

En la villa de Madrid, a treinta y uno de mayo de dos mil once.

Es Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Jesús Souto Prieto.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Social núm. 11 de los de Málaga se dictó sentencia en fecha 29 de diciembre de 2009, en el procedimiento núm. 1140/09 seguido a instancia de D. Juan Antonio contra Ayuntamiento de Marbella, Gerencia de Obras y Servicios de Marbella, S.L. y O.A.L. Servicios Operativos de Marbella, sobre despido, que desestimaba la pretensión formulada.

SEGUNDO.- Dicha resolución fue recurrida en suplicación por la parte demandante, siendo dictada sentencia por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga, en fecha 7 de octubre de 2010, que desestimaba el recurso interpuesto y, en consecuencia, confirmaba la sentencia impugnada.

TERCERO.- Por escrito de fecha 5 de enero de 2011 se formalizó por la Procuradora D<sup>a</sup> Olga Rodríguez Herranz en nombre y representación de D. Juan Antonio, recurso de casación para la unificación de doctrina contra la sentencia de la Sala de lo Social antes citada.

CUARTO.- Esta Sala, por providencia de 28 de abril de 2011, acordó abrir el trámite de inadmisión, por falta de contradicción. A tal fin se requirió a la parte recurrente para que en plazo de tres días hiciera alegaciones, lo que efectuó. El Ministerio Fiscal emitió el preceptivo informe en el sentido de estimar procedente la inadmisión del recurso.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El artículo 217 de la Ley de Procedimiento Laboral exige para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina que exista contradicción entre la sentencia impugnada y otra resolución judicial que ha de ser una sentencia de una Sala de lo Social de un Tribunal Superior de Justicia o de la Sala IV del Tribunal Supremo. Dicha contradicción requiere que las resoluciones que se comparan contengan pronunciamientos distintos sobre el mismo objeto, es decir, que se produzca una diversidad de respuestas judiciales ante controversias esencialmente iguales y, aunque no se exige una identidad absoluta, sí es preciso, como señala el precepto citado, que respecto a los mismos litigantes u otros en la misma situación, se haya llegado a esa diversidad de las decisiones pese a tratarse de "hechos, fundamentos y pretensiones sustancialmente iguales" (sentencias, entre otras, de 7 de abril y 4 de mayo de 2005, R. 430/2004 y 2082/2004; 25 de julio de 2007, R. 2704/2006; 4 y 10 de octubre de 2007, R. 586/2006 y 312/2007, 16 de noviembre de 2007, R. 4993/2006; 8 de febrero y 10 de junio de 2008, R. 2703/2006 y 2506/2007). Por otra parte, la contradicción no surge de una comparación abstracta de doctrinas al margen de la identidad de las controversias, sino de una oposición de pronunciamientos concretos recaídos en conflictos sustancialmente iguales (sentencias de 28 de mayo de 2008, R. 814/2007; 3 de junio

de 2008, R. 595/2007 y 2532/2006; 18-7-08, R. 437/2007; 15 y 22 de septiembre de 2008, R. 1126/2007 y 2613/2007; 2 de octubre de 2008, R. 483/2007 y 4351/2007; 20 de octubre de 2008, R. 672/2007; 3 de noviembre de 2008, R. 2637/2007 y 3883/07; 12 de noviembre de 2008, R. 2470/2007; y 18 y 19 de febrero de 2009, R. 3014/2007 y 1138/2008). Esta exigencia no se cumple en el presente recurso.

En efecto, la sentencia que se recurre dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Málaga) de 7 de octubre de 2010, confirma el fallo combatido desestimatorio de la demanda por despido rectora de autos. El demandante ha venido prestando servicios para el Ayuntamiento de Marbella desde el 22-4-1992, siendo integrado en la empresa Gerencia de Obras y Servicios de Marbella con la categoría de director administrativo y tras la disolución de ésta, sus trabajadores quedaron integrados en el OAL Servicios Operativos de Marbella. Encontrándose el actor en situación de prisión preventiva, la demandada en fecha 5-5-2009 incoa expediente disciplinario por faltas de asistencia al trabajo desde el 31-3-2006, dándose la tramitación pertinente, dictándose resolución el 24-8-2009 en la que se acuerda el despido disciplinario. El 30-7-2008 se dicta sentencia penal en la que se condena al actor como autor de dos delitos de tráfico de influencias y en los concretos términos que allí constan. Deducida demanda por despido la sentencia de instancia califica el mismo como procedente, siendo dicho parecer compartido por la Sala de suplicación. Razona al respecto, descartada la revisión del relato histórico, la prescripción de las faltas y la infracción el art. 52 del Convenio Colectivo del personal laboral del Ayuntamiento de Marbella, que de conformidad con la doctrina jurisprudencial, las ausencias al puesto de trabajo devienen injustificadas una vez recaída sentencia condenatoria firme a una pena de privación de libertad.

Disconforme la parte actora con la solución alcanzada por la Sala de segundo grado se alza ahora en casación para la unificación de doctrina proponiendo varias materias o motivos de contradicción, el primero dirigido a denunciar que la Sala de origen rechazó la modificación -por adición- del relato histórico de la sentencia de instancia sobre la base de documentos obrantes en la prueba documental y proponiendo como sentencia de contraste a los efectos de verificar el juicio positivo de contradicción la dictada por esta Sala de 14 de noviembre de 1989 (rec. 8052/98) -seleccionada por el recurrente en escrito presentado el pasado 3 de febrero en el Registro General de este Tribunal-, en la que, se contempla un despido disciplinario y la Sala IV acuerda declarar la nulidad de la sentencia de instancia a los efectos de subsanar la defectuosa consignación de hechos probados. En este sentido, lo primero que ha de ponerse de manifiesto una vez más es la ausencia de debate en la sentencia de contraste en torno a los preceptos supuestamente infringidos según el escrito de interposición. Pero, aún limitando el contenido de la contradicción exclusivamente a este aspecto, lo primero que hay que resaltar es que aún versando las sentencias enfrentadas dentro del recurso sobre sendos despidos, es lo cierto que aquí se agotan las identidades. En efecto, centrando la cuestión a la estricta cuestión procesal concerniente a las revisiones fácticas, no existe la más mínima proximidad, pues en la sentencia que hoy nos ocupa lo que se denuncia es que la Sala sentenciadora inadmite la modificación del hecho probado segundo y, especialmente, la adición al hecho probado cuarto de unos concretos

particulares, y lo hace al entender que tales extremos resultan intrascendentes a los fines discutidos en la litis. Por el contrario, en la sentencia de referencia, se acuerda la nulidad al obrar un hecho probado -el sexto- consignado de manera defectuosa, de tal manera que lo que debían ser dos hechos probados, por un error de transcripción aparecen como uno del que derivan lagunas e inconcreciones.

Por otro lado, no debe olvidarse que la estimación o desestimación de los motivos de un recurso de suplicación, en que se pretende la revisión de los hechos declarados probados en la resolución de instancia, con base en el art. 191-b) de la LPL, depende de los hechos que se pretenden rectificar o adicionar y de los específicos documentos o pericias en que tal revisión se apoye, así como el vigor probatorio de éstos en relación con esos hechos. Por ello, es sumamente difícil que se produzca contradicción entre sentencias sobre este punto o cuestión; siendo indiscutible que cuando no hay proximidad de ningún tipo entre tales hechos, ni entre los documentos o elementos de las respectivas revisiones no puede apreciarse, en absoluto, la concurrencia de contradicción. En consecuencia, de todo lo anterior se desprende la falta de contradicción existente entre la sentencia recurrida y las de contraste.

SEGUNDO.- Igual falta de contradicción se produce en lo que atañe al segundo motivo en el que insiste en la prescripción de las faltas de asistencia al puesto de trabajo y cómputo del dies a quo, denunciando la infracción del art. 60.2 ET y art. 53 del Convenio Colectivo de la demandada, seleccionando como sentencia a los efectos de verificar el juicio positivo de contradicción la dictada por la Sala homónima de Tenerife de 27 de marzo de 2008 (rec. 134/08). Dicha sentencia -confirmando la dictada en la instancia- declara la improcedencia del despido verificado mediante Decreto de 10-5-07 por faltas injustificadas de asistencia al trabajo al permanecer el demandante en prisión provisional desde el 7-5-02 al 24-6-03 y desde el 29-8-03 hasta el 29-9-04. El trabajador estuvo en situación de prisión preventiva en los periodos citados y decretado por la empresa el 12-6-03 la suspensión del contrato mientras durase la prisión preventiva, el 25-6-03 se reincorporo al trabajo. Posteriormente, el 15-9-04 pidió la reincorporación y, siendo denegada, interpuso demanda que fue estimada en sentencia de 21-12-05. El 28-9-06 se dicto sentencia condenatoria penal, ingresando el actor en prisión el 12-5-07. La Sala mantiene que los periodos imputados como faltas injustificadas están prescritos, pues no opera la tesis relativa a cuando tuvo conocimiento la empresa de la comisión de estas faltas, que ella imputa a la notificación de la sentencia penal firme.

Una atenta lectura de las sentencias enfrentadas dentro del recurso evidencia que la contradicción en sentido legal es inexistente, básicamente porque se trata de supuestos en los que se enjuician conductas disciplinarias acaecidas en momentos temporales diversos y muy alejados en el tiempo. En todo caso, el dato de mayor relevancia viene provocado por el hecho de que en la sentencia de contraste, consta con nitidez y así se hace constar, que los periodos que le imputan al trabajador de faltas de asistencia al trabajo son las relativas del 9 al 23-6-2003; y un segundo del 2-10-2003 a 9-9-2004, y no es hasta el 10-5-2007 cuando se le comunica el despido disciplinario, razonando en este caso la Sala que ambos periodos están afectados por

el concurso de la prescripción tanto corta como larga. Y esta situación nada tiene que ver con la que contempla la sentencia recurrida, en la que, como es de ver, la secuencia de los hechos es diversa, tratándose además de una conducta continuada: las faltas de asistencia se producen desde el 31-3-2006, la sentencia penal adquiere firmeza el 23-3-2009 y el 5-5-2009 se incoa expediente disciplinario, por lo tanto es palmaria la inexistencia de prescripción. Por lo tanto, en un caso se trata de ausencias concretas y puntuales derivadas de situación preventiva y, en la recurrida, la falta es continuada. Por lo tanto, no es posible establecer sobre tales premisas fácticas la existencia de divergencia doctrinal alguna que necesite ser unificada.

TERCERO.- Y, finalmente, el último motivo va destinado a denunciar que concurre una causa de suspensión del contrato de trabajo, cual es, la situación de prisión provisional, proponiendo como sentencia de contraste la dictada por el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Granada) de 18 de enero de 2006 (rec 2764/2005). En este caso se contempla también el despido de un trabajador provocado por ausencias injustificadas al trabajo derivadas de la situación de hallarse el trabajador privado de libertad. La Sala de suplicación confirma el fallo combatido que declaró la improcedencia del despido.

No se desconoce que entre las sentencias enfrentadas dentro del recurso concurren evidentes puntos de contacto, pues en ambos casos se ventilan sendos disciplinarios derivados de conductas semejantes. Pero más allá de la reiteradamente afirmada dificultad de unificar criterios en relación con la valoración de este tipo conductas, concurren algunas diferencias fácticas entre ambos supuestos, que justifican las soluciones alcanzadas e impiden en este momento apreciar la existencia de divergencia doctrinal alguna. Así, en la sentencia de contraste y pese a que el actor se encontraba privado de libertad por sentencia firme, es lo cierto que se encontraba asimismo de baja por incapacidad temporal, siendo precisamente ésta circunstancia la que determina el sentido del fallo en aquél caso, circunstancia con insoslayable relevancia jurídica ajena a la sentencia recurrida.

CUARTO.- De conformidad con los argumentos anteriores, la decisión congruente es la de que el recurso aquí planteado no puede ser admitido, siendo en dicho sentido en el mismo en que se ha manifestado el Ministerio Fiscal, sin que el escrito de alegaciones del recurrente tenga contenido suficiente para dejar sin efecto las apreciaciones que en el mismo sentido les fueron puestas de manifiesto por la resolución precedente que abrió el trámite de inadmisión. Sin imposición de costas.

Por lo expuesto, en nombre de S.M. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

## FALLO

Declarar la inadmisión del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por la Procuradora D<sup>a</sup> Olga Rodríguez Herranz, en nombre y representación de D. Juan Antonio contra la sentencia dictada por la Sala de lo Social

del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Málaga de fecha 7 de octubre de 2010, en el recurso de suplicación número 868/10, interpuesto por D. Juan Antonio, frente a la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm. 11 de los de Málaga de fecha 29 de diciembre de 2009, en el procedimiento núm. 1140/09 seguido a instancia de D. Juan Antonio contra Ayuntamiento de Marbella, Gerencia de Obras y Servicios de Marbella, S.L. y O.A.L. Servicios Operativos de Marbella, sobre despido.

Se declara la firmeza de la sentencia recurrida, sin imposición de costas a la parte recurrente.

Contra este auto no cabe recurso alguno.

Devuélvanse los autos de instancia y el rollo de suplicación a la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de procedencia con certificación de esta resolución y comunicación.

Así lo acordamos, mandamos y firmamos. Jesús Gullón Rodríguez.- Jesús Souto Prieto.- María Lourdes Arastey Sahún.