de la beca». Tanto en la sentencia de instancia como en el recurso, se concluye que la realidad funcional de estas becas no busca la formación del becario, puesto que no están inardinados a un programa formativo predefinido para ellos o bajo el requerimiento de una titulación establecida. Por tanto, su condición es más la de agentes de una acción formativa cuyos destinatarios son el alumnado e incluso el profesorado, con sujeción a un programa horario, disfrute de las vacaciones escolares debiendo acomodar las suyas a estas y la recuperación de los días de ausencia.

La jurisprudencia sobre la figura del becario y sus diferencias conceptuales con una relación laboral ordinaria viene a reforzar estos pronunciamientos (por todas, [STS de 29 de mayo de 2008, rec. 4247/2006](#)), recordando que tanto en el contrato de trabajo como en la beca existe una actividad que es objeto de remuneración, de ahí que sea una «zona gris». Pero si la beca implica una mera ayuda económica para llevar a cabo la actividad de estudio-formación sin retribuirla, esta no se incorpora a la actividad productiva de la empresa.

Más reciente, en igual sentido, si bien la situación no es de becario sino de trabajador autónomo, la [Sentencia del TSJ de Canarias, Sala de lo Social, de 17 de julio de 2014, recurso 263/2013](#), revoca la sentencia de instancia desestimatoria para reconocimiento de la existencia de una relación laboral para 107 auxiliares de conversación en inglés, a instancias de la ITSS de Santa Cruz de Tenerife, encuadrados en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. La ITSS concluye que dicho encuadramiento no es correcto, solicitando de la Consejería de Educación del Gobierno de Canarias que procediera a dar de alta a todos los auxiliares de conversación de inglés en el Régimen General de la Seguridad Social, imponiendo sanción correspondiente al periodo entendido como de descubierto. Entiende el tribunal que las contrataciones no se han realizado

conforme a Derecho. Y ello porque el argumento utilizado por la sala de instancia con base en el artículo 280 de la [Ley 30/2007, de 30 de octubre](#), de Contratos del Sector Público, entiende que está concebido para otras actividades –formación o perfeccionamiento del personal al servicio de la Administración pública o realización de seminarios, coloquios, mesas redondas, conferencias...– alejadas de las propias de los auxiliares de conversación. En este caso, el reconocimiento de relación laboral no se refiere a una actividad al amparo de una beca sino a una actividad de prestación de servicios que tampoco se entiende como tal.

No existe jurisprudencia del Tribunal Supremo hasta la fecha que arroje una luz adicional sobre esta cuestión, que goza de la unanimidad de la jurisprudencia para el reconocimiento de la existencia de una relación laboral encubierta, bien en una beca bien en un contrato de prestación de servicios, utilizando los mismos argumentos para sostener las notas definitorias de la relación laboral por cuenta ajena en el caso de los auxiliares de conversación. No obstante, son muchas las voces que claman por una regulación –regularización– de estas situaciones que afectan cada curso escolar a un número importante de personas que realizan un trabajo en condiciones de precariedad amparadas en una actividad asentada de una Administración pública. Son diferentes las asociaciones –AFAPNA en Navarra²– y sindicatos que denuncian estas situaciones. El sindicato ANPE-Madrid³ obtuvo un pronunciamiento favorable en 2009 al reconocimiento de los servicios prestados por los auxiliares de conversación a efectos de trienios.

Todo ello sin olvidar el encuadramiento de estas iniciativas en un contexto más amplio, cual es la pérdida de ingresos de la Seguridad Social que la proliferación de estas prácticas abusivas conlleva y la falta de voluntad de crear verdaderas oportunidades de empleo, manteniendo los recursos del, cada vez más menguado, sistema de Seguridad Social. La situación de precariedad laboral y ahorro de gasto por parte de las Administraciones públicas no pueden convertirse en patente de corso para un «todo vale», amparado en la bondad que supone el refuerzo del bilingüismo en un país como el nuestro, que carece todavía de la cultura enriquecedora que el aprendizaje de otras lenguas supone para el crecimiento personal pero también económico del conjunto de la sociedad, con amparo, eso sí, en la aplicación de convenios internacionales suscritos por el Ministerio de Educación.

² Vid. [Afapna defiende a una auxiliar de conversación que no fue dada de alta](#). <noticiasdenavarra.com> (30-09-2015).

³ Vid. [Reconocimiento de servicios prestados por profesores auxiliares de conversación](#). <anpe-madrid.com> (25-11-2009).