



Roj: **STSJ ICAN 2117/2016 - ECLI:ES:Tsjican:2016:2117**

Id Cendoj: **35016340012016100490**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social**

Sede: **Palmas de Gran Canaria (Las)**

Sección: **1**

Fecha: **22/06/2016**

Nº de Recurso: **263/2016**

Nº de Resolución: **552/2016**

Procedimiento: **Recursos de Suplicación**

Ponente: **MARIA JESUS GARCIA HERNANDEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJS, Palmas de Gran Canaria (Las), núm. 3, 23-07-2015 ,  
STSJ ICAN 2117/2016**

?

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA. SALA DE LO SOCIAL

Plaza de San Agustín Nº6

Las Palmas de Gran Canaria

Teléfono: 928 32 50 06

Fax.: 928 32 50 36

Sección: AP

Rollo: Recursos de Suplicación

Nº Rollo: 0000263/2016

NIG: 3501644420140007128

Materia: Despido

Resolución: Sentencia 000552/2016

Proc. origen: Despidos / Ceses en general Nº proc. origen: 0000693/2014-00

Órgano origen: Juzgado de lo Social Nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria

Intervención: Interviniente: Abogado:

Fiscal MINISTERIO FISCAL

Recurrente Maximino

Recurrido ENDESA S.A.

En Las Palmas de Gran Canaria, a 22 de junio de 2016.

La Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Autónoma de CANARIAS en Las Palmas de Gran Canaria formada por los Iltmos. Sres. Magistrados D. HUMBERTO GUADALUPE HERNÁNDEZ, Dña. MARÍA JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZ y D. IGNACIO DUCE SÁNCHEZ DE MOYA, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

**SENTENCIA**



En el Recurso de Suplicación núm. 0000263/2016, interpuesto por D. Maximino , frente a Sentencia 000261/2015 del Juzgado de lo Social Nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria los Autos Nº 0000693/2014-00 en reclamación de Despido siendo Ponente el ILTMO./A. SR./A. D./Dña. MARÍA JESÚS GARCÍA HERNÁNDEZ.

## ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Según consta en Autos, se presentó demanda por D. Maximino , en reclamación de Despido siendo demandado ENDESA S.A. y MINISTERIO FISCAL y celebrado juicio y dictada Sentencia desestimatoria, el día 23 de julio 2015 , por el Juzgado de referencia.SEGUNDO.- En la citada Sentencia y como hechos probados, se declaran los siguientes:

PRIMERO.- La parte actora, con DNI nº NUM000 , viene prestando servicios en la mercantil demandada, con antigüedad de 04.05.1992, con la categoría profesional de Gestión Técnico Administrativa, Grupo 0, con la ocupación de Especialista de Ocupación y con salario día bruto con prorrateo de pagas extraordinarias 158,73 €.

SEGUNDO.- Con fecha 13.12.2010, el actor solicita excedencia por cuidado de familiares-sus suegros-, accediendo la demandada con fecha 28.12.2010, con efectos desde el 10.01.2011, por un periodo máximo de tres años.

TERCERO.- Con fecha 18.01.2011, por el Juzgado de lo Penal nº 3 de L.P.G.C., se le requiere para su entrada en prisión en el plazo de 10 días, para el cumplimiento de una pena privativa de libertad de dos años, seis meses y un día.

CUARTO.- Con fecha 28.01.2011, el actor entra en prisión hasta el 24.07.2013, si bien, se le concede el tercer grado con fecha 23.07.2012.

QUINTO.- Con fecha 25.04.2013, el actor solicita la reincorporación a su puesto de trabajo con fecha de efectos del 01.06.2014.

SEXTO.- Con fecha 08.08.2014, la mercantil demandada comunica al actor carta de despido disciplinario del siguiente tenor literal: " Muy Sr. nuestro: Finalizada la tramitación del expediente incoado y como resultado de las actuaciones que se han venido llevando a cabo, se han comprobado los hechos que se exponen a continuación:

El 13 de diciembre de 2010 solicitó Vd. a la empresa acogerse a una excedencia laboral por cuidado de familiares, al amparo del art. 40.4 a) 2 del entonces vigente III Convenio Colectivo Marco del Grupo Endesa , con la finalidad del cuidado de Doña Marisa . de 80 años y Don Antonio ., de 85 años, su suegra y suegro respectivamente, a partir del 10.01.11 y por una duración de 3 años. Según los términos de su solicitud, las personas indicadas padecían enfermedades que les ocasionaban movilidad reducida, aportando Vd. documentación acreditativa de su parentesco con las mismas.

Accediendo a esta solicitud, con fecha 28 de diciembre de 2010 la Empresa resolvió conceder esta excedencia especial para la finalidad solicitada, la cual se inició el 10.01.11 y se prolongó hasta el 1.08.14, fecha en que se ha producido su reingreso en la Empresa tras haberlo solicitado Vd. el 25.04.13, alegando para la solicitud de reingreso el haber finalizado las circunstancias que motivaron su solicitud de excedencia.

Con fecha de 11 de julio de 2014 se ha recibido en el Canal Ético de Endesa una denuncia contra Vd. en los siguientes términos:

Maximino falsificó documentos para entrar de nuevo en Unelco. Se fue no para cuidar a los padres, estuvo preso en el salto del negro expediente del año 2008 del Juzgado Penal 3

Maximino estuvo en la carcel por abuso sexual y falsificó la documentación para entrar en unelco diciendo que estuvo cuidando a sus padres.

Con motivo de esta denuncia, el 15.07.14 tuvo lugar una reunión entre Vd., D. Nazario - Responsable de Auditoría Interna de la Empresa- y D. Carlos Jesús -Responsable Territorial de RRHH-, en la que Vd. reconoció expresamente haber estado en prisión mientras se encontraba en la situación de excedencia especial que había solicitado para la finalidad del cuidado de familiares arriba descrita. En dicha reunión le fue requerida documentación o acreditación que pusiera de manifiesto que a la fecha de la solicitud e inicio de la excedencia especial desconocía Vd. que su ingreso en prisión se produciría durante el tiempo de ésta, así como la compatibilidad temporal entre esta situación laboral de excedencia especial para el cuidado de familiares y su tiempo de ingreso en prisión, sin que haya aportado Vd. documentación o acreditación alguna. Igualmente, en el expediente disciplinario1 tramitado tampoco ha sido aportada ningún tipo de documentación o acreditación en el sentido indicado.



Por todo lo anterior se verifica que la excedencia especial que Vd. solicitó el 13.12.10 y cuya regulación convencional la destina específicamente para el cuidado de familiares, no tenía

realmente esta finalidad específica, sino la de su ingreso en prisión, el cual tuvo lugar posteriormente al inicio de la excedencia, según reconocimiento expreso por su parte. Este ingreso en prisión no fue comunicado por Vd. a la empresa en ningún momento, consiguiendo con tal omisión mantener la situación de excedencia especial que había solicitado y que le había sido concedida para la finalidad del cuidado de sus familiares, pese a la imposibilidad del cumplimiento de dicha finalidad.

Las conductas descritas en la presente carta protagonizadas por Vd. son constitutivas de faltas laborales muy graves, tipificadas en los siguientes artículos:

Art. 54.2.d) del Estatuto de los Trabajadores como incumplimiento contractual grave y culpable por transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo.

Art. 139.3) del IV Convenio Colectivo Marco del Grupo Endesa , por fraude, deslealtad y abuso de confianza en las gestiones encomendadas,

por lo que se ha acordado imponerle la sanción de DESPIDO DISCIPLINARIO, con pérdida total de sus derechos en la Empresa, de acuerdo con el art. 54.1 del Estatuto de los Trabajadores y con el art. 136.c) del IV Convenio Colectivo Marco del Grupo Endesa , con fecha de efectos del día 8 de agosto de 2014.

Por último, en prueba de su recepción, le rogamos nos devuelva firmada la copia adjunta de la presente comunicación."

SEPTIMO.- Con fecha 11.07.2014, en el Canal Ético de la Empresa, se comunica de forma anónima lo siguiente: " Maximino falsificó documentos para entrar de nuevo en Unelco. Se fue no para cuidar a los padres, estuvo preso en el salto del negro expediente del año 2008 del Juzgado Penal 3. Maximino estuvo en la cárcel por abuso sexual y falsificó la documentación para entrar en unelco diciendo que estuvo cuidando a sus padres."

OCTAVO.- Con fecha 23.12.2010, el actor tuvo conocimiento de la firmeza de la sentencia de la Audiencia Provincial de Las Palmas.

NOVENO.- La esposa del actor presta servicios para una mercantil con un contrato indefinido a tiempo parcial.

DECIMO.- El actor durante la excedencia mantuvo los beneficios sociales que reconoce el Convenio Colectivo de empresa, entre otros, el coste del fluido eléctrico tanto en la vivienda habitual como en una segunda vivienda.

UNDECIMO.- La mercantil dispone de un medio de comunicación en red, en la empresa, preservando el anonimato con el objeto de posibilitar las denuncias frente a compañeros y los propios directivos de la empresa, denominado el Canal Ético.

DUODECIMO.- La parte actora no ostenta ni han ostentado en el año anterior la condición de representante legal o sindical de los trabajadores.

DECIMO TERCERO.- El preceptivo acto de conciliación ante el SEMAC, se celebró el 17.09.2014 sin avenencia.

TERCERO.- El Fallo de la Sentencia de instancia literalmente dice: Que desestimando la excepción procesal de prescripción, planteada por la parte actora, debo desestimar y desestimo la demanda origen de las presentes actuaciones, promovida por Don Maximino , contra la mercantil, Endesa S.A. y el Ministerio Fiscal, sobre DESPIDO; debo declarar y declaro procedente el despido objeto del presente procedimiento; absolviendo a la demandada de las pretensiones formuladas en su contra, las cuales son expresamente desestimadas.

CUARTO.- Que contra dicha Sentencia, se interpuso Recurso de Suplicación por la parte D. Maximino , siendo impugnado de contrario y recibidos los Autos por esta Sala, se formó el oportuno rollo y pase al Ponente. Señalándose para votación y fallo.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Una denuncia anónima en el Canal Ético de ENDESA SA, motiva la práctica de indagación interna seguida de apertura de expediente disciplinario, que culmina con la imposición a D. Maximino de la máxima sanción, su despido, por transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza ( artículo 54.2 d ET ), fraude, deslealtad y abuso de confianza en las gestiones encomendadas ( artículo 139.3 IV Convenio Marco del Grupo ENDESA ).

Dos son las imputaciones:



Solicitar excedencia especial para cuidado de familiares - sus suegros octogenarios con movilidad reducida - con el propósito real de encubrir el tiempo de su ingreso en prisión.

No comunicar a la empresa el ingreso en prisión, consiguiendo mantener la situación de excedencia especial pese a la imposibilidad de dar cumplimiento a su finalidad específica.

En la impugnación de la decisión empresarial se encuentra el origen del presente litigio, resuelto en la instancia de modo no favorable a los intereses del trabajador, cuyo despido se declara procedente.

Disconforme, se alza en suplicación formalizando escrito de recurso, que se impugna de contrario.

SEGUNDO.- El recurrente identifica como el origen de sus males la denuncia interna anónima a través del Canal Ético de la empresa ( documento N° 7 ramo empresa ) y el primer motivo de recurso se centra en su ataque.

Pretende que se contemple como prueba ilícita, que habría viciado todas las actuaciones extra e intraprocesales, efectuando su denuncia por el cauce previsto en el apartado a/ artículo 193 LRJS , e interesando " que se deje sin efecto la sentencia, debiendo dictarse nueva resolución sin tener en consideración ni el documento número 7 de la parte demandada impugnado ni las consideraciones o manifestaciones habidas al respecto por terceros intervinientes en la vista " .

Para el recurrente se trata de prueba ilícita en cuanto vulneradora de sus derechos a la protección de datos personales ( artículo 18.4 CE ), que ataca a su integridad moral ( artículo 15 CE ) y a su intimidad ( art. 18.1 CE ), comprometiendo su derecho a la tutela judicial efectiva

en su vertiente derecho a la defensa ( artículo 24.1 CE ).

No cita precepto procesal infringido pero es evidente que son los artículos 11.1 LOPJ y 90.2 LRJS los concernidos. Dice el artículo 11.1 LOPJ - " No surtirán efectos las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales ", y el artículo 90.2 LRJS - " No se admitirán pruebas que tuvieran su origen o que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas " .

El Tribunal Constitucional tiene afirmado que la valoración de pruebas obtenidas con vulneración de derechos fundamentales produce lesión del derecho a un proceso con todas las garantías, " implica una ignorancia de las garantías propias del proceso ( artículo 24.2 CE ) y en virtud de su contradicción con ese derecho fundamental y, en definitiva, con la idea de proceso justo, debe considerarse prohibido por la Constitución " ( por todas STC 17 enero 2000 , RTC 2000/8 ).

El establecimiento de sistemas internos de denuncias o de " Whistleblowing ", configurados a través de la creación de buzones internos a través de los cuales los empleados de la compañía, generalmente por el procedimiento on line, ponen de manifiesto la existencia de conductas contrarias a la Ley o a las normas internas de conducta de la empresa, llevadas a cabo por empleados o auditores, entraña tratamiento de datos en los términos previstos en el artículo 2.1 párrafo primero en relación con el artículo 3 LO 15/ 1999 , 13 diciembre, de Protección de datos de Carácter Personal - transposición de la Directiva 95 /46 / CE.

Estos sistemas pueden comprometer derechos fundamentales - honor, intimidad protección de datos personales - por lo que su legitimidad se subordina al cumplimiento de criterios objetivos dados por las autoridades competentes.

La Agencia Española de Protección de Datos ( AEPD ), en Informe jurídico 0128/2007 admite que el establecimiento de estos sistemas puedan lograr amparo en la LO 15/ 1999, siempre que puedan considerarse necesarios para el desarrollo y control adecuado de la relación contractual ( artículo 6.2 y 11.1.C LO 15/1999 ), siéndolo cuando el sistema se circunscribe a las denuncias referidas a materias o normas internas o externas cuyo incumplimiento tiene una consecuencia efectiva sobre el mantenimiento de la relación contractual entre la empresa y el denunciado. Si bien subrayando que en garantía de los principios de exactitud e integridad de la información contenida en dichos sistemas debería exigirse que únicamente acepten la inclusión de denuncias en las que aparezca identificado el denunciante, sin perjuicio de la garantía de la confidencialidad de sus datos de carácter personal, no bastando el establecimiento de un primer filtro de confidencialidad y una posible alegación última del anonimato para el funcionamiento del sistema.

Orientaciones que se reproducen en la " Guía para la protección de datos en las relaciones laborales ", publicada por la AEPD con el objetivo de promover la aplicación de la LO 15/1999 y su Reglamento, RD 1720/2007, 21 diciembre.

Pronunciándose en contra de la inserción de denuncias anónimas la AEPD se aparta del Dictamen 1/ 2006, 1 febrero ( identificado WP 117), del Grupo de Trabajo del artículo 29 (GT 29) - órgano consultivo de la UE vigilante de la aplicación de la Directiva 95/46 / CE, 24 octubre 1995 , sobre protección de datos -, que partiendo



de que son una realidad en las empresas las admite siempre que se adopten especiales precauciones y como excepción a la regla general, constituida por las denuncias identificadas.

Solución de compromiso alcanzada por el GT 29 con las autoridades norteamericanas para la aplicación de la disposición de la Sabarnes - Oxley Act 30 julio 2002 ( SOX ), que vincula a las sociedades cotizadas en los mercados norteamericanos imponiéndole establecer la posibilidad de denuncias anónimas por parte los empleados.

En el mismo sentido que el WP 117, la Recomendación 5/2015, del Comité de Ministros del Consejo de Europa sobre procesamiento de datos personales en el contexto de las relaciones laborales.

ENDESA SA tiene habilitado un canal, accesible desde su página web y diseñado para que pueda ser utilizado en el ámbito de todo su grupo empresarial - presente en distintos países -, que gestiona una firma externa e independiente, Ethics Point, radicada en EE.UU, que posibilita la comunicación de denuncias y garantiza el " anonimato " del denunciante de acuerdo con lo requerido por la Securities and Exchange Comisión ( SEC ) y mas concretamente con la SOX ( documento F 110 " Canal Ético y Tratamiento de Denuncias " - folios 195 a 198 -).

El hecho de que el prestador del servicio tenga sede fuera de España no significa que la transferencia de datos a ENDESA SA quede al margen de las orientaciones dadas por la AEPD.

El sistema, respecto del tratamiento de la identidad del denunciante, es conforme a la SOX y al WP 117 pero no a las orientaciones indicadas por la AEPD al permitir el anonimato del denunciante.

Ahora bien, el hecho de que la transmisión de la denuncia anónima depositada en el Buzón Ético pudiera suponer incumplimiento de las orientaciones ofrecidas por la AEPD no significa que ENDESA SA vulnerase en el tratamiento de esa información personal el derecho a la protección de datos personales del denunciado.

Consta que el 11 julio 2014, siguiendo el protocolo establecido al efecto la empresa prestadora del servicio de Buzón Ético transmitió la denuncia anónima confidencialmente a la Auditoría Interna, y que el Responsable de Auditoría Interna de la Empresa y el Responsable Territorial de RRHH mantuvieron el 15 julio 2014 reunión informativa con el denunciado que reconoció haber estado en prisión ( último párrafo fundamento jurídico segundo ), aunque sin dar fechas, razón por la que se le requirió documentación acreditativa y, al no aportarse, se procedió a la apertura de expediente disciplinario. Actuaciones que revelan la cautela que mostró la empresa ante la información.

La puso de inmediato en conocimiento del denunciado para valorar su integridad y solo tras el reconocimiento de éste y la no aportación de la documentación requerida, abrió expediente disciplinario para averiguar el alcance de los hechos.

Dice un antiguo brocardo que " quien oculta su rostro para acusar, también es capaz de ocultar la verdad en lo que acusa ", pero el recelo que suscita el anonimato no puede impedir que la empresa, primero ponga en marcha un proceso de indagación interna reservada para una ponderación de los hechos valorando su verosimilitud, credibilidad y suficiencia; mas adelante, reconocido por el denunciado el hecho que sustenta la denuncia - aunque no él ánimo defraudador -, proceda a la incoación de expediente a efectos de su depuración; y finalmente, contrastada la veracidad, calificándolos como falta muy grave proceda a su sanción con el despido.

ENDESA despidió al trabajador no por el hecho de ser denunciado sino porque los hechos denunciados , tras ser investigados, han resultado acreditados, siendo constitutivos de falta merecedora de la máxima sanción. Y la sentencia de instancia declara procedente el despido no porque considere a la denuncia anónima prueba " de cargo " sino porque los hechos imputados en la carta resultaron acreditados con las pruebas practicadas en el acto de juicio, siendo subsumibles en el tipo de falta muy grave sancionable con el despido.

Se desestima el motivo de nulidad.

TERCERO.- Seguidamente, al amparo del apartado b/ artículo 193 LRJS , el recurrente en relación al relato de hechos declarados probados de la sentencia , interesa:

1.- La modificación del ordinal primero, para el que propone la siguiente redacción:

" PRIMERO.- La parte actora, con DNI viene prestando servicios en la mercantil demandada, con antigüedad de 04.05.1992, con la categoría profesional de Gestión Técnico Administrativa, Grupo profesional técnico administrativo y nivel competencial III, conservando la remuneración correspondiente al Nivel Competencial o al que pertenece, y con un salario bruto con prorrateo de pagas extraordinarias de 158,73 " .?

Apoyo probatorio: documento al folio 213 de fecha 27 mayo 2014 en el que constan las condiciones laborales de la reincorporación tras la excedencia.



Dispone el artículo 107.a LRJS que en la sentencia de despido " deberán hacerse constar las siguientes circunstancias: a/ Antigüedad, concretando los períodos en que hayan sido prestados los servicios; categoría profesional; salario, tiempo y forma de pago; lugar de trabajo: modalidad y duración del contrato; jornada; características particulares, sí las hubiere, del trabajo que se realizaba antes de producirse el despido ".

El dato propuesto, que es cierto y resulta directamente del documento citado en apoyo revisorio, ha de constar en el relato fáctico de la sentencia atendido lo dispuesto en el precepto reproducido y ante un eventual recurso unificador aunque, en este caso, ninguna trascendencia tenga para alterar el signo del pronunciamiento.

Se accede a la solicitud.

2.- La eliminación del ordinal séptimo.

Apoyo probatorio: la denuncia anónima en el Canal Ético de la empresa es prueba ilícita obtenida con vulneración de derechos fundamentales.

La denuncia de ilicitud de la prueba se efectuó a través del cauce legal oportuno - apartado a/ artículo 193 LRJS - no alcanzando éxito.

La reproducción de la denuncia como motivo revisorio ha de rechazarse sin más.

CUARTO.- Recurriendo de nuevo a la denuncia anónima como eje central de su discurso el recurrente agota los cauces ofrecidos por el artículo 193 LRJS en su intento de hacerlo valer como prueba de ilícita obtención, acudiendo ahora al de censura, previsto en su apartado c/.

En esta ocasión , reiterando su argumentación, pretende:

1. Justificar que la Juzgadora al no calificar como nulo el despido, por vulnerador de los derechos fundamentales consagrados en los artículos 15 , 18.1 y 18.4 CE , incurre en infracción por no aplicación del artículo 55.5 ET .

La denuncia se focaliza en el anónimo por lo que no es necesario abundar más en lo ya dicho; estamos a lo expuesto al resolver el motivo de nulidad.

2. Negar la ocultación de los hechos y situar el " dies a quo " del plazo de prescripción de las faltas en un momento anterior a la fecha de la denuncia anónima que, a su juicio, podría ser:

" Desde que el trabajador pide la excedencia ( 13.12.2010 ) hasta que se abre expediente sancionador, habían transcurrido más de 4 años y 8 meses.

Desde que sale de prisión ( 23.07.2012 ), habían transcurrido casi 2 años.

Desde el momento que solicita la reincorporación ( 25.04.2013 ), transcurren 1 año y casi 3 meses "

Existe ocultación de una falta cuando el trabajador abusando de la confianza y/o con deslealtad sustrae al conocimiento del empleador hechos relevantes para el mantenimiento de su relación, y la existencia de ocultación permite situar el inicio del cómputo del plazo de prescripción en la fecha en que, cesando esa falta continua de lealtad, la empresa tiene noticia de los hechos.

Así resulta de la doctrina jurisprudencial suficientemente expuesta en el fundamento jurídico tercero, que el recurrente a su vez reproduce y asume, no cuestionándose.

La denuncia, concerniente al artículo 60.2 ET se centra en dos argumentos que son exclusivamente los que hemos de examinar:

\* No existe ocultación porque la reincorporación tras la excedencia tuvo lugar en un puesto de auxiliar administrativo - nivel competencial III, desde el cual no podía eludir el control de la empresa.

\* " La propia empresa podría dejar sin efecto una norma legal y convencional como es la prescripción auto-enviándose un " anónimo " que lo que viene es a dejar en indefensión al trabajador siendo una verdadera burla al derecho ".

La Sala no encuentra sentido a ninguno de los argumentos .

Carece de sentido el primero porque no son faltas en la prestación de los servicios como auxiliar administrativo las que se están imputando, sino faltas cometidas al situarse el trabajador en excedencia y en el decurso de ésta.

Y, en cuanto al segundo, la Juzgadora sitúa el inicio del cómputo del plazo de prescripción el día en que la empresa conoce los hechos a través de la denuncia anónima, hecho objetivo. Si el trabajador entendía que



el conocimiento de los hechos por la empresa era anterior a él correspondía acreditarlo. Y si no lo hizo es precisamente porque no podía, pues nada comunicó a la empresa sobre su situación, manteniéndola oculta.

QUINTO.- También con amparo en el apartado c) artículo 193 LRJS se somete a examen si los hechos imputados y acreditados tienen encaje en los artículos 54.2 d ET y 139.3 del IV Convenio Colectivo del Grupo Endesa o si la Juzgadora ha errado en su valoración jurídica.

El artículo 40.4.a. 2 del Convenio de aplicación establece el derecho de los trabajadores de plantilla a un período de excedencia, de duración no superior a tres años para atender al cuidado de un familiar de hasta el segundo grado de afinidad, cuando por razones de edad, accidente o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida por la que perciba remuneración superior a 2 veces el salario mínimo interprofesional y prevé que por cada sujeto causante se pueda com putar hasta un máximo de 3 años.

Esta excedencia comporta para el trabajador que la disfrute:

Derecho a reserva de su puesto de trabajo durante los dieciocho primeros meses.

Derecho a reserva de un puesto de trabajo de su mismo grupo profesional, si la excedencia excede de dieciocho meses.

Derecho a mantener el derecho al suministro de energía eléctrica en los términos previstos en el Convenio.

Esta Sala viene manteniendo que la utilización de una excedencia especial o una reducción de jornada para cuidado de hijos, para una finalidad distinta de la prevista convencional o legalmente supone comportamiento de muy grave deslealtad y contrario a la buena fe contractual - SS. 29 junio 2011 ( rec. 1810/2010 ) - y 3.1 enero 2012 ( rec. 1532/ 2011 ) - ( la primera reproducida por la sentencia de instancia ).

Dos son los motivos por los que ENDESA SA despidió al ahora recurrente: solicitar la excedencia especial para cuidado de familiares para cumplir condena penal y no poner en conocimiento de la empresa la imposibilidad de aplicar el tiempo de excedencia a la finalidad para la que se solicitó al ingresar en prisión.

Lo que le dice la empresa al trabajador es si usted pidió la excedencia especial para un propósito distinto al de cuidar a sus familiares incurrió en transgresión de la buena fe contractual, pero, aunque no fuera así, usted incurrió en falta muy grave al no comunicar un cambio de circunstancias con relevante afectación a la excedencia que se le reconoció.

La Juzgadora tiene por acreditado que el trabajador " a sabiendas del cumplimiento inminente de la pena en prisión, solicita la excedencia por cuidado de familiares, para cuidar a sus suegros", afirmación contenida irregularmente en el fundamento jurídico cuarto con valor de hecho probado, y a continuación expresa que tal convicción la alcanza, " se desprende " del propio reconocimiento del acto de haber estado en prisión, si bien refiere que no solicitó la excedencia con ese objeto, pero ello queda desvirtuado por los propios documentos que el actor aporta: así conocía de la sentencia condenatoria, toda vez que la firmeza de la sentencia es de fecha 23 de diciembre y el actor solicita el 13 de diciembre la excedencia; además, el actor es requerido precisamente en esas fechas para entrar en prisión, de lo que era conocedor - 18.01.2014 -. A lo que cabe añadir que cuando solicita la reincorporación ya disponía del tercer grado, motivo por el que podía incorporarse a su puesto de trabajo; solicitándola con una duración de tres años máximo y debiendo cumplir una pena de dos años, seis meses y un día; siendo de especial interés que su esposa, teniendo una menor retribución, con un contrato también indefinido, no fuera quien se encargase del cuidado de sus padres o incluso fuera que así lo hacía al tener una jornada parcial ".

En este caso, el hecho probado es una presunción judicial alcanzada a partir de los indicios que se relacionan ( artículo 386 LEC ).

En su discurso de censura el recurrente niega que así fuera pero lo cierto es que el hecho no lo combatió oportunamente por el cauce revisorio, acreditando la concurrencia de error en la valoración de la prueba de la que resultan los hechos base o al no valorar otras de las que pudieran resultar hechos que impidieran el enlace de aquellos con la consecuencia apuntada.

La censura ha de tomar como premisa los hechos declarados probados y constando que a sabiendas del cumplimiento inminente de la pena en prisión es por lo que solicita la excedencia, y que nunca antes de ser descubierto y reconocer el hecho ante los responsables de Auditoría y RRHH hizo saber su situación, la conclusión que la Juzgadora alcanza ha de ser confirmada pues lo que de los hechos resulta es un falseamiento voluntario y malicioso, con uso torpe de los beneficios de la conciliación de la vida laboral y familiar, que entraña un fraude o deslealtad muy grave para con la empresa lo que impide aplicar la doctrina gradualista y es merecedor de la máxima sanción.

Se desestima el motivo y con ello el recurso.



VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación.

### FALLAMOS

Desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por D. Maximino contra la Sentencia de fecha 5 de agosto de 2015 dictada por el Juzgado de lo Social nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria, la cual confirmamos íntegramente.

Notifíquese esta sentencia a las partes y al Ministerio Fiscal de este Tribunal Superior de Justicia.

Devuélvanse los autos originales al Juzgado de lo Social Nº 3 de Las Palmas de Gran Canaria, con testimonio de la presente una vez notificada y firme a las partes.

### ADVERTENCIAS LEGALES

Contra esta sentencia cabe Recurso de Casación para Unificación de doctrina, que se preparará por las partes o el Ministerio Fiscal por escrito ante esta Sala de lo Social dentro de los DIEZ DÍAS siguientes a la notificación de la sentencia de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 220 y 221 de la Ley 36/2011 de 11 de Octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social.

Para su admisión será indispensable que todo recurrente que no tenga la condición de trabajador o causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, y no goce del beneficio de justicia gratuita efectúe, dentro del plazo de preparación del recurso, el depósito de 600 € previsto en el artículo 229, con las excepciones previstas en el párrafo 4º, así como así como el importe de la condena, dentro del mismo plazo, según lo previsto en el artículo 230, presentando los correspondientes resguardos acreditativos de haberse ingresado en el BANCO DE SANTANDER c/c Las Palmas nº 3537/0000/66/0263/16 pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista, y que habrá de aportarse en el mismo plazo. 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.

Para el supuesto de ingreso por transferencia bancaria, deberá realizarse la misma al siguiente número de cuenta:

IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274

Consignándose en el campo Beneficiario la Cuenta de la Sala y en Observaciones o Concepto de la Transferencia los 16 dígitos que corresponden al procedimiento.

Notifíquese la Sentencia a la Fiscalía de este Tribunal y líbrese testimonio para su unión al rollo de su razón, incorporándose original al Libro de Sentencias.

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