



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

**CUESTIONES JURÍDICO LABORALES Y DE
LA SEGURIDAD SOCIAL LIGADAS AL
CONTRATO DE TRABAJO**

TRABAJO FIN DE GRADO

DOBLE GRADO EN DERECHO Y ADMINISTRACIÓN Y
DIRECCIÓN DE EMPRESAS
CURSO 2018-2019

ALUMNA: MIRIAM CAMPELOS FREIRE

TUTORA: MARÍA DEL ROCÍO QUINTÁNS EIRAS

ÍNDICE

ABREVIATURAS	4
ANTECEDENTES DE HECHO	5
INTRODUCCIÓN	7
1. PENSIÓN DE VIUDEDAD.....	8
1.1 REQUISITOS PARA CAUSAR DERECHO	8
1.2 BENEFICIARIO	9
1.2.1 CÓNYUGE SUPÉRSTITE.....	9
1.2.2 CÓNYUGE SEPARADO O DIVORCIADO.....	9
1.3 CUANTÍA DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD	12
1.4 CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD	13
1.5 APLICACIÓN AL CASO.....	13
2. ACCIDENTE IN ITINERE	14
2.1 LESIÓN CORPORAL	15
2.2 NEXO CAUSAL ENTRE LESIÓN Y TRABAJO	15
2.2.1 TELEOLÓGICO.....	16
2.2.2 TOPOGRÁFICO.....	16
2.2.3 CRONOLÓGICO.....	17
2.2.4 MECÁNICO	17
2.3 EXCEPCIONES	17
2.4 APLICACIÓN AL CASO DE DOÑA CATALINA.....	18
2.5 APLICACIÓN AL CASO DE DON MANUEL	20
3. EXCEDENCIA LABORAL.....	21
3.1 EXCEDENCIA PARA EL CUIDADO DE FAMILIARES	21
3.1.1 REQUISITOS	21
3.1.2 DURACIÓN Y EFECTOS	22
3.2 EXCEDENCIA VOLUNTARIA.....	22
3.2.1 REQUISITOS Y DURACIÓN	22
3.3 PRÓRROGA.....	23
3.4 APLICACIÓN AL CASO.....	23
4. CONFLICTO ENTRE DERECHOS CONSTITUCIONALES	25
4.1 CUESTIONES PREVIAS: LA MONITORIZACIÓN DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS.....	25
4.2 DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES.....	25
4.2.1 DERECHO A LA INTIMIDAD	25
4.2.2 DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES.....	26
4.2.3 LÍMITES	27
4.3 DERECHOS CONSTITUCIONALES DEL EMPRESARIO	27
4.4 PONDERACIÓN DE DERECHOS	28
4.5 APLICACIÓN AL CASO.....	30
5. DESPIDO DISCIPLINARIO.....	31
5.1 CAUSAS.....	32
5.1.1 INDISCIPLINA O DESOBEDIENCIA	32
5.1.2 DISMINUCIÓN CONTINUADA DEL RENDIMIENTO DEL TRABAJO NORMAL O PACTADO.....	33
5.2 FORMALIDADES DEL ACTO DE DESPIDO	35
5.3 CALIFICACIÓN DEL DESPIDO	36
5.3.1 PROCEDENTE.....	36
5.3.2 IMPROCEDENTE.....	37
5.3.3 NULO.....	38

5.4 APLICACIÓN AL CASO.....	39
CONCLUSIONES	40
BIBLIOGRAFÍA	42
APÉNDICE JURISPRUDENCIAL	44
TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS	44
TRIBUNAL CONSTITUCIONAL	45
TRIBUNAL SUPREMO	45
TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA	46
JUZGADO.....	48
APÉNDICE LEGISLATIVO.....	48

ABREVIATURAS

ATS: Auto del Tribunal Supremo

BOE: Boletín Oficial del Estado

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

ET: Estatuto de los Trabajadores

LGSS: Ley General de la Seguridad Social

OIT: Organización Internacional del Trabajo

SJSO: Sentencia del Juzgado de lo Social

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia

TC: Tribunal Constitucional

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TS: Tribunal Supremo

ANTECEDENTES DE HECHO

Ana Suárez, nacida el 13 de marzo de 1966, coordinadora del servicio de asesoramiento de marketing de la empresa Liberty S.A, residente en Santiago de Compostela. Percibe un salario anual que asciende a la cuantía de 24.000 euros brutos anuales

El 12 de agosto de 1995, Doña Ana Suárez contrajo matrimonio, en Santiago y en régimen de gananciales, con Manuel Barroso, nacido el 5 de junio de 1961, agente de seguros de la empresa Hércules S.A, y también residente en la ciudad de Santiago de Compostela. Don Manuel Barroso percibe una retribución anual que asciende a una cuantía de 25.000 euros brutos anuales.

Desde el año 2006, la pareja atraviesa una profunda crisis matrimonial, que será el desencadenante de la sentencia de divorcio dictada el día 15 de diciembre de 2007. En ésta se establecen los términos del divorcio de la pareja, que se había casado en régimen de gananciales. El matrimonio era propietario de un bien inmueble que constituía la vivienda familiar, valorado en 200.000 euros y además, disponía de 20.000 euros en cuentas bancarias. El juez en la sentencia dictamina:

- El reparto igualitario entre los cónyuges del valor del inmueble y de la cuantía depositada en la cuenta bancaria.
- La desestimación de la pensión compensatoria solicitada por Doña Ana Suarez

Transcurrido un tiempo, Don Manuel Barroso vuelve a contraer matrimonio el 25 de mayo de 2009, en Santiago de Compostela, esta vez con Doña Catalina Castejón, una joven Salmantina, nacida el 12 de febrero de 1985, que en el momento de la unión trabajaba como recepcionista en la clínica de odontología DENTANIX S.L.

El día 4 de junio de 2009, pocos días después de la celebración del matrimonio, Doña Catalina se reincorpora a su puesto de trabajo. Ese mismo día finalizada a las ocho y media su primera jornada laboral, tras la celebración de su matrimonio, Doña Catalina decide caminar trescientos metros para comprar en una joyería. Tras finalizar la compra, Doña Catalina se dirige a la parada de autobús más próxima para regresar a casa, siendo ésta la suya habitual en la calle Carrión, donde pueda coger el autobús de las nueve y quince.

Tras subir al autobús, éste realiza un frenazo brusco, a resultas del cual Doña Catalina sufre una serie de lesiones corporales leves que le impiden realizar las funciones propias de su empleo, por lo que estuvo en situación de incapacidad temporal durante cuatro meses, a la espera del alta por curación.

La mañana del 23 de noviembre de 2009, Don Manuel se levantó —como todas las mañanas— con muy mal humor, pues el señor adolecía ya desde su adolescencia de fuertes dolores de cabeza. Además, en este día especial se le unía el “síndrome postvacacional”, ya que Don Manuel debía reincorporarse a su puesto de trabajo después de haber disfrutado sus vacaciones. A ello se le unía que no había escuchado aquella mañana el despertador y, por ende, ya se había levantado tarde para llegar al trabajo.

Siguiendo su rutina, como todas las mañanas de trabajo, Don Manuel se dirigió al lugar en el automóvil propiedad de la empresa, que ésta le había cedido. Más la mala suerte no paraba de cebarse esa mañana con él, ya que todos los semáforos con los que se

encontraba cambiaban a rojo justo cuando él se disponía a avanzar.

Por ello, ya a sólo una manzana de la correduría de seguros, Don Manuel se decidió a girar a la derecha estando en rojo un semáforo que solía estar apagado a diario, dado que por aquella calle eran pocos vehículos los que circulaban. Más por el denso tráfico, el Ayuntamiento debió haber decidido encenderlo en aquella mañana.

La suerte no acompañaba a Don Manuel en aquel lluvioso día, ya que cuando se dispuso a girar a la derecha, como había hecho en innumerables ocasiones, resultó impactado por un camión, modelo Mercedes-Benz. Dicho accidente de tráfico ocurrió en la calle Castelao, a la altura del cruce con la Calle Hermosilla, de Santiago de Compostela.

Don Manuel fue trasladado rápidamente en ambulancia al hospital más cercano, en este caso el Hospital Clínico Universitario de Santiago de Compostela, más su estado era considerado muy grave desde el primer momento. Fue ingresado en el hospital con un traumatismo craneoencefálico severo, pero tres días después, debido a su grave estado de salud a causa del accidente, falleció. Tanto Ana como Catalina reclamaron la pensión de viudedad, teniendo en cuenta que Don Manuel percibía un salario anual de 25.000 euros anuales brutos antes de su fallecimiento.

Por otra parte, el 5 de enero de 2013, Doña Ana Suarez solicitó una reducción de la jornada laboral para poder cuidar a su madre. Sin embargo, a resultas de la agravación del estado de salud de la anciana, siete días después, la misma se vio obligada a pedir una excedencia voluntaria por un período de dos años. La trabajadora solicitó el reingreso a su puesto de trabajo el día 4 de enero de 2015, ya que la excedencia finalizaba en los próximos días. En días anteriores, la empresa le comunicó que podría reincorporarse al puesto de trabajo que venía realizando en años anteriores.

Doña Ana lleva trabajando en la empresa Liberty, S.A. desde el año 2004, prestando servicios del asesoramiento de marketing, más en concreto, en la categoría profesional de coordinadora del servicio de asesoramiento de la empresa. Tenía un contrato por tiempo indefinido, siendo de aplicación el Convenio Colectivo Estatal Liberty empresas.

El mes de enero de 2016, la empresa hizo entrega a todos sus empleados de una carta, firmada por Don Juan Jiménez, en la que se comunicaba que quedaba terminantemente prohibido el uso de medios de la empresa (internet, móviles, ordenadores, etc) para fines propios, tanto dentro como fuera del horario del horario de trabajo.

Pasados unos meses, ante la sospecha de que se estaba incumpliendo la norma, la empresa procedió a la monitorización de los ordenadores de los trabajadores. Ello consistía en la instalación de un software de monitorización, con el fin de captar las pantallas a las que accedían, para su posterior visualización.

La visualización del proceso de monitorización tuvo lugar en la empresa en presencia de la propia trabajadora y de los representantes de los trabajadores. Ante dicha visualización, se comprobó que la trabajadora había remitido fotografías y documentos muy valioso de la empresa a terceros sin su autorización. Además, se dedicaba a actividades ajenas a su trabajo, de forma aproximada, sesenta minutos al día. La empresa calificó dichos hechos como una conducta de las calificadas como muy graves (falta de rendimiento, desobediencia), con lo que se justifica despido disciplinario de la trabajadora.

INTRODUCCIÓN

El trabajo, como centro y núcleo sobre el cual se organiza la vida, se convierte en el cauce por el que este trabajo navegará. Un viaje, corto pero, intenso por algunos de los diversos afluentes que llenan el caudal de este largo y extenso río. Así, será a través de estos afluentes por los que se desarrollará una navegación, no siempre exenta de cascadas y claroscuros, que tendrá por rumbo la búsqueda de la tierra prometida: la justicia.

Este viaje se inicia a través de la figura de la pensión de viudedad, en especial, se centra en el análisis de la concurrencia de beneficiarios que tiene lugar cuando el causante ha contraído matrimonio en segundas nupcias. Además, por las características temporales de los hechos del caso planteado, es necesario hacer referencia al cambio legislativo que introduce la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, *de medidas en materia de Seguridad Social*, ya que, con su entrada en vigor, se requiere, para el otorgamiento de la pensión de viudedad, que el cónyuge separado o divorciado sea acreedor de la pensión compensatoria. Una modificación que no tiene más objetivo que la búsqueda del ahorro social ante el gran número de disoluciones matrimoniales (111.704 en 2018, según el Servicio de Estadística del Consejo General del Poder Judicial).

La segunda navegación se realizará a través del accidente in itinere y, especialmente, a través de la interpretación jurisprudencial de su requisito más casuístico: la concurrencia del nexo causal entre el accidente y el trabajo. De esta forma, se analiza como los tribunales no sólo han sido los encargados de cubrir las lagunas normativas sino también de adaptar unas primigenias y estrictas exigencias a las nuevas realidades sociales.

El viaje por el tercer afluente, frente al cuarto, se centrará en bucear bajo el posible derecho del trabajador a ampliar la excedencia laboral previamente concedida. En cambio, la cuarta navegación se focalizará en el análisis de la posible limitación de los derechos del trabajador que puede tener lugar como consecuencia del control que el empresario ejerce a través de las nuevas tecnologías ya que, como afirmó George Orwell “el progreso tecnológico se permite solo cuando sus productos pueden aplicarse de algún modo a disminuir la libertad humana”.

Así, la última travesía tendrá por objeto analizar el despido disciplinario que la empresa ha motivado en base a la información obtenida a través del control empresarial. De esta forma, se estudiará la hipotética impugnación del despido por el trabajador y, en consecuencia, las posibles calificaciones que el tribunal podrá considerar.

En definitiva, con el objetivo de arribar en puerto de la forma más adecuada posible, se realizará un análisis general de los temas planteados para, posteriormente, adaptar lo expuesto a los hechos concurrentes en el caso objeto de estudio. De esta forma, este sistema permite tener el mayor caudal de agua posible de tal forma que, sin desviarnos del rumbo trazado, nos impida encallar.

1. PENSIÓN DE VIUEDAD

La pensión de viudedad, como principal prestación por muerte y supervivencia del sistema social español cuyo reconocimiento se recoge en el artículo 41 de la Constitución Española¹, se diseñó, en un primer momento, como un tipo de indemnización cuyo objetivo era paliar las necesidades económicas que surgían en una familia tras el fallecimiento del principal sustento familiar durante el desempeño de sus obligaciones laborales.²

Sin embargo, la función de protección de la situación de necesidad que cumplía esta pensión en su primigenia configuración, actualmente ha sido superada por una función sustitutiva, bajo la cual el único objetivo es cubrir la disminución de ingresos que tiene lugar tras el fallecimiento y que afecta a la posición económica del cónyuge superviviente.³

De esta forma, como ha establecido el TC⁴, para el otorgamiento de la pensión de viudedad “es irrelevante que el fallecimiento cree o no una situación de necesidad”. Sin embargo, las recientes modificaciones legislativas en esta materia, además de favorecer su adaptación a las nuevas realidades y necesidades sociales, han tratado de reformular esta prestación social con el objetivo de recuperar la función de protección de un verdadero estado de necesidad.

1.1 REQUISITOS PARA CAUSAR DERECHO

El derecho a la pensión de viudedad del cónyuge superviviente se encuentra condicionado a la concurrencia de una serie de requisitos generales a todas las prestaciones de la seguridad social y a otras, específicos de la pensión de viudedad. En primer lugar, como requisito general, en virtud del artículo 124.1 del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social*; en adelante, LGSS⁵ se requiere que la persona fallecida, en el momento del fallecimiento, estuviese afiliada y en alta en el Régimen General o en situación asimilada a la de alta, salvo que “hubiera completado un período mínimo de cotización de quince años” (artículo 174.1 LGSS).

En segundo lugar, como exigencia particular para el reconocimiento del derecho a la prestación, se exigen unos determinados períodos de cotización los cuales varían en función de la causa que haya producido el fallecimiento. Así, en caso de ser la causa de muerte, la enfermedad común la LGSS exige en el artículo 174.1 que se “hubiera

¹ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978; en adelante CE.

² BENITO-BUTRÓN OCHOA, J.C., “La pensión de viudedad y derecho de familia”, en AAVV, *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia. Vol.2 Parte Registral* (LLEDÓ YAGÜE, F., Coord.), Dykinson, Madrid, 2011 p. 495

³ BONACHE MIRALLES, J., “La pensión de viudedad en España: Análisis crítico de la regulación actual” en, *Revista anales de derecho*. Murcia: Universidad de Murcia, 2017, Vol. 35 no. 1, p. 4

⁴ STC de 12 de febrero de 1990 (ECLI:ES:TC:1990:19)

⁵ Con el objetivo de resolver las cuestiones con la legislación vigente en el momento temporal correspondiente, las tres primeras cuestiones se resolverán mediante la aplicación del Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social*; en adelante, LGSS (BOE núm. 154, de 29 de junio de 1994). En cambio, la resolución de las últimas dos cuestiones exigirá la aplicación del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social* (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015); en adelante LGSS (BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015).

completado un período de cotización de quinientos días, dentro de un período ininterrumpido de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha causante de la pensión”. En cambio, en caso de producirse el fallecimiento por un accidente o una enfermedad profesional, la LGSS no exige, en el mismo artículo anteriormente mencionado, ningún período previo de cotización.

Además, la LGSS no sólo permite que las personas laboralmente activas puedan causar derecho sino también “los perceptores de los subsidios de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, paternidad o riesgo durante la lactancia natural, los pensionistas por incapacidad permanente y jubilación” (artículo 172.1.b y c) éstos últimos en su modalidad contributiva.

1.2 BENEFICIARIO

Los beneficiarios de la prestación de viudedad, es decir, quienes tendrán derecho a su percepción, son el cónyuge en el momento del fallecimiento (artículo 174.1 LGSS), el que “sea o haya sido cónyuge legítimo” (174.2 LGSS) en casos de separación, divorcio o nulidad matrimonial y la pareja de hecho en el momento del fallecimiento (174.3 LGSS) salvo que concurra alguna de las causas de extinción. Sin embargo, con el objetivo de resolver el caso planteado, el análisis se centrará en el cónyuge supérstite y en el cónyuge separado o divorciado.

1.2.1 CÓNYUGE SUPÉRSTITE

En primer lugar, cuando el fallecimiento por enfermedad común fuese conocida a la fecha de matrimonio cabe destacar que el legislador, con el objetivo de evitar posibles intereses oportunistas, exige “que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento o, alternativamente, la existencia de hijos comunes”, salvo prueba de un período de convivencia superior a los dos años.

Y, en segundo lugar, el cónyuge supérstite para poder dar lugar al derecho de la pensión de viudedad vitalicia se requiere, tras la modificación realizada con la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, *de medidas en materia de Seguridad Social* (en adelante, Ley 40/2007) la acreditación de un vínculo matrimonial superior al año o la existencia de hijos en común. En caso contrario, el cónyuge supérstite tendrá derecho a una prestación temporal de viudedad que equivaldrá a la cuantía que le hubiese correspondido en caso de reunir los requisitos necesarios para la pensión vitalicia pero, con una duración limitada de dos años.

1.2.2 CÓNYUGE SEPARADO O DIVORCIADO

El derecho a la prestación de viudedad en los casos de separación y divorcio ya se reconocía con anterioridad a la Ley 40/2007 pero, es con la entrada en vigor de esta reforma, cuando se establece como requisito, para el otorgamiento de la prestación, haber percibido previamente, hasta el momento del fallecimiento, la pensión compensatoria. Además, “se modifica la forma de distribución de la pensión cuando exista concurrencia de beneficiarios.”⁶

⁶ SAMPEDRO CORRAL, M., “Las modificaciones introducidas por la Ley 40/2007 de 4 de diciembre, en la prestación de muerte y supervivencia” en, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*. Madrid, 2008, no. 74, p. 117

1.2.2.1 *Pensión compensatoria*

La pensión compensatoria se configura como la pensión, temporal o por tiempo indefinido, en modalidad de prestaciones sucesivas o única, a la cual tendrá derecho “el cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio” (artículo 97 Código Civil⁷).

De esta forma, la función de la pensión compensatoria no es buscar una igualdad entre ambos⁸ sino evitar los posibles perjuicios que para una de las partes se puedan desencadenar tras el fin de la convivencia. Por ello, los tribunales han de valorar en función de diferentes elementos (artículo 97.2 CC) si dicho perjuicio ha existido y de ser así, determinar la cuantía necesaria para cubrir ese perjuicio económico. De esta forma, los elementos anteriormente mencionados “tienen una doble función: a) actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias, y b) una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión”⁹.

Así, por tener la pensión de viudedad y la pensión compensatoria similar objetivo jurídico, el otorgamiento de la primera exige que “las personas divorciadas o judicialmente separadas sean acreedoras de la pensión compensatoria” (artículo 174.2 LGSS) en el momento del fallecimiento¹⁰ y, además con carácter adicional, se exige que se extinga a la muerte del causante (artículo 174.2 LGSS). Este último requisito adquiere sentido por no ser la muerte del deudor una de las causas de extinción de la pensión compensatoria señaladas en el artículo 101 CC, ya que, como aclara el artículo siguiente, esta obligación recae sobre los herederos quienes podrán solicitar una reducción o supresión de la pensión compensatoria.

De esta forma, cuando se reúnan los requisitos exigidos la pensión de viudedad se concederá a las personas divorciadas o judicialmente separadas sin que la cuantía pueda superar aquella que viniese percibiendo en concepto de pensión compensatoria (artículo 174.2 LGSS) puesto que, en estos supuestos, la pensión de viudedad no se relaciona con la existencia de un estado de necesidad sino con la pérdida del montante económico que supone la extinción de la pensión compensatoria.¹¹

Sin embargo, se plantean dos excepciones a la exigencia de concurrencia de estas condiciones. En primer lugar, el artículo 174.2 de la LGSS libera del cumplimiento de este requisito a las mujeres que acrediten haber sido víctimas de violencia de género en el momento en de la separación o divorcio. Y, en segundo lugar, con el objetivo de

⁷ BOE núm. 206, de 25 de julio de 1889; en adelante, CC

⁸ STS de 25 de noviembre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:7774)

⁹ STS de 19 de enero de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:327)

¹⁰ La doctrina jurisprudencial ha superado la interpretación restrictiva de la existencia de la figura de la pensión compensatoria por una interpretación finalista, de tal forma que se consideran equivalentes, para la obtención de la pensión de viudedad, otras rentas como la pensión de alimentos (STSJ de Cataluña de 20 de octubre de 2010 (ECLI:ES:TSJCAT:2010:8731)

¹¹ STS de 21 de junio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:2701)

mantener una cierta coherencia temporal¹² y “proteger expectativas de derechos afectadas por la imprevista exigencia de pensión compensatoria”¹³, se establece, en la disposición transitoria decimoctava, la excepción respecto de aquellos casos cuyo divorcio o separación judicial fuesen anteriores al 1 de enero de 2008¹⁴, siempre y cuando concurren los siguientes requisitos¹⁵:

- No transcurran entre la separación judicial o el divorcio y el fallecimiento del causante más de diez años
- El período del vínculo matrimonial sea igual o superior a diez años
- Hayan engendrado hijos en común o el cónyuge solicitante de la pensión de viudedad tenga al menos una edad de cincuenta años.

De esta forma, en caso de concurrencia de los requisitos anteriormente expuestos, no se exigirá que el cónyuge divorciado o separado judicialmente hubiera sido acreedor de pensión compensatoria, y, por lo tanto, la pensión de viudedad no quedará limitada a la cuantía que ésta pudiera o no haber percibido.¹⁶

1.2.2.2 Concurrencia de beneficiarios

Cuando el causante fallecido tras divorciarse, contrae nuevas nupcias, el cónyuge del primer matrimonio y el cónyuge del segundo, tendrán derecho, siempre y cuando no incurran en ninguna causa de extinción, a percibir la pensión de viudedad, produciéndose así una concurrencia de beneficiarios. En este sentido, es necesario destacar que la concurrencia de beneficiarios se aplica en supuestos de divorcio y de nulidad matrimonial.

Además, respecto al cónyuge supérstite, la ley reconoce que también existirá concurrencia de beneficiarios cuando éste “sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento” (artículo 174.2 párrafo segundo de la LGSS) lo cual adquiere sentido tras la ampliación del ámbito subjetivo del derecho a la pensión de viudedad.

De esta forma, planteados los elementos subjetivos es necesario analizar los elementos objetivos los cuales se centran, principalmente, en las reglas que determinan el reparto de la pensión de viudedad entre los beneficiarios que reúnen los requisitos para ser considerados como tales. Así, la pensión de viudedad se asignará en función del tiempo de convivencia que cada uno de ellos haya compartido con el causante fallecido (artículo 174.2 párrafo segundo).

¹² Disposición introducida mediante la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de *Presupuesto generales del Estado para el año 2010* cuya fecha de entrada en vigor es el 01/01/2010

¹³ STS de 22 de diciembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:5803)

¹⁴ La separación y divorcio que se produzcan en fecha anterior al 1 de enero de 2008 se calculará en base a la normativa vigente con anterioridad a la reforma de la Ley 40/2007, es decir, bajo la redacción propuesta por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de *disposiciones específicas en materia de Seguridad Social* (BOE núm. 296, de 11 de diciembre de 2003)

¹⁵ Esta regulación también será aplicable, en virtud de la propia disposición, a “los hechos causantes producidos entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009”

¹⁶ STS de 22 de diciembre de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:5803)

Sin embargo, los legisladores con el objetivo de no perjudicar en exceso la posición del cónyuge en el momento del fallecimiento¹⁷, establecen su derecho a percibir, como mínimo, el 40 por ciento de la pensión de viudedad correspondiente. De esta forma, con esta nueva regulación se trata de evitar que, en el supuesto de haber convivido durante poco tiempo, le corresponda una pensión pequeña¹⁸ y, a la vez, trata de superar la anterior configuración por la cual aún siendo la única beneficiaria de la prestación de viudedad no podía obtener la totalidad de la cuantía sino tan sólo el montante que correspondiera, de forma proporcional, al tiempo de convivencia¹⁹.

En consecuencia, se planteó en relación a la regla de “tope de la pensión compensatoria”²⁰ la posibilidad de acrecer la cuantía de la pensión del cónyuge supérstite con la porción que el cónyuge supérstite dejaba de percibir por aplicación de la regla anteriormente mencionada²¹. Los tribunales resolvieron esta cuestión afirmando que, en el supuesto de concurrencia de beneficiarios, no existe una multiplicación de pensiones de viudedad sino que es una única pensión que se distribuye entre los posibles beneficiarios²² y, por lo tanto, el cónyuge supérstite no sólo tendrá derecho a la cuantía que el que ha sido cónyuge no perciba sino también a la cuantía que corresponda por el tiempo que medie entre el divorcio y el segundo matrimonio²³.

1.3 CUANTÍA DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD

La pensión de viudedad se calculará en base a tres elementos: la base reguladora, el porcentaje aplicable y los complementos que puedan concurrir en el caso concreto atendiendo a las particularidades de cada beneficiario²⁴.

En primer lugar, la base reguladora se calculará en función de cuál haya sido la causa que haya provocado la muerte del causante. De esta forma, cuando se atribuya a una contingencia común o a un accidente no laboral, la base reguladora será el resultado de sumar las bases de cotización durante un período ininterrumpido de veinticuatro meses y dividirlo entre veintiocho. Sin embargo, la legislación permite que el beneficiario elija libremente qué periodo de veinticuatro meses ininterrumpidos, durante los quince años inmediatamente anteriores al fallecimiento, se ha de utilizar para el cálculo de la base reguladora.

En cambio, cuando la causa de muerte se impute a una enfermedad profesional o a un accidente de trabajo, la base reguladora será el resultado de dividir entre doce todos los elementos salariales que el causante haya obtenido a lo largo del año.

¹⁷ SAMPEDRO CORRAL, M., “Las modificaciones introducidas por la Ley 40/2007 de 4 de diciembre, en la prestación de muerte y supervivencia” *op.cit.*, p. 119

¹⁸ STSJ de Madrid de 26 de febrero de 2016 (ECLI:ES:TSJM:2016:1598)

¹⁹ STS de 16 de noviembre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:4289)

²⁰ STS de 23 de junio de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:4167)

²¹ STS de 19 de diciembre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:4801)

²² STSJ de Galicia de 25 de febrero de 2019 (ECLI:ES:TSJGAL:2019:1239)

²³ STSJ de Galicia de 25 de febrero de 2019 (ECLI:ES:TSJGAL:2019:1239)

²⁴ Página web de la Seguridad Social: <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores/10964/10966/28489/28492>

En segundo lugar, sobre la base reguladora se podrá aplicar un porcentaje general del 52% o un porcentaje del 70% cuando la persona beneficiaria de la pensión acredite tener cargas familiares y además la concurrencia de determinados requisitos que evidencien una cierta dependencia económica²⁵. Y, en tercer lugar, la legislación otorga un complemento de maternidad el cual se adicionará al resultado que se haya obtenido mediante el producto de los anteriores elementos, cuando el cónyuge supérstite sea mujer y haya tenido 2 o más hijos (artículo 50 bis LGSS).

Por último, cuando el fallecimiento del causante se produzca a causa de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, el cónyuge supérstite tendrá derecho a solicitar una indemnización especial a tanto alzado (artículo 171.2 LGSS).

1.4 CAUSAS DE EXTINCIÓN DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD

El perceptor de la pensión de viudedad perderá el derecho a la misma por cuatro causas²⁶ que se exponen en el artículo 11 de la Orden 13 de febrero de 1967, *por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social*. En primer lugar, el beneficiario perderá el derecho tras contraer nuevo matrimonio²⁷ salvo que se reúnan los requisitos necesarios para acogerse a las excepciones previstas. En segundo lugar, cuando se declare culpable de la muerte del causante al beneficiario y, en tercer lugar, cuando el beneficiario fallezca.

1.5 APLICACIÓN AL CASO

El 26 de noviembre de 2009 fallece Don Manuel quien había contraído matrimonio, en fecha 12 de agosto de 1995 con Doña Ana Suárez, nacida el 13 de marzo de 1966. Sin embargo, tras su separación en fecha 15 de diciembre de 2007, Don Manuel contrae nuevamente matrimonio con Doña Catalina, nacida el 12 de febrero de 1985, el 25 de mayo de 2009. Por ello, ambas, solicitan su derecho a la pensión de viudedad.

En primer lugar, para analizar la cuestión de fondo, se requiere concretar que Don Manuel, en el momento de la contingencia, se encontraba dado de alta en el Régimen General de la Seguridad Social pues consta que desempeña su labor de agente de seguros en la empresa Hércules SA. Además, aunque si bien no consta el cumplimiento del tiempo mínimo de cotización, no se requiere su concurrencia puesto que, cuando la causa de la muerte se imputa a un accidente, no se exige un período previo de cotización.

De esta forma, tras considerar que tiene lugar el nacimiento del derecho a la pensión de viudedad, es necesario analizar si Doña Catalina como cónyuge en el momento de

²⁵ Artículo 31 del Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, *por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho de las mismas* (BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1966)

²⁶ Adicionalmente, en relación con la prestación temporal por viudedad, se debe añadir como causa de extinción el transcurso del plazo de dos años.

²⁷ Con el objetivo de adecuar la normativa al reconocimientos de las parejas de hecho como beneficiarios, se introduce la constitución de pareja de hecho como causa de extinción a través del Real Decreto 296/2009, de 6 de marzo, *por el que se modifican determinados aspectos de la regulación de las prestaciones por muerte y supervivencia* (BOE núm. 69, de 21 de marzo de 2009)

fallecimiento y Doña Ana como excónyuge han reunido los requisitos necesarios para disfrutar del derecho a la pensión de viudedad.

En primer lugar, Doña Catalina ha estado unida en matrimonio a Don Manuel durante un período de 236 días, es decir, inferior al año que exige la LGSS para poder tener derecho a la pensión vitalicia de viudedad. Por ello, Doña Catalina tendrá derecho a una prestación temporal de viudedad ya que tampoco consta que haya engendrado hijos con Don Manuel.

En segundo lugar, Doña Ana no tendrá derecho a la pensión de viudedad por no habersele concedido, en sentencia de divorcio, la pensión compensatoria que exige desde la LGSS desde su modificación con la Ley 40/2007. Sin embargo, la LGSS con el objetivo de “proteger expectativas de derechos afectadas por la imprevista exigencia de pensión compensatoria” ha establecido un régimen transitorio con el cual se exonera del cumplimiento de la pensión compensatoria a la excónyuge cuyo divorcio se produzca en fecha anterior al 1 de enero de 2008, siempre y cuando, reúna unos determinados requisitos.

De esta forma, Doña Ana cumple los dos primeros requisitos establecidos puesto que entre la separación y el fallecimiento han mediado menos de 10 años, concretamente, 1 año y 346 días, y, el vínculo matrimonial con Don Manuel ha tenido una duración de 12 años y 125 días, es decir, superior a los 10 años exigidos. Sin embargo, no reúne el último requisito puesto que Doña Ana tiene 43 años, no superando los 50 exigidos, y tampoco consta que Doña Ana tenga y Don Manuel tengan hijos en común.

En conclusión, no se produce una concurrencia de beneficiarios puesto que Doña Ana no reúne los requisitos para ser considerada como tal y, en el caso de Doña Catalina, su derecho queda restringido a una prestación temporal de viudedad cuya cuantía se equipara a la que le hubiera correspondido en caso de pensión vitalicia, es decir, la totalidad de la pensión de viudedad, calculada mediante el porcentaje del 52 por ciento sobre la cual se adiciona la indemnización a tanto alzado pero, durante un período limitado de 2 años. Además, no consta que Doña Catalina haya incurrido en ninguna causa que extinga la pensión de viudedad.

2. ACCIDENTE IN ITINERE

El accidente de in itinere, entendido como aquel que se produce durante el trayecto entre el lugar de trabajo y el domicilio del trabajador (artículo 115.2.a LGSS), adquiere la consideración, en nuestro ordenamiento jurídico, de accidente de trabajo mediante la sentencia del TS de 1 de julio de 1954²⁸. Esta incorporación por vía jurisprudencial se realiza con anterioridad a la ratificación del Convenio 121 de la OIT el cual, en su artículo 7, exigía la incorporación de una disposición en la que se considerase como accidente de trabajo aquel que se produjese al ir o al volver del trabajo.²⁹ Posteriormente, el TS

²⁸ SÁNCHEZ PÉREZ, J., “El accidente de trabajo in itinere y su análisis jurisprudencial”, en Revista Doctrinal Aranzadi Social, 2013, nº 11 [consultado: junio 2019] Disponible en: <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=Idb4783e07a4711e2a15d01000000000&sguid=i0ad82d9a000016b8f66b07e4dd29ee8&src=withinResuts&spos=1&epos=1&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=>

²⁹ DARÍAS PÉREZ, M., *El accidente in itinere*. Trabajo fin de grado. Santa Cruz de Tenerife: Universidad de La Laguna, 2017, p. 6 [Consultado: junio 2019] Disponible en:

completó su configuración exigiendo que el trayecto y el medio utilizado sean habituales y no se produzcan interrupciones de interés personal que puedan romper el nexo entre la lesión y la actividad laboral.³⁰

De esta forma, en respuesta a las exigencias internacionalmente impuestas, el accidente in itinere se configura por ley como un accidente de trabajo (artículo 115.2 LGSS), siempre y cuando, reúna los elementos necesarios³¹ para ser considerado como tal: el sufrimiento de una lesión corporal y la existencia de nexo causal entre el accidente que causa la lesión y el trabajo (artículo 115.1 LGSS).

2.1 LESIÓN CORPORAL

En primer lugar, la lesión se define como aquel daño o detrimento corporal³² producido a consecuencia de un accidente. Un concepto que pudiendo ser ampliamente interpretado, los tribunales han optado por restringir a “las lesiones súbitas y violentas producidas por un agente externo y no a las dolencias o procesos morbosos de distinta etiología y modo de manifestación”³³.

En consecuencia, el TS ha mantenido de forma continuada, mediante múltiples sentencias³⁴, una actitud contraria al reconocimiento de las enfermedades que pudiesen surgir o manifestarse durante el trayecto que media entre el domicilio y el lugar de trabajo, como accidente de trabajo.

Esta premisa se desencadena por carecer el accidente in itinere de la presunción de laborabilidad (artículo 115.3 LGSS) de la cual disfrutaban las lesiones que se hayan producido en el lugar de trabajo y durante el horario laboral, por lo que, a diferencia de éstos, la carga de la prueba recae sobre quien alegue la concurrencia de un accidente in itinere. Para ello, la jurisprudencia ha establecido que han de confluir cuatro elementos con el objetivo de poder considerar que la lesión sufrida ha tenido lugar en un accidente de trabajo, es decir, probar que ha existido una relación causal entre la lesión y el trabajo.

2.2 NEXO CAUSAL ENTRE LESIÓN Y TRABAJO

La jurisprudencia con el fin de poder apreciar o no la relación de causalidad entre la lesión y el trabajo ha establecido la necesidad de concurrencia conjunta³⁵ de cuatro elementos

<https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/5644/ACCIDENTE%20IN%20ITINERE.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

³⁰ SERNA CALVO, M^a del M., “La nueva realidad social y el accidente “in itinere en la jurisprudencia. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2013”, en *Iuslabor*, Barcelona, 2014, no.2, p. 2 [Consultado: junio 2019] Disponible en: <https://www.upf.edu/documents/3885005/3891251/MarSerna.pdf/9feb0358-19ef-4312-8c57-e5353b77636c>

³¹ El artículo menciona también el requisito de exigir que la realización del trabajo se desempeñe por cuenta ajena puesto que cuando éste se realiza por cuenta propia, el régimen aplicable es distinto (artículo 316 LGSS). En consecuencia, cuando el accidente derive de un trabajo realizado por cuenta propia no podrá ser considerado como accidente de trabajo.

³² FERNÁNDEZ, L., et al., *Accidentes e incidentes de trabajo*. Comissió Obrera Nacional de Catalunya, Barcelona, 2001, p.7 [consulta: junio de 2019]. Disponible en: https://www.ccoo.cat/pdf_documents/AATT.pdf

³³ STS de 18 de junio de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:4034)

³⁴ STS de 24 de junio de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:3802)

³⁵ STSJ de Galicia de 8 de abril de 2019 (ECLI:ES:TSJGAL:2019:2088)

que permitirán determinar en función de las circunstancias concretas de cada caso, si el accidente puede ser considerado “in itinere”.

2.2.1 TELEOLÓGICO

La concurrencia del elemento teleológico requiere que la finalidad del viaje esté determinada por la realización de la actividad laboral.³⁶ De esta forma, el trayecto objeto de protección será aquel que una el domicilio del trabajador con el centro de trabajo. Sin embargo, la interpretación de ambos puntos de llegada y salida ha generado una extensa jurisprudencia con el objetivo de flexibilizar y adaptar los requisitos a las nuevas realidades sociales.

En consecuencia, los tribunales sustituyen la interpretación restrictiva del concepto de domicilio bajo la cual única y exclusivamente se consideraba accidente in itinere aquel cuyo punto de partida o de llegada fuese el domicilio habitual del trabajador, por una interpretación finalista. Así, bajo este criterio, los tribunales consideran que los accidentes que se produzcan en el desplazamiento desde el domicilio familiar de fin de semana³⁷ al lugar donde se encuentre radicado el centro de trabajo, son accidentes in itinere por no tener, la previa parada en el domicilio laboral, otro objetivo que el de acudir al lugar de trabajo en las condiciones más convenientes. En consecuencia, la finalidad del viaje continúa siendo la actividad laboral y, por lo tanto, no se rompe el nexo causal.

2.2.2 TOPOGRÁFICO

El elemento topográfico requiere que el accidente se produzca en el trayecto que el trabajador realiza de forma habitual y normal para acudir/volver del centro de trabajo, no siendo necesario que se trate del camino más corto. De esta forma, los posibles desvíos que el trabajador pueda tomar durante el trayecto habitual podrá suponer la ruptura de la relación causal lesión-trabajo.

Sin embargo, frente a la primera doctrina jurisprudencial en la cual se estableció que la interrupción del “iter laboris”³⁸ por motivos personales suponía la ruptura del nexo causal, actualmente se desarrolla una interpretación extensiva de las circunstancias y causas que determinen el desvío. Para ello, el TS ha adoptado como criterios de análisis la razonabilidad y la adecuación del comportamiento a las conductas usuales o normales³⁹.

De esta forma, el TS considera que el nexo causal no se rompe por un desvío que tiene como finalidad atender las posibles obligaciones familiares⁴⁰ ya que el ordenamiento español a diferencia de otros ordenamientos como el francés o el alemán carece de una previsión respecto a los desvíos por conciliación familiar⁴¹. Así, en esta misma línea interpretativa, los tribunales tampoco consideran que la relación de causalidad se rompa

³⁶ LOSILLA RAYO, J. C., 2014. “El accidente “in itinere”, el accidente laboral de tráfico y el accidente en misión”, en *Energía & Minas: Revista profesional, Técnica y Cultural de los Ingenieros Técnicos de Minas*, 2014, no.10, p. 24 [consulta: junio 2019]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5080415>

³⁷ STS de 26 de diciembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:6487)

³⁸ STSJ de Galicia de 12 de febrero de 2019 (ECLI:ES:TSJGAL:2019:705)

³⁹ STS de 17 de abril de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1588)

⁴⁰ STSJ de Galicia de 14 de julio de 2015 (ECLI:ES:TSJGAL:2015:5708)

⁴¹ STSJ de Galicia de 8 de abril de 2019 (ECLI:ES:TSJGAL:2019:2088)

por alterar el trayecto para realizar una gestión personal razonable⁴² o por retrasar el inicio del trayecto⁴³.

Sin embargo, el TSJ de Galicia exige que, para poder considerar la existencia de relación causal entre la lesión y el trabajo, se haya “iniciado la ejecución del hecho de ir y volver”⁴⁴, de tal forma que se considera insuficiente para considerar el accidente como in itinere que éste se produzca durante los hechos preparatorios⁴⁵.

2.2.3 CRONOLÓGICO

La concurrencia del elemento cronológico exige que el accidente se produzca durante el tiempo el “tiempo prudencial”⁴⁶ en el cual se ha de realizar el trayecto. Para ello, los tribunales han establecido un análisis de fondo en el cual se examina la relación entre tiempo y distancia, siendo necesario además, que el accidente tenga lugar en el tiempo próximo al momento de inicio o fin de la jornada laboral.

En consecuencia, los tribunales, tras la superación de una primera interpretación restrictiva en la cual se exigía la inmediatez temporal, consideran que la relación de causalidad entre lesión y trabajo no se rompe por la realización de paradas que puedan ser consideradas como “breves e irrelevantes”⁴⁷, es decir, pequeñas interrupciones que no tienen la entidad suficiente para romper el nexo causal.

2.2.4 MECÁNICO

El elemento mecánico requiere que el accidente se produzca en el medio de transporte utilizado habitualmente por el trabajador. De esta forma, esta exigencia se entiende cumplida independientemente de cuál sea la condición del medio de transporte, es decir, se acepta tanto el transporte público como el transporte privado, incluso también cuando éste se realiza un medio de transporte menos convencional como un patinete⁴⁸.

Todo ello, siempre y cuando, el transporte utilizado “no entrañe peligro grave e inminente” ni haya sido prohibido de forma expresa y razonable por el empresario⁴⁹.

2.3 EXCEPCIONES

La LGSS establece en el artículo 115.4 que, aún concurriendo los elementos anteriormente desarrollados, el accidente no tendrá la consideración de laboral cuando se produzca por fuerza mayor, siempre y cuando, no mantenga ninguna relación con la actividad laboral que estuviese realizando en el momento del accidente⁵⁰, por dolo o por

⁴² STS de 14 de febrero de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:878)

⁴³ STS de 17 de abril de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1588)

⁴⁴ STSJ de Galicia de 8 de abril de 2019 (ECLI:ES:TSJGAL:2019:2088)

⁴⁵ STSJ de Cataluña de 16 de abril de 2019 (ECLI:ES:TSJCAT:2019:2671)

⁴⁶ STSJ de Galicia de 8 de abril de 2019 (ECLI:ES:TSJGAL:2019:2088)

⁴⁷ STSJ de Galicia de 3 de febrero de 2012 (ECLI:ES:TSJGAL:2012:935)

⁴⁸ STSJ de Cataluña de 12 de junio de 2014 (ECLI:ES:TSJCAT:2014:6420)

⁴⁹ STSJ de País Vasco de 5 de junio de 2007 (ECLI:ES:TSJPV:2007:2046)

⁵⁰ Salvo concurrencia de fenómenos naturales análogos a los de insolación o rayos (artículo 115.4.a párrafo segundo)

imprudencia temeraria⁵¹, siendo en éste último caso necesario diferenciar la imprudencia temeraria de la imprudencia profesional puesto que esta última no implica la ruptura del nexo de causalidad entre la lesión y el trabajo.

En primer lugar, la imprudencia profesional surge como consecuencia de la confianza que produce en el trabajador la repetición continuada del desempeño laboral⁵². En cambio, la imprudencia temeraria implica “una conducta en la que su autor asume unos riesgos manifiestos innecesarios y especialmente graves ajenos al usual comportamiento de las personas; en otras palabras, puede concebirse como el patente y claro desprecio del riesgo y de la prudencia más elemental exigible”⁵³.

De esta forma, bajo esta concepción jurídica, los tribunales han determinado que su concurrencia en los accidentes de tráfico no se puede apreciar por la mera infracción de las normas de regulación del tráfico puesto que no todas ellas implican el mismo nivel de gravedad⁵⁴. En consecuencia, para poder considerar un accidente de tipo laboral o común, se requiere analizar los hechos y circunstancias que determinan el caso concreto.

De esta forma, los tribunales han impregnado la jurisprudencia con resoluciones diversas de las cuales se puede extraer como elemento común la concurrencia de una asunción consciente del riesgo⁵⁵, es decir, el trabajador, aún consciente del riesgo y de los más que probables resultados que su actuación puede desencadenar, asume y acepta el peligro.

De esta forma, el TS ha denegado la calificación de accidente de trabajo, por apreciar la concurrencia de imprudencia temeraria, cuando asumiendo el riesgo que implica la contravención de las normas de seguridad vial, se circula en sentido contrario⁵⁶ o cuando se reinicia la marcha en un semáforo sin que éste hubiese abierto el paso⁵⁷. Sin embargo, en contraposición, el TS ha defendido que, el accidente que tenga lugar bajo los efectos del alcohol, no ha de ser considerado por sí mismo como imprudencia temeraria⁵⁸.

2.4 APLICACIÓN AL CASO DE DOÑA CATALINA

El supuesto plantea que Doña Catalina, tras finalizar su jornada laboral a las ocho y media, con anterioridad al inicio de la vuelta a su domicilio, decide caminar trescientos metros para realizar una compra. Posteriormente, se dirige a la parada de autobús más próxima para regresar a su casa, siendo ésta la que habitualmente utiliza, donde coge el autobús a las nueve y quince. Durante el trayecto de camino a casa, tras un frenazo brusco, Doña Catalina sufre una serie de lesiones corporales leves que dio lugar a una situación de incapacidad temporal la cual se extendió durante cuatro meses.

⁵¹ “El concepto de imprudencia temeraria en el ámbito laboral no coincide con el concepto en el ámbito penal, ya que los bienes jurídicos objeto de protección son distintos” (STSJ Castilla la Mancha de 21 de septiembre de 2017 (ECLI:ES:TSJCLM:2017:2085))

⁵² Un accidente de tráfico podrá considerarse como imprudencia profesional cuando la conducción del vehículo constituya la propia actividad laboral del trabajador (STSJ de Castilla la Mancha de 21 de septiembre de 2017 (ECLI:ES:TSJCLM:2017:2085))

⁵³ STS de 18 de septiembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:6549)

⁵⁴ STSJ Castilla la Mancha de 21 de septiembre de 2017 (ECLI:ES:TSJCLM:2017:2085)

⁵⁵ STS de 22 de enero de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:1852)

⁵⁶ STS de 22 de enero de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:1852)

⁵⁷ STS de 18 de septiembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:6549)

⁵⁸ ATS de 8 de julio de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:7304A)

En primer lugar, se cumple el primero de los requisitos para poder considerar el accidente como accidente in itinere, puesto que debe considerarse acreditado que Doña Catalina sufre una serie de lesiones corporales, las cuales son de tal intensidad que le imposibilitan desempeñar su actividad laboral con normalidad.

En segundo lugar, también se cumple el segundo requisito, ya que consta que Doña Catalina desempeñaba su trabajo por cuenta ajena, concretamente para la clínica de odontología DENTANIX SL.

En tercer lugar, el cumplimiento del requisito que exige el nexo causal entre la lesión y el accidente no se presenta tan nítido, puesto que aunque si bien es cierto que Doña Catalina tiene un accidente durante el trayecto entre su centro de trabajo y su domicilio, con anterioridad al inicio de éste, Doña Catalina se desvía de su trayecto habitual para realizar una compra. Por ello, para poder conceder o denegar la consideración de accidente laboral por concurrir el nexo causal se deberá atender a las líneas interpretativas que los tribunales han utilizado para dirimir situaciones similares.

La jurisprudencia, para poder apreciar la existencia del nexo causal, ha establecido la necesidad de concurrencia de cuatro elementos: teleológico, cronológico, topográfico y mecánico o idoneidad del medio. Así, en primer lugar, el elemento teleológico concurre en el caso concreto, puesto que la finalidad del viaje de Doña Catalina era volver a su domicilio tras su jornada laboral, es decir, el viaje no se habría producido de no concurrir la necesidad de desempeñar la actividad laboral.

En segundo lugar, consta que el trayecto en el que tiene lugar el accidente es el utilizado de forma habitual por Doña Catalina para volver a su domicilio de la jornada laboral. Además, con este carácter de habitualidad también se debe considerar acreditado que el autobús es el medio de transporte empleado por Doña Catalina para trasladarse entre el domicilio y el centro de trabajo. Por ello, también se ha de considerar que concurren el elemento topográfico y el elemento mecánico.

En cambio, considerar la concurrencia del elemento cronológico plantea más dudas puesto que Doña Catalina ha alterado el tiempo del trayecto que media entre el centro de trabajo y el domicilio con el objetivo de realizar una compra. Sin embargo, el TS ha interpretado de forma extensiva esta exigencia, de tal forma que ha considerado como accidente in itinere aquellos que aún produciéndose tras una alteración temporal ésta responda a “patrones usuales de convivencia o comportamiento del común de las gentes”⁵⁹ o se considere “una gestión intermedia razonable”⁶⁰, siempre y cuando, no supere el límite de una hora⁶¹.

En consecuencia, ha de considerarse que Doña Catalina, al igual que en la STS de 17 de abril de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1588) cuya recurrente también se había desviado de su trayecto para realizar una compra, ha sufrido un accidente in itinere.

⁵⁹ STS 21 de mayo de 1984 (RJ 1984\3054) y STS 17 de diciembre de 1997 (RJ 1997\9484)

⁶⁰ STS de 14 de febrero de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:878)

⁶¹ STS de 17 de abril de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1588)

2.5 APLICACIÓN AL CASO DE DON MANUEL

El 23 de noviembre Don Manuel, siguiendo su rutina de todas las mañanas, de camino al lugar donde desempeña su actividad laboral, tiene un accidente con otro coche tras infringir un semáforo en rojo que solía estar apagado a diario. El accidente le provocó lesiones de tal gravedad que Don Manuel fallece 3 días después.

En primer lugar, para poder considerar el accidente sufrido por Don Manuel como accidente de trabajo es necesario que reúna los cuatro elementos exigidos por la jurisprudencia. Así, en primer lugar, debe considerarse acreditado que la finalidad del viaje era acudir al lugar en el cual Don Manuel desempeñaba su actividad laboral, es decir, en caso de no existir esa premisa el accidente no se habría producido.

En segundo lugar, consta que el trayecto utilizado por Don Manuel, la mañana del accidente, era el que habitualmente empleaba para acudir a su lugar de trabajo. Además, también “siguiendo su rutina” consta que el medio utilizado para trasladarse entre domicilio y centro de trabajo es el automóvil que la empresa le ha cedido. Por ello, ha de considerarse que concurre el elemento mecánico y el elemento topográfico.

En tercer lugar, se ha de estimar que el accidente de Don Manuel reúne el requisito cronológico puesto que no consta que se haya desviado del trayecto que media entre su domicilio y el lugar de trabajo.

Sin embargo, aún cuando concurren los elementos necesarios establecidos por la jurisprudencia para poder considerar el accidente de Don Manuel como accidente de trabajo, es necesario enjuiciar si su conducta, la cual ha desencadenado el accidente que produjo su muerte, puede ser considerada como imprudencia temeraria puesto que su concurrencia supondría la eliminación de la condición de laborabilidad⁶².

De esta forma, para poder apreciar imprudencia temeraria en la conducta de Don Manuel⁶³ es necesario que éste “excediéndose del comportamiento normal de una persona, corre un riesgo innecesario que ponga en peligro la vida o los bienes, conscientemente”⁶⁴, es decir, para apreciar la imprudencia temeraria sobre la conducta de Don Manuel ésta no sólo ha de mostrar que ha corrido un riesgo⁶⁵ sino que además ha asumido⁶⁶ ese riesgo de forma consciente.

⁶² “Quebrando el nexo causal entre lesión y trabajo”

SAN MARTÍN MAZZUCONI, C., “La imprudencia del trabajador en el accidente de trabajo: claves jurisprudenciales”. *Revista del ministerio de trabajo e inmigración*. Ministerio de Trabajo e Inmigración Subdirección de Información Administrativa y publicaciones, Madrid, 2009, no. 84, p. 57 [consulta: junio de 2019]. Disponible en: http://www.mitramiss.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/84/Revista84.pdf

⁶³ La mera infracción de normas de tráfico no implica, por sí sola, la imprudencia temeraria del infractor” GELPÍ, J. I., *Saltarse un semáforo en rojo no es accidente laboral*. La Vanguardia, 2008 [consulta: junio 2019]. Disponible en: <http://www.rhhdigital.com/legal/27118/Saltarse-un-semaforo-en-rojo-no-es-accidente-laboral>

⁶⁴ STS de 18 de septiembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:6549)

⁶⁵ Se corre un riesgo innecesario de forma voluntaria.

SAN MARTÍN MAZZUCONI, C., “La imprudencia del trabajador en el accidente de trabajo: claves jurisprudenciales” *op cit.*, p. 58

⁶⁶ “Asumió indudablemente riesgos manifiestos, innecesarios y especialmente graves” STS de 22 de enero de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:1852)

Así, consta que el semáforo que Don Manuel no ha respetado “solía estar apagado a diario” por lo que esta situación sumada al hecho de que el accidente tuvo lugar en un trayecto que realizaba de forma habitual, produjo en Don Manuel un exceso de confianza que le llevó a presumir que el semáforo estaría en verde. De esta forma, Don Manuel no asumió de forma consciente y voluntaria el riesgo que produjo su muerte.

En consecuencia, se ha de estimar que el accidente de Don Manuel reúne las condiciones necesarias para considerarse como accidente de trabajo.

3. EXCEDENCIA LABORAL

La excedencia es un tipo de suspensión del contrato laboral⁶⁷ cuyo principal efecto es la exoneración del cumplimiento de las obligaciones en él establecidas, es decir, el trabajador no desempeñará la actividad laboral y, en consecuencia, la empresa no remunerará al trabajador. El artículo 46 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Estatuto de los Trabajadores* (en adelante, ET)⁶⁸ regula esta figura distinguiendo cuatro tipos⁶⁹ de excedencia de entre los cuales el estudio se centrará en la excedencia voluntaria y en la excedencia para el cuidado de familiares por su relevancia en la resolución del caso planteado.

3.1 EXCEDENCIA PARA EL CUIDADO DE FAMILIARES

El empleado tendrá derecho a una excedencia para el cuidado de familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, siempre y cuando, concurren los requisitos necesarios para ello.

3.1.1 REQUISITOS

El trabajador tendrá derecho a esta excedencia, siempre y cuando cumpla los tres requisitos exigidos en el artículo 46.3 párrafo segundo de la ET. En primer lugar, el trabajador ha de tener una relación de parentesco con la persona, para cuyo cuidado solicita la excedencia, de hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. En segundo lugar, requiere que el familiar se encuentre en una situación que le sea imposible valerse por sí mismo. Y, en tercer lugar, se exige que el familiar no realice ninguna actividad retribuida.

⁶⁷ Sin embargo, “reiterada doctrina jurisprudencial niega que la excedencia voluntaria constituya un supuesto de suspensión del contrato de trabajo” STSJ de Andalucía de 7 de marzo de 2019 (ECLI:ES:TSJAND:2019:2282)

⁶⁸ Con el objetivo de resolver las cuestiones planteadas con la legislación vigente en el momento temporal correspondiente, esta cuestión se resolverá mediante el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Estatuto de los Trabajadores*; en adelante, ET. En cambio, las dos siguientes cuestiones se resolverán mediante la aplicación del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores*; en adelante, ET.

⁶⁹ El artículo hace referencia también a la excedencia forzosa por cargo público o electivo sindical y por nacimiento, adopción y acogimiento. Además, como establece la STSJ de Andalucía de 7 de marzo de 2019 (ECLI:ES:TSJAND:2019:2282) se debe reconocer también la excedencia por pacto entre partes.

3.1.2 DURACIÓN Y EFECTOS

La excedencia cuyo objetivo consista en el cuidado de los familiares no podrá tener una duración superior a los dos años (artículo 46.3 párrafo segundo ET) pudiendo ser éstos disfrutados, si así lo solicita el trabajador, de forma fraccionada (artículo 46.3 párrafo tercero ET). No obstante, el convenio colectivo aplicable en cada caso podrá establecer un período mayor.

Respecto a los efectos, en primer lugar, el artículo 46.3 párrafo quinto de la LGSS establece que durante el plazo de excedencia que el trabajador disfrute computará, a diferencia de la excedencia voluntaria, a efectos de antigüedad. En segundo lugar, la empresa, también a diferencia de la excedencia voluntaria, estará obligada a reservar el puesto de trabajo durante el primer año de excedencia, a partir de éste el trabajador tan sólo dispondrá de un derecho de reingreso preferente en un puesto de igual o similar categoría.

En tercer y último lugar, como establece el artículo 180.2 de la LGSS el primer año de la excedencia para el cuidado de familiares “se considerará efectivamente cotizado a los efectos (...) de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad”.

3.2 EXCEDENCIA VOLUNTARIA

La excedencia voluntaria es un derecho de todo trabajador, que reúna los requisitos legalmente establecidos, a interrumpir la prestación laboral por motivos personales que no han de ser manifestados ni demostrados puesto que esta excedencia se concede independientemente de cuál sean las causas que motiven su solicitud.⁷⁰

3.2.1 REQUISITOS Y DURACIÓN

En primer lugar, el trabajador interesado en solicitar la excedencia voluntaria debe disponer de una antigüedad en la empresa, de al menos, un año (artículo 46.2 LGSS). En segundo lugar, con el objetivo de otorgar cierta seguridad a la empresa, los legisladores han establecido que tras haber disfrutado de una excedencia, el trabajador no podrá solicitar otra nueva hasta haber transcurrido cuatro años desde el término de la primera (artículo 46.2 LGSS).

En tercer y último lugar, el trabajador podrá solicitar la excedencia, siempre y cuando, la duración de ésta no sea inferior a cuatro meses ni mayor de cinco años (artículo 46.2 ET). En consecuencia, cuando los requisitos establecidos concurren en un trabajador y éste solicite la excedencia voluntaria, la empresa correspondiente estará obligada a concedérsela, pudiendo ser demandada en caso contrario.⁷¹

⁷⁰ SANZ, C., “La excedencia voluntaria y sus peculiaridades”, en *Elderecho.com*, 2013 [consulta: junio 2019] Disponible en: <https://elderecho.com/la-excedencia-voluntaria-y-sus-peculiaridades>

⁷¹ HUERTA PÉREZ, L., “Prórroga de la excedencia voluntaria”, en *Bufete Buades*, 2015 [consulta: junio 2019] Disponible en: <https://www.bufetebuades.com/prorroga-de-la-excedencia-voluntaria-por-luis-huerta/>

3.3 PRÓRROGA

La prórroga de la excedencia, común a ambos tipos de excedencias, implica que, cuando el trabajador disponga de una fracción del tiempo que la legislación le concede, éste pueda solicitar “una ampliación de su situación en excedencia voluntaria” mediante una prórroga expresa o propia,⁷² siempre y cuando, se solicite con anterioridad al término del tiempo previamente concedido de excedencia y no supere el límite temporal legalmente establecido⁷³.

Sin embargo, el TS ha establecido que si bien existe una obligación de la empresa a conceder la excedencia voluntaria cuando ésta reúna los requisitos exigidos, no existe, en cambio, un derecho a la prórroga⁷⁴ de la excedencia voluntaria previamente concedida⁷⁵, salvo pacto entre las partes, bien sea colectivo o individual.⁷⁶ Así, considera que el artículo 46.2 del ET, siendo necesaria su interpretación restrictiva por configurarse como “un supuesto atípico de suspensión del contrato de trabajo”⁷⁷, otorga el derecho a una excedencia cuyo período, aunque restringido, es de libre elección por el trabajador para mayor satisfacción de sus intereses personales. Sin embargo, ello no implica que pueda alterar de forma unilateral⁷⁸ el acuerdo alcanzado con la empresa, ya que aceptar esta premisa supondría el menosprecio más absoluto por los intereses organizacionales de la empresa.

De esta forma, “aceptar la posibilidad de que un trabajador en excedencia pueda solicitar una prórroga de la ya concedida con anterioridad equivale materialmente a aceptar la posibilidad de obtener una nueva excedencia aunque formalmente aparezca como una continuación de la primera”⁷⁹.

3.4 APLICACIÓN AL CASO

El supuesto objeto de resolución cuestiona la posibilidad de prorrogar la excedencia voluntaria de dos años que solicita la trabajadora, Doña Ana Suárez, con el objetivo de cuidar a su madre. Así, para poder ofrecer una respuesta jurídica es necesario plantear la posible prórroga en el caso de ser calificada como excedencia voluntaria o como excedencia para el cuidado de familiares.

En primer lugar, la excedencia solicitada por Doña Catalina podrá ser considerada como excedencia para el cuidado de familiares puesto que se solicita para la atención de su

⁷² En contraposición, la prórroga suspensiva es aquella que tendría lugar cuando habiendo solicitado el reingreso por el trabajador, la empresa lo deniegue por carecer de vacantes en categoría similar o igual a la que disponía con anterioridad a la excedencia.

BENET ESCOLANO, J., *La figura jurídica de la excedencia voluntaria*. Tesis Doctoral. Valencia: Universidad de Valencia, 2012, p.193 [consulta: junio 2019] Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=104127>

⁷³ STSJ de Cataluña de 22 de septiembre de 2005 (ECLI:ES:TSJCAT:2005:7974)

⁷⁴ STS de 23 de julio de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:4601)

⁷⁵ La concesión de diversas prórrogas no implica un derecho a la obtención de las sucesivas (STSJ de Murcia de 17 de junio de 2016 (ECLI:ES:TSJMU:2016:1504)

⁷⁶ RUANO ALBERTOS, S., *La excedencia voluntaria no causal en el estatuto de los trabajadores*. Còlex, Madrid, 1995, p.60

⁷⁷ STS de 23 de julio de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:4601)

⁷⁸ STS de 11 de diciembre de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:7954)

⁷⁹ STS de 23 de julio de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:4601)

madre y, por lo tanto, el parentesco es inferior al segundo grado de consanguinidad, concretamente, de primer grado. Además, si bien no se especifica la incapacidad para valerse por sí misma y el no desempeño de una actividad retribuida, ambas han de considerarse acreditadas en cuanto el supuesto se refiere a la madre de Doña Catalina como “anciana”.

En este caso, si bien el ET establece un máximo temporal de dos años, éste podrá ser modificado por el convenio colectivo correspondiente. Así, en caso de considerar que la empresa Liberty se identifique con la empresa Liberty seguros, compañía de seguros y reaseguros, SA, el convenio colectivo de aplicación en fecha de solicitud de la excedencia es el que se recoge en la Resolución de 21 de agosto de 2007, de la Dirección General de Trabajo, *por la que se registra y publica el Convenio colectivo del Liberty Seguros, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA.*⁸⁰ Así, este convenio, al igual que el ET otorga una duración máxima de dos años, por lo que la trabajadora ha disfrutado de la excedencia en su máximo permitido.

De esta forma, en el supuesto de que la empresa Liberty concediese a la empleada, doña Ana Suárez, una excedencia para el cuidado de los familiares, ésta no plantea mayores cuestiones puesto que la trabajadora ha disfrutado del máximo permitido bajo convenio colectivo.

En segundo lugar, la excedencia solicitada por Doña Catalina podrá ser considerada como voluntaria por disfrutar de más de un año de antigüedad en la empresa DENTANIX SL en cuanto no consta que desde, al menos, el día de su boda haya cambiado de compañía. Así, en este caso, Doña Catalina podrá disponer de un período de excedencia, establecido por ley y por convenio colectivo, que oscile entre cuatro meses y cinco años.

De esta forma, aunque Doña Catalina tan sólo ha disfrutado de un período de excedencia de dos años, ésta no tendrá derecho a la prórroga del tiempo que reste hasta alcanzar el máximo permitido puesto que la solicitud de prórroga de una excedencia previamente concedida equivale a solicitar una nueva excedencia.⁸¹ Por ello, Doña Catalina no tendrá derecho a una nueva excedencia hasta enero de 2019.

En conclusión, la trabajadora, Doña Ana Suárez, podrá solicitar la prórroga de su excedencia voluntaria, pero por no tener ésta la consideración de derecho, puesto que no consta la existencia de un pacto colectivo o individual que lo reconozca como tal, su reconocimiento quedará condicionado a la discrecionalidad, y sucesiva aceptación, de la empresa⁸².

⁸⁰ Desde el 1 de enero de 2018 está vigente la Resolución de 21 de diciembre de 2018, de la Dirección General de Trabajo, *por la que se registra y publica el Convenio colectivo Seguros, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA.*

⁸¹ STS de 23 de julio de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:4601)

⁸² “La prórroga de la excedencia nunca es automática”

HUERTA PÉREZ, L., “Prórroga de la excedencia voluntaria”, *op cit.*

4. CONFLICTO ENTRE DERECHOS CONSTITUCIONALES

4.1 CUESTIONES PREVIAS: LA MONITORIZACIÓN DE LOS MEDIOS ELECTRÓNICOS

La monitorización de los medios informáticos, que la empresa ha proporcionado a los trabajadores para el desempeño de sus tareas, facilita el control del empresario sobre el rendimiento del trabajador, es decir, permite evitar el posible uso personal de las herramientas de trabajo, también denominado “cyberslacking”,⁸³ que el trabajador pueda aprovechar.

Este mecanismo de control puede realizarse de forma silenciosa, transparente o remota.⁸⁴ De esta forma, la monitorización silenciosa es invisible para el trabajador a diferencia de la monitorización transparente mediante la cual el trabajador es consciente de estar siendo controlado. En cambio, la monitorización remota se utiliza cuando la actividad laboral del trabajador se realiza fuera de la oficina.

4.2 DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS TRABAJADORES

Los trabajadores, más allá de los derechos que la CE le otorga por pertenecer a una organización empresarial⁸⁵, no pierden los derechos fundamentales que le corresponden por el mero hecho de ser persona ya que, como ha establecido el TC⁸⁶, “la celebración de un contrato no implica, en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano”.

4.2.1 DERECHO A LA INTIMIDAD

El derecho a la intimidad (artículo 18.1 CE), como ha reconocido el TC⁸⁷, implica “la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de vida humana”, es decir, se vincula con la esfera más reservada de las personas. De esta

⁸³ LÓPEZ DE LA FUENTE, G., “La doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el control de las comunicaciones electrónicas en el trabajo: ¿El fin de una eterna cuestión?”. *Revista de Estudios Europeos*. Universidad de Valladolid, Valladolid, 2017, no. 69, p. 6 [consulta: junio 2019]. Disponible en: <http://www.ree-uva.es/index.php/sumarios/2017/n-69-enero-junio-2017/82-la-doctrina-jurisprudencial-del-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-sobre-el-control-de-las-comunicaciones-electronicas-en-el-trabajo-el-fin-de-una-eterna-cuestion>

⁸⁴ TORRIJOS GIJÓN, P., “¿Puede el jefe controlar las comunicaciones con Software espía?”, en *elblogdelmandointermedio.com*, 2016 [consulta: junio 2019] Disponible en: <http://elblogdelmandointermedio.com/2016/02/29/puede-el-jefe-controlar-comunicaciones-con-software-espia/>

⁸⁵ “El derecho a la promoción del trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer necesidades y las de su familia (artículo 35 CE), el derecho a la negociación colectiva (artículo 37 CE), el derecho a sindicarse libremente (artículo 28.1) o el derecho de huelga (artículo 28.2 CE).”

LLUCH CORELL, F. J., “El secreto de las comunicaciones en la empresa: el control empresarial del correo electrónico que utiliza el trabajador”, en *Elderecho.com*, 2017 [consulta: junio 2019] Disponible en: <https://elderecho.com/el-secreto-de-las-comunicaciones-en-la-empresa-el-control-empresarial-del-correo-electronico-que-utiliza-el-trabajador>

⁸⁶ STC de 7 octubre de 2013 (ECLI:ES:TC:2013:170)

⁸⁷ STC de 2 de diciembre de 1988 (ECLI:ES:TC:1988:231)

forma, el derecho de intimidad no sólo protege a la persona de las posibles injerencias sobre su intimidad sino también de la posible divulgación ilegítima de información relativa a su ámbito más privado⁸⁸.

De esta forma, el derecho de intimidad no queda restringido al ámbito doméstico sino que se extiende también a otros ámbitos de la vida como aquel que tiene lugar en el marco de las relaciones laborales (artículo 4.2.e ET⁸⁹). Por ello, si bien es cierto que el derecho a la intimidad posee plena efectividad en el ámbito laboral⁹⁰, se plantea necesario resolver si los documentos, que la empresa obtenga como resultado de la monitorización, pueden considerarse protegidos por el derecho a la intimidad. Esta duda fue resuelta por el TS⁹¹ tras considerar que más allá de los archivos personales que el trabajador pueda almacenar en el medio informático proporcionado por la empresa, también ha de considerarse como íntimo, “los archivos temporales”⁹².

Los archivos temporales han sido definidos por el TS⁹³ como “las copias que se guardan automáticamente en el disco duro de los lugares visitados a través de Internet”. De esta forma, aunque en un primer momento, se pueda cuestionar el carácter íntimo o personal, el conocimiento de las posibles páginas o imágenes que el trabajador pudo visualizar podrían evidenciar aspectos o información personal que no deseara hacer públicos.

4.2.2 DERECHO AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES

El derecho al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 CE), a diferencia del derecho a la intimidad, se configura como un derecho estrictamente formal bajo el cual se protege la comunicación en sí misma, independientemente de cuál sea el contenido, pudiendo ser éste irrelevante o de “notorio interés público”⁹⁴. De esta forma, el TC ha establecido que el ámbito de protección de este derecho no sólo se extiende al conocimiento antijurídico del mensaje sino también a la interceptación de la comunicación⁹⁵.

Así, en respuesta a la nuevas tecnologías, el TEDH⁹⁶ ha extendido el alcance de la protección de este derecho más allá de las “comunicaciones postales, telegráficas y telefónicas” que la CE prevé. De esta forma, también se consideran protegidas bajo el manto del derecho al secreto de comunicaciones aquellas que tengan lugar a través de los correos electrónicos.⁹⁷

⁸⁸ STC de 17 de diciembre de 2012 (ECLI:ES:TC:2012:241)

⁸⁹ Para la resolución de la monitorización de los medios informáticos y el despido disciplinario se hará referencia al ET vigente en el 2016 con el objetivo de adecuar el estudio a la resolución del caso planteado.

⁹⁰ STC de 10 de abril de 2000 (ECLI:ES:TC:2000:98)

⁹¹ STS 26 de septiembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:6128)

⁹² La información que se obtiene a través de este tipo de archivos se encuentra protegido por el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) (STEDH de 3 de abril de 2007, caso Copland contra Reino Unido)

⁹³ STS de 26 de septiembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:6128)

⁹⁴ STC de 7 octubre de 2013 (ECLI:ES:TC:2013:170)

⁹⁵ STC de 17 de diciembre de 2012 (ECLI:ES:TC:2012:241)

⁹⁶ STEDH 3 de abril de 2007, caso Copland, contra Reino Unido

⁹⁷ LLUCH CORELL, F. J., “El secreto de las comunicaciones en la empresa: el control empresarial del correo electrónico que utiliza el trabajador”, *op cit.*

Además, el secreto de las comunicaciones disfruta de una protección adicional puesto que la injerencia sobre éste, para considerarse legítima, ha de realizarse mediante previa “resolución judicial” puesto que no cabe ningún tipo de excepción a esta exigencia⁹⁸.

4.2.3 LÍMITES

El derecho a la intimidad y el derecho al secreto de comunicaciones, aún disfrutando de la posición privilegiada que le otorga su condición de derecho fundamental, no son derechos ilimitados e inmunes a cualquier injerencia. De esta forma, podrán ceder ante “intereses constitucionalmente relevantes”⁹⁹.

Por ello, en el marco de la relaciones laborales, los derechos fundamentales se modularán y adaptarán, siempre y cuando, sea necesario para el cumplimiento de un fin proporcional, adecuado y necesario para la buena marcha de la organización empresarial¹⁰⁰. De esta forma, la consideración de injerencia legítima quedará condicionada a la no alteración del contenido esencial de los derechos fundamentales¹⁰¹.

4.3 DERECHOS CONSTITUCIONALES DEL EMPRESARIO

La CE, a través de sus artículos 38.1 y 33.1, otorga un amplio poder de organización y dirección con el objetivo de poder asegurar la buena marcha de la empresa.¹⁰² De esta forma, este amplio poder de disposición, respecto a la organización de la empresa, se concreta, más allá de otras disposiciones, a través de la facultad de control y vigilancia sobre la actividad laboral que desempeñan los trabajadores (artículo 20.3 ET)¹⁰³.

Sin embargo, este poder de control no faculta al empresario para vulnerar los derechos fundamentales de los trabajadores puesto que, como bien establece el propio artículo 20.3 del ET, el control se realizará “guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad”. De esta forma, el control estará sujeto al cumplimiento de una serie de garantías y límites los cuales vendrán determinados por la observancia de los derechos fundamentales del trabajador.

De esta forma, aunque la realización del derecho a la libertad de empresa, supone, inexorablemente, una limitación del disfrute del derecho a la intimidad, el control legítimo nunca podrá implicar una vulneración de los derechos fundamentales de los trabajadores.

⁹⁸ STS de 16 de junio de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:2844)

⁹⁹ STC de 28 de febrero de 1994 (ECLI:ES:TC:1994:57)

¹⁰⁰ STC de 7 octubre de 2013 (ECLI:ES:TC:2013:170)

¹⁰¹ STS de 26 de septiembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:6128)

¹⁰² BLASCO JOVER, C., “Trabajadores “transparentes”: la facultad fiscalizadora del empresario vs derechos fundamentales de los empleados (I)”, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Adapt University Press, Madrid, 2018, Vol. 6, no. 3, p. 32 [consulta: junio 2019]. Disponible en: http://ejcls.adapt.it/index.php/rlde_adapt/article/view/600

¹⁰³ El artículo 18 del ET referente a la inviolabilidad de los trabajadores “no es aplicable al control del empresario de los medios informáticos que se facilitan a los trabajadores para la ejecución de la prestación laboral” (STS de 26 de septiembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:6128)

4.4 PONDERACIÓN DE DERECHOS

Las facultades de vigilancia y control que el legislador ha previsto en favor del empresario “no son omnímodas sino que se encuentran limitadas por los derechos de los trabajadores”¹⁰⁴. Por ello, para valorar la licitud de los mecanismos de control empleados por el empresario, ante la escasa regulación normativa, la jurisprudencia ha diseñado una serie de criterios que facilitan la ponderación de los derechos en cuestión.

El primer criterio de ponderación por excelencia utilizado para considerar la licitud del control es el juicio de proporcionalidad el cual, como ha establecido de forma reiterada el TC, exige considerar “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)”¹⁰⁵.

Sin embargo, la amplitud interpretativa de este criterio de ponderación generó un gran número de sentencias contradictorias. Por ello, se planteó la necesidad de establecer un criterio interpretativo más riguroso que analizara, en profundidad, los hechos concurrentes en cada uno de los supuestos y, a su vez, que permitiera una mayor protección de los derechos fundamentales los cuales estaban quedando sometidos bajo los intereses empresariales.¹⁰⁶

De esta forma, el TS¹⁰⁷ reconoce la existencia de “un hábito social generalizado de tolerancia con ciertos usos personales moderados de los medios informáticos y de comunicación facilitados por la empresa a los trabajadores”. Así, el TS considera que el trabajador, consciente de esta tolerancia, disfruta de una “expectativa razonable de confidencialidad”¹⁰⁸ sobre el uso personal de los medios informáticos.

En consecuencia, la legitimidad del control que el empresario pueda realizar sobre el trabajador quedará condicionada a la ruptura de la expectativa razonable de confidencialidad. Para ello, el TS¹⁰⁹ exige, bajo las exigencias de la buena fe, la determinación de las reglas de uso de los medios informáticos que el empresario haya puesto a disposición del trabajador y la notificación de la realización del control, así como, de los mecanismos que se emplearán para ello.

De esta forma, adicionalmente a la superación del juicio de proporcionalidad, el TS exige la valoración de un nuevo criterio: “la calidad y cantidad de la información o de las

¹⁰⁴ STSJ de la Comunidad Valenciana de 19 de noviembre de 2018 (ECLI:ES:TSJCV:2018:6645)

¹⁰⁵ STC de 17 de febrero de 1998 (ECLI:ES:TC:1998:37)

¹⁰⁶ VILLALBA SÁNCHEZ, A., “Los derechos fundamentales del trabajador frente a los nuevos instrumentos de control empresarial”, en *Revista de Derecho Social y Empresa*, Dykinson, Madrid, 2016, no. 6, p.94 [consulta: junio 2019]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5813341>

¹⁰⁷ STS de 26 de septiembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:6128)

¹⁰⁸ Este criterio fue previamente establecido en la STEDH de 3 abril de 2007, caso Copland, contra Reino Unido

¹⁰⁹ STS de 26 de septiembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:6128)

instrucciones que haya suministrado a sus empleados sobre el uso particular.”¹¹⁰ Por ello, cuando la información ofrecida por el empresario no sea clara y precisa, el control ha de considerarse ilícito.

Sin embargo, este nuevo criterio no puso fin a las sentencias contradictorias puesto que tanto el TS¹¹¹ como el TC¹¹² han considerado que la ruptura de la expectativa razonable de confidencialidad se produce con la simple “prohibición válida”¹¹³ del uso personal de los medios informáticos ya que “la limitación a fines profesionales llevaba implícita la facultad de la empresa de controlar su utilización”¹¹⁴. De esta forma, no se exige, para la ejecución del control, previa notificación a los trabajadores ya que, bajo su argumentación, la notificación impediría la realización de un control efectivo, es decir, se busca el efecto sorpresa.¹¹⁵

Sin embargo, como ha considerado el voto particular de la STS de 6 de octubre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:8876) “la decisión adoptada en la sentencia mayoritaria comporta un retroceso en la protección de los derechos fundamentales”. De esta forma, considera, en línea con la jurisprudencia establecida por la STS de 26 de septiembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:6128), reiterada por la STS de 8 de marzo de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:1323), que, la simple prohibición del uso personal, no es suficiente para justificar la intromisión en los derechos fundamentales de los trabajadores. Por ello, adicionalmente, no sólo exige la notificación previa del control sino también la superación del juicio de proporcionalidad.

Además, el TEDH en su reciente sentencia de 5 de septiembre de 2017, caso Barbulescu contra Rumanía, refuerza la protección de los derechos fundamentales de los trabajadores a través del diseño de un criterio de ponderación más riguroso. De esta forma, plantea seis preguntas¹¹⁶ a través de las cuales se analizan los hechos que han concurrido en cada uno de los controles con el objetivo de valorar la posible vulneración de derechos fundamentales.

En consecuencia, esta sentencia exige que sobre el control concurren dos elementos fundamentales: la previa información sobre las reglas de uso y el control de los medios electrónicos y el cumplimiento del juicio de proporcionalidad. De esta forma, aunque si bien es cierto que la ponderación establecida es más rigurosa, no se aleja en exceso del criterio planteado por la STS de 26 de septiembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:6128).

¹¹⁰ BLASCO JOVER, C., “Trabajadores “transparentes”: la facultad fiscalizadora del empresario vs derechos fundamentales de los empleados (I)” *op cit.* p. 34

¹¹¹ Entre otras, STS de 6 de octubre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:8876) y STS de 8 de febrero de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:594)

¹¹² Entre otras, STC de 17 de diciembre de 2012 (ECLI:ES:TC:2012:241) y STC de 7 octubre de 2013 (ECLI:ES:TC:2013:170)

¹¹³ Considerándose suficiente su incorporación en el convenio colectivo ya que el trabajador tiene la obligación de conocer su contenido (STC de 7 octubre de 2013 (ECLI:ES:TC:2013:170)

¹¹⁴ STC de 7 octubre de 2013 (ECLI:ES:TC:2013:170)

¹¹⁵ VILLALBA SÁNCHEZ, A., “Los derechos fundamentales del trabajador frente a los nuevos instrumentos de control empresarial” *op cit.* p. 97

¹¹⁶ Se analiza: la existencia de la previa notificación del control, el alcance de la supervisión y el grado de intrusión en la vida privada, la legítima justificación de la vigilancia, la ausencia de de medios y medidas menos intrusivos, las consecuencias de la información obtenida con el control y la existencia de garantías.

4.5 APLICACIÓN AL CASO

El supuesto de hecho objeto de estudio plantea que la empresa Liberty, tras la entrega a todos sus empleados de una carta firmada por Don Juan Jiménez mediante la cual se prohibía el uso personal de los medios electrónicos, y, ante la sospecha de que la trabajadora Doña Ana Suárez estaba incumpliendo esta prohibición, procede a la monitorización de su ordenador.

De esta forma, se requiere analizar la compatibilidad que ha de existir entre el control que la empresa Liberty realiza sobre el ordenador y los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de Doña Ana Suárez. Para ello, es necesario constatar que, con anterioridad al control, existían unas reglas de uso de los medios electrónicos y que la empresa, bajo las exigencias de la buena fe, procedió a la comunicación del control a la trabajadora.

En primer lugar, respecto a la entrega de la carta a los trabajadores, no consta acreditada que la trabajadora haya recibido, de forma fehaciente la carta, por lo que, en consecuencia, la trabajadora podría desconocer el contenido de la misma. En segundo lugar, la empresa Liberty, a través de la mencionada carta, comunica la prohibición del uso personal de las herramientas laborales. Así, respecto a la carta en sí misma, ésta ha de reunir la entidad suficiente como para poder considerar que establece una verdadera “regulación de uso”¹¹⁷ puesto que como se ha establecido por el TC éste se podrá reglar “por medio de diferentes instrumentos como órdenes, protocolos o códigos de buenas prácticas”¹¹⁸. De esta forma, el TC¹¹⁹ también ha considerado, como medio válido, el convenio colectivo, en cuyo caso, no se exige la notificación individualizada de los trabajadores ya que éstos tendrán la obligación de conocer las disposiciones recogidas en el mismo.

Sin embargo, no consta que el convenio colectivo de la empresa Liberty limite el uso personal de los medios electrónicos por lo que si se considera que la carta reviste la entidad suficiente, se deberá poner en cuestión la firma por “Don Juan Jimenez”. En este sentido, no consta quién es “Don Juan Jiménez”, ni bajo qué condición, firma la carta que regula la prohibición del uso personal de los medios electrónicos.

Sin embargo, en caso de presumir que “Don Juan Jiménez” disponga de la condición necesaria dentro de la organización de la empresa, se requiere analizar la existencia de la notificación a la trabajadora de que su rendimiento será objeto de control, así como, de los mecanismos que para ello serán empleados. Sin embargo, no consta, bajo la información ofrecida, que la empresa haya notificado a la trabajadora, con anterioridad a su ejecución, que se procedería al control de su actividad laboral.

Además, la medida adoptada por la empresa Liberty para controlar el rendimiento de la trabajadora debe ser considerada como desproporcionada e innecesaria en cuanto el objetivo podría ser alcanzado sin “visualizar y grabar todo lo que aparecía en la pantalla de su ordenador”¹²⁰ a través de mecanismos menos intrusivos como “la exclusión de determinadas conexiones”¹²¹.

¹¹⁷ STC de 17 de diciembre de 2012 (ECLI:ES:TC:2012:241)

¹¹⁸ STC de 17 de diciembre de 2012 (ECLI:ES:TC:2012:241)

¹¹⁹ STC de 7 de octubre de 2013 (ECLI:ES:TC:2013:170)

¹²⁰ STSJ de Madrid de 13 de septiembre de 2012 (ECLI:ES:TSJM:2018:11813)

¹²¹ STS de 26 de septiembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:6128)

Además, atendiendo a la información sobre la cual, la empresa Liberty ha fundamentado el despido de Doña Ana Suárez, el control ha podido exceder más allá de la monitorización, extendiéndose hasta el acceso a su correo. Así, bajo esta hipótesis, es necesario plantear si la intromisión se produce respecto del correo corporativo o respecto del correo personal. De esta forma, el empresario estará legitimado para examinar el correo corporativo siempre que reúna los requisitos que rompan la expectativa razonable de confidencialidad, es decir, la comunicación de las reglas de uso y la ejecución del control, puesto que, en concurrencia de ambos, la trabajadora no tendrá derecho a invocar el respeto a su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones ya que a través de su conducta abrió los límites de los mismos.¹²² En cambio, el empresario no estará legitimado, salvo resolución judicial, para conocer las comunicaciones que tengan lugar a través del correo personal¹²³.

En consecuencia, independientemente del carácter personal¹²⁴ o corporativo, puesto que no reúne los requisitos necesarios para acceder al correo de la trabajadora, debe considerarse que la empresa Liberty ha vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones de la trabajadora Doña Ana Suárez. Sin embargo, no puede afirmarse la vulneración del derecho fundamental a la intimidad puesto que no se considera acreditado que se haya conocido o divulgado “información íntima” o que el control se haya realizado sobre el correo personal.

5. DESPIDO DISCIPLINARIO

El empresario dotado del poder de organización y dirección que la CE (artículo 38.1 y 33.1) le confiere, tendrá facultad no sólo para controlar el desempeño laboral de los trabajadores sino también, en caso de incumplimiento, estará facultado para imponer las sanciones correspondientes. Por ello, cuando el empresario considere y acredite que el trabajador incurre en un “incumplimiento grave y culpable” procederá a la máxima sanción: el despido del trabajador.

Sin embargo, el trabajador tendrá derecho a no ser despedido sin la concurrencia de justa causa (artículo 35.1 CE), es decir, “no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada, relacionada con su capacidad o conducta en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio” (artículo 4 Convenio núm. 158 OIT).

De esta forma, el despido disciplinario se configura como la decisión unilateral del empresario de poner fin a la relación laboral cuyo origen trae causa de la conducta de un trabajador.¹²⁵ Sin embargo, la concurrencia de cualquiera de las causas previstas (artículo 54.2) por sí solas no justifican el despido disciplinario, ya que deberán concurrir también, la condición de gravedad y culpabilidad (artículo 54.1). Así, para considerar la causa debidamente justificada, se requiere proceder a un juicio de gravedad en el cual se enjuiciará el bien jurídico sobre el que tiene lugar el incumplimiento y la lesión que éste

¹²² STS de 8 de marzo de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:1323)

¹²³ STS de 16 de junio de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:2844)

¹²⁴ En este caso, adicionalmente, se vulneraría el derecho a la intimidad.

¹²⁵ ALBIOL MONTESINOS, I. *El despido disciplinario y otras sanciones de la empresa*, Bilbao, 1990, p.36

produce, y además, un juicio de culpabilidad a partir del cual se analizará la concurrencia de “imputabilidad” y “voluntariedad” de la conducta que ha dado lugar al incumplimiento.¹²⁶

Por ello, bajo la teoría gradualista, se considera que “las sanciones han de responder a la proporcionalidad y adecuación entre el hecho imputado, la sanción y el comportamiento del trabajador”¹²⁷, por lo tanto, el despido, como máxima sanción, se justificará en los supuestos de mayor gravedad.

5.1 CAUSAS

Las causas que, cuyo incumplimiento sea grave y culpable, pueden dar lugar al despido disciplinario son siete¹²⁸ pero, a efectos de resolver el caso planteado, el estudio se centrará en el análisis de “la indisciplina o desobediencia” (artículo 54.2.b) ET) y “la disminución continuada del rendimiento del trabajo normal o pactado” (artículo 54.2.e) ET).

5.1.1 INDISCIPLINA O DESOBEDIENCIA

La indisciplina y desobediencia, si bien aluden a un mismo incumplimiento, no son términos equivalentes. La desobediencia implica el quebrantamiento de “las órdenes del superior que tenga competencia para ello, debiendo ser éstas claras y concretas.”¹²⁹ En cambio, la indisciplina, término más amplio, se refiere a “cualquier tipo de conducta irregular del trabajador”,¹³⁰ es decir, a diferencia de la desobediencia, no exige la concurrencia de previos mandatos. De esta forma, “la desobediencia implica indisciplina, aunque no toda indisciplina, presuponga necesariamente, una previa desobediencia.”¹³¹

Sin embargo, la mera desobediencia e indisciplina no pueden sancionarse con el despido sino que éstos “han de ser de índole grave o producirse de forma reiterada”¹³², es decir, “no toda desobediencia”¹³³ puede justificar la procedencia de la decisión extintiva de la empresa sino sólo aquella que evidencia una voluntad clara, cierta, terminante y firme de incumplir los deberes laborales”.¹³⁴ En consecuencia, la desobediencia y la indisciplina

¹²⁶ MERCADER UGUINA, J. R., 2012. *Lecciones del derecho del trabajo. 5º edición*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 550.

¹²⁷ SJSO de 11 de abril de 2019 (ECLI:ES:JSO:2019:1453)

¹²⁸ Adicionalmente, se consideran también causas de despido disciplinario: las faltas repetidas e injustificadas de asistencia al trabajo, las ofensas verbales o físicas al empresario o a otras personas del entorno empresarial, la transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo y la embriaguez y toxicomanía y el acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual y el acoso sexual o por razón de sexo al empresario o a las personas que trabajan en la empresa.

¹²⁹ ORTEGA LOZANO, P. G., “El despido disciplinario por indisciplina o desobediencia en el trabajo: artículo 54.2.b) del Estatuto de los Trabajadores”, en *Derecho de las relaciones laborales*. Francis Lefebvre, Madrid, 2016, no. 8, p. 760

¹³⁰ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “La indisciplina y la desobediencia como causas de extinción del contrato de trabajo” en AAVV (CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, Jaime, Coord.) *Presente y futuro de la regulación del despido*. Aranzadi, Pamplona, 1997, p. 416

¹³¹ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “La indisciplina y la desobediencia como causas de extinción del contrato de trabajo” *op cit.* p. 416

¹³² STSJ de Cataluña de 30 de julio de 2004 (ECLI:ES:TSJCAT:2004:9945)

¹³³ Por analogía, también la indisciplina.

¹³⁴ STSJ de Andalucía de 29 de junio de 2012 (ECLI:ES:TSJAND:2012:7444)

no implican de forma automática¹³⁵ la máxima sanción, puesto que la conducta del trabajador, adicionalmente, ha de ser grave, culpable e injustificada.

En primer lugar, la gravedad se enjuiciará en función de la orden empresarial en sí misma y de la negación del trabajador a cumplirla. Así, la orden, la cual ha de proceder de un superior jerárquico con competencia, deberá de reunir los requisitos de obligatoriedad y claridad puesto que, cuando el mandato se configure como una recomendación o cuando no se pueda inferir de forma precisa el contenido, el trabajador no podrá incurrir en desobediencia.¹³⁶ Así, cuando concurra una orden clara y obligatoria, se requiere que el trabajador se oponga de forma clara al cumplimiento del contenido del mandato, es decir, no será suficiente el simple cuestionamiento. Sin embargo, adicionalmente, se deberá atender a las restantes circunstancias concurrentes que podrán modular la gravedad de la conducta.

En segundo lugar, la culpabilidad exige enjuiciar determinados aspectos objetivos y subjetivos, siendo éstos necesariamente probados por el trabajador, con el objetivo de modular la responsabilidad del trabajador. De esta forma, la culpabilidad se configura mediante grados, de tal forma que no podrán ser igualmente sancionados los trabajadores que actúen con dolo o negligencia grave y aquellos que incurran en negligencia leve o moral, es decir, necesariamente se ha de adecuar la gravedad de la conducta con la intensidad de la sanción. Por ello, la máxima sanción, el despido, quedará reservado para los supuestos de dolo o negligencia grave.

En tercer y último lugar, cuando concurra un incumplimiento grave y culpable pero el trabajador demuestre la concurrencia de una justa causa, la sanción deberá ser moderada. Sin embargo, cuando el incumplimiento y, en consecuencia, la justa causa acreditada por el trabajador tengan origen en una orden empresarial ilícita, el trabajador, por regla general, tendrá obligación de cumplir y posteriormente, recurrir la posible ilicitud que recaiga sobre el mandato.

Sin embargo, frente a la regla general, “solve et repete”, la jurisprudencia ha diseñado el “ius resistentiae”¹³⁷, bajo el cual, el trabajador tendrá derecho a abstenerse del cumplimiento por considerarse justa causa, entre otros, cuando el cumplimiento del mandato implique la comisión de un ilícito penal¹³⁸ o suponga un riesgo contra la integridad física del trabajador.¹³⁹

5.1.2 DISMINUCIÓN CONTINUADA DEL RENDIMIENTO DEL TRABAJO NORMAL O PACTADO

El trabajador, tras la aceptación del contrato laboral y en consecuencia, el convenio colectivo, asume una serie de obligaciones que implican no sólo el desempeño de la actividad laboral en sí misma, sino también que el trabajo se realice atendiendo a la “diligencia debida”. De esta forma, el trabajador está obligado a desempeñar su labor de

¹³⁵ STSJ de Cataluña de 30 de julio de 2004 (ECLI:ES:TSJCAT:2004:9445)

¹³⁶ ORTEGA LOZANO, P. G., “El despido disciplinario por indisciplina o desobediencia en el trabajo: artículo 54.2.b) del Estatuto de los Trabajadores” *op cit.* p. 760

¹³⁷ SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “La indisciplina y la desobediencia como causas de extinción del contrato de trabajo” *op cit.* p. 422

¹³⁸ STS de 25 de abril de 1991 (ECLI:ES:TS:1991:2246)

¹³⁹ STSJ de Galicia de 11 de febrero de 2003 (ECLI:ES:TSJGAL:2003:661)

tal manera que produzca un mayor ingreso para el empresario que el coste de su remuneración,¹⁴⁰ es decir, el empresario mediante la forma en la cual desempeña su trabajo, afectará a la obtención de los buenos resultados económicos por el empresario.

De esta forma, la diligencia debida es la conducta que el trabajador ha de mantener durante el desempeño de su trabajo y, por lo tanto, el rendimiento será el resultado de dicho comportamiento. No obstante, podrá concurrir una sin la otra, puesto que el trabajador, aún atendiendo a la diligencia debida, podrá no obtener el rendimiento necesario y exigido.

Sin embargo, el despido del trabajador no se podrá justificar con la mera existencia de una disminución del rendimiento, normal o pactado, sino que han de concurrir además de los elementos comunes a todas las causas del despido disciplinario (incumplimiento contractual, gravedad y culpabilidad), los requisitos específicos que se concretan en la voluntariedad y la continuidad de la conducta.

De esta forma, ambas exigencias, determinan la distinción entre la disminución del rendimiento que implica un despido disciplinario y la falta de adaptación técnica que da lugar a un despido objetivo (artículo 52.b ET). Así, la falta de adaptación técnica, a diferencia de la disminución de rendimiento, deriva de la incapacidad del trabajador para desempeñar la actividad laboral asignada tras una alteración en su puesto de trabajo. En consecuencia, la causa del despido objetivo tiene su origen en la incapacidad no en la conducta, es decir, no concurre la voluntariedad de no desempeñar la labor¹⁴¹.

De esta forma, el despido disciplinario cuya causa es la reducción de la productividad del trabajador, exige la concurrencia de una disminución del rendimiento, normal o pactado, de forma voluntaria y continuada. Así, en primer lugar, la alegación de la disminución del desempeño laboral por el empresario¹⁴² se ha de acreditar en base a un “elemento comparativo”¹⁴³, previamente pactado o referenciado en un parámetro de “rendimiento normal”.

En primer lugar, trabajador y empresario podrán pactar, a través del contrato laboral o del convenio colectivo, un determinado y concreto¹⁴⁴ nivel de rendimiento o productividad de tal forma que se configura como una obligación que “el empresario puede exigir y el trabajador debe alcanzar,”¹⁴⁵ siempre y cuando, no incurra en abuso de derecho.¹⁴⁶ Además, para considerar la cláusula válida, la exigencia se deberá establecer de forma

¹⁴⁰ POQUET CATALÁ, R., “La disminución del rendimiento como causa de despido disciplinario: Análisis jurídico”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2014, no. 111, p. 123 [consulta: junio 2019]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4855225>

¹⁴¹ STSJ de Asturias de 2 de mayo de 2014 (ECLI:ES:TSJAS:2014:1488)

¹⁴² La carga de la prueba recae sobre el empresario puesto que, para justificar el despido disciplinario respecto al rendimiento, deberá acreditar que éste efectivamente ha disminuido.

¹⁴³ STSJ de Galicia de 21 de noviembre de 2018 (ECLI:ES:TSJGAL:2018:6406)

¹⁴⁴ Sin embargo, cuando el desempeño laboral sea de difícil cuantificación se opta por “la valoración indirecta de cargas de trabajo.”

POQUET CATALÁ, R., “La disminución del rendimiento como causa de despido disciplinario: Análisis jurídico” op cit. p. 139.

¹⁴⁵ PEÑA ALBIOL, S. y ALFONSO MELLADO, C. L., “La disminución del rendimiento como causa de despido disciplinario”, en *La empresa en Europa o el concepto comunitario de empresa*. CISS, Valencia, 1997, no. 80/81, p. 31

¹⁴⁶ STSJ de Castilla y León de 5 de febrero de 2014 (ECLI:ES:TSJCL:2014:409)

clara, expresa y concreta, de tal forma que el trabajador pueda conocer el rendimiento mínimo que le es requerido.¹⁴⁷

Sin embargo, “la mera disminución del valor pactado no puede significar por sí misma y de una forma objetiva la concurrencia de la causa resolutoria”¹⁴⁸, por lo tanto, aún cuando se trata de una obligación contraída de forma contractual su simple incumplimiento no puede dar lugar, atendiendo a la teoría gradualista, a la máxima sanción. Para ello, será necesario que concurren adicionalmente la continuidad y la voluntariedad.

En segundo lugar, cuando trabajador y empresario no hayan pactado un rendimiento mínimo, se deberá atender al “rendimiento normal” el cual podrá enjuiciarse de forma objetiva o subjetiva¹⁴⁹. Así, el rendimiento se determinará objetivamente atendiendo al alcanzado por los restantes trabajadores que desempeñen la misma actividad y en las mismas condiciones que el trabajador objeto de control. En cambio, de forma subjetiva, el elemento comparativo recae sobre el propio rendimiento que el trabajador haya conseguido con anterioridad.

En consecuencia, tras la debida acreditación de la disminución del rendimiento, la conducta objeto de sanción ha de ser voluntaria y de forma continuada. En primer lugar, la continuidad se equipara al concepto de “permanencia” puesto que “la continuidad no implica que la conducta deba ser ininterrumpida, sino persistente en el tiempo y reiterada”.¹⁵⁰

En segundo lugar, cuando el empresario acredite el bajo rendimiento del trabajador, la voluntariedad de la conducta se presumirá,¹⁵¹ salvo concurrencia de causa justificativa¹⁵² que el trabajador deberá probar. Así, cuando concurra justa causa, la conducta podrá ser igualmente reprochable pero, en ningún caso, podrá ser sancionada con el despido.

5.2 FORMALIDADES DEL ACTO DE DESPIDO

El acto de despido deberá reunir una serie de requisitos, especificados en el artículo 55¹⁵³ del ET, necesarios para considerar eficaz la decisión unilateral del empresario de extinguir el contrato laboral con el trabajador. De esta forma, en primer lugar, el empresario tendrá la obligación de notificar por escrito, a través de la denominada como “carta de despido”, los hechos y razones que motivan el cese laboral y la fecha a partir de la cual el despido se hará efectivo (artículo 55.1).

¹⁴⁷ POQUET CATALÁ, R., “La disminución del rendimiento como causa de despido disciplinario: Análisis jurídico” op cit. p. 140

¹⁴⁸ STS de 14 de diciembre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:9346)

¹⁴⁹ STS de 30 de octubre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:8055)

¹⁵⁰ STSJ de Galicia de 2 de noviembre de 2017 (ECLI:ES:TSJGAL:2017:7105)

¹⁵¹ PEÑA ALBIOL, S. y ALFONSO MELLADO, C. L., “La disminución del rendimiento como causa de despido disciplinario”, en *La empresa en Europa o el concepto comunitario de empresa*. CISS, Valencia, 1997, no. 80/81, p. 37

¹⁵² Entre otras, STSJ de Canarias de 3 de mayo de 2004 (ECLI:ES:TSJICAN:2004:1897) y STSJ de País Vasco de 18 de diciembre de 2001 (ECLI:ES:TSJPV:2001:6584)

¹⁵³ Se prevén formalidades adicionales cuando el trabajador objeto de sanción fuera representante legal de los trabajadores o delegado sindical, o cuando el empresario tuviera constancia de la afiliación del trabajador a un sindicato.

Así, los motivos que fundamentan la máxima sanción “cumplen una doble finalidad, esto es, que el trabajador tenga conocimiento claro, inequívoco y suficiente de los cargos que la empleadora le atribuye como motivadores del despido, a fin de que pueda impugnarlos en su momento (...) y, delimitar fácticamente los términos de la controversia judicial, al no poder la empleadora demandada aducir en el juicio hechos distintos de los recogidos en la carta de despido”.¹⁵⁴ De esta forma, si bien no se exige una gran exhaustividad en la determinación de la conducta del trabajador, su determinación ha de ser clara y concreta¹⁵⁵.

Además, respecto a la concurrencia de la fecha en la carta de despido, la jurisprudencia no ha considerado incumplido el requisito formal, cuando aún no concurriendo de forma expresa el trabajador, pueda inferir de su contenido de forma clara e inequívoca, la fecha desde la cual el despido adquiere efectividad, y, por ende, se inicia el cómputo del plazo de caducidad de veinte días para impugnar el despido (artículo 59.3 ET). De esta forma, “cuando la fecha consignada en la carta coincida con la efectividad del despido no surgirán mayores cuestiones.”¹⁵⁶

En segundo lugar, el empresario estará sujeto, para el ejercicio de su facultad sancionadora sobre las faltas graves, a dos plazos de prescripción.¹⁵⁷ Así, el empresario dispone de 60 días desde que conoció el incumplimiento del trabajador y seis meses desde que fue cometido (artículo 60.2 ET).

5.3 CALIFICACIÓN DEL DESPIDO

La decisión unilateral de cese de la relación laboral por el empresario produce, gracias a la ejecutividad que se le otorga a la decisión empresarial, efectos extintivos inmediatos. Por ello, transcurrido el plazo de caducidad de veinte días del cual dispone el trabajador para impugnar la extinción del contrato laboral por el empresario, la decisión adquiere firmeza (artículo 103.1 Ley 36/2011, de 10 de octubre, *reguladora de la jurisdicción social*; en adelante LRJS). Sin embargo, impugnado el despido por el trabajador, en el tiempo legalmente previsto, los efectos del cese de la relación laboral podrán verse afectados.

Así, impugnado el despido por el trabajador afectado ante las instancias judiciales pertinentes, el despido podrá ser calificado como procedente, improcedente o nulo atendiendo a los hechos concurrentes en el caso concreto.

5.3.1 PROCEDENTE

La procedencia del cese de la relación laboral se otorgará cuando se consideren acreditados y probados todos los hechos bajo los cuales el empresario ha fundamentado su decisión y cuando concurren los requisitos formales de fondo y forma (artículo 55.4 ET). De esta forma, considerado el despido debidamente justificado, la sentencia dictada procederá a la calificación de procedencia y, en consecuencia, a la ratificación del carácter extintivo del despido.

¹⁵⁴ STSJ de Madrid de 25 de abril de 2007 (ECLI:ES:TSJM:2007:3921)

¹⁵⁵ STS de 28 de abril de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:3007)

¹⁵⁶ SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, F.J., Los plazos en el proceso de despido disciplinario. La Ley, Madrid, 2010, p. 48

¹⁵⁷ MERCADER UGUINA, J. R., 2012. *Lecciones del derecho del trabajo. 5º edición, op cit.* p. 555

Además, la procedencia de la extinción del contrato laboral por decisión unilateral del empresario, niega el derecho del trabajador a percibir una indemnización y los salarios de tramitación que se pudiesen devengar (artículo 109 LRJS). De esta forma, el trabajador, por haber incurrido en un incumplimiento grave y culpable, no generará el derecho a la obtención de indemnización. En cambio, la denegación del derecho a los salarios de tramitación, no es consecuencia de la conducta del trabajador, sino que esta consecuencia trae causa de la inmediatez de los efectos extintivos del despido (Artículo 55.7 ET).

5.3.2 IMPROCEDENTE

La improcedencia del despido del trabajador podrá apreciarse respecto a los posibles defectos de forma en los cuales pueda incurrir o respecto de los aspectos de fondo o materiales¹⁵⁸. En primer lugar, la improcedencia formal no exige que se incumplan todos los requisitos exigidos sino que será suficiente con la inobservancia de alguno de ellos. Sin embargo, apreciado el defecto de forma por el empresario, éste tendrá derecho a una subsanación del mismo, pudiendo emitir un nuevo despido que cumpla los requisitos formales exigidos (artículo 55.2 ET).

Así, en caso de apreciarse la improcedencia formal, se considera innecesaria el examen de la procedencia material, salvo que el trabajador haya solicitado la declaración de nulidad, puesto que el incumplimiento de las formalidades legal o contractualmente exigidas, implican, por sí solas, la calificación del despido como improcedente¹⁵⁹.

De esta forma, considerada la procedencia formal, se exige enjuiciar la procedencia de los hechos y motivos bajo los cuales el empresario justifica el despido del trabajador. Así, el despido se calificará como improcedente “cuando la causa alegada por el empresario carezca de validez, vigencia, operatividad o eficacia”. De esta forma, ORTEGA LOZANO¹⁶⁰ califica de improcedente el despido cuando la conducta del trabajador no revista la suficiente gravedad,¹⁶¹ cuando los hechos alegados no consten debidamente acreditados o ya hayan sido sancionados o cuando las conductas objeto de sanción hayan prescrito.

En consecuencia, apreciada la improcedencia de la extinción del contrato laboral del trabajador, el empresario tendrá derecho a optar “entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades.” (artículo 56.1 ET). El derecho del empresario se extenderá durante los cinco días siguientes a la notificación de la sentencia. Sin embargo, transcurrido ese plazo, se presume que el empresario ha optado por la readmisión del trabajador (artículo 56.3 ET). Además, independientemente de cuál sea la opción elegida, el empresario tendrá la obligación de abonar al trabajador los salarios de tramitación (artículo 56.4 ET), es decir, la remuneración que el trabajador, indebidamente, ha dejado de percibir.

¹⁵⁸ ORTEGA LOZANO, P. G., *El despido disciplinario*. Tesis doctoral. Universidad de Granada, Granada 2018, p. 481 [consulta: junio 2019]. Disponible en: <http://digibug.ugr.es/handle/10481/54520>

¹⁵⁹ STSJ de las Islas Canarias de 17 de octubre de 2011 (ECLI:ES:TSJICAN:2011:2476)

¹⁶⁰ ORTEGA LOZANO, P. G., *El despido disciplinario*. *op cit.* p. 483

¹⁶¹ Atendiendo a la teoría gradualista, se exige “la coherencia entre las conductas enjuiciadas, la sanción y las personas afectadas” (STSJ de Galicia de 7 de noviembre de 2016 (ECLI:ES:TSJGAL:2016:8318)

5.3.3 NULO

La nulidad del despido, tras las diversas reformas, se configura de forma unitaria y absoluta puesto que la separación entre nulidad radical y nulidad simple ha perdido su razón de ser puesto que los posibles defectos de forma del despido ya no implican la nulidad del despido sino su improcedencia.¹⁶²

De esta forma, las causas que conllevan la nulidad del despido se pueden clasificar, según contravengan las disposiciones estatutarias o constitucionales, en nulidad legal y nulidad por anticonstitucionalidad.¹⁶³ Así, la nulidad legal comprende las concretas disposiciones relativas al derecho fundamental de la no discriminación (artículo 4.2.c) y 17.1 ET; artículo 17 de la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de *Libertad Sindical*), a las situaciones de especial vulnerabilidad relativas a la maternidad (artículo 45.1.d) y e) ET 2/2015) o a los permisos de reducción de jornada (artículo 37 apartado 4, 5 y 6 ET 2/2015) o la excedencia para el cuidado de hijos (artículo 46.2 ET 2/2015). Además, el despido adolecerá de nulidad cuando el cese laboral traiga causa del ejercicio de los derechos concedidos a las víctimas de violencia de género con el objetivo de facilitar su reintegración en la vida laboral (artículo 37.8 ET 2/2015).

En cambio, la nulidad por inconstitucionalidad (artículo 55.5 ET) recaerá sobre el cese de la relación laboral que vulnere el derecho a la no discriminación o cualquiera de los derechos fundamentales reconocidos en la CE. Además, también adolecerá de nulidad el despido que tenga lugar como consecuencia del ejercicio de un derecho fundamental, es decir, vulnerando la garantía de indemnidad¹⁶⁴.

De esta forma, concurriendo causa de nulidad, el empresario tendrá la obligación de readmitir al trabajador injustamente despedido y, también, deberá abonar los salarios dejados de percibir entre el momento a partir del cual el cese laboral produjo sus efectos y el momento de notificación de la sentencia (artículo 113 LRJS). Así, cuando concurra la causa de nulidad por vulneración de un derecho fundamental, el trabajador afectado tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios por la lesión que ha sufrido (artículo 183 LRJS).

En este sentido, la vulneración de los derechos fundamentales podrá concurrir sobre los medios probatorios que el empresario pueda haber utilizado para recabar información con la cual justificar el despido. De esta forma, considerada la ilicitud de la prueba, cuando ésta sea la única de la cual disponga el empresario para motivar el cese laboral del trabajador, cabe plantear cuál ha de ser la calificación que corresponde al despido. Así, los tribunales, lejos de mantener una postura unánime, han planteado dos tesis contrapuestas.

En primer lugar, la tesis de la improcedencia considera que la prueba obtenida mediante la vulneración de los derechos fundamentales ha de considerarse ilícita (artículo 11.1 Ley

¹⁶² ROMERO DÍAZ, C., El despido nulo. Trabajo Fin de Máster. Universidad de Alcalá, Madrid, 2017, p. 11 [consulta: junio 2019]. Disponible en: <https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/32371/EL%20DESPIDO%20NULO.pdf?sequence=1>

¹⁶³ FOTINOPOULOU BASURKO, O., “Extinción del contrato de trabajo”, en AAVV. *Curso elemental del derecho del trabajo y la Seguridad Social*. Cuarta edición. Tecnos, Madrid, p. 208.

¹⁶⁴ SJSO de 11 de junio de 2019 (ECLI:ES:JSO:2019:2253)

Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial) pero, esta ilicitud no podrá extenderse a la calificación del despido puesto que la nulidad del cese laboral del trabajador tan sólo ha de apreciarse cuando “el despido en sí mismo responda a una causa vulneradora de un derecho fundamental.”¹⁶⁵ En consecuencia, el despido sin más pruebas que aquellas consideradas ilícitas, carecerá de prueba y, por lo tanto, ha de ser calificado como improcedente¹⁶⁶.

En cambio, en segundo lugar, la tesis de la nulidad considera que la ilicitud de la prueba se extiende al despido, debiendo ser éste calificado como despido nulo¹⁶⁷ ya que, como ha establecido el TC, “la reparación de la lesión de un derecho fundamental que hubiese sido causado por el despido laboral, debe determinar la eliminación absoluta de sus efectos, es decir, la nulidad del mismo”.¹⁶⁸

5.4 APLICACIÓN AL CASO

La empresa Liberty, tras monitorizar el trabajo de Doña Ana Suárez y descubrir que además de dedicarse, aproximadamente sesenta minutos al día, a realizar un uso personal de las herramientas de trabajo que la empresa le había proporcionado, también había remitido fotografías y documentos muy valiosos de la empresa a terceros sin su autorización. En consecuencia, la empresa Liberty extingue el contrato laboral de Doña Ana Suárez alegando falta de rendimiento y desobediencia.

En primer lugar, la apreciación de la falta de rendimiento de Doña Ana Suárez se concreta en base a un dato aislado sin ofrecer una comparación con el rendimiento normal de la propia trabajadora o de los restantes trabajadores que desempeñen, en condiciones similares¹⁶⁹, la misma actividad laboral que la trabajadora despedida o en función, de un rendimiento previamente pactado¹⁷⁰ cuya existencia no consta. En consecuencia, no puede acreditarse la existencia de una disminución del rendimiento, de tal forma que el análisis de la voluntariedad y continuidad de la conducta deviene innecesario¹⁷¹.

En segundo lugar, la empresa Liberty alega la desobediencia de Doña Ana Suárez ante la orden, recogida en la carta, bajo la cual, se prohibía el uso personal de los medios electrónicos de la empresa. Sin embargo, considerando acreditada la existencia de la carta y, la prohibición expresa, no consta de forma fehaciente que Doña Catalina haya recibido la orden empresarial¹⁷². En consecuencia, si Doña Catalina no ha tenido conocimiento de la prohibición, bajo las exigencias de la buena fe (artículo 20.2 ET), su conducta no podrá constituir desobediencia.

En cambio, en tercer lugar, la revelación de información valiosa por Doña Ana Suárez puede constituir causa de despido disciplinario por la transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza en el desempeño del trabajo (artículo 54.2.d ET) puesto

¹⁶⁵ STSJ de Castilla la Mancha de 12 de enero de 2018 (ECLI:ES:TSJCLM:2018:1)

¹⁶⁶ STSJ de Madrid de 5 de noviembre de 2008 (ECLI:ES:TSJM:2008:20035)

¹⁶⁷ STSJ de Asturias de 22 de enero de 2016 (ECLI:ES:TSJAS:2016:103)

¹⁶⁸ STC de 15 de noviembre de 2004 (ECLI:ES:TC:2004:196)

¹⁶⁹ STSJ de Extremadura de 30 de julio de 2012 (ECLI:ES:TSJEXT:2012:1239)

¹⁷⁰ STS de 14 de diciembre de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:9346)

¹⁷¹ STSJ de Extremadura de 27 de mayo de 2004 (ECLI:ES:TSJEXT:2004:944)

¹⁷² STSJ de Castilla la Mancha de 12 de noviembre de 2012 (ECLI:ES:TSJCLM:2012:3216)

que la trabajadora transgrede el deber de confidencialidad bajo el cual debe desempeñar la actividad laboral encomendada.¹⁷³

Sin embargo, las pruebas utilizadas por la empresa Liberty para motivar el despido disciplinario de la trabajadora Doña Ana Suárez han de considerarse ilícitas puesto que han sido obtenidas vulnerando el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones de la trabajadora (artículo 90.2 LRJS). En consecuencia, en aplicación de tesis de la nulidad, “la reparación de la lesión de un derecho fundamental que hubiese sido causado por el despido laboral, debe determinar la eliminación absoluta de sus efectos, es decir, la nulidad del mismo.”¹⁷⁴

En definitiva, la empresa Liberty tendrá la obligación de readmitir a Doña Ana Suárez y abonar, además de la indemnización correspondiente por la lesión que la vulneración de su derecho fundamental le hubiera causado, los salarios que hubiese dejado de percibir desde el momento que el despido hubiese producido sus efectos hasta el momento en el que haya sido notificada la sentencia.

CONCLUSIONES

Una vez realizado el viaje por los diversos afluentes que de forma introductoria se habían cuestionado, tras arribar en puerto, es necesario reunir todas las conclusiones y deducciones que, a lo largo de esta travesía, se han podido descubrir:

- i. No tiene cabida la concurrencia de beneficiarios respecto a la pensión de viudedad puesto que si bien Doña Catalina, cónyuge de Don Manuel en el momento de su fallecimiento, reúne los requisitos para solicitar la prestación temporal de viudedad, Doña Ana, además de no ser acreedora de la pensión compensatoria en el momento del fallecimiento, no acredita el cumplimiento de los requerimientos establecidos para aplicar la excepción sobre los divorcios anteriores al 1 de enero de 2008.
- ii. Debe considerarse acreditado que el accidente de Doña Catalina reúne los requisitos jurisprudencialmente diseñados para poder clasificarse como accidente in itinere puesto que, el accidente tiene lugar en el medio de transporte que habitualmente (elemento mecánico) utiliza para recorrer el trayecto por el que, de forma habitual y normal (elemento topográfico), vuelve del lugar de trabajo a su domicilio (elemento teleológico). Además, si bien ha alterado temporalmente (elemento cronológico) el trayecto, no podrá considerarse como un acto con entidad suficiente para romper el nexo causal puesto que, como el TS¹⁷⁵ ha afirmado, “la causalidad no se rompe si la conducta normal del trabajador responde a patrones usuales de convivencia o comportamiento común de las gentes”.

En cambio, el accidente de tráfico de Don Manuel, si bien reúne los cuatro elementos cuya concurrencia conjunta determina la calificación de accidente in itinere, éste se ha producido como consecuencia de la infracción vial del propio

¹⁷³ STSJ de Castilla la Mancha de 14 de febrero (ECLI:ES:TSJCLM:2019:658)

¹⁷⁴ STC de 15 de noviembre de 2004 (ECLI:ES:TC:2004:196)

¹⁷⁵ STS de 17 de abril de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1588)

trabajador, sobre la cual podría concurrir imprudencia temeraria. Sin embargo, en primer lugar, la mera infracción¹⁷⁶ de las normas de regulación del tráfico no implica, *per se*, concurrir en imprudencia temeraria. Además, en segundo lugar, siguiendo la línea interpretativa del TS¹⁷⁷, no consta que el trabajador haya asumido de forma voluntaria y consciente el riesgo al cual se estaba exponiendo mediante su conducta, puesto que ésta tuvo lugar como consecuencia de un exceso de confianza. Por ello, ambos accidentes reúnen los requisitos necesarios para ser calificados como accidentes in itinere.

- iii. Doña Ana Suárez carece del derecho a prorrogar la excedencia, en su modalidad voluntaria o para el cuidado de familiares, puesto que, en aplicación de la interpretación del TS, la prórroga equivale materialmente a la solicitud de una nueva excedencia¹⁷⁸. En consecuencia, la trabajadora, Doña Ana Suárez, con anterioridad al transcurso de los cuatro años exigidos para solicitar una nueva excedencia, podrá solicitar la prórroga de la excedencia previamente concedida, pero su reconocimiento se condicionará a la previa aceptación de la empresa Liberty.
- iv. La monitorización del medio informático, a través del cual Doña Ana Suárez desempeña su actividad laboral, ha de considerarse que, bajo la línea interpretativa establecida por el TS¹⁷⁹ y ratificada por el TEDH¹⁸⁰, vulnera los derechos fundamentales de la trabajadora puesto que la empresa Liberty incumple los requisitos fundamentales para realizar un control lícito: emplea una medida desproporcionada, inidónea e innecesaria para comprobar el posible uso personal del medio electrónico por la trabajadora y, además, no notifica a Doña Ana Suárez que se procederá al control de su trabajo.

En consecuencia, si el correo electrónico, a partir del cual se obtiene la información utilizada para extinguir la relación laboral con Doña Ana Suárez, corresponde al correo corporativo, ha de considerarse que el derecho fundamental vulnerado es el secreto a las comunicaciones puesto que, tras el conocimiento de los mensajes, la comunicación deja de ser libre y secreta. En cambio, la vulneración del derecho a la intimidad no se considera acreditada en cuanto no consta que se haya conocido información privada o, en su defecto, que la información se haya obtenido a través del correo personal de la trabajadora.

- v. Las pruebas obtenidas por la empresa Liberty para justificar el despido de la trabajadora, Doña Ana Suárez, han de considerarse ilícitas por vulnerar su derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. De esta forma, tratándose de la única prueba que dispone la empresa para acreditar la conducta de la trabajadora, el despido ha de calificarse como nulo bajo la aplicación de la tesis de nulidad establecida por el TC.¹⁸¹

¹⁷⁶ STSJ Castilla la Mancha de 21 de septiembre de 2017 (ECLI:ES:TSJCLM:2017:2085)

¹⁷⁷ STS de 22 de enero de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:1852)

¹⁷⁸ STS de 23 de julio de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:4601)

¹⁷⁹ STS de 26 de septiembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:6128)

¹⁸⁰ TEDH 5 de septiembre de 2017, caso Barbulescu contra Rumanía

¹⁸¹ STC de 15 de noviembre de 2004 (ECLI:ES:TC:2004:196)

BIBLIOGRAFÍA

ALBIOL MONTESINOS, I. *El despido disciplinario y otras sanciones de la empresa*, Bilbao, 1990.

BENET ESCOLANO, J., *La figura jurídica de la excedencia voluntaria*. Tesis Doctoral. Valencia: Universidad de Valencia, 2012 [consulta: junio 2019] Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/tesis?codigo=104127>

BENITO-BUTRÓN OCHOA, J.C, “La pensión de viudedad y derecho de familia”, en AAVV, *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del derecho de familia. Vol.2 Parte Registral* (LLEDÓ YAGÜE, F., Coord., et al.), Dykinson, Madrid, 2011 pp. 489-543.

BLASCO JOVER, C., “Trabajadores “transparentes”: la facultad fiscalizadora del empresario vs derechos fundamentales de los empleados (I)”, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Adapt University Press, Madrid, 2018, Vol. 6, no. 3, p. 30-56 [consulta: junio 2019]. Disponible en: http://ejcls.adapt.it/index.php/rlde_adapt/article/view/600

BONACHE MIRALLES, J, “La pensión de viudedad en España: Análisis crítico de la regulación actual” en, *Revista anales de derecho*, Vol. 35 no. 1, 2017, pp. 1-41.

DARÍAS PÉREZ, M., *El accidente in itinere*. Trabajo fin de grado. Santa Cruz de Tenerife: Universidad de La Laguna, 2017 [Consultado: junio 2019] Disponible en: <https://riull.ull.es/xmlui/bitstream/handle/915/5644/ACCIDENTE%20IN%20ITINERE.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

FERNÁNDEZ, L., et al., *Accidentes e incidentes de trabajo*. Comissió Obrera Nacional de Catalunya, Barcelona, 2001 [consulta: junio de 2019]. Disponible en: https://www.ccoo.cat/pdf_documents/AATT.pdf

FOTINOPOULOU BASURKO, O., “Extinción del contrato de trabajo”, en AAVV. *Curso elemental del derecho del trabajo y la Seguridad Social*. Cuarta edición. Tecnos, Madrid, pp. 201-222

GELPÍ, J. I., *Saltarse un semáforo en rojo no es accidente laboral*. La Vanguardia, 2008 [consulta: junio 2019]. Disponible en: <http://www.rhhdigital.com/legal/27118/Saltarse-un-semaforo-en-rojo-no-es-accidente-laboral>

HUERTA PÉREZ, L., “Prórroga de la excedencia voluntaria”, en *Bufete Buades*, 2015 [consulta: junio 2019] Disponible en: <https://www.bufetebuades.com/prorroga-de-la-excedencia-voluntaria-por-luis-huerta/>

LLUCH CORELL, F. J., “El secreto de las comunicaciones en la empresa: el control empresarial del correo electrónico que utiliza el trabajador”, en *Elderecho.com*, 2017 [consulta: junio 2019] Disponible en: <https://elderecho.com/el-secreto-de-las-comunicaciones-en-la-empresa-el-control-empresarial-del-correo-electronico-que-utiliza-el-trabajador>

LÓPEZ DE LA FUENTE, G., “La doctrina jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el control de las comunicaciones electrónicas en el trabajo: ¿El fin de una eterna cuestión?”. *Revista de Estudios Europeos*. Universidad de Valladolid, Valladolid, 2017, no. 69, pp. 5-16 [consulta: junio 2019]. Disponible en: <http://www.ree-uva.es/index.php/sumarios/2017/n-69-enero-junio-2017/82-la-doctrina-jurisprudencial-del-tribunal-europeo-de-derechos-humanos-sobre-el-control-de-las-comunicaciones-electronicas-en-el-trabajo-el-fin-de-una-eterna-cuestion>

LOSILLA RAYO, J. C., 2014. “El accidente “in itinere”, el accidente laboral de tráfico y el accidente en misión”, en *Energía & Minas: Revista profesional, Técnica y Cultural de los Ingenieros Técnicos de Minas*, 2014, no.10, pp. 23-28 [consulta: junio 2019]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5080415>

MERCADER UGUINA, J. R., 2012. *Lecciones del derecho del trabajo*. 5ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, pp. 557-594.

ORTEGA LOZANO, P. G., “El despido disciplinario por indisciplina o desobediencia en el trabajo: artículo 54.2.b) del Estatuto de los Trabajadores”, en *Derecho de las relaciones laborales*. Francis Lefebvre, Madrid, 2016, no. 8, pp. 754-775.

ORTEGA LOZANO, P. G., *El despido disciplinario*. Tesis doctoral. Granada Universidad de Granada, 2018, [consulta: junio 2019]. Disponible en: <http://digibug.ugr.es/handle/10481/54520>

PEÑA ALBIOL, S. y ALFONSO MELLADO, C. L., “La disminución del rendimiento como causa de despido disciplinario”, en *La empresa en Europa o el concepto comunitario de empresa*. CISS, Valencia, 1997, no. 80/81, pp. 28-40.

POQUET CATALÁ, R., “La disminución del rendimiento como causa de despido disciplinario: Análisis jurídico”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2014, no. 111, pp. 123-150 [consulta: junio 2019]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=4855225>

ROMERO DÍAZ, C., El despido nulo. Trabajo Fin de Máster. Universidad de Alcalá, Madrid, 2017 [consulta: junio 2019]. Disponible en: <https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/32371/EL%20DESPIDO%20NULO.pdf?sequence=1>

RUANO ALBERTOS, S., *La excedencia voluntaria no causal en el estatuto de los trabajadores*. Cóllex, Madrid, 1995.

SAMPEDRO CORRAL, M., “Las modificaciones introducidas por la Ley 40/2007 de 4 de diciembre, en la prestación de muerte y supervivencia” en, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*. Madrid, 2008, no. 74, pp. 105-128.

SÁNCHEZ PÉREZ, J., “El accidente de trabajo in itinere y su análisis jurisprudencial”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 2013, nº 11 [consultado: junio 2019] Disponible en: <http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=Idb4783e07a4711e2a15d>

[010000000000&srguid=i0ad82d9a0000016b8f66b07e4dd29ee8&src=withinResuts&spos=1&epos=1&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=](https://www.meropub-tiponum=010000000000&srguid=i0ad82d9a0000016b8f66b07e4dd29ee8&src=withinResuts&spos=1&epos=1&displayid=&publicacion=&clasificacionMagazines=&fechacomun=&numeropub-tiponum=)

SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., "La indisciplina y la desobediencia como causas de extinción del contrato de trabajo" en AAVV (CASTIÑEIRA FERNÁNDEZ, Jaime, Coord.) *Presente y futuro de la regulación del despido*. Aranzadi, Pamplona, 1997, pp. 415- 423.

SAN MARTÍN MAZZUCONI, C., "La imprudencia del trabajador en el accidente de trabajo: claves jurisprudenciales". *Revista del ministerio de trabajo e inmigración*. Ministerio de Trabajo e Inmigración Subdirección de Información Administrativa y publicaciones, Madrid, 2009, no. 84, pp. 57-76 [consulta: junio de 2019] Disponible en: http://www.mitramiss.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/84/Revista84.pdf

SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, F.J., *Los plazos en el proceso de despido disciplinario*. La Ley, Madrid, 2010.

SANZ, C.,. "La excedencia voluntaria y sus peculiaridades", en *Elderecho.com*, 2013 [consulta: junio 2019] Disponible en: <https://elderecho.com/la-excedencia-voluntaria-y-sus-peculiaridades>

SERNA CALVO, M^a del M., "La nueva realidad social y el accidente "in itinere en la jurisprudencia. Comentario de la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de diciembre de 2013", en *Iuslabor*, Barcelona, 2014, no.2, [Consultado: junio 2019] Disponible en: <https://www.upf.edu/documents/3885005/3891251/MarSerna.pdf/9feb0358-19ef-4312-8c57-e5353b77636c>

TORRIJOS GIJÓN, P., "¿Puede el jefe controlar las comunicaciones con Software espía?", en *elblogdelmandointermedio.com*, 2016 [consulta: junio 2019] Disponible en: <http://elblogdelmandointermedio.com/2016/02/29/puede-el-jefe-controlar-comunicaciones-con-software-espia/>

VILLALBA SÁNCHEZ, A., "Los derechos fundamentales del trabajador frente a los nuevos instrumentos de control empresarial", en *Revista de Derecho Social y Empresa*, Dykinson, Madrid, 2016, no. 6, p. 86-105 [consulta: junio 2019]. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5813341>

APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

- Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4^a). Sentencia de 3 de abril (TEDH 2007\23)
- Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala). Sentencia 5 de septiembre (TEDH 2017\56)

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia 231/1988, de 2 de diciembre (ECLI:ES:TC:1988:231)
- España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia 19/1990, de 12 de febrero (ECLI:ES:TC:1990:19)
- España. Tribunal Constitucional (Pleno). Sentencia 184/1990, de 15 de diciembre (ECLI:ES:TC:1990:184)
- España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia 57/1994, de 28 de febrero (ECLI:ES:TC:1994:57)
- España. Tribunal Constitucional (Sala Segunda). Sentencia 37/1998, de 17 de febrero (ECLI:ES:TC:1998:37)
- España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia 98/2000, de 10 de abril (ECLI:ES:TC:2000:98)
- España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia 196/2004 de 21 de diciembre de 2004 (ECLI:ES:TC:2004:196)
- España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia 241/2012, de 17 de diciembre (ECLI:ES:TC:2012:241)
- España. Tribunal Constitucional (Sala Primera). Sentencia 170/2013, de 7 de octubre (ECLI:ES:TC:2013:170)

TRIBUNAL SUPREMO

- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 25 de abril (ECLI:ES:TS:1991:2246)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 28 de abril de 1997 (ECLI:ES:TS:1997:3007)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 11 de diciembre (ECLI:ES:TS:2003:7954)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 18 de septiembre (ECLI:ES:TS:2007:6549)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 26 de septiembre (ECLI:ES:TS:2007:6128)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia 30 de octubre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:8055)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 22 de enero (ECLI:ES:TS:2008:1852)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Auto 8 de julio de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:7304A)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia de 19 de enero (ECLI:ES:TS:2010:327)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 24 de junio (ECLI:ES:TS:2010:3802)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 23 de julio (ECLI:ES:TS:2010:4601)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia 8 de marzo (ECLI:ES:TS:2011:1323)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 6 de octubre (ECLI:ES:TS:2011:8876)

- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Civil). Sentencia de 25 de noviembre (ECLI:ES:TS:2011:7774)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 14 de diciembre (ECLI:ES:TS:2011:9346)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 18 de junio (ECLI:ES:TS:2013:4034)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 26 de diciembre (ECLI:ES:TS:2013:6487)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Penal). Sentencia de 16 de junio (ECLI:ES:TS:2014:2844)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 23 de junio (ECLI:ES:TS:2014:4167)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 22 de diciembre (ECLI:ES:TS:2016:5803)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 14 de febrero (ECLI:ES:TS:2017:878)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 21 de junio (ECLI:ES:TS:2017:2701)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 16 de noviembre (ECLI:ES:TS:2017:4289)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 19 de diciembre (ECLI:ES:TS:2017:4801)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 8 de febrero (ECLI:ES:TS:2018:594)
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 17 de abril (ECLI:ES:TS:2018:1588)

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- España. Tribunal Superior de Justicia. País Vasco (Sala de lo Social). Sentencia núm. 2464/2001 de 18 de diciembre (ECLI:ES:TSJPV:2001:6584)
- España. Tribunal Superior de Justicia. Galicia (Sala de lo Social). Sentencia núm. 661/2003 de 11 de febrero (ECLI:ES:TSJGAL:2003:661)
- España. Tribunal Superior de Justicia. Islas Canarias (Sala de lo Social) Sentencia 420/2004 de 3 de mayo (ECLI:ES:TSJICAN:2004:1897)
- España. Tribunal Superior de Justicia. Extremadura (Sala de lo Social). Sentencia de 317/2004 de 27 de mayo (ECLI:ES:TSJEXT:2004:944)
- España. Tribunal Superior de Justicia. Cataluña (Sala de lo Social). Sentencia núm. 5855/2004 de 30 de julio (ECLI:ES:TSJCAT:2004:9445)
- España. Tribunal Superior de Justicia. Cataluña (Sala de lo Social). Sentencia núm. 6231/2004 de 13 de septiembre (ECLI:ES:TSJCAT:2004:9945)
- España. Tribunal Superior de Justicia. Cataluña (Sala de lo Social). Sentencia núm. 7133/2005 de 22 de septiembre (ECLI:ES:TSJCAT:2005:7974)
- España. Tribunal Superior de Justicia. Madrid (Sala de lo Social). Sentencia núm. 341/2007 de 25 de abril (ECLI:ES:TSJM:2007:3921)
- España. Tribunal Superior de Justicia. País Vasco (Sala de lo Social). Sentencia núm. 1036/2007 de 5 de junio (ECLI:ES:TSJPV:2007:2046)
- España. Tribunal Superior de Justicia. Madrid (Sala de lo Social) Sentencia núm. 685/2008 de 5 de noviembre (ECLI:ES:TSJM:2008:20035)

- España. Tribunal Superior de Justicia. Cataluña (Sala de lo Social). Sentencia núm. 6702/2010 de 20 de octubre (ECLI:ES:TSJCAT:2010:8731)
- España. Tribunal Superior de Justicia. Islas Canarias (Sala de lo Social). Sentencia núm. 1380/2011 de 17 de octubre (ECLI:ES:TSJICAN:2011:2476)
- España. Tribunal Superior de Justicia. Galicia (Sala de lo Social). Sentencia núm. 631/2012 de 3 de febrero (ECLI:ES:TSJGAL:2012:935)
- España. Tribunal Superior de Justicia. Andalucía (Sala de lo Social). Sentencia núm. 2146/2012 de 29 de junio (ECLI:ES:TSJAND:2012:7444)
- España. Tribunal Superior de Justicia. Extremadura (Sala de lo Social). Sentencia núm. 431/2012 de 30 de julio (ECLI:ES:TSJEXT:2012:1239)
- España. Tribunal Superior de Justicia. Castilla la Mancha (Sala de lo Social). Sentencia núm. 1240/2012 de 12 de noviembre (ECLI:ES:TSJCLM:2012:3216)
- España. Tribunal Superior de Justicia. Castilla y León (Sala de lo Social). Sentencia núm. 1824/2014 de 5 de febrero (ECLI:ES:TSJCL:2014:409)
- España. Tribunal Superior de Justicia. Asturias (Sala de lo Social). Sentencia núm. 986/2014 de 2 de mayo de (ECLI:ES:TSJAS:2014:1488)
- España. Tribunal Superior de Justicia. Cataluña (Sala de lo Social). Sentencia núm. 4251/2014 de 12 de junio (ECLI:ES:TSJCAT:2014:6420)
- España. Tribunal Superior de Justicia. Galicia (Sala de lo Social). Sentencia núm. 4058/2015 de 14 de julio (ECLI:ES:TSJGAL:2015:5708)
- España. Tribunal Superior de Justicia. Asturias. (Sala de lo Social). Sentencia núm. 83/2016 de 22 de enero (ECLI:ES:TSJAS:2016:103)
- España. Tribunal Superior de Justicia. Madrid. (Sala de lo Social). Sentencia núm. 162/2016 de 26 de febrero (ECLI:ES:TSJM:2016:1598)
- España. Tribunal Superior de Justicia. Murcia (Sala de lo Social). Sentencia núm. 605/2016 de 17 de junio (ECLI:ES:TSJMU:2016:1504)
- España. Tribunal Superior de Justicia. Galicia (Sala de lo Social). Sentencia núm. 6298/2016 de 7 de noviembre (ECLI:ES:TSJGAL:2016:8318)
- España. Tribunal Superior de Justicia. Galicia (Sala de lo Social). Sentencia 5274/2017 de 2 de noviembre (ECLI:ES:TSJGAL:2017:7105)
- España. Tribunal Superior de Justicia. Madrid (Sala de lo Social). Sentencia núm. 591/2018 de 13 de septiembre (ECLI:ES:TSJM:2018:11813)
- España. Tribunal Superior de Justicia. Castilla la Mancha (Sala de lo Social). Sentencia núm. 1137/2017 de 21 de septiembre (ECLI:ES:TSJCLM:2017:2085)
- España. Tribunal Superior de Justicia. Castilla la Mancha (Sala de lo Social). Sentencia núm. 25/2018 de 12 de enero (ECLI:ES:TSJCLM:2018:1)
- España. Tribunal Superior de Justicia. Comunidad Valenciana (Sala de lo Social). Sentencia núm. 3390/2018 de 19 de noviembre (ECLI:ES:TSJCV:2018:6645)
- España. Tribunal Superior de Justicia. Galicia (Sala de lo Social). Sentencia núm. 4368/2018 de 21 de noviembre (ECLI:ES:TSJGAL:2018:6406)
- España. Tribunal Superior de Justicia. Galicia (Sala de lo Social). Sentencia núm. 3263/2019 de 12 de febrero (ECLI:ES:TSJGAL:2019:705)
- España. Tribunal Superior de Justicia. Castilla la Mancha (Sala de lo Social). Sentencia núm. 224/2019 de 14 de febrero (ECLI:ES:TSJCLM:2019:658)
- España. Tribunal Superior de Justicia. Galicia (Sala de lo Social). Sentencia núm. 3524/2019 de 25 de febrero (ECLI:ES:TSJGAL:2019:1239)
- España. Tribunal Superior de Justicia. Galicia (Sala de lo Social). Sentencia núm. 3602/2019 de 8 de abril (ECLI:ES:TSJGAL:2019:2088)
- España. Tribunal Superior de Justicia. Andalucía (Sala de lo Social) Sentencia núm. 590/2019 de 7 de marzo (ECLI:ES:TSJAND:2019:2282)

- España. Tribunal Superior de Justicia. Cataluña (Sala de lo Social). Sentencia núm. 2038/2019 de 16 de abril (ECLI:ES:TSJCAT:2019:2671)

JUZGADO

- España. Juzgado. Burgos (Social). Sentencia núm. 136/2019 de 11 de abril (ECLI:ES:JSO:2019:1453)
- España. Juzgado. Barcelona (Social). Sentencia núm. 193/2019 de 11 de junio (ECLI:ES:JSO:2019:2253)

APÉNDICE LEGISLATIVO

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. Boletín Oficial del Estado, de 25 de julio de 1889, nº 206.

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, hecho en Roma el 4 de noviembre de 1950. Boletín Oficial del Estado, de 10 de octubre de 1979, nº 243, p. 23564.

Convenio número 121 sobre las prestaciones en caso de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, 1964

Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho de las mismas. Boletín Oficial del Estado, de 30 de diciembre de 1966, nº 312, p. 16476.

Orden de 13 de febrero de 1967 por la que se establecen las normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social. Boletín Oficial del Estado, de 23 de febrero de 1967, nº 46, p. 2478.

Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, de 29 de diciembre de 1978, nº 311.

Convenio número 158 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1982. Boletín Oficial del Estado, de 29 de junio de 1985, nº 155, p. 20352.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Boletín Oficial del Estado, de 2 de julio de 1985, nº 157.

Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical. Boletín Oficial del Estado, de 8 de agosto de 1985, nº 189.

Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Boletín Oficial del Estado, de 29 de junio de 1994, nº154.

Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Estatuto de los Trabajadores. Boletín Oficial del Estado, de 29 de marzo de 1995, nº 75, p. 9654.

Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social. Boletín Oficial del Estado, de 11 de diciembre de 2003, nº 296, p. 44068.

Resolución de 21 de agosto de 2007, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del Grupo Liberty. Boletín Oficial del Estado, de 4 de septiembre de 2007, nº 212, p. 36463.

Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. Boletín Oficial del Estado, de 5 de diciembre de 2007, nº 291.

Real Decreto 296/2009, de 6 de marzo, por el que se modifican determinados aspectos de la regulación de las prestaciones por muerte y supervivencia. Boletín Oficial del Estado, de 21 de marzo de 2009, nº 69, p. 27982

Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010. Boletín Oficial del Estado, de 24 de diciembre de 2009, nº 309, p. 108804.

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Boletín Oficial del Estado de 11 de octubre de 2011, nº. 245.

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. Boletín Oficial del Estado, de 24 de octubre de 2015, nº 255.

Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. Boletín Oficial del Estado, de 31 de octubre de 2015, nº 26.

Resolución de 21 de diciembre de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo Seguros, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA. Boletín Oficial del Estado, de 23 de enero de 2019, nº 20, p. 5509.