

## EDJ 2009/311518

TSJ Madrid Sala de lo Social, sec. 2ª, S 27-10-2009, nº 689/2009, rec. 4275/2009

Pte: García Álvarez, Rosario

### ÍNDICE

ANTECEDENTES DE HECHO .....	1
FUNDAMENTOS DE DERECHO .....	2
FALLO .....	3

### CLASIFICACIÓN POR CONCEPTOS JURÍDICOS

#### EXTINCIÓN DEL CONTRATO

##### DESPIDO DISCIPLINARIO

Calificación y efectos

Despido improcedente

Causa no constitutiva de motivo de despido

Efectos

Readmisión

Opción entre indemnización y readmisión

### FICHA TÉCNICA

#### Legislación

Cita art.3 de 30/2007 de 30 octubre 2007. Contratos del Sector Público

Cita Ley 7/2007 de 12 abril 2007. Estatuto Básico del Empleado Público

Cita Ley 50/2002 de 26 diciembre 2002. Fundaciones

Cita art.191.c, art.216 de RDLeg. 2/1995 de 7 abril 1995. TR Ley de Procedimiento Laboral

Cita RDLeg. 1/1995 de 24 marzo 1995. TR Ley del Estatuto de los Trabajadores

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en los autos, se presentó demanda por la citada parte actora contra la mencionada parte demandada, siendo turnada para su conocimiento y enjuiciamiento al señalado Juzgado de lo Social, el cual, tras los pertinentes actos procesales de tramitación y previa celebración de los oportunos actos de juicio oral, en el que quedaron definitivamente configuradas las respectivas posiciones de las partes, dictó la sentencia referenciada anteriormente.

SEGUNDO.- En dicha sentencia recurrida en suplicación se consignaron los siguientes hechos en calidad de expresamente declarados probados:

PRIMERO.- D. Franco comenzó a prestar servicios para la FUNDACIÓN LÁZARO GALDIANO el 10-2-97. Suscribió a tal efecto contratos eventuales para realizar tareas de mozo de almacén.

El 10-8-07 se reconvirtió el contrato temporal en indefinido.

SEGUNDO.- A los seis meses el demandante fue trasladado a la tienda del museo donde realizó tareas de dependiente.

TERCERO.- Al cerrarse la tienda se le ordenan colaboraciones en el Servicio de Documentación y Difusión. En concreto se le ha encomendado la tarea de medición de temperatura y humedad, movimiento de piezas, realización de fotografías de objetos del museo y colaboración en el traslado exterior de piezas para una exposición.

CUARTO.- El 23-1-07 en la reunión del Patronato de la Fundación se acordó la apertura al público de la biblioteca y destinar allí al demandante.

El 20-2-07 presentó escrito oponiéndose a esta decisión que es contestado el 27-2-07 en los siguientes términos:

"Le comunico que en la última reunión del Patronato, celebrada el 23 de enero de 2007, se consideró objetivo prioritario la Biblioteca y Archivo de la Fundación para el próximo quinquenio y, como consecuencia, la necesidad de reforzar su plantilla por la base.

Por lo tanto a partir del próximo día 1 de marzo de 2007 usted pasará a desempeñar las tareas propias de su categoría (reprografía, anotación de signaturas topográficas, etc.) bajo la dirección inmediata de D. Maximiliano en este departamento, donde, atendiendo a su petición, le serán respetadas las condiciones laborales que tiene en el momento presente en relación a la jornada, horario y retribuciones".

QUINTO.- El 18-4-07 el demandante presentó demanda por la que solicitaba que se le reconociera que las labores que realiza son propias de auxiliar de museo, grupo 4 de cotización y que se le mantenga en el puesto de trabajo y demás condiciones de las que disfrutaba hasta su traslado a la biblioteca.

De dicha demanda conoció el Jdo. Social 30 y de ella desistió el 5-9-07.

SEXTO.- En fecha no concretada el actor inició proceso de incapacidad temporal siendo dado de alta el 22-5-08.

SÉPTIMO.- Tras el alta se reincorporó el demandante al trabajo. El 6-6-08 se le entrega por escrito la orden de que se incorpore a la biblioteca precisando los cometidos consistentes en vigilancia y atención al público durante el horario de apertura, registro de humedad y temperatura, anotación y revisión de firmas de los fondos y atención de solicitantes en reprografía.

Se niega el demandante a cumplir la orden y no acude a la biblioteca y es de nuevo requerido el 10-6, 11-6, 12-6 y 13-6.

Todos los requerimientos son desatendidos por el demandante.

OCTAVO.- El 17-6-08 se procede a su despido mediante carta cuyo contenido se da por reproducido. El despido se comunica a los delegados de personal del centro.

NOVENO.- El salario del demandante al momento del cese asciende a 1.200,87 euros mensuales.

DÉCIMO.- No existe convenio colectivo de aplicación para la Fundación.

UNDÉCIMO.- Consta celebrado acto de conciliación ante el SMAC.

TERCERO.- En dicha sentencia recurrida en suplicación se emitió el siguiente fallo o parte dispositiva:

Estimo la demanda formulada por D. Franco, declaro por razones formales la improcedencia del despido acordado por FUNDACIÓN LÁZARO GALDIANO el 17-6-08 y condeno a la demandada a que, sin perjuicio de la posibilidad de abrir contra el actor expediente disciplinario, le readmita en su puesto de trabajo, a no ser que, en los cinco días siguientes a la notificación de esta sentencia, opte por indemnizarle con la suma de 20.408,88 euros.

Además deberá abonarle en todo caso los salarios de tramitación desde la fecha del despido hasta la notificación de esta sentencia o readmisión en su caso.

CUARTO.- Frente a dicha sentencia se anunció recurso de suplicación por la parte DEMANDADA tal recurso fue objeto de impugnación por la contraparte.

QUINTO.- Elevados por el Juzgado de lo Social de referencia los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de suplicación, a esta Sala de lo Social, tuvieron los mismos entrada en esta Sección en fecha 14-8-09, dictándose las correspondientes y subsiguientes decisiones para su tramitación en forma.

SEXTO.- Nombrado Magistrado-Ponente, se dispuso el pase de los autos al mismo para su conocimiento y estudio, señalándose el día 27 de octubre del 2009 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 ha estimado la demanda formulada por el Sr. Franco, declarando por razones formales la improcedencia del despido acordado el 17 de junio de 2008, condenando a la demandada a que sin perjuicio de abrir expediente disciplinario contra el trabajador, opte entre la readmisión o el abono de la indemnización que en el Fallo se establece.

La sentencia de instancia basa su pronunciamiento en la consideración de que a la Fundación Lázaro Galdiano le es de aplicación el Estatuto Básico del Empleado Público, por las siguientes razones: 1) se rige por la Ley 50/02 de Fundaciones y en concreto por sus EDL 2002/54299 arts. 44 a 46 que tratan de las fundaciones públicas estatales y sus presupuestos están sometidos a las leyes presupuestarias anuales (p. ej. Anexo XIII de la Ley de 2008); 2) está dotada de personalidad jurídica propia distinta de la del Estado y no se corresponde con ninguna de las personas o entidades contempladas en el ámbito de aplicación, art. 1 del Convenio Único del personal laboral al servicio de la Administración General del Estado; 3) no existe convenio colectivo, nacional o autonómico, sobre museos o fundaciones, no resultando aplicable el Acuerdo sobre Cobertura de Vacíos de 8 de abril de 2007.

La Abogacía del Estado discrepa con el anterior planteamiento, formulando al efecto recurso de suplicación en el que, sin combatir el relato de hechos probados, se centra esencialmente, por el cauce del apartado c) del artículo 191 de la LPL EDL 1995/13689, en denunciar la infracción del art. 2.1 en relación con la disposición adicional primera del Estatuto Básico del Empleado Público aprobado por la Ley 7/2007 de 12 de abril EDL 2007/17612, para sostener que es de aplicación el Estatuto de los Trabajadores EDL 1995/13475, razón por la cual, si prospera su argumento, el despido debe declararse procedente, pretensión a la que va destinada el motivo segundo de su recurso.

SEGUNDO.- No cuestionan las partes que la Fundación demandada es una Fundación del sector público estatal con plena autonomía y personalidad jurídica propia e independiente, que funciona para el desarrollo de su actividad conforme a normas de derecho privado. Lo que se trata de dilucidar, por el contrario, es si la Fundación constituye una Entidad de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculada o dependiente de cualquier administración pública (art. 2.1 EBEP), o si se trata de una entidad del sector público estatal no incluida en el ámbito del art. 2, que estén definida así en su normativa específica y a la que le sea de aplicación los arts. 52, 53, 54, 55 y 59 del EBEP, conforme establece la disposición adicional primera.

Como se apunta en el recurso por el Abogado del Estado, que una entidad forme parte del "sector público estatal" no significa que sea Administración Pública ni que esté vinculada o dependa de cualquier Administración Pública. Lo relevante, por el contrario, es si su constitución, estructura, dependencia y control de su gestión se realiza con vinculación y dependencia de una Administración Pública, en cuyo caso, de conformidad con el art. 2 del EBEP, quedaría dentro de su ámbito de aplicación.

Partiendo, pues, de esta premisa, debemos destacar que la Dirección de la Fundación recayó en un Protectorado, constituido el 16 de marzo de 1949, presidido por el Jefe del Estado e integrado por los Ministros de Asuntos Exteriores, Hacienda y Educación Nacional, así como por los Directores de las Reales Academias de Bellas Artes de San Fernando y de la Historia y el Presidente del Consejo Superior de Investigaciones Científicas. En la actualidad, tal y como se recoge en el fundamento cuarto de la sentencia, el Patronato Rector está compuesto por la Ministra de Cultura, el Subsecretario de Cultura, el Interventor General del Estado, los Directores Generales de Patrimonio, de Bellas Artes y el Abogado General del Estado. Tal composición, a entender de la Sala, evidencia una clara vinculación y dependencia de una Administración Pública (Ministerio de Cultura).

Por otro lado, sus cuentas anuales están sometidas a las diversas leyes presupuestarias del Estado, tal y como revela el Anexo XIII de la Ley para el ejercicio de 2008 y para el 2009, dato que el Juzgador pone igualmente de relieve en el referido fundamento cuarto, constituyendo una circunstancia que pone de manifiesto una dependencia, vinculación y control por parte de la Administración Pública (Ministerio de Cultura).

En consecuencia, si estamos ante una entidad de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculada o dependiente del Ministerio de Cultura, nos encontramos dentro del ámbito de aplicación del art. 2 del EBEP, no existiendo necesidad de acudir a las definiciones que, dentro del ámbito subjetivo, se contienen en el art. 3 de la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público pues EDL 2007/175022, sin negar su carácter inspirador a efectos de interpretación, las mismas lo son "a los efectos de esta Ley", la de Contratos del Sector Público, tanto en lo que se refiere a los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público (circunstancia que no se niega por la demandada), como a los entes, organismos y entidades que tienen la consideración de Administraciones Públicas dentro del sector público y a los efectos de la ley.

En cualquier caso, aun tomando estas definiciones como criterio interpretativo, llegaríamos a la misma conclusión por cuanto dentro del sector público tendrá la consideración de Administración Pública conforme al apartado e) del núm. 2 del art. 3 de la Ley 30/2007 EDL 2007/175022 :

Las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes:

1ª. Que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o;

2ª Que no se financien mayoritariamente con ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios

TERCERO.- Lo expuesto nos lleva a confirmar la sentencia de instancia pues, resultando de aplicación el EBEP, tal y como sostiene la sentencia y la Sala comparte, debe seguirse el procedimiento sancionador en él previsto, que exige la tramitación de un expediente, a tenor de su art. 98 .

VISTOS los anteriores preceptos y los demás de general aplicación,

## FALLO

Que desestimando el recurso de suplicación formulado por FUNDACIÓN LÁZARO GALDIANO contra la sentencia núm. 223/09 de fecha 18 de mayo de 2009 dictada por el Juzgado de lo Social núm. 33 de los de Madrid en autos 859/08 seguidos a instancia de D. Franco, debemos confirmar y confirmamos la citada resolución. Se imponen las costas causadas a la parte recurrente, que incluirán la minuta de honorarios del Letrado impugnante, que la Sala fija en 300 euros (TRESCIENTOS EUROS).

Incorpórese el original de esta sentencia, por su orden, al Libro de Sentencias de esta Sección de Sala.

Expídanse certificaciones de esta sentencia para su unión a la pieza separada o rollo de suplicación, que se archivará en este Tribunal, y a los autos principales.

Notifíquese la presente sentencia a las partes y a la Fiscalía de este Tribunal Superior de Justicia.

Hágaseles saber a los antedichos, sirviendo para ello esta misma orden, que contra la presente sentencia pueden, si a su derecho conviene, interponer recurso de casación para la unificación de la doctrina, previsto en los artículos 216 y siguientes de la Ley de Procedimiento Laboral EDL 1995/13689, que ha de prepararse mediante escrito presentado ante esta Sala de lo Social dentro del improrrogable plazo de los diez días laborales inmediatos siguientes a la fecha de notificación de esta sentencia de acuerdo con los establecido, más en concreto, en los artículos 219, 227 y 228 de la citada Ley .

Asimismo se hace expresa advertencia a todo posible recurrente en casación para unificación de esta sentencia que no goce de la condición de trabajador o de causahabiente suyo o de beneficiario del Régimen Público de la Seguridad Social o del beneficio reconocido de justicia gratuita, y por lo que respecta a los dos últimos preceptos dichos (227 y 228), que el depósito de los 300 euros deberá ser efectuado ante la Sala Cuarta o de lo Social del Tribunal Supremo al tiempo de personarse ante ella y en su cuenta número 2410, abierta en el Banco Español de Crédito, sucursal de la calle de Barquillo, núm. 49, oficina 1006, de Madrid, mientras que la consignación en metálico del importe de la condena eventualmente impuesta deberá acreditarse, cuando así proceda, por el recurrente que no goce del señalado beneficio de justicia gratuita ante esta Sala de lo Social al tiempo de preparar el recurso de casación para unificación citado, para lo cual deberá presentar en el tiempo dicho resguardo acreditativo de haber efectuado la indicada consignación en la cuenta corriente número 2827000004275/09 que esta Sección tiene abierta en el Banco Español de Crédito, sucursal número 1026 sita en C/ MIGUEL ÁNGEL, 17, de Madrid, pudiéndose, en su caso, sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento de dicha condena mediante el correspondiente aval bancario en el que, expresa y necesariamente, habrá de hacerse constar la responsabilidad

solidaria de la entidad bancaria avalista, documento escrito de aval que deberá ser ratificado por persona con poder bastante para ello de la entidad bancaria avalista.

Si la condena consistiere en constituir el capital-coste de una pensión de Seguridad Social, el ingreso de éste habrá de hacerlo en la Tesorería General de la Seguridad Social y una vez se determine por ésta su importe, lo que se le comunicará por esta Sala.

En el supuesto de que la parte recurrente hubiere efectuado las consignaciones o aseguramientos necesarios para recurrir, así como los depósitos precisos a igual efecto, procédase de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 201, 202.1 y 202.3 de la citada Ley de 1.995, y siempre en atención a la parte dispositiva de esta sentencia.

Una vez adquiera firmeza la presente sentencia, devuélvanse los autos originales, para su debida ejecución, al Juzgado de lo Social de su procedencia, dejando de ello debida nota en los Libros de esta Sección de Sala.

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

#### PUBLICACIÓN

Publicada y leída fue la anterior sentencia en el día de su fecha por el/la Ilmo/a. Sr/a. Magistrado-Ponente en la Sala de Audiencias de este Tribunal. Doy fe.

Fuente de suministro: Centro de Documentación Judicial. IdCendoj: 28079340022009100548