

Roj: **STS 3451/2014 - ECLI:ES:TS:2014:3451**Id Cendoj: **28079140012014100415**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Social**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **01/07/2014**Nº de Recurso: **1486/2013**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **SOCIAL**Ponente: **ROSA MARIA VIROLES PIÑOL**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **STSJ AND 2691/2013,**
STS 3451/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a uno de Julio de dos mil catorce.

Vistos los autos pendientes ante esta Sala en virtud de recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Antonio Miguel Jiménez Montañó, en nombre y representación de D. Epifanio , contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (sede en Granada), de fecha 27 de febrero de 2013, recaída en el recurso de suplicación nº 107/13 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Motril, dictada el 15 de octubre de 2012 , en los autos de juicio nº 542/12, iniciados en virtud de demanda presentada por D. Epifanio contra el Excmo. Ayuntamiento de Almuñécar, sobre Despido.

Ha comparecido en concepto de recurrido Excmo. Ayuntamiento de Almuñécar representado por el Procurador D. Alejandro González Salinas.

Es Ponente la Excmo. Sra. D^a. **Rosa María Viroles Piñol**, Magistrada de Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Con fecha 15 de octubre de 2012, el Juzgado de lo Social nº 1 de Motril, dictó sentencia en la que consta la siguiente parte dispositiva:

"QUE ESTIMO TOTALMENTE LA DEMANDA PRESENTADA POR D. Epifanio , con DNI: NUM000 , representado por la procurador Sra Luna Bravo y defendido por el letrado Sr. Jiménez Montañó, contra EXMO AYUNTAMIENTO DE ALMUÑÉCAR, representado por la procuradora Sra Yanez Sánchez y defendido por el letrado Sr. Conesa Buendía y en consecuencia: Primero: Debo declarar y declaro la improcedencia del despido, revocando la sanción impuesta, condenando a la demandada a estar y pasar por esta declaración. Segundo: Debo condenar y condeno a la demandada a la readmisión del actor en las mismas condiciones que regían antes de producirse el despido, así como al abono de los salarios de tramitación desde dicha fecha, 7 de mayo de 2012, hasta la notificación de la presente sentencia y a razón de 108,65 euros/día.: o a su elección (que deberá hacerse en el plazo de cinco días hábiles desde la notificación de la presente por ante este juzgado) a que indemnice al trabajador en la cuantía de 125.425,77 euros, con extinción de la relación laboral. Tercero: Debo condenar y condeno a la demandada a que pague al actor las cuantías dejadas de percibir por la suspensión acordada de empleo y sueldo desde 30 de marzo de 2012 completando su salario hasta el 100% de lo dejado de percibir."

SEGUNDO.- Que en la citada sentencia y como HECHOS PROBADOS se declaran los siguientes:



" **Primero** : D. Epifanio , mayor de edad, con DNI NUM000 , ha venido prestando servicios para el Ayuntamiento de Almuñécar desde el 1 de febrero de 1986 con la categoría de Jefe de Servicio de Ingeniería del citado Ayuntamiento, con un contrato a tiempo parcial cuatro días a la semana no identificados en concreto y con un salario día de 108.64 euros; **Segundo**: Con fecha de 7 de mayo de 2012 se le comunica el despido disciplinario derivado de la resolución de fecha 30 de abril de 2012 dictada por la Alcaldesa, sin ratificación del pleno, con el siguiente contenido (folios 37 a 43 de autos): "*PRIMERO: Declarar como hechos probados: 1º. D. Epifanio , desempeña sus funciones como Jefe del Servicio de Ingeniería e infraestructura de este Ayuntamiento, con una antigüedad de desde el día 1 de febrero de 1986 mediante contrato de trabajo suscrito en esa misma fecha, esta contratación devino en indefinida por acuerdo de Comisión de Gobierno de 14 de julio de 1986. Por solicitud del trabajador, le fue ampliada su jornada laboral, de tres días a la semana a cuatro días, por acuerdo de Comisión de Gobierno Municipal de 7 de agosto de 1996, asignándole una subida de remuneración en orden a ese día más de prestación de servicios. El día 21 de noviembre de 2011 le fue comunicada por el Concejal de Personal la obligación que tenía de firmar una hoja de entrada y salida al trabajo, con la consiguiente obligación de justificar cada día de ausencia al mismo. En ese momento, D. Epifanio no comunicó al Ayuntamiento ninguna objeción al respecto sobre su jornada laboral, ni expresó que la misma estuviera sometida a un régimen especial diferente a todos los trabajadores de este Ayuntamiento. Pero lo que si le indicó, era su obligación de firmar a la entrada y salida del trabajo, como control horario establecido por este ayuntamiento, sin como ya se ha indicado, objetar nada al respecto. Por tanto, D. Epifanio era conocedor de la obligación de respetar el control horario, así como justificar los días de ausencia al trabajo. Desde la notificación de la obligación del control horario, D. Epifanio ha faltado al trabajo sin justificar los días 17, 18, 24, 25 de noviembre de 2011. Los días 1,2, 15,16, 21,22, 23,27,28,29 y 30 de diciembre de 2011. Los días 3, 4,5, 12 y 13 de enero de 2012. Para tal afirmación se ha tenido en cuenta el escrito de alegaciones presentado por el trabajador, así como los días que ha justificado su ausencia al trabajo. Respecto al resto de días, se entiende por parte de este instructor que no quedan justificadas las mismas, ya que parece ser que el trabajador entiende que la jornada de trabajo puede distribuirla él completamente como si de un trabajador autónomo se refiere, obviando el requerimiento del Concejal de Personal, ante el cual no mostró queja alguna en su momento , ni indicó ninguna prerrogativa concedida por el anterior Alcalde, prerrogativa que no aparece en el registro de este ayuntamiento como presentada , y que además quedaría enervada por el requerimiento posterior del representante del Consejo de Gobierno y responsable del área de personal de este ayuntamiento. Asimismo, tampoco consta escrito presentado en el Ayuntamiento solicitando el trabajador disfrutar de determinadas días de vacaciones como se intenta justificar en su escrito de alegaciones, sin aportar documento alguno al respecto ni constando instancia en el registro de esta entidad local. Es cierto, que el trabajador tiene solo que prestar su quehacer laboral durante cuatro días a la semana, pero no puede decidir el directamente los días que le viene en gana asistir al puesto de trabajo y cuáles no, así como tampoco está facultado en ningún momento para no justificar sus salidas o entradas al trabajo sin poner en conocimiento del Concejal de Personal los días que no iba a ir al seno del Ayuntamiento para realizar determinadas visitas a obras, las cuales tampoco han sido justificadas. Respecto a la alegación de la prescripción, se debe señalar que en materia de ausencias reiteradas al puesto de trabajo, ha señalado la doctrina de casación que el plazo de prescripción comenzará el último día de ausencia al puesto de trabajo, por considerarse una infracción continuada, por lo que ninguna de las infracciones imputadas al trabajador estaría prescrita. 2. El trabajador D. Epifanio , por razón de su cargo, debía certificar las obras realizadas en virtud del contrato administrativo con la empresa Construcciones y Viales Plata Ruiz SL. Era su obligación vigilar y constatar la finalización de las obras realizadas en cada tramo correspondiente a las certificaciones de pago firmadas por el expedientado, que en virtud de las mismas, este ayuntamiento iba abonando a Construcciones y Viales Plata Ruiz SL, la cuantía de 49.828,74 euros. El contrato administrativo con la mencionada empresa de construcción tenía como objeto la obra "red de hidratantes para Peña Escrita" bajo el número de expediente 10668, y recaía en su deber la certificación de dichas obras para que este Ayuntamiento, tras ser visadas y revisadas por el trabajador, procediera al pago del contrato administrativo. La justificación de la obra era mejorar la protección contra incendios con una red enterrada, se efectuara la excavación de zanja de forma que la tubería quede enterrada al menos 30 cm en el margen del camino existente. Pues según el informe no se han realizado esas zanjas, lo que implica además que no se ha llevado a cabo el relleno de las mismas como obligaba el proyecto y la memoria explicativa. Se han instalado 16 hidratantes y no 21 como viene en el proyecto, de los cuales 7 no tienen arquetas ni tapas. La normativa en materia de contratación con la administración pública, conlleva la obligación de revisar que se cumplen fielmente las condiciones del pliego, así como el proyecto y la memoria explicativa, antes de proceder al pago mediante el libramiento de la correspondiente certificación de obra. Por D. Epifanio ha librado esas certificaciones de obra con las siguientes fechas: 17 de junio de 2010: 22.112,77 euros. 30 de junio de 2010: 16.419,75 euros. 11 de agosto de 2010: 7.510,20 euros. 13 de diciembre de 2010: 3.789 euros. En virtud de su certificación de obra, este Ayuntamiento ha abonado a las empresas construcciones y viales plata Ruiz SL dichas cantidades en fechas de 15 de julio de 2010, 28 de julio de 2010, 27 de agosto de 2010 y 21 de diciembre de 2010. Se ha comprobado que, contrariamente a lo certificado por D. Epifanio , las obras no habían sido ni visadas ni terminadas, dejando a medio un proyecto sin terminar, en una materia tan importante*



como la red de hidratación de un parque municipal de alto riesgo de incendios por la zona de calor que nos encontramos en la zona de Almuñécar. Se ha tenido en cuenta, para la constatación de estos hechos, todos los informes técnicos obrantes en el expediente así como sus alegaciones, pero para este Instructor no es de recibo señalar que el estado en que se encontraba la red de hidrantes de Peña Escrita era consecuencia de actos vandálicos, porque no hablamos de destrozos sino que la obra está sin terminar, habiéndose visto obligado este ayuntamiento de requerir a la empresa constructora para que termine la obra que debió de terminar en su día, antes de emitir las certificaciones realizadas por D. Epifanio . 3. *Se ha comprobado que D. Epifanio ha ostentado cargo de administrador y socio de determinadas sociedades mercantiles, concurriendo en clara situación de incompatibilidad, sin haber solicitado la compatibilidad que exige el artículo 14 de la Ley 53/84 de Incompatibilidades del Personal al Servicio de la Administración Pública .*

Así se ha constatado que D. Epifanio , Ingeniero Municipal de este Ayuntamiento y Jefe del Servicio de Ingeniería e Infraestructura, ha desempeñado el cargo de administrador mercantil en las siguientes sociedades: Composición Orgánica SL, Ingeniería y desarrollo territorial SL, Sociedad patrimonial inmobiliaria R-5 SL, Roldán Dessy patrimonial SL, Conrolsa SA, Promociones Roldán y Rodríguez SA, Grupo Rol 5 SL. Igualmente D. Epifanio es socio mayoritario y administrador de la empresa Composición orgánica SL, de la que también es socio D. Jose Miguel . El Sr. Jose Miguel , resulta además, ser administrador de la empresa Obras de Ingeniería y Topografía SL. La cual ha realizado determinadas obras públicas en el término municipal de Almuñécar, entre ellas, la redacción del Proyecto de Urbanización de los planes parciales 7 y 9 de Almuñécar, la redacción del Proyecto modificado de urbanización del sector de las Maravillas de Almuñécar, y la redacción del Proyecto de urbanización del P-5 de Almuñécar. D. Epifanio ha intervenido activamente en su tramitación, entendiéndose este instructor que debería haberse abstenido del conocimiento de dichos asuntos al tener relaciones mercantiles personales con el Sr. Jose Miguel . 4. igualmente se ha podido comprobar por este instructor, que D. Epifanio en su condición de Jefe de Servicio de Ingeniería e Infraestructura de este Ayuntamiento ha participado redactando los proyectos, llevando la dirección y certificando favorablemente la ejecución de las obras de acondicionamiento del Camino Marchante y Cerval Los Mateos, de Gelibra, del Río Seco, del Río jate. Según consta en informes técnicos que forman parte del expediente disciplinario, todas esas obras que fueron visadas por el Sr. Epifanio y certificando obras favorablemente presentan déficit importante en el espesor de la capa de rodadura, por lo que no debían haberse dado las certificaciones en dichos proyectos, ni terminadas las obras, hasta que se hubiera correspondido con lo recogido en el proyecto, cuestión que D. Epifanio deliberadamente obvió, certificando las obras de forma favorable. 5. También se le imputa y se ha podido comprobar que el en conjunto residencial de la Comunidad de propietarios de DIRECCION000 , existen importantes irregularidades en el vertido de aguas residuales, proyecto en el cual consta licencia de primera ocupación con informe favorable por parte de D. Epifanio , cuando dicha licencia nunca debió concederse al no cumplir con la legalidad en materia hidrosanitaria. En el procedimiento incoado han sido respetados todos los derechos del presunto responsable, los trámites legales y reglamentariamente establecidos aplicando el anexo II del Convenio Colectivo del Ayuntamiento de Almuñécar, los artículos 93 y siguientes del Estatuto Básico del Empleado Público sobre régimen sancionador y disciplinario del personal al servicio de las administraciones públicas. Se ha dado traslado de las imputaciones referidas al trabajador así como a la representación de los trabajadores (comité de empresa), habiéndose recibido alegaciones por parte del trabajador que no desvirtúan los hechos comprobados por este instructor. SEGUNDO. Considerar que es imputable al empleado municipal y susceptible de sanción disciplinaria, las siguientes conductas: Primera: Inasistencia al puesto de trabajo durante más de tres días en un mes, lo que supone la comisión de una infracción muy grave de falta de asistencia continuada al puesto de trabajo, de más de tres días en un mes, prevista en el artículo 4, apartado i) del Anexo II sobre Régimen disciplinario del Convenio Colectivo de este Excmo . Ayuntamiento de Almuñécar. Asimismo, dicha conducta también está prevista en el artículo 54.2, apartado a) del vigente Estatuto de los Trabajadores . Segunda: Emitir certificaciones en informes favorables de obras sin que las mismas estén finalizadas o cumplan correctamente con la normativa obrante en la materia, lo que supone un claro quebranto y transgresión de la buena fe contractual, infracción que recoge el artículo 54.2 apartado d) del vigente Estatuto de los Trabajadores , así como un claro y evidente fraude, deslealtad y abuso de confianza en las gestiones encomendadas, previsto como infracción muy grave en el artículo 4 apartado j) del Anexo II sobre Régimen disciplinario del Convenio Colectivo de este ayuntamiento de Almuñécar, así como el artículo 95.2 g) del Estatuto Básico del Empleado Público. Tercera. Ejercer actividades privadas sin haber solicitado y obtenido autorización de compatibilidad al órgano competente para su concesión, de acuerdo con la legislación vigente sobre la materia, en concreto, la Ley 53/94, de 26 de diciembre de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas , infracción tipificada como muy grave en el Capítulo Segundo, artículo 4 apartado o) del Anexo II del vigente Convenio Colectivo del Personal Laboral del Ayuntamiento de Almuñécar . Cuarta: Actuar con evidente fraude, deslealtad y abuso de confianza en las gestiones encomendadas al incumplir su deber de abstenerse art. 54.2 apartado d) del vigente Estatuto de los Trabajadores y en el , tipificado como falta muy grave en el así como un caso claro de evidente fraude, deslealtad y abuso de confianza en las gestiones encomendadas, tal y como señala el artículo 28 de la Ley 30/1992, de 26



de noviembre de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común , infracción tipificada como muy grave en el Capítulo segundo, art. 4 apartado j) del Anexo II del vigente Convenio Colectivo del Personal Laboral del Ayuntamiento de Almuñécar .**TERCERO:** Imponer por la comisión de cada una de dichas faltas a D. Epifanio , la sanción de despido disciplinario conforme al artículo 14.3 apartado b) del Convenio Colectivo del Ayuntamiento de Almuñécar y conforme al artículo 96.1 apartado b) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público y comporta la inhabilitación para ser titular de un nuevo contrato de trabajo con funciones similares a las que desempeñaba, todo ello con efectos desde la notificación de la presente resolución al Sr. D. Epifanio ." **Tercero:** Por resolución número 337/12 de la Alcaldía del Ayuntamiento de Almuñécar, de fecha 30 de enero de 2012 se acordó la incoación de expediente disciplinario contra el hoy actor. En la incoación se acuerda igualmente la medida provisional de suspensión preventiva de empleo y sueldo, salvo en un 75% del sueldo, trienios y pagas extraordinarias, por un periodo máximo de seis meses. Dicha resolución fue comunicada a los representantes de los trabajadores del citado Ayuntamiento. Con fecha de 30 de enero de 2012 (folio 48 del expediente) se comunicó al hoy actor haciéndole saber que tenía un plazo de cinco días pueda proponer pruebas y realizar las alegaciones pertinentes en defensa de sus intereses. Con fecha 30 de enero de 2012 se presenta escrito por el hoy actor solicitando comunicación de efectos de la suspensión. (97). En fecha 31 de enero de 2012 se dicta resolución de la alcaldesa por la que se comunica que la suspensión comienza al día siguiente al de la notificación de la citada resolución realizada en fecha de 30 de enero de 2012. Con fecha de entrada de 3 de febrero de 2012 el demandante presenta escrito solicitando información en el expediente. Con fecha 8 de febrero de 2012 (registro de entrada) el demandante presentó alegaciones, aportando escrito, ratificado en juicio, de fecha 16 de marzo de 2010 firmado por el entonces alcalde D. Benedicto (folio 123) en el que consta lo siguiente: "Dadas las especiales características del trabajo que efectúa el ingeniero municipal D. Epifanio , se le autoriza a distribuir su jornada laboral según las necesidades del servicio, debiendo realizar el cómputo total de horas mensuales, de acuerdo con su contrato". Con fecha de registro 16 de febrero de 2012 se dictó resolución por el instructor del expediente resolviendo el escrito presentado en fecha de 30 de enero de alegaciones y denegando las pruebas propuestas, haciéndole contar que contra la misma no cabía recurso alguno (folio 152). Por escrito entrado en registro y fechado en 21 de febrero de 2012 se presentaron alegaciones al último. Se aportaban igualmente documentos por copia del Registro mercantil de Granada, que acreditan lo siguiente: 1º. Sociedad promociones Roldán y Rodríguez SA acordó su disolución voluntaria en fecha de 4 de julio de 1989, entrando en liquidación en la misma fecha. 2º. Conrolsa SA. Hoja registral cerrada con baja de actividad por la AEAT de ocho de agosto de 1996 (163). 3º. Grupo Rol 5 SL: Hoja registral cerrada con baja de actividad en fecha de 6/10/2003. 4º. Ingeniería y diseño territorial SL: hoja registral cerrada por falta de depósito de cuentas. 5º. Composición orgánica SL : hoja registral cerrada por falta de depósito de cuentas. 6º. Roldan Dessy Patrimonial SL , hoja registral cerrada por falta de depósito de cuentas. 7º. Obras de ingeniería y topografía SL: Administrador único indefinido desde su constitución de D. Jose Miguel . 8º. Sociedad patrimonial Inmobiliaria R5 SL: disolución voluntaria acordada en fecha de 30 de diciembre de 2003 y liquidación de fecha del día siguiente. Con fecha de 6 de marzo de 2012 el demandante presentó sendos escritos por registro (folios 325 a 328). Con fecha 28 de marzo de 2012 se dictó resolución 1233/2012 por la alcaldía en el que se manifestaba haber tenido conocimiento de nuevos hechos que pudieran ser constitutivos de infracción laboral y ampliando por un mes el expediente disciplinario incoado con traslado nuevamente de cinco días para realizar alegaciones al demandante. En dicho escrito se recoge lo siguiente: "D. Epifanio puede haber estado ostentando cargo de administrador y socio de determinadas sociedades mercantiles, concurriendo en clara situación de incompatibilidad sin haber solicitado compatibilidad que exige el artículo 14 de la Ley 53/1984, de 26 de diciembre de Incompatibilidades del Personal al Servicio de las Administraciones Públicas . Dicho incumplimiento queda configurado como infracción laboral muy grave en el artículo 4. Apartado o) del Anexo II sobre Régimen Disciplinario del Convenio Colectivo de este Ayuntamiento de Almuñécar y en el artículo 95 del Estatuto Básico del Empleado Público. Así se ha tenido conocimiento de que el trabajador D. Epifanio , ha estado desempeñando el cargo de administrador mercantil en las siguientes sociedades: Composición Orgánica SL; Ingeniería y desarrollo territorial SL; Sociedad patrimonial inmobiliaria R-5 SL; Roldán Dessy patrimonial SL; Conrolsa SA; Promociones Roldán y Rodríguez SA; Grupo Rol 5 SL. También se ha tenido conocimiento de que el Sr. Epifanio es socio mayoritario y administrador de la empresa Composición orgánica SL, de la que también es socio D. Jose Miguel . El Sr. Jose Miguel , resulta ser administrador de la empresa Obras de Ingeniería y Topografía SL. La cual ha realizado determinadas obras públicas en el término municipal de Almuñécar, entre ellas, la redacción del Proyecto de Urbanización de los planes parciales 7 y 9 de Almuñécar, la redacción del Proyecto modificado de urbanización del sector de las Maravillas de Almuñécar, y la redacción del Proyecto de urbanización del P-5 de Almuñécar. En tales proyectos, el Sr. Epifanio , como Jefe del servicio de Ingeniería e Infraestructura, ha intervenido activamente en su tramitación, entendiendo este Ayuntamiento que debería haberse abstenido del conocimiento de dichos asuntos al tener relaciones mercantiles personales con el D. Jose Miguel . Igualmente se ha tenido conocimiento que el Sr. Epifanio en su condición de Jefe de Servicio de Ingeniería e Infraestructura de este Ayuntamiento ha participado redactando los proyectos, llevando la dirección y certificando favorablemente la ejecución de las obras de acondicionamiento del Camino



Marchante y Cerval Los Mateos, de Gelibra, del Río Seco, del Río jate. Siendo el caso que de la inspección realizada a las mismas resulta que todas ellas estas presentan déficit en el espesor de la capa de rodadura ejecutada y por tanto repercuten, minorándolo, en el precio de ejecución material del proyecto. En base a la instancia presentada el 31/10/2011 por D. Plácido como representante de la Comunidad de propietarios DIRECCION000 , se ha tenido conocimiento de irregularidades en el vertido de aguas residuales de dicho conjunto Residencial para el que existe licencia de primera ocupación con informe favorable del Ingeniero Sr. Epifanio .". Dicha ampliación se notifica al hoy actor (folio 484) en fecha de 4 de abril de 2012. Con fecha de 28 de marzo de 2012. En fecha 2 de abril de 2012 se presentó escrito por el hoy actor (folio 576) solicitando caducidad del expediente. Con fecha de correos de 12 de abril de 2012 y recepción en el Ayuntamiento, registro de entrada, de 16 de abril de 2012 se presentó escrito de alegaciones por parte del hoy actor. Con fecha de 13 de abril de 2012 (folio 584) se dictó pliego de cargos por el instructor. Con fecha de correos de 30 de abril de 2012 y registro de entrada en el Ayuntamiento de 3 de mayo de 2012 se presentó escrito por el actor alegando al pliego de cargos. Con fecha de 30 de abril de 2012 se realiza propuesta de resolución por el instructor (folios 610 a 625 inclusive) en donde se recoge lo siguiente en el último párrafo del hecho sexto y hecho séptimo: "de dicha resolución se da traslado al interesado el 4 de abril del 2012 al instructor y a los miembros del Comité de Empresa. Con fecha de 12 de abril de 2012 el Sr. Epifanio formulo escrito de alegaciones en contra de la citada resolución.". Con fecha de 2 de mayo de 2012 se dictó resolución por la alcaldía que se ha transcrito. En fecha de 25 de mayo de 2012 se presentó por el actor reclamación previa frente a dicha resolución. Con fecha de 21 de junio de 2012 se resolvió la misma desestimándola por la Alcaldesa-presidente de la corporación. (Folio 672); **Cuarto** : No consta que el actor tenga solicitada o concedida compatibilidad para el ejercicio público y/ o privado de su profesión por el Ayuntamiento de Almuñécar; **Quinto**: El hoy actor faltó a su puesto de trabajo los días 17 y 18 de noviembre de 2011, 24 y 25 de noviembre de 2011, y 1 y 2 de diciembre de 2011, 15 y 16 de diciembre de 2011, 20, 22 y 23 de diciembre de 2011, 27, 28,29 y 30 de diciembre de 2011, 3,4 y 5 de enero de 2012 y 12 y 13 de enero de 2012. El actor no había firmado en las hojas de entrada y salida (folios 500 a 545 del expediente, ambos inclusive) aunque si las restantes y sin tener justificación para ello; **Sexto**: El actor intervino en función de su puesto en las obras de Construcciones y viales Plata Ruiz SL que debió certificar y certificó, resultando del informe de comprobación del Ayuntamiento que solo se habían instalado 16 hidratanteres y no los 21 que venían en el proyecto. El demandante certificó las siguientes obras de la misma: *17 de junio de 2010: 22.112,77 euros. 30 de junio de 2010: 16.419,75 euros. 11 de agosto de 2010: 7.510,20 euros. 13 de diciembre de 2010: 3.789 euros*; **Séptimo** : El actor presentó demanda con fecha 28 de junio de 2012."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, la representación procesal del EXCMO. AYUNTAMIENTO DE ALMUÑECAR formuló recurso de suplicación y la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, sede en Granada, dictó sentencia en fecha 27 de febrero de 2013 , en la que consta el siguiente fallo:

"Que estimando el recurso de suplicación interpuesto por AYUNTAMIENTO DE ALMUÑECAR contra Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social núm 1 DE MOTRIL en fecha 15/10/12 , en Autos seguidos a instancia de Epifanio en reclamación sobre DESPIDO contra AYUNTAMIENTO DE ALMUÑECAR Y MINISTERIO FISCAL, debemos revocar y revocamos dicha sentencia y en su lugar dictando otra por la que se desestima la demanda del actor, declarando su despido disciplinario procedente por la comisión de tres faltas muy graves."

CUARTO.- Contra la sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Granada), la representación procesal de D. Epifanio , interpuso el presente recurso de casación para la unificación de doctrina, que se formalizó mediante escrito fundado en la contradicción de la sentencia recurrida con la dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Castilla y León (Valladolid) de fecha 3 de noviembre de 2003 (rec. suplicación 1884/2003) y con la dictada por esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 4 de mayo de 2009 (Rcud. 789/2008).

QUINTO.- Se admitió a trámite el recurso, y tras ser impugnado por la parte recurrida, se pasaron las actuaciones al Ministerio Fiscal para informe, el cual fue emitido en el sentido de estimar IMPROCEDENTE el recurso. Se señaló para la votación y fallo el día 25 de junio de 2014, llevándose a cabo tales actos en la fecha señalada.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sentencia recurrida.-

1.- Es objeto del presente recurso de casación para la unificación de doctrina, la sentencia dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -con sede en Granada- de 27 de febrero de 2013 (rec. 107/2013), que con revocación de la de instancia, declara la procedencia del despido disciplinario impugnado.



2.- En dicha sentencia consta acreditado que el actor prestaba servicios desde el 1 de febrero de 1986 con la categoría de Jefe de Servicio de Ingeniería para el Ayuntamiento de Almuñécar, con un contrato a tiempo parcial cuatro días a la semana no concretados.

El 7 de mayo de 2012, y tras la tramitación del correspondiente expediente disciplinario, se le comunica al actor el despido disciplinario derivado de la resolución de fecha 30-04-2012 dictada por la Alcaldesa, sin ratificación del pleno.

La sentencia de instancia declara la improcedencia del despido, en síntesis, por defectos formales en la tramitación del expediente disciplinario, por falta de ratificación de la decisión extintiva por el pleno, o por falta de acreditación o de gravedad de los incumplimientos imputados en la carta.

La sala de suplicación, acoge el recurso del Ayuntamiento. En lo que ahora interesa, entiende que no es requisito formal exigible la ratificación por el Pleno del despido decidido por la Alcaldesa porque, conforme a los arts. 21 y 22 de la Ley 11/1999 de bases de régimen local y a la Ley 57/2003, en que, entre otras atribuciones del Alcalde se encuentra la de despedir al personal laboral. Exigiéndose exclusivamente la comunicación de tal decisión al Pleno, pero no la ratificación que se exigía en la normativa anterior - RD 2568/1986- que debe considerarse expresamente derogada. Asimismo, se consideran cumplidos los requisitos formales exigidos por los arts. 28 y 29 del Anexo del II Convenio colectivo del Ayuntamiento de Almuñécar. Y ello porque la resolución sancionadora se dicta tras entregarse al actor el 12 de abril de 2012 un primer pliego de cargos, frente al que efectuó alegaciones el actor el 16 de abril, proponiendo prueba que le fue desestimada; y tras efectuarse una modificación del pliego de cargos el 13 de abril de 2012, también se le dio al actor la oportunidad de efectuar alegaciones, lo que hizo el 30 de abril de 2012, en la misma fecha en que se le notifica la resolución sancionadora. Entiende la Sala que no puede obligarse a la Corporación demandada a contestar cada una de las alegaciones del actor, sino que es suficiente con un rechazo genérico do mediante simple silencio. Y superados los obstáculos formales, se considera que los acreditados incumplimientos justifican la decisión extintiva.

La Sala de suplicación entiende acreditadas las siguientes conductas: a) Faltar al puesto de trabajo durante más de tres días en un mes; b) Emitir certificaciones e informes favorables de obras sin que aquellas estén finalizadas o cumplan correctamente con la normativa aplicable; c) Incumplimiento del deber de abstenerse de realizar actividades incompatibles con la desarrollada por el Ayuntamiento.

3.- Recurre en casación para la unificación de doctrina el actor, articulando en su recurso dos motivos de contradicción. Designa como sentencias de contraste la dictada por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid de 3 de noviembre de 2003 (rec. 1884/2003), y la dictada por esta Sala IV del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2009 (rec. 789/2008).

El recurso es impugnado por el Ayuntamiento demandado, que interesa la desestimación del mismo.

El Ministerio Fiscal emitió informe en el que entiende que el recurso es improcedente.

SEGUNDO.- Análisis de la contradicción entre las sentencias comparadas.-

1.- Esta Sala IV del Tribunal Supremo ha reiterado que la contradicción que exige el artículo 219 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social para la viabilidad del recurso de casación para la unificación de doctrina, 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 R. 2082/2004 ; 25 de julio de 2007, R. 2704/2006 ; 4 y 10 de octubre de 2007 , R. 586/2006 y R. 312/2007 , 16 de noviembre de 2007, R. 4993/2006 ; 8 de febrero y 10 de junio de 2008 , R. 2703/2006 y R. 2506/2007). También se ha reiterado que 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 R. 2532/2006 ; 18 de julio de 2008, R. 437/2007 ; 15 y 22 de septiembre de 2008 , R. 1126/2007 y R. 2613/2007 ; 2 de octubre de 2008, R. 483/2007 y R. 4351/2007 ; 20 de octubre de 2008, R. 672/2007 ; 3 de noviembre de 2008, R. 2637/2007 y R. 3883/07 ; 12 de noviembre de 2008, R. 2470/2007 ; y 18 y 19 de febrero de 2009 , R. 3014/2007 y R. 1138/2008), 29 de octubre de 2010 (R. 200/10), 4 de octubre de 2011 (R. 3629/2010) y 18 de enero de 2012, (R. 1622/2011).

Por tanto, procede comprobar si entre la sentencia recurrida en casación unificadora y las que se proponen de contraste por la parte recurrente concurre el requisito de la contradicción, de conformidad con la doctrina de la Sala que se acaba de exponer.



2.- Son dos los motivos de contradicción articulados:

A.- En el primero se reitera el incumplimiento de las exigencias formales del despido, al haberse omitido la ratificación del mismo por el Pleno del Ayuntamiento exigida por el art. 50 del RD. 2568/1986 . Se invoca como sentencia de contraste la de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León con sede en Valladolid de 3 de noviembre de 2003 (rec. 1884/2003) que declara improcedente el despido del actor acordado por el Ayuntamiento de Benavente y notificado al actor el 24 de junio de 2002, por incumplimiento del trámite de ratificación por el Pleno de la decisión adoptada por el Alcalde, lo cual determina la anulabilidad del acto, conforme a lo previsto en el art. 63 de la Ley 30/1992 .

Con respecto a este motivo de recurso cabe apreciar la existencia de contradicción. En efecto, en ambos casos se plantea si es exigible que la ratificación por el Pleno del despido decidido por el Alcalde y, si bien las sentencias aplican normas distintas, dado que en el caso de autos -al contrario de lo que sucede en el de contraste- el despido se produce estando en vigor la Ley 57/2003 de Medidas para la modernización del gobierno local, lo cierto es que la redacción del art. 21.h de la Ley de Régimen Local , no ha cambiado desde la promulgación de la Ley 57/2003, siendo la misma que la dada por la Ley 11/1999.

En dicha norma se recoge como competencia del Alcalde la de desempeñar la jefatura superior de todo el personal, y acordar su nombramiento y sanciones, incluida la separación del servicio de los funcionarios de la Corporación y el despido del personal laboral, dando cuenta al Pleno, en estos dos últimos casos, en la primera sesión que se celebre.

En definitiva, lo que debe determinarse en el actual recurso es si es aplicable la previsión contenida en el art. 50.10 del RD. 2568/1986 por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Régimen Jurídico de las Entidades Locales y en el que se atribuye al Pleno de las Corporaciones Locales la facultad de: "...separar del servicio a los funcionarios de la entidad, ratificar el despido del personal laboral e imponer sanciones por faltas graves o muy graves a los funcionarios con habilitación de carácter nacional que no supongan la destitución del cargo ni la separación definitiva del servicio".

Y en este punto las sentencias son discrepantes, al entender la de autos que tal requisito -ratificación de despidos por el Pleno- carece de vigencia, como consecuencia de la derogación expresa de las normas anteriores contenida en la disposición derogatoria única de la Ley 57/2003. Sin embargo, la sentencia referencial entiende que es aplicable tal disposición del RD. 2568/1986. Y ello a pesar de que en la Ley 11/1999 existe asimismo disposición derogatoria del mismo tenor que la de la Ley 57/2003.

Así, respecto a este primer motivo, ha de estimarse que concurre la contradicción requerida en el art. 219 LRJS , siendo intrascendente que las causas de despido en los supuestos comparados no sean coincidentes.

B.- En el segundo motivo, se reitera la denuncia de defectuosa tramitación del expediente disciplinario. Se invoca como sentencia de contraste la dictada por esta Sala IV del Tribunal Supremo de 4 de mayo de 2009 (rec. 789/2008) que declara improcedente el despido del actor al no haberse cumplido en ese caso por parte de la empresa la exigencia contenida en el art. 62 del XIV Convenio Colectivo general de la Industria Química que requiere para la imposición de sanciones por faltas muy graves la *"tramitación de expediente o procedimiento sumario en que sea oído el trabajador afectado"*.

En este caso la Sala valora que existió una reunión en la que estuvieron el actor, el presidente del comité de empresa y el representante legal de la empresa en la que se le comunicaron al actor las imputaciones y se le concedió el plazo de 48 horas para efectuar alegaciones. Sin embargo la empresa, sin haber finalizado dicho plazo ni dar la oportunidad al actor de contestar procedió a comunicar al actor el despido el mismo día en que la citada reunión tuvo lugar.

De ello se desprende en relación a este segundo motivo, la inexistencia de contradicción entre las sentencias comparadas. Y ello porque nada tienen que ver las circunstancias que han rodeado la tramitación del expediente contradictorio. Así, en el caso de autos el actor recibió el pliego de cargos, presentó las correspondientes alegaciones y solicitud de prueba, y tras la modificación de los cargos presentó de nuevo alegaciones el último día del plazo y el mismo día en el que se le notifica el despido. Mientras que en la sentencia de contraste consta que el mismo día en que se le notifican verbalmente al actor las imputaciones y sin esperar a que transcurran las 48 horas concedidas para alegaciones, le es notificado al actor el despido.

Las diferencias entre los supuestos comparados impide apreciar en relación al motivo segundo ahora examinado la existencia de contradicción (art. 219 LRJS).

TERCERO.- Resolución de la cuestión planteada en el motivo primero de recurso respecto al que se ha apreciado la existencia de contradicción.-



La cuestión a resolver en el presente recurso de casación para la unificación de doctrina ha quedado centrada y limitada a determinar si es aplicable al caso la previsión contenida en el art. 50.10 del RD. 2568/1986 por el que se aprueba el Reglamento de Organización y Funcionamiento del Régimen Jurídico de las Entidades Locales y en el que se atribuye al Pleno de las Corporaciones Locales la facultad de: "...separar del servicio a los funcionarios de la entidad, ratificar el despido del personal laboral e imponer sanciones por faltas graves o muy graves a los funcionarios con habilitación de carácter nacional que no supongan la destitución del cargo ni la separación definitiva del servicio".

Se alega por el recurrente la vulneración del art. 50.10 del RD. 2568/1986 y de la Disposición derogatoria única de la Ley 11/1999, en relación con los arts. 21 y 22 de la Ley 7/1985 de Bases del Régimen Local .

Conforme al art. 50.10 del RD. 2568/1986 de 28 de noviembre , por el que se aprueba el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico de las Entidades Locales, corresponden al Pleno, una vez constituido conforme a lo dispuesto en la legislación electoral, las siguientes atribuciones:

"... 10. Separar del servicio a los funcionarios de la entidad, ratificar el despido del personal laboral e imponer sanciones por faltas graves o muy graves a los funcionarios con habilitación de carácter nacional que no supongan la destitución del cargo ni la separación definitiva del servicio".

Por otro lado, la Ley 11/1999 que reforma los arts. 21 y 22 de la Ley de Bases de Régimen Local , reordena la atribución de la competencia para los despidos al Alcalde y modifica las competencias del Pleno al respecto, derogando en su disposición derogatoria única, cuantas disposiciones de igual o inferior rango se opusiera a lo dispuesto en dicha ley; de modo que en 1999 se reforman las competencias del Alcalde y del Pleno Municipal. De modo que a partir de la misma, conforme al art. 21 h dentro de las atribuciones del Alcalde está la de: *"... Desempeñar la jefatura superior de todo el personal, y acordar su nombramiento y sanciones, incluida la separación del servicio de los funcionarios de la Corporación y el despido del personal laboral, dando cuenta al Pleno, en estos dos últimos casos, en la primera sesión que celebre. Esta atribución se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 99.1 y 3 de esta Ley "*; y conforme al art. 22, dentro de las competencias del Pleno no consta ya la ratificación del despido del personal laboral.

Ley 57/2003, de 16 de diciembre, de medidas para la modernización del gobierno local, en los mismos términos que estableció la Ley 11/1999 (al modificar el art. 21 de la ley de Régimen Local), señala que el Alcalde ostenta entre sus atribuciones la de: *"... Desempeñar la jefatura superior de todo el personal, y acordar su nombramiento y sanciones, incluida la separación del servicio de los funcionarios de la Corporación y el despido del personal laboral, dando cuenta al Pleno, en estos dos últimos casos, en la primera sesión que celebre. Esta atribución se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos 99.1 y 3 de esta Ley "*.

De la conjunción de dichas normas se observa un cambio sustancial, pues sin lugar a dudas, se exige al Alcalde la dación de cuenta al Pleno de los despidos del personal laboral, pero no la ratificación ante el Pleno, que ha desaparecido por derogación expresa operada por la Ley 57/2003, aunque "modificando" de nuevo los arts. 21 y 22 de la Ley 7/1985 de 2 de abril se exprese tal atribución en los mismos términos establecidos por la Ley 11/1999 -que ya los había modificado-.

En consecuencia, atendiendo a la normativa vigente, la falta de ratificación ante el Pleno, como señala la sentencia recurrida, y de acuerdo con el Informe del Ministerio Fiscal, no puede dar lugar a la improcedencia del despido por defecto de forma como postula el recurrente. Procede por ello la desestimación del único motivo de recurso respecto del que se ha apreciado la existencia de contradicción.

CUARTO.- Por cuanto precede, conforme con el informe del Ministerio Fiscal, ha de desestimarse el recurso, confirmando la sentencia recurrida. Sin costas.

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el Letrado D. Antonio Miguel Jiménez Montaña, en nombre y representación de D. Epifanio , contra la sentencia dictada el 27 de febrero de 2013 por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía -sede en Granada-, en el recurso de suplicación núm. 107/2013 , que resolvió el formulado contra la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 1 de Motril, de fecha 15 de octubre de 2012 , recaída en autos núm. 542/2012, seguidos a instancia de D. Epifanio contra el Excmo. AYUNTAMIENTO DE ALMUÑÉCAR, sobre DESPIDO. Confirmamos la sentencia recurrida. Sin costas.

Devuélvanse las actuaciones a la Sala de lo Social de procedencia ,con la certificación y comunicación de esta resolución.



Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- En el mismo día de la fecha fue leída y publicada la anterior sentencia por el Excmo. Sr. Magistrado D. **Rosa Maria Viroles Piñol** hallándose celebrando Audiencia Pública la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ