



Roj: **STSJ CLM 273/2022 - ECLI:ES:TSJCLM:2022:273**

Id Cendoj: **02003340022022100094**

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

Sede: **Albacete**

Sección: **2**

Fecha: **03/02/2022**

Nº de Recurso: **2115/2021**

Nº de Resolución: **211/2022**

Procedimiento: **Recurso de suplicación**

Ponente: **JUANA VERA MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

T.S.J.CAST.LA MANCHA SALA SOCIAL

ALBACETE

SENTENCIA: 00211/2022

C/ SAN AGUSTIN Nº 1 (PALACIO DE JUSTICIA) - 02071 ALBACETE

Tfno: 967 596 714

Fax: 967 596 569

Correo electrónico: tribunalsuperior.social.albacete@justicia.es

NIG: 02003 44 4 2020 0002261

Equipo/usuario: 6

Modelo: 402250

RSU RECURSO SUPLICACION 0002115 /2021

Procedimiento origen: DFU DERECHOS FUNDAMENTALES 0000732 /2020

Sobre: DERECHOS FUNDAMENTALES

RECURRENTE/S D/ña Leticia

ABOGADO/A: ANTONIO MILLAN CALLADO

PROCURADOR:

GRADUADO/A SOCIAL:

RECURRIDO/S D/ña: DIRECCION000 ., FOGASA FO

ABOGADO/A: LAURA GUTIERREZ LOBATO, LETRADO DE FOGASA

PROCURADOR: ,

GRADUADO/A SOCIAL: ,

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CASTILLA-LA MANCHA

SALA DE LO SOCIAL -SECCION SEGUNDA-

RECURSO SUPLICACION 2115/21

Magistrado/a Ponente: D./D^a. JUANA VERA MARTINEZ

ILMOS/AS. SRES/AS. MAGISTRADOS/AS

D. JOSE MONTIEL GONZALEZ



D^a. MARIA ISABEL SERRANO NIETO

D^a JUANA VERA MARTINEZ

En Albacete, a tres de febrero de dos mil veintidós.

Vistas las presentes actuaciones por la Sección Segunda de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en Albacete, compuesta por los/las Ilmos/as. Sres/as. Magistrados/as anteriormente citados/as, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 117.1 de la Constitución Española,

EN NOMBRE DE S.M. EL REY

ha dictado la siguiente

- SENTENCIA Nº 211/22 -

En el **RECURSO DE SUPPLICACION número 2115/21**, sobre Despido y tutela de derechos fundamentales , formalizado por la representación de D^a Leticia , contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Social número 2 de Albacete, en los autos número 732/20, siendo recurrido/s DIRECCION000 ., FOGASA Y MINISTERIO FISCAL; y en el que ha actuado como Magistrada-Ponente D^a. Juana Vera Martínez, deduciéndose de las actuaciones habidas los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que con fecha 6/5/21 se dictó Sentencia por el Juzgado de lo Social número 2 de Albacete, en los autos número 732/20, cuya parte dispositiva establece:

« **DESESTIMO** la demanda interpuesta por D^a Leticia , asistida y representada por el Letrado Sr. Millán Callado, frente a DIRECCION000 ., y declaro la **PROCEDENCIA** del despido de la trabajadora.»

SEGUNDO.- Que en dicha Sentencia se establecen los siguientes Hechos Probados:

« **PRIMERO.-** D^a Leticia , mayor de edad, con DNI NUM000 , ha venido prestando servicios laborales para DIRECCION000 ., con antigüedad del 3 de mayo de 2001, con la categoría de "cajera", en virtud de contrato indefinido a jornada completa, con salario de 19.55405 euros brutos anuales, incluida parte proporcional de pagas extras, siendo de aplicación el Convenio colectivo del comercio en general de la provincia de Albacete.

No consta que la actora ostentara cargo de representación sindical.

SEGUNDO.- El 10 de febrero de 2018 la actora presentó escrito a la empresa solicitando la prórroga de la situación de reducción de jornada que ya tenía por cuidado de hijo menor de 12 años.

El 15 de enero de 2018 la empresa accedió a lo solicitado, quedando reducida la jornada a 24 horas semanales (60% de jornada ordinaria), desde el 1 de febrero de 2018 al 31 de diciembre de 2020.

Previamente se le había reconocido reducción de jornada de una hora por lactancia en 2007, y desde enero de 2009 a enero de 2010, excedencia por cuidado de hijo del 4 de marzo de 2010 al 3 de marzo de 2010, y reducción de jornada hasta el 1 de febrero de 2018.

El mes de agosto de 2013 y el mes de septiembre de 2014 la trabajadora acordó con la empresa la suspensión del contrato por necesidades familiares y personales.

Durante los meses de julio y agosto de 2019 había solicitado, y se le había concedido, excedencia por cuidado de familiares.

Así lo ponen de manifiesto el bloque documental nº 2 y 5 del ramo de prueba de la parte demandada.

TERCERO.- La actora estuvo en situación de IT por enfermedad común desde el 8 de enero de 2020 al 9 de junio de 2020 (documento nº 6 del ramo de prueba de la parte demandada).

El 15 de junio de 2020 la trabajadora presentó a la empresa escrito solicitando excedencia por cuidado de familiares de hasta el 2º grado de consanguineidad y afinidad, desde el 1 de julio de 2020 al 31 de agosto de 2020; y una vez finalizado el mismo, se reincorporaría con la reducción de jornada que ya tenía reconocida.

Por escrito de 17 de junio de 2020 la empresa le requirió que acreditada y justificara la situación en la que basaba su petición.

La trabajadora presentó un escrito haciendo constar que la finalidad de la excedencia era el cuidado de su madre, de 78 años y con DIRECCION001 .

El 29 de junio de 2020 la empresa le comunicó que le concedía la excedencia solicitada.

Estos documentos han sido aportados como bloque documental nº 3 por la empresa.

CUARTO.- Una vez que la trabajadora ya había comenzado el período de excedencia, los trabajadores del supermercado en donde aquella prestaba sus servicios comunicaron al Encargado de tienda que habían visto en redes sociales fotografías de la actora en un camping.

Éste lo comunicó a D. Estanislao , Jefe de Ventas, que lo comunicó a la empresa.

La empresa decidió investigar los hechos a través de un **detective** privado.

Dª Leticia reside en la CALLE000 nº NUM001 de Albacete, mientras que sus padres lo hacen en la CALLE001 nº NUM002 de Albacete.

Ambas viviendas, aun cuando pertenecen a fincas distintas, a las que se accede desde diferentes calles, son contiguas, compartiendo un garaje común, pudiéndose acceder de un inmueble a otro a través del garaje y sin salir a la calle.

El 29 de julio de 2020, la empresa INVESTIGOL DETECTIVES PRIVADOS, emitió informe de investigación (documento nº 4 del ramo de prueba de la demandada), en donde se hace constar los siguientes hechos de relevancia:

El 6 de julio de 2020 la actora no se encuentra en su domicilio; tampoco el 15, 16, 17 de julio. En esas fechas, los padres de la trabajadora si se encuentran en su vivienda sita en la CALLE001 , hasta que el día 17 de julio se trasladan a una vivienda en el campo en el paraje de " CASA000 " perteneciente a la ciudad de Albacete.

El 22 de julio, fecha en que los padres de la trabajadora siguen en la casa de campo, la actora se marcha con su familia en una caravana hasta un camping en DIRECCION002 (Murcia).

El 27 de julio la trabajadora ya se encuentra en su vivienda en la CALLE000 en Albacete. Sus padres siguen en la vivienda sita en el paraje de " CASA000 " .

QUINTO.- Mediante carta de despido de 11 de septiembre de 2020, y con efectos desde esa misma fecha, la empresa procedió al despido de la trabajadora, por contravención de la buena fe contractual y del principio de confianza, en virtud de lo dispuesto en el artículo 54.2d) ET .

En dicha carta, aportada con el escrito de demanda y cuyo contenido procede dar por reproducido, se establecen como hechos determinantes del despido los siguientes:

-El 15 de junio de 2020, al reincorporarse tras una situación de IT (del 8 de enero al 8 de junio), y mientras se encontraba disfrutando de 7 días de vacaciones pendientes de 2019 más los 15 días de vacaciones devengados en 2020 (del 9 al 30 de junio), comunicó a la empresa su voluntad de acordarse a excedencia forzosa para el cuidado de familiares al amparo del artículo 46.3 ET por un período de dos meses (del 1 de julio al 31 de agosto).

-Tras requerirle la empresa que justificara esta situación, el 19 de junio dirigió escrito indicando que el motivo era para poder cuidar a su madre, de 78 años, que padecía una enfermedad grave y precisaba ayuda.

-La empresa aceptó dicha petición.

-Después se pudo constatar que no era cierto. Que durante el mes de julio sus padres habían estado solos en su vivienda sita en la CALLE001 nº NUM002 de Albacete, o en la parcela sita en el paraje de CASA000 de Albacete, a la que se trasladaron el 25 de junio, mientras que la trabajadora se marchó de vacaciones con su marido y sus hijos a un camping, no habiendo estado en su domicilio desde el 6 al 18 de julio.

-El 22 de julio, sobre las 17:30 horas se dirigió en compañía de su marido y sus hijos hasta polígono industrial sito cerca de DIRECCION003 (Albacete), en donde cogieron una caravana, y se dirigieron hacia un camping en la localidad murciana de DIRECCION002 .

-El 27 de julio, cuando ya estaba de vuelta en Albacete, sus padres seguían en la casa de campo.

Cuando se le entregó la carta de despido, estaba presente Dª Adolfinia , Presidenta del comité de empresa.

SEXTO.- Procede dar por reproducidos los documentos aportados por las partes, así como las declaraciones testificales de Dª Adolfinia , D. Estanislao , D. Nemesio , el **detective** privado con TIP NUM003 y el informe elaborado por el mismo, así como las reproducciones de video aportadas por ambas partes.

SÉPTIMO.- El 28 de septiembre de 2020 se presentó papeleta de conciliación ante el UMAC.

El 19 de octubre de 2020 se celebró acto de conciliación ante el UMAC, que concluyó sin avenencia.»

TERCERO.- Que contra dicha Sentencia se formalizó Recurso de Suplicación, en tiempo y forma, por la representación de Leticia , elevándose los autos principales, en unión de la pieza separada de recurso de



suplicación, a esta Sala de lo Social, en la que, una vez tuvieron entrada, se dictaron las correspondientes y subsiguientes resoluciones para su tramitación en forma; poniéndose en su momento a disposición del/de la Magistrado/a Ponente para su examen y resolución.

A la vista de los anteriores antecedentes de hecho, se formulan por esta Sala los siguientes,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Albacete desestimó la demanda interpuesta por la parte trabajadora, actora, en materia de despido disciplinario, declarando la procedencia del mismo con todos los efectos legales inherentes a dicho pronunciamiento.

Frente a dicha resolución, se alza en suplicación la parte trabajadora para interesar la revisión fáctica y jurídica de la sentencia recurrida, así como la nulidad de la prueba de **detective** privado.

El recurso es impugnado por la mercantil demandada.

SEGUNDO.- Motivo de nulidad. Sobre la licitud de la prueba de **detective privado.**

Siguiendo el orden previsto en el art. 193 a) de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social y, además, por razones de coherencia, examinaremos en primer lugar el motivo a través del cual se denuncia la " *infracción de las normas y garantías del procedimiento en relación con la admisión y práctica de la prueba referida al informe de **detective***", pues de estimarse el motivo incidirá en la resolución de los demás motivos en tanto que no podrá tenerse en cuenta la prueba de detectives impugnada.

Argumenta la parte recurrente que a pesar del tenor literal del art. 90.2 LRJS, la Juzgadora "a quo" no admitió recurso de reposición frente a la estimación de la prueba del informe de **detective** privado hasta después de la práctica de dicha prueba, lo que vacía de contenido -y sentido- el recurso. De otro lado, en cuanto al contenido del propio informe, entiende que vulnera el derecho a la intimidad de la trabajadora, sus hijos y padres, no respetándose el principio de razonabilidad, necesidad, idoneidad y proporcionalidad, pues la actora estuvo de vacaciones hasta el 30 de junio por lo que no existían razonables sospechas de la comisión de graves irregularidades para encomendar un informe de **detective** el 3 de julio.

Dispone el art. 90.2 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social " 2. *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. Esta cuestión podrá ser suscitada por cualquiera de las partes o de oficio por el tribunal en el momento de la proposición de la prueba, salvo que se pusiese de manifiesto durante la práctica de la prueba una vez admitida. A tal efecto, se oirá a las partes y, en su caso, se practicarán las diligencias que se puedan practicar en el acto sobre este concreto extremo, recurriendo a diligencias finales solamente cuando sea estrictamente imprescindible y la cuestión aparezca suficientemente fundada. Contra la resolución que se dicte sobre la pertinencia de la práctica de la prueba y en su caso de la unión a los autos de su resultado o del elemento material que incorpore la misma, sólo cabrá recurso de reposición, que se interpondrá, se dará traslado a las demás partes y se resolverá oralmente en el mismo acto del juicio o comparecencia, quedando a salvo el derecho de las partes a reproducir la impugnación de la prueba ilícita en el recurso que, en su caso, procediera contra la sentencia.*"

En el supuesto que nos ocupa, reconoce la parte recurrente que contra la resolución que admitió la práctica de la prueba, finalmente, se admitió la formulación del recurso de reposición, por lo que -entendemos-, quedaría subsanado el defecto denunciado, máxime cuando dicho retraso en la formulación del recurso no ha causado perjuicio a la parte, en tanto que ha podido hacer las alegaciones que tuvo por conveniente y reproducirlas en esta Sede, sin que el hecho de que se practicara la prueba antes de la admisión del recurso de reposición haya podido afectar a su derecho pues, de haberse estimado el recurso de reposición, dicha prueba -aun practicada- no habría podido servir para fundar la sentencia, circunstancia que no concurre al haber sido desestimado el referido recurso por la Juzgadora "a quo".

Adentrándonos en el contenido del informe, la sentencia recurrida lo valora, en los dos últimos párrafos del FD 3º, llegando a la conclusión de que no se aprecia vulneración de los derechos fundamentales alegados pues el informe se limita a recoger imágenes que fueron apreciadas por el propio **detective** y que se recogieron desde lugares públicos (la calle o el portal) sin acceder a lugares privados (viviendas), resultando revelador de que la actora había accedido a la excendencia por cuidado de familiares, con la transgresión de buena fe contractual, para una finalidad distinta.

Con relación a los derechos fundamentales que invoca la parte recurrente (la intimidad, y la propia imagen) y cuya infracción anularía el valor de la controvertida prueba de detectives, es doctrina constitucional pacífica que « *el derecho a la intimidad no es absoluto, como no lo es ninguno de los derechos fundamentales, pudiendo*



ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el recorte que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr el fin legítimo previsto, proporcionado para alcanzarlo y, en todo caso, sea respetuoso con el contenido esencial del derecho» (SSTC 57/1994 [RTC 1994, 57] , F. 6 y 143/1994 [RTC 1994, 143] , F. 6, por todas).

El derecho en conflicto, sería el del empresario a la buena marcha de su empresa, en este sentido, la STC de 10-7-2000, núm. 186/2000, recuerda que " *el poder de dirección del empresario, imprescindible para la buena marcha de la organización productiva (organización que refleja otros derechos reconocidos constitucionalmente en los arts. 33 y 38 CE) y reconocido expresamente en el art. 20 LET, atribuye al empresario, entre otras facultades, la de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento del trabajador de sus obligaciones laborales. Mas esa facultad ha de producirse en todo caso, como es lógico, dentro del debido respecto a la dignidad del trabajador, como expresamente nos lo recuerda igualmente la normativa laboral -arts. 4.2.c) y 20.3 LET-*" *"En resumen, el empresario no queda apoderado para llevar a cabo, so pretexto de las facultades de vigilancia y control que le confiere el art. 20.3 LET, intromisiones ilegítimas en la intimidad de sus empleados en los centros de trabajo."*

Sigue razonando la STC (núm. 186/2000) " *Por eso, este Tribunal ha puesto de relieve la necesidad de que las resoluciones judiciales, en casos como el presente, preserven "el necesario equilibrio entre las obligaciones dimanantes del contrato para el trabajador y el ámbito -modulado por el contrato, pero en todo caso subsistente- de su libertad constitucional" (STC 6/1998, de 13 de enero) , pues, dada la posición preeminente de los derechos fundamentales en nuestro ordenamiento, esa modulación sólo deberá producirse en la medida estrictamente imprescindible para el correcto y ordenado respeto de los derechos fundamentales del trabajador y, muy especialmente, del derecho a la intimidad personal que protege el art. 18.1 CE , teniendo siempre presente el principio de proporcionalidad.*

En efecto, de conformidad con la doctrina de este Tribunal, la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales viene determinada por la estricta observancia del principio de proporcionalidad. A los efectos que aquí importan, basta con recordar que (como sintetizan las SSTC 66/1995, de 8 de mayo , FJ 5 ; 55/1996, de 28 de marzo, FFJJ 6, 7, 8 y 9; 207/1996, de 16 de diciembre, FJ 4 e) , y 37/1998, de 17 de febrero , FJ 8) para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, es necesario constatar si cumple los tres requisitos o condiciones siguientes: si tal medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad); si, además, es necesaria, en el sentido de que no exista otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia (juicio de necesidad); y, finalmente, si la misma es ponderada o equilibrada, por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto)."

En suma, para decidir sobre la legalidad de la prueba de detectives, debe ponerse en relación los derechos fundamentales en liza y valorar si resulta proporcionada la medida adoptada aun cuando pueda suponer una intromisión en el derecho a la intimidad de la trabajadora, para salvaguardar el derecho empresarial en conflicto, atendiendo a la idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la medida.

TERCERO.- Solución del caso

Descendiendo al supuesto que nos ocupa, qué duda cabe que la prueba de **detective** privado, para hacer un seguimiento de la trabajadora, era una medida "adecuada" para comprobar que la trabajadora, durante el periodo de excedencia por cuidado de familiares -de su madre, según manifestó ante la empresa-, se dedicaba a la misma o, al menos, que no se dedicaba a actividades incompatibles con la finalidad para la cual se había concedido la referida excedencia.

La medida también resultaba "necesaria" en tanto que la actora, mientras disfrutaba de sus vacaciones anuales del 9 al 30 de junio (según constaba en la carta, HP 5º, y reconoce la actora en el recurso, pues había estado de baja por IT del 8-1-2020 al 9-6-2020 y le quedaban días del año anterior), concretamente, el 15-6-2020, presentó escrito en la empresa solicitando excedencia por cuidado de familiares desde el 1-7-2020 al 31-08-2020, derecho que ya había ejercitado el año anterior durante los mismos meses, coincidiendo nuevamente con el periodo estival en el que, generalmente, los trabajadores disfrutaban de, al menos, parte de sus vacaciones anuales o periodo durante en que tienen que pedir excedencia de 4 meses (de junio a septiembre), sin sueldo ni cómputo de antigüedad para poder conciliar su vida familiar y laboral -según refiere la impugnante- lo que pudo levantar las suspicacias de los compañeros, dando lugar a que los trabajadores del supermercado comunicaran al Encargado que habían visto en redes sociales fotografías de la actora en un camping (HP 4º) y atendida la inmediatez que proporcionan los actuales medios de comunicación (redes sociales y mensajería instantánea) resulta verosímil que aquélla circunstancia fuera puesta en conocimiento del empresario de forma inmediata por los trabajadores, lo que suscitó la necesidad, por parte de la empresa, de comprobar que la actora no estaba haciendo un uso inadecuado de su derecho ante las sospechas fundadas de que así era.



Por último, entendemos que la medida es "proporcionada" porque la finalidad del encargo a la empresa de detectives era comprobar "la veracidad de la excedencia de la trabajadora, motivada por el cuidado de su madre", lo que hizo necesario acudir hasta el domicilio de los padres de la trabajadora para comprobar dónde y con quién se encontraban, concretamente, si la actora pasaba tiempo con su madre, vigilancia que se efectuó siempre desde fuera de la vivienda y dejando constancia videográfica de lo que podría observar cualquier viandante, constatando que sus padres se encontraban dentro de la misma (porque se asomaban a las ventanas o abrían la puerta de casa), que salían a hacer compras o a su segunda residencia en " CASA000 ", pero solos y de forma independiente. También resultaba proporcionado averiguar dónde estaba la actora, para lo cual hicieron vigilancia en su domicilio dejando constancia de que las persianas estaban bajadas y que los vecinos refirieron que no estaban y manteniendo dicha vigilancia, desde el exterior del inmueble, tuvieron conocimiento de que la actora se iba de viaje, por lo que procedieron a seguirla y así tuvieron conocimiento de que fue a un camping a DIRECCION002 (Murcia), resultando relevante con quién estuvo allí, a los efectos de constatar los hechos que motivaron la investigación, concretamente, si dedicaba la excedencia al cuidado de su madre.

Por último, añadir que no consta que las informaciones contenidas en el informe hayan sido utilizadas para fines ajenos a los que motivaron su elaboración ni se aprecia en la misma infracción del art. 48. 3 LSP, L 5/14 que prohíbe investigar " la vida íntima de las personas que transcurra en sus domicilios u otros lugares reservados", pues la investigación se realizó siempre desde lugares públicos, sin acceder al interior de viviendas ni se captaron momentos de intimidad de las personas irrelevantes para la investigación, ni se aprecia que el informe contenga información ajena al objeto y finalidad de la investigación (art. 49 LSP), haciendo la parte recurrente imputaciones meramente genéricas al respecto.

Atendidos los argumentos expuestos, corroboramos el criterio de la sentencia recurrida en el sentido de que la prueba de informe de detectives no se elaboró con infracción de derechos fundamentales, por lo que procede desestimar el motivo de nulidad formulado.

CUARTO.- Revisión fáctica

Al amparo del art. 193 b) Ley Reguladora de la Jurisdicción Social la parte recurrente interesa diversas siguientes revisiones fácticas.

Con carácter previo, la Sala, a la vista de la fundamentación del recurso, realizará las siguientes precisiones. Los hechos declarados probados pueden ser objeto de revisión mediante este proceso extraordinario de impugnación (adicionarse, suprimiese o rectificarse), si concurren las siguientes circunstancias: a) que la equivocación que se imputa a la Juzgadora «a quo» resulte patente, sin necesidad de llevar a cabo conjeturas o razonamientos, de documentos o pericias obrantes en los autos que así lo evidencien; b) que se señalen los párrafos a modificar, ofreciendo redacción alternativa que delimite el contenido de la pretensión revisora; c) que se indiquen suficientemente la pericial o documento hábil del que se desprende la revisión propuesta y que la misma resulte de forma clara, patente y directa de la probanza documental o pericial practicada, a concretar y citar por el recurrente, sin necesidad de argumentaciones más o menos lógicas; d) que los resultados postulados, aun deduciéndose de aquellos medios de prueba, no queden desvirtuados por otras pruebas practicadas en autos, pues en caso de contradicción entre ellas debe prevalecer el criterio de la Juez de Instancia, a quien la Ley reserva la función de valoración de las pruebas aportadas por las partes; e) finalmente, que las modificaciones solicitadas sean relevantes y trascendentes para resolución de las cuestiones planteadas, sin la conjunta concurrencia de estos requisitos, no puede prosperar el motivo de suplicación acogido al apartado b) del art. 193 de la LJS conforme a la pacífica doctrina jurisprudencial cuyo general conocimiento exime su concreta cita.

4.1. Del **hecho probado tercero** para adicionar un párrafo del siguiente tenor:

" D^a. Leticia estuvo de vacaciones entre el 9 de Junio y el 30 de Junio de 2020, ambos incluidos. Y, a partir del 1 de Julio de 2020 inició el disfrute de su excedencia (se acredita lo anterior con la carta de despido, aportada al procedimiento por ambas partes; por la actora con la demanda y como documento 7 de la prueba de la demandada)."

El motivo no puede prosperar, pues se trata de un hecho pacífico y no controvertido, contenido en la propia carta de despido (HP 5º) y reconocido por la parte trabajadora, por lo que resulta irrelevante.

4.2. Del **hecho probado cuarto** para adicionar un nuevo párrafo del siguiente tenor literal:

«Asimismo, el día 22 de Julio de 2020 D^a. Leticia acude al médico para un análisis de sangre de su hija y, posteriormente, al dentista también con su hija (documentos nº 2 y 3 de la prueba de la actora); sin que ello haya sido ni apreciado por el **detective** ni reflejado en dicho informe.».



El motivo no puede prosperar, pues además de carecer de relevancia modificativa del fallo, no contradice las investigaciones constadas y recogidas en el informe de detectives, no se desprende de forma clara y directa de los documentos que refiere, no siendo el doc.3 un documento indubitado. Además, el texto propuesto incluye valoraciones, lo que no es posible añadir en el relato fáctico ("sin que ello haya sido ni apreciado...").

4.3. Para adicionar un nuevo hecho probado del siguiente tenor:

«D^a. Leticia es la persona que se ocupa, de forma habitual, y en especial durante el mes de Julio de 2020, de la atención médica de sus padres siendo la persona de referencia para los médicos (Documento nº 5 del ramo de prueba de la actora), y la persona que se ocupa de sus visitas médicas, de sus citas telefónicas con el centro de salud (Documento nº 6 del ramo de prueba de la actora), de las compras y de las comidas.»

El motivo no puede estimarse por no desprenderse de forma clara y directa de los documentos que refiere, pues el primero se trata de informe médico al final del cual se hace constar que el teléfono de contacto que tienen es el de la hija - de la señora a la que se refiere el informe-, y en el segundo, se trata de la relación de llamadas del que se supone es el teléfono de la actora, donde la misma ha señalado de forma manuscrita qué llamadas corresponden al teléfono de su madre y cuales al Centro de Salud.

QUINTO.- Censura jurídica. Nulidad del despido al amparo del párrafo segundo del art. 55.5 ET

Seguidamente, la parte actora formula el motivo cuarto del recurso, en el que no alega infracción de norma alguna, limitándose a hacer manifestaciones y valoraciones sobre la escasa trascendencia de los hechos acreditados.

A continuación, al amparo del art. 193 c) LRJS formula dos motivos de censura jurídica, en el primero, con cita del art. 46.3 y 55.5 del Estatuto de los Trabajadores así como art. 108.2 LRJS argumenta que la trabajadora estaba disfrutando de una reducción de jornada por cuidado de hijos y de la excedencia por cuidado de familiares, no suponiendo ésta última perjuicio para la empresa porque es sin retribución y consolidada jurisprudencia permite, incluso, trabajar en otra empresa durante excedencia por cuidado de hijos o familiares con cita de la STSJ Madrid nº 263/09, 14 abril, STSJ Cataluña 22-3-2007 y la STS 10-2-2015, R 25/14, manifestando que el control que puede hacer el empresario durante la excedencia es relativo y la atención al cuidado de hijos o familiares ha de entenderse en términos razonables y no estrictos, por lo que no puede entenderse transgresor de la buena fe dedicar 4 días a sus hijos en 62 días de excedencia solicitados.

El artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores establece dos posibles supuestos por los que se decrete la nulidad del despido, bien porque el despido " tenga por móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador", en cuyo caso es de aplicación la inversión probatoria prevista en el artículo 96.2 Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, exigiéndosele al trabajador la aportación de un indicio de discriminación; bien porque concurra en el trabajador alguna de las circunstancias descritas en los apartados a) a c) del artículo 55.5 del Estatuto de los Trabajadores, en cuyo caso basta con que el trabajador se encuentre en alguno de los referidos supuestos para que el despido sea calificado como nulo " salvo que, en esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados".

En el supuesto que nos ocupa, es claro que la trabajadora actora se encontraría en el segundo supuesto, puesto que es innegable que había ejercitado derechos relacionados con la conciliación familiar, concretamente, estaba disfrutando de una reducción de jornada por cuidado de hijos del 60% de la jornada diaria (HP 2º) que le fue prorrogada desde el 1-2-2018 al 31-12-2020, además de una excedencia por cuidado de familiares -de su madre- para disfrutar en los meses de julio y agosto de 2020 (HP 3º). Por ello, correspondía a la empresa acreditar que su despido era ajeno al ejercicio de dichos derechos.

Adentrándonos en el examen del motivo alegado en la carta de despido, básicamente la transgresión de la buena fe contractual porque la actora había pedido y le había sido concedida una excedencia para el cuidado de su madre y, sin embargo, durante el mes de julio no había estado cuidándola, sino que sus padres habían estado solos en su domicilio o en la parcela de CASA000 de Albacete, haciendo vida independiente, mientras la actora no había estado en su domicilio del 6 al 18 de julio, yéndose de camping a la localidad de DIRECCION002 (Murcia) con su marido e hijos el día 22 de julio, encontrándose nuevamente en su domicilio el 27 de julio.

Dispone el art. 46. 3 Estatuto de los Trabajadores " 3. Los trabajadores tendrán derecho a un periodo de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de guarda con fines de adopción o acogimiento permanente, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa.



También tendrán derecho a un periodo de excedencia, de duración no superior a dos años, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva, los trabajadores para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida.

La excedencia contemplada en el presente apartado, cuyo periodo de duración podrá disfrutarse de forma fraccionada, constituye un derecho individual de los trabajadores, hombres o mujeres. No obstante, si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podrá limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa.

Cuando un nuevo sujeto causante diera derecho a un nuevo periodo de excedencia, el inicio de la misma dará fin al que, en su caso, se viniera disfrutando.

El periodo en que el trabajador permanezca en situación de excedencia conforme a lo establecido en este artículo será computable a efectos de antigüedad y el trabajador tendrá derecho a la asistencia a cursos de formación profesional, a cuya participación deberá ser convocado por el empresario, especialmente con ocasión de su reincorporación. Durante el primer año tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo. Transcurrido dicho plazo, la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente."

Del referido precepto se extrae que el derecho de excedencia reconocido a favor del trabajador por cuidado de familiar, se reconoce en los supuestos en que dicho familiar, por alguna de las razones enumeradas, "no pueda valerse por sí mismo", es decir, no puede realizar por sí mismo actos indispensables para mantener su subsistencia y decoro, y como su nombre indica, la excedencia se solicita/concede para llevar a cabo "su cuidado", esto es, el cuidado de dicha persona. Coincidimos completamente con la jurisprudencia que menciona la parte recurrente en que no puede exigirse que el trabajador se dedique de forma exclusiva a dicho cuidado, pero sí que el derecho que disfruta lo dedique a la finalidad para la cual se le concedió, en términos razonables y socialmente aceptables y que no realice actividades incompatibles con el ejercicio de dicho derecho, pues el origen del "derecho de excedencia por cuidado de familiar" se encuentra en la dificultad de compatibilizar el trabajo y la labor de cuidado de dicho familiar, por lo que si no se dedica a cuidar del familiar es claro que no existe causa para no poder seguir desempeñando su trabajo -durante toda la jornada-, por ende, para el reconocimiento del derecho.

Así, en materia del disfrute de la excedencia por cuidado de hijos, la doctrina judicial ha entendido compatible dicho derecho con el desempeño de un nuevo empleo que por sus condiciones (ya sea jornada, proximidad al domicilio, horario, etc.) posibilitan conciliar el derecho a cuidar de los hijos y el ejercicio de una actividad laboral distinta de aquella en la que se solicitó la excedencia (STSJ Andalucía-Sevilla 25 junio 2015, RS 1810/14, y de 22-2-2012, RS 1279/2011). Sin embargo, se ha entendido que constituye una competencia desleal realizar la misma actividad laboral para otras empresas durante el disfrute de la excedencia por cuidado de familiar (STSJ Madrid de 27 de septiembre de 2017, RS 187/2017) y, en definitiva, "supone comportamiento de muy grave deslealtad y contrario a la buena fe contractual" "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" (STSJ Canarias-Las Palmas núm. 552/2016, de 22 junio).

Descendiendo al supuesto de autos, se ha acreditado (HP 4º), que la actora inició la excedencia para el cuidado de familiares (de su madre) el 1 de julio de 2020 y que el día 6 de julio la actora no se encontraba en su vivienda, tampoco los días 15 a 17 de julio, fechas en que los padres de la trabajadora sí se encontraban en su domicilio de la CALLE001 de Albacete, hasta el día 17 de julio en que se trasladaron por sus propios medios a una vivienda en el campo, en el paraje de " CASA000 " de Albacete, en la que permanecieron, al menos, hasta el 27 de julio. El día 22 de julio la actora se marchó con su familia en una caravana a un camping encontrándose el 27 de julio nuevamente en su vivienda de la CALLE000 de Albacete. Ciertamente, el seguimiento efectuado por los detectives ha sido temporal, durante unos días del mes de julio, pero que comprende buena parte del mismo y evidencia que durante la mitad de la excedencia la trabajadora no se ha podido dedicar al cuidado de su madre, conclusión que no ha sido combatida eficazmente por la parte actora aportando pruebas tendentes a acreditar lo contrario, esto es, el cuidado y dedicación que le ha proporcionado.

Atendiendo a los hechos constatados, coincidimos con la sentencia recurrida en que la actora ha incurrido en una transgresión grave y culpable de la buena fe contractual, que "debe inspirar la conducta de toda persona en el ejercicio de sus derechos y obligaciones se contempla no sólo en el ordenamiento jurídico común (artículo 7.1 del Código Civil), sino también en el ordenamiento jurídico laboral, por ser consustancial al contrato de trabajo - artículo 20.2 del Estatuto de los Trabajadores- y de observancia obligada por el trabajador en el cumplimiento de sus obligaciones laborales - artículo 5.a) del Estatuto de los Trabajadores-" (STS nº 1036 de 24-10-1989) al solicitar una excedencia para el cuidado de su madre, acreditándose que, al menos la mitad de ella, no la ha dedicado a dicha finalidad, lo que determina la desestimación del motivo.

**SEXTO.- Censura jurídica. Hecho nuevo**

En el segundo motivo de censura alega el art. 2 del RD Ley 9/2020 del que deduce que la empresa no puede despedir si no es por causa disciplinaria, alegando que la empresa acudió a dicha vía para eludir la prohibición de despedir durante la pandemia.

Tratándose de un argumento nuevo que no fue recogido en la demanda y sobre el que no pudo pronunciarse la sentencia recurrida, debe colegirse que no es posible que sea resuelto por vez primera en esta Sede cuyo ámbito de conocimiento se limita a revisar lo actuado por la instancia, dentro de los estrechos límites que permite el recurso de suplicación.

VISTOS los preceptos legales citados, sus concordantes y demás normas de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Debemos desestimar y desestimamos el recurso de suplicación interpuesto por la actora D^a Leticia contra la Sentencia de fecha 6 de mayo de 2021 dictada por el Juzgado de lo Social núm. 2 de Albacete, dimanante de autos 732/2020, seguidos a instancia de la recurrente contra la empresa DIRECCION000 . por despido disciplinario, y, en consecuencia, confirmamos la sentencia recurrida en su integridad. Sin costas.

Notifíquese la presente resolución a las partes y a la Fiscalía del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha en Albacete, haciéndoles saber que contra la misma únicamente cabe **RECURSO DE CASACION PARA LA UNIFICACION DE DOCTRINA**, que se preparará por escrito dirigido a esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha en Albacete, dentro de los **DIEZ DIAS** siguientes a su notificación. Durante dicho plazo, las partes, el Ministerio Fiscal o el letrado designado a tal fin, tendrán a su disposición en la oficina judicial los autos para su examen, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 220 de la Ley reguladora de la jurisdicción social. La **consignación del importe de la condena**, cuando proceda, deberá acreditarse por la parte recurrente, que no goce del beneficio de justicia gratuita, ante esta Sala al tiempo de preparar el Recurso, presentando resguardo acreditativo de haberla efectuado en la **Cuenta Corriente número ES55 0049 3569 9200 0500 1274** que esta Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha, con sede en Albacete, tiene abierta en la Oficina del BANCO SANTANDER sita en esta ciudad, C/ Marqués de Molíns nº 13, **indicando: 1) Nombre o razón social de la persona física o jurídica obligada a hacer el ingreso y, si es posible, el NIF/CIF; 2) Beneficiario: SALA DE LO SOCIAL; y 3) Concepto (la cuenta del expediente): 0044 0000 66 2115 21;** pudiéndose sustituir dicha consignación en metálico por el aseguramiento mediante aval bancario en el que se hará constar la responsabilidad solidaria del avalista. Debiendo igualmente la parte recurrente, que no ostente la condición de trabajador, causahabiente suyo, o beneficiario del régimen público de la Seguridad Social, o se trate del Ministerio Fiscal, el Estado, las Comunidades Autónomas, las Entidades Locales, los Organismos dependientes de todas ellas y quienes tuvieren reconocido el beneficio de justicia gratuita, consignar como **depósito** la cantidad de **SEISCIENTOS EUROS (600,00 €)**, conforme al artículo 229 de la citada Ley, que deberá ingresar en la Cuenta Corriente anteriormente indicada, debiendo hacer entrega del resguardo acreditativo de haberlo efectuado en la Secretaría de esta Sala al tiempo de preparar el Recurso.

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