



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

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

AUTORA: RAQUEL CARRAZONI ENTENZA

TUTORA: M^a DEL ROCÍO QUINTÁNS EIRAS

GRADO EN DERECHO Y ADMINISTRACIÓN Y DIRECCIÓN DE EMPRESAS

AÑO 2019

Índice

Abreviaturas	4
Antecedentes de hecho	5
Introducción.....	6
1. La pensión de viudedad	8
1.1 Origen y naturaleza jurídica	8
1.2 Causante	9
1.3 Beneficiarios.....	10
1.3.1 Cónyuge superviviente	11
1.3.2 Separación y divorcio	11
1.4 Cuantía y concurrencia de beneficiarios.....	12
1.5 Incompatibilidades.....	13
1.6 Aplicación al caso.....	14
2. Accidente laboral <i>in itinere</i>	16
2.1 Origen y concepto jurídico del accidente laboral	16
2.2 Caracteres	17
2.3 Elementos	18
2.3.1 Elemento teleológico	18
2.3.2 Elemento geográfico	18
2.3.3 Elemento cronológico	18
2.3.4 Elemento de idoneidad del medio.....	19
2.4 Aplicación al caso: desviación temporal y accidente <i>in itinere</i>	19
2.5 Aplicación al caso: imprudencia temeraria y accidente <i>in itinere</i>	21
3. Excedencia laboral	23
3.1 Origen y clases	23
3.2 Excedencia voluntaria.....	23
3.2.1 Concepto jurídico.....	23
3.2.2 Requisitos	24
3.2.3 Efectos	24
3.2.4 Duración y prórroga.....	25
3.3 Excedencia por cuidado de un familiar	25
3.3.1 Concepto y requisitos.....	25
3.3.2 Efectos	26
3.3.3 Duración y prórroga.....	26

3.4 Aplicación al caso.....	27
4. Control empresarial y derecho a la intimidad	29
4.1 Derechos fundamentales en el ámbito laboral	29
4.1.1 Concepto y origen del artículo 18 CE.....	29
4.1.2 Derecho a la intimidad	30
4.1.3 Derecho al secreto de las comunicaciones.....	30
4.1.4 Límites a los derechos fundamentales	31
4.2 Control empresarial	31
4.2.1 Concepto	31
4.2.2 Límites	32
4.3 Concurrencia de derechos del empresario y del trabajador.	33
4.4 Aplicación al caso.....	35
5. Calificación del despido	37
5.1 Introducción, caracteres y clases	37
5.2 Despido disciplinario	37
5.2.1 Concepto y causas.....	37
5.2.2 Requisitos formales	39
5.2.3 Plazo y efectos	39
5.3 La calificación jurídica del despido disciplinario.....	40
5.3.1 Procedencia.....	40
5.3.2 Improcedencia.....	40
5.3.3 Nulidad	41
5.4 Aplicación al caso.....	42
Conclusiones.....	44
Referencias bibliográficas.....	46
Apéndice legislativo	48
Apéndice jurisprudencial.....	49

Abreviaturas

BOE: Boletín Oficial del Estado
CC: Código Civil
CE: Constitución Española
CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos
CEE: Comunidad Económica Europea
DUDH: Declaración Universal de Derechos Humanos
ET: Estatuto de los Trabajadores
FJ: Fundamento Jurídico
LGSS: Ley General de la Seguridad Social
PE: Parlamento Europeo
RD: Real Decreto
SOVI: Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez
SS: Seguridad Social
STC: Sentencia Tribunal Constitucional
STS: Sentencia Tribunal Supremo
STSJ: Sentencia Tribunal Superior de Justicia
TC: Tribunal Constitucional
TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS: Tribunal Supremo
TSJ: Tribunal Superior de Justicia
UE: Unión Europea

Antecedentes de hecho

Ana Suárez, nacida el 13 de marzo de 1966 en Santiago de Compostela, presta servicios como coordinadora del departamento asesor de márketing de la empresa Liberty S.A. desde el año 2004, con un contrato de carácter indefinido, ascendiendo su salario anual bruto a 24.000 euros.

Manuel Barroso, nacido el 5 de junio de 1961 en Santiago de Compostela, ocupa el puesto de agente de seguros para la empresa Hércules, S.A, percibiendo un salario de 25.000 euros brutos anuales.

Manuel y Ana contraen matrimonio el 12 de agosto de 1995, en Santiago de Compostela, en régimen de gananciales. Años más tarde, la pareja decide poner fin al matrimonio, dictándose sentencia de divorcio el 15 de diciembre de 2007. En esta fecha los únicos bienes propiedad de la pareja son una vivienda familiar, un bien inmueble valorado en 200.000 euros y dinero en cuentas bancarias, por valor de 20.000 euros. La sentencia de divorcio dictamina el reparto de los bienes en régimen de gananciales por partes iguales a los cónyuges (50%), es decir, 100.000 euros del inmueble y 10.000 de las cuentas bancarias, a cada uno. Además, la sentencia desestima la pensión compensatoria solicitada por Doña Ana.

El 25 de mayo de 2009, Manuel contrae matrimonio con Catalina Castejón, de procedencia salmantina, nacida el 12 de febrero de 1985, que trabaja como recepcionista en la clínica DENTANIX S.L.

El día 4 de junio, tras disfrutar del permiso de matrimonio, Catalina se reincorpora a su puesto de trabajo en la clínica. Ese mismo día, finalizada su jornada laboral, se dirige a comprar un regalo para Manuel, tras lo cual toma el autobús para regresar a casa en la misma parada de siempre. El autobús tiene un accidente, a raíz del cual Catalina sufre lesiones corporales leves, por lo que está en situación de incapacidad temporal durante cuatro meses, dada la imposibilidad de llevar a cabo las funciones propias de su empleo.

El 23 de noviembre de 2009, cuando Manuel se dirige al trabajo para reincorporarse tras sus vacaciones, sufre un accidente automovilístico con el vehículo de empresa tras saltarse un semáforo que solía estar apagado a diario, resultando impactado por un camión, y tras tres días en estado muy grave, fallece. Ana y Catalina solicitan la pensión de viudedad.

El 5 de enero de 2013, Doña Ana solicita una reducción de la jornada laboral para cuidar a su madre, cuyo estado empeora días después, y se ve obligada a pedir una excedencia voluntaria de dos años, reincorporándose a su puesto de trabajo en enero de 2015.

Un año más tarde, en enero de 2016, la empresa comunica a sus empleados la prohibición, mediante carta, del uso de medios de la empresa para fines propios, tanto dentro como fuera del horario laboral. Meses después, la empresa procede a monitorizar los ordenadores de los empleados, pues sospecha que se está incumpliendo la normativa. Durante dicha monitorización, se comprueba que Ana había remitido documentos y fotografías muy valiosos de la empresa a terceros y que, además, en horario laboral, se dedicaba a actividades propias ajenas al trabajo, aproximadamente una hora al día. Estos actos son calificados como conducta muy grave, procediéndose al despido disciplinario de la trabajadora.

Introducción

“*El trabajo es vida*”

Thomas Carlyle

Esta cita establece un punto de partida en la sinuosa senda a recorrer en el presente supuesto, y refleja la gran importancia que tiene la esfera laboral en la vida de las personas. Sin embargo, el juicio de los individuos parece estar nublado por la inercia de lo cotidiano y lo rutinario, y existe una desinformación popular generalizada a la hora de hacer frente a muchos de los conflictos que pueden surgir en el entorno profesional. Se entiende entonces necesario dotarlos de mayor visibilidad, con el fin de combatir este fenómeno de falta de información, pues, además, muchas de las controversias que emanan del ámbito laboral, son cuestiones de actualidad social y ética.

La elección de este caso en particular obedece a la especial relevancia que representa un asunto de indiscutible actualidad en el contexto social contemporáneo. La resolución del supuesto constituye un interesante reto para una *cuasi* abogada, pues insta conexiones en diversas esferas del derecho. Se inicia el recorrido en el ámbito del derecho civil, enlazando el vínculo matrimonial con el accidente surgido, para continuar transitando las distintas vías del derecho laboral, hasta llegar a la rama constitucional, tratando la invasión de los derechos fundamentales.

Haciendo ahora referencia al contenido del trabajo, se exponen, en primer lugar, las nociones relevantes relativas a la pensión de viudedad, en la cual se incluye de forma implícita el análisis de la reforma de la Ley General de la Seguridad Social, que amplía la esfera de protección de los beneficiarios de la pensión. En esta línea, se procede posteriormente, al examen del motivo de origen de la pensión, el accidente del causante, en el que se pretende discernir si existe una relación de causalidad entre el mismo y el lugar del trabajo, con el fin de decidir si se tramita o no como accidente *in itinere*. A continuación, se proyecta el derecho del trabajador a la excedencia y las posibles prolongaciones en la duración de la misma. Por último, se analiza el supuesto de concurrencia de derechos en el ámbito laboral a través del planteamiento del conflicto existente entre el control empresarial, que da lugar al despido disciplinario, y la intimidad del empleado. La calificación jurídica del despido depende directamente de este análisis.

Con el fin de resolver los conflictos que suscita el caso en relación con las materias planteadas, además de normativa jurídica, se analizan también las líneas jurisprudenciales y doctrinales en aquellas situaciones que generan controversia, por estar reguladas de forma deficiente en la normativa jurídica y dar cabida a más de una interpretación sobre un mismo conflicto. Es la luz jurisprudencial la encargada de iluminar los claroscuros de la legislación.

La elaboración del índice responde a un orden cronológico de los hechos y, salvo las cuestiones iniciales, en cuyo caso la primera es consecuencia de la segunda, se mencionan los sucesos según han ido sucediendo en el tiempo. Al inicio de cada capítulo se exponen los conceptos necesarios para la resolución del caso, apoyados por legislación, jurisprudencia y pronunciamientos doctrinales, reservando el epígrafe último de cada sección, a la aplicación del conjunto teórico al supuesto objeto de análisis. El sentido de esta distribución es dotar al lector de un conocimiento global de todas las perspectivas del problema y de las vías jurídicas existentes, de cara al desenlace final del supuesto y a la resolución del caso.

Cabe apuntar que las innovaciones tecnológicas han supuesto la transformación total del sector corporativo, y el proceso de control empresarial ejercido sobre el trabajador ha sufrido una evolución tendente a la limitación cada vez mayor de las libertades fundamentales de privacidad. Esta situación tiene consecuencias negativas en todos los peldaños de la pirámide laboral, pues la insatisfacción del trabajador repercute en su rendimiento, afectando de forma directa a los niveles de productividad de la empresa. Los expertos hablan de la regla de las 3S, simple, sencillo y sostenible, como garantía de un buen ambiente de trabajo para el personal de una empresa, necesario para el desarrollo óptimo de sus habilidades.

No obstante, en la actualidad se han combinado fuerzas desde las cumbres internacionales para dar remedio a este recorte de derechos del trabajador y reparar el atentado contra la intimidad que algunas medidas empresariales pueden suponer. Respecto a lo anterior, merece especial mención una Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el caso *Barbulescu*, que restringe el control y vigilancia empresarial sobre el trabajador, marcando un punto de inflexión en el ámbito laboral.

Para concluir, parece oportuno traer a colación la cita “*El trabajo es una invasión de nuestra privacidad*” (Woody Allen), pues se muestra sustancialmente relevante en el presente caso, en el que la esfera de los derechos más básicos del individuo se ve dañada por decisiones laborales.

1. La pensión de viudedad

Previamente al tratamiento de este capítulo, es necesario señalar que, puesto que el accidente que da lugar a la causa de la pensión, se produce en el año 2009, la legislación a la que nos remitiremos será la que estaba vigente en el momento del suceso, esto es, el 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), reformado parcialmente por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social (en adelante, LGSS 2007). Actualmente, la norma vigente que ha derogado a la anterior es el 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 (en adelante, RD LGSS 2015).

1.1 Origen y naturaleza jurídica

La pensión de viudedad es una prestación económica contributiva de carácter vitalicio gestionada por la Seguridad Social, que recibe el cónyuge supérstite tras el fallecimiento de su pareja, cuyo cálculo se realiza en función de los años cotizados al sistema y la base de cotización (exposición de motivos LGSS).

La primera manifestación en la legislación española de la prestación por pensión de viudedad es la Ley de Bases de 1963, aunque su verdadero origen lo hallamos en el derecho internacional, en el Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo publicado en el año 1952 (Valenciano Sal, 2011).

Como asevera Bonache Miralles (2017), en sus orígenes, la pensión de viudedad nace con el fin de proteger a los familiares cuando uno de los cónyuges fallece, tradicionalmente a la mujer y a los hijos. No obstante, la normativa que regula esta pensión ha sufrido una larga lista de variaciones a lo largo del tiempo, siempre pretendiendo el legislador suministrar protección a aquellas personas en situación de necesidad económica real, sin importar la eventualidad que haya producido esa situación (Valenciano Sal, 2011).

De esta forma, se puede afirmar que se ha roto con los esquemas tradicionales de modelo familiar en el ámbito de las prestaciones por muerte y supervivencia, pasando a constituirse no sólo como una garantía para el cónyuge supérstite, sea hombre o mujer, sino ampliando además la esfera de protección a otros beneficiarios, dando la posibilidad de acceder a la pensión a través de distintos estados civiles.

La existencia misma de la pensión de viudedad es un tema controvertido, algunos autores como Vera García (2017) recuerdan que el artículo 41 de la Constitución Española de 1978 (en adelante, CE) impone a los poderes públicos establecer un sistema de Seguridad Social para atender situaciones de necesidad, lo que se pone en duda cuando el beneficiario tiene ingresos propios.

1.2 Causante

El sujeto causante en cualquier contexto jurídico es la persona que genera el derecho desencadenante de una determinada prestación, en este caso el fallecido, y el sujeto beneficiario es la persona que acredita el derecho al disfrute de dichas prestaciones (Benavedes Vico, 2014).

El artículo 172 LGSS incluye una relación de los sujetos causantes de las prestaciones originadas por muerte y supervivencia que recoge el artículo 171 LGSS¹, entre las que se encuentra la pensión por viudedad, estableciendo que pueden causar derecho a estas prestaciones los siguientes:

- Las personas integradas en el Régimen General, que cumplan la condición general de afiliación, alta y cotización en el Régimen de la Seguridad Social del artículo 124 LGSS², los perceptores de los subsidios de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, paternidad o lactancia, así como los pensionistas por incapacidad permanente y jubilación.
- Aquellas personas que, como consecuencia de un accidente de trabajo o de enfermedad profesional, se les reconozca la condición de gran inválido o de invalidez permanente absoluta para todo trabajo y, posteriormente, fallezcan. O en caso de no tener reconocida dicha condición, que se pruebe que la muerte ha sido efectivamente debida al accidente o enfermedad.
- Trabajadores desaparecidos consecuencia de un accidente, sea o no de trabajo, en circunstancias que hagan presumible su muerte, sin tener noticias durante noventa días. Esta situación genera prestaciones por muerte y supervivencia a excepción del auxilio por defunción.

En función de la situación del causante en el momento de su muerte, se requerirán distintos periodos mínimos de cotización. En los casos en los que la muerte derive de un accidente, sea laboral o no, o de una enfermedad profesional, no se exige ningún período previo de cotización del causante. Por otro lado, en aquellos casos en los que el fallecimiento del causante derive de enfermedad común, se deberá acreditar un periodo de cotización de 500 días dentro de un periodo ininterrumpido de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha de la muerte.

Además, el derecho a recibir esta pensión, se mantiene igualmente, aunque el causante fallezca sin encontrarse en alta o situación asimilada, siempre que hubiese completado un período de cotización mínimo de quince años.

¹ Artículo 171 LGSS. *En caso de muerte, cualquiera que fuera su causa, se otorgarán alguna o algunas: auxilio por defunción, pensión vitalicia por viudedad, prestación temporal de viudedad, pensión de orfandad, o pensión temporal en favor de familiares.*

² Artículo 124.1 LGSS. *Las personas incluidas en el campo de aplicación de este Régimen General causarán derecho a las prestaciones del mismo cuando, además de los particulares exigidos para la respectiva prestación, reúnan el requisito general de estar afiliadas y en alta en este Régimen o en situación asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal expresa en contrario.*

1.3 Beneficiarios

En todo caso, el fallecimiento del causante dará derecho a la percepción de un auxilio por defunción, para hacer frente a los gastos de sepelio a la persona que los haya soportado (artículo 5.2 LGSS 2007, que reforma el artículo 173 LGSS)³.

Por su parte el artículo 5.3 LGSS 2007, que reforma el artículo 174 LGSS, contempla cada uno de los supuestos en que se genera derecho a pensión de viudedad para el grupo de personas beneficiarias, que como se ha dicho previamente, puede derivar del matrimonio, de situaciones de separación o divorcio, de nulidad y de uniones de hecho. Se analizan de forma breve los beneficiarios consecuencia de la nulidad matrimonial y de la unión de hecho, para proceder al análisis posterior en mayor detalle de los beneficiarios clave a efectos del supuesto, que son el cónyuge supérstite y el ex cónyuge.

Cuando se produce la nulidad del vínculo matrimonial (artículo 174.2 párrafo segundo LGSS), se exige para poder percibir la pensión de viudedad, que el ex cónyuge supérstite cuyo matrimonio con el causante ha sido declarado nulo, tenga reconocido el derecho a indemnización del artículo 98 del Código Civil⁴. Como afirma Bonache Miralles (2017), en caso de no mediar otros beneficiarios, el ex cónyuge de matrimonio nulo tendrá derecho a la pensión solamente en la cuantía proporcional al tiempo que hubiese vivido con el causante, quedando el resto sin atribuir.

En lo que respecta a la pareja de hecho, se trata de una introducción relativamente novedosa, pues hasta el año 2007⁵, el derecho a la pensión de viudedad de cónyuges históricos nacía únicamente del vínculo matrimonial (Martínez Abascal, 2010). Se considera pareja de hecho la constituida por dos personas que, no hallándose impedidas para contraer matrimonio, convivan con análoga relación de afectividad a la conyugal, y carezcan ambas de otros vínculos matrimoniales, acreditando a través de certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria de duración no inferior a cinco años.

Es necesaria la inscripción como pareja de hecho en alguno de los registros específicos o la formalización de la pareja a través de documento público, para poder percibir la pensión de viudedad, con una antelación mínima de dos años al fallecimiento del causante (Escribano Garés, 2010). Se añade un requisito adicional de carácter económico a la pareja de hecho para acceder a la pensión de viudedad, y es que debe acreditar que sus ingresos durante el año natural anterior no alcanzaron el 50% de la suma de los suyos propios y de los del causante. Este porcentaje será del 25% en caso de inexistencia de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad (artículo 174.3 LGSS).

³ Este precepto establece la presunción de que los gastos han sido satisfechos, en este orden, por: cónyuge supérstite, pareja de hecho, hijos y parientes que conviviesen de forma habitual con el fallecido.

⁴ Artículo 98 Código Civil. *El cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo anterior.*

⁵ Disposición Adicional Tercera de la LGSS de 2007, que modifica el artículo 174.3 LGSS.

1.3.1 Cónyuge superviviente

Cumplidos los requisitos de cotización previamente definidos por el fallecido, el cónyuge superviviente con efectivo vínculo matrimonial en el momento del fallecimiento del causante, tiene reconocida de forma automática la pensión por viudedad, sin exigirse el requisito de necesidad económica ni ninguna otra circunstancia (artículo 174.1 LGSS párrafo primero).

No obstante, en virtud del artículo 174.1 LGSS párrafo tercero, a modo de precaución y para evitar supuestos fraudulentos, cuando el fallecimiento del causante sea motivo de enfermedad común, se requerirá, además, que el matrimonio se hubiese celebrado al menos un año antes del fallecimiento o de forma alternativa, que existan hijos comunes. No se exigirán estos requisitos cuando se acredite un periodo de convivencia con el causante que, sumado al tiempo de duración del matrimonio, supere los dos años, ni tampoco cuando la muerte del causante derive de enfermedad profesional o accidente laboral.

Se introduce en el artículo 5.4 de la LGSS 2007, el artículo 174 bis, como añadido a la LGSS, en el que se incluye la prestación temporal de viudedad, o como lo denominan algunos autores como Valenciano Sal (2011), la “pequeña pensión”. Así, en los supuestos en los que no se reúnan los requisitos de duración del matrimonio con el causante superior a un año o no existan hijos comunes, se prevé una prestación de cuantía equivalente a la pensión de viudedad que le correspondería, con duración de 24 meses.

El artículo 177.1 LGSS, modificado por el artículo 5.7 LGSS 2007, establece que, en caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional, el beneficiario superviviente (cónyuge o pareja de hecho del causante), tiene derecho a una indemnización a tanto alzado, cuya cuantía uniforme se determinará en los Reglamentos generales de esta Ley.

1.3.2 Separación y divorcio

Reuniendo igualmente los requisitos de alta y cotización previstos, tendrá derecho a la pensión de viudedad aquel que sea o haya sido cónyuge legítimo del causante, siempre que el ex cónyuge supérstite no hubiese contraído nuevas nupcias o hubiese constituido una pareja de hecho. Además, se exige un requisito extra en estos casos de personas divorciadas o separadas judicialmente, y es que, hubiesen sido declaradas en el momento del divorcio o separación, acreedoras de la pensión compensatoria que recoge el artículo 97 del Código Civil⁶.

Esta novedad no ha estado exenta de críticas, y ha sido objeto de debate de forma frecuente en la jurisprudencia y en la doctrina. Para zanjar esta polémica, la Ley 26/2009, de Presupuestos Generales del Estado afirma que estar declarado acreedor de la pensión compensatoria es un requisito obligatorio para que un ex cónyuge sea perceptor de la pensión de viudedad.

⁶ Artículo 97 Código Civil. *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, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.*

En este sentido, la interpretación jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre el concepto de pensión compensatoria ha ido en ambos sentidos, primero pronunciándose desde una perspectiva de interpretación literal del término, hasta converger a una interpretación finalista del mismo. En la STS de 29 de enero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:978) se ha admitido el derecho a pensión de viudedad “en situación de separación judicial en la que no se ha fijado pensión compensatoria a favor de la esposa, pero sí se abonaba una pensión a la misma sin una calificación jurídica estricta”, FJ. 3.

No obstante lo anterior, se introduce una pauta excepcional para los supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008, que exime del cumplimiento de la condición *sine qua non* de ser acreedor de la pensión compensatoria para poder percibir la pensión de viudedad, si se cumplen estas tres condiciones (Disposición Transitoria Decimoctava en la LGSS)⁷:

- (a) Transcurso de tiempo no superior a diez años entre el divorcio/separación y el fallecimiento del causante.
- (b) Duración del matrimonio no sea inferior a diez años.
- (c) Existencia de hijos comunes del matrimonio o, de forma alternativa, que el ex cónyuge superviviente sea mayor de 50 años cuando fallece el causante.

Esta Disposición establece también que tendrán en todo caso derecho a la pensión de viudedad, aun sin cumplir estos requisitos, las personas mayores de 65 años que no perciban ninguna otra pensión pública, siempre que la duración del matrimonio con el causante no sea inferior a quince años.

1.4 Cuantía y concurrencia de beneficiarios

Para el cálculo de la pensión de viudedad, se aplica un porcentaje a la base reguladora del causante, la cual se determina en función de si el trabajador estaba en activo o no en el momento del fallecimiento y de la causa de la muerte (Seguridad Social)⁸. Cuando la causa de la muerte es un accidente no laboral, la base reguladora será la más beneficiosa de entre estas dos: cociente de dividir por veintiocho la suma de las bases de cotización del causante correspondientes a un periodo de veinticuatro meses, o el cociente de dividir por veintiocho la suma de las bases mínimas de cotización vigentes en los veinticuatro meses inmediatamente anteriores al fallecimiento.

Por el contrario, si la causa del fallecimiento deriva de un accidente de trabajo o de enfermedad profesional, la base reguladora será el cociente resultante de dividir por doce los sumandos siguientes: sueldo y antigüedad, pagas extraordinarias, beneficios o participación y pluses, retribuciones complementarias y horas extra.

⁷ Incluida por la Disposición Final 3.14 de la Ley 26/2009 de Presupuestos Generales del Estado 2010.

⁸ Pauras para el cálculo de la base reguladora del causante y cuantía de la pensión de viudedad: <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Trabajadores/PrestacionesPensionesTrabajadores>

Tras la modificación del RD 1795/2003, de 26 de diciembre, se fija la cuantía de la pensión de viudedad en un 52% de la base reguladora del causante, pudiendo incrementarse hasta el 70% de la misma cuando se dan las siguientes circunstancias⁹:

- Pensionista tiene cargas familiares
- Pensión de viudedad constituye la principal o única fuente de ingresos del beneficiario
- Rendimientos anuales del pensionista no superan la suma de la pensión mínima de viudedad con cargas familiares y la cuantía límite prevista en cada ejercicio económico para el reconocimiento de los complementos por mínimos.

Cuando concurren varias personas en la percepción de la pensión de viudedad, habiendo mediado divorcio, la misma se otorga en proporción al tiempo que ha vivido cada uno de los beneficiarios con el causante, garantizándose siempre el 40% a favor del cónyuge superviviente o de la pareja de hecho con derecho a la pensión de viudedad (artículo 174.2 párrafo segundo LGSS).

El artículo 179.4 LGSS establece que la suma de las cuantías por muerte y supervivencia no podrá exceder del importe de la base reguladora calculada conforme al régimen general de prestaciones del artículo 120.2 de esta Ley. No obstante, dicho límite podrá ser rebasado cuando concurren varias pensiones de orfandad con una pensión de viudedad.

1.5 Incompatibilidades

La pensión de viudedad es compatible con cualesquiera rentas de trabajo del beneficiario y con las pensiones de jubilación e incapacidad permanente a que el mismo pueda tener derecho (artículo 179.1 LGSS, modificado por el artículo 5.8 LGSS 2007). Como ya se ha visto, también es compatible lógicamente con el resto de pensiones por muerte y supervivencia, con los límites tratados en el epígrafe anterior.

Interpretando *contrario sensu* el artículo 18.1 de la Ley 52/2003 de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, la pensión de viudedad también es compatible con el reconocimiento de otra pensión de viudedad en cualquiera de los regímenes de la Seguridad Social, debiendo estar el causante en situación de alta o asimilado en el momento del fallecimiento. En caso de no estar dado de alta, será incompatible, salvo que las cotizaciones acreditadas en cada uno de los regímenes se superpongan, al menos, durante quince años.

Además, esta pensión es compatible con las pensiones del Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez (SOVI). La suma de ambas prestaciones no puede ser superior al doble de la pensión mínima por viudedad para un beneficiario mayor de 65 años, debiendo en este caso reducirse la cuantía del SOVI (Vera García 2017).

⁹ Artículo 31.2 del Decreto 3158/1996, de 23 de diciembre, modificado por el RD 1465/2001, de 27 de diciembre.

1.6 Aplicación al caso

Manuel Barroso, nacido en el año 1961 presta servicios como agente de seguros en Hércules S.A, cobrando 25.000 euros brutos anuales. Ana Suárez, nacida en el año 1966, presta servicios de asesoramiento de marketing en Liberty S.A., cobrando 24.000 euros brutos anuales. Ana y Manuel contraen matrimonio el 12 de agosto de 1995, en Santiago de Compostela, en régimen de gananciales. Años más tarde, la pareja decide poner fin al matrimonio, dictándose sentencia de divorcio el 15 de diciembre de 2007, que dictamina el reparto de los bienes en régimen de gananciales por partes iguales a los cónyuges (50%), y desestimando la pensión compensatoria solicitada por Doña Ana.

El 25 de mayo de 2009, Manuel Barroso contrae matrimonio de nuevo con Catalina Castejón, de procedencia salmantina, nacida el 12 de febrero de 1985, que trabaja como recepcionista en la clínica DENTANIX S.L. En noviembre de ese mismo año, Manuel sufre un accidente automovilístico que le lleva a perder la vida, Ana y Catalina solicitan la pensión de viudedad.

Cuestión. ¿Quién tiene derecho a percibir la pensión de viudedad, doña Ana o Doña Catalina?

Manuel Barroso es la persona **causante** del derecho a la prestación por muerte y supervivencia del artículo 171 LGSS, concretamente de la pensión de viudedad, ya que cumple los requisitos generales de afiliación y alta en el Régimen de la Seguridad Social (artículo 124 LGSS). Además, en los casos de muerte derivada de un accidente, sea laboral o no, no se exige ningún período previo de cotización del trabajador para causar el derecho a la pensión de viudedad, con lo que, aunque don Manuel no hubiese cotizado los días suficientes, causaría igualmente derecho a la prestación por viudedad.

En cuanto a las personas **beneficiarias** de la pensión de viudedad, concurren Ana Suárez y Catalina Castejón como posibles receptoras de la misma. Doña Catalina, en calidad de *cónyuge superviviente*, tiene derecho a la percepción del auxilio por defunción para hacer frente a los gastos de sepelio (artículo 173 LGSS), así como a la indemnización a tanto alzado por tratarse de muerte derivada de un accidente de trabajo (artículo 177.1 LGSS).

En relación a la pensión de viudedad, en este caso no se exigen periodos mínimos de duración del matrimonio para su percepción, por ser la causa del fallecimiento, un accidente laboral (artículo 171.1.b LGSS). Si el suceso no se calificase como accidente *in itinere*, al no haber transcurrido el periodo de dos años de matrimonio o convivencia acreditada con el causante, doña Catalina tendría derecho solamente a la pensión de viudedad temporal, durante 24 meses (artículo 171.1.c LGSS), y no recibiría en consecuencia, la indemnización a tanto alzado.

En el caso de Doña Ana, en calidad de *ex cónyuge*, la percepción de la pensión es más controvertida, pues, aunque no ha contraído nuevas nupcias (artículo 174.2 LGSS), no es perceptora de la pensión compensatoria, tal derecho se le denegó en la sentencia de divorcio. Sin embargo, existe una excepción a la exigencia de la normativa actual de ser acreedor de la pensión compensatoria para poder acceder a cobrar la de viudedad, y son los supuestos de divorcio anteriores al 1 de enero de 2008. En estos casos se exime del cumplimiento de este requisito siempre que se cumplan las circunstancias de la Disposición Transitoria Decimoctava de la LGSS.

- La primera condición es que transcurran menos de diez años entre el divorcio y el fallecimiento del causante, que se cumple, pues Ana y Manuel se divorcian en diciembre de 2007, y Manuel fallece en noviembre de 2009, transcurriendo escasos dos años.
- La segunda condición es que la duración del matrimonio no sea inferior a diez años, que también se cumple, pues Ana y Manuel contraen matrimonio en agosto de 1995 y se divorcian en diciembre de 2007, durando el matrimonio doce años.
- La última condición es que existan hijos comunes del matrimonio o, de forma alternativa, que el ex cónyuge superviviente sea mayor de 50 años cuando fallece el causante. No se cumple, pues Ana y Manuel no han tenido hijos, y además Ana tenía 43 años cuando Manuel fallece.

El incumplimiento de esta última condición impide a Ana ser perceptora de la pensión de viudedad, que causa el fallecimiento de su ex cónyuge, Manuel Barroso.

Respecto a la **cuantía** de la pensión de viudedad, se aplica para su cálculo un porcentaje del 52% a la base reguladora del causante (Catalina no cumple los requisitos para la aplicación del porcentaje del 70%). Al ser la causa de la pensión un accidente laboral, la base reguladora es el cociente resultante de dividir por doce: el sueldo y antigüedad, las pagas extraordinarias, los beneficios, los pluses, las retribuciones complementarias y las horas extraordinarias percibidas por el trabajador. En el supuesto a analizar, no se proporcionan datos suficientes para el cómputo de la base reguladora, lo que imposibilita el cálculo de la pensión de viudedad.

En caso de **conurrencia** de beneficiarios, la pensión de viudedad se repartiría en proporción al tiempo que ha vivido cada uno de los beneficiarios con el causante. Pero para tratar de paliar el perjuicio al cónyuge superviviente por el reparto en base al criterio de convivencia, se garantiza siempre un 40% de la cuantía a dicho cónyuge. Así, aunque doña Ana cumpliera los requisitos legales para ser beneficiaria, concurriendo junto con Catalina, en calidad de co-perceptora ex cónyuge de la pensión de viudedad, esta última tendría asegurado el 40% de la cuantía de la pensión, a pesar de que su matrimonio hubiese tenido una duración de escasos meses.

Sobre los **límites** y las **incompatibilidades** de la pensión de viudedad, simplemente señalar que la suma de las cuantías por muerte y supervivencia, no podrá exceder del importe de la base reguladora calculada conforme al régimen general de prestaciones del artículo (artículo 120.2 LGSS), y que la pensión de viudedad es compatible con cualesquiera rentas de trabajo del beneficiario y con prestaciones por incapacidad a que el mismo pueda tener derecho (artículo 179.1 LGSS). Catalina es activa laboralmente, y no hay objeción para que reciba la pensión de viudedad, a pesar de cobrar rentas propias.

Además, recordemos que en el momento en que fallece el causante, Catalina está incapacitada temporalmente por el accidente sufrido meses antes, por lo que si cuando se aprueba su condición de beneficiaria de la pensión de viudedad, siguiese cobrando la prestación por incapacidad, ambas serían coetáneas y perfectamente compatibles, sin necesidad de producirse la extinción de ninguna.

2. Accidente laboral *in itinere*

Los accidentes laborales y no laborales aparecen en la actualidad regulados en el RD LGSS 2015, de 30 de octubre. No obstante, en este capítulo se hará referencia de nuevo a la LGSS 1994, ya que es la normativa que se encontraba vigente en el momento en que sucedieron los accidentes del supuesto práctico, en el año 2009. Es necesario apuntar que la normativa en materia de accidentes laborales no ha cambiado en exceso, por lo que el inciso previo solamente es relevante a efectos de la numeración de los artículos, y no del contenido de los mismos.

Además, cabe apuntar que en el presente capítulo se hará referencia a los accidentes laborales que sufren los trabajadores por cuenta ajena, y no los trabajadores autónomos, o los trabajadores autónomos económicamente dependientes, situaciones que están reguladas en el Real Decreto 1273/2003, de 10 de octubre¹⁰, y en la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajador autónomo, respectivamente.

2.1 Origen y concepto jurídico del accidente laboral

En las últimas décadas ha aumentado el interés por la naturaleza de la “cultura de seguridad” en el trabajo y su papel en la predicción de accidentes y lesiones laborales (Clarke, 2006). La aparición de la legislación reguladora de los accidentes laborales es consecuencia directa de la mecanización de la producción derivada del desarrollo industrial, con el cual incrementan los accidentes de trabajo (Pic, 2003).

En el plano internacional, se publica en el año 1989 la Directiva 89/391/CEE del Consejo Europeo, de 12 de junio, y en el plano nacional, el origen de la regulación en esta materia lo encontramos en la Ley de Accidentes de Trabajo de 30 de enero de 1900. Por primera vez, el empresario responde de forma directa y objetiva por los accidentes de los trabajadores, indemnizándolos. Se produce de esta forma una mejora relevante de las condiciones laborales y se avanza en el proceso de contratación de seguros para hacer frente a las contingencias y a los gastos médicos (Acosta Lozano, 2013).

El artículo 115.1 LGSS define como accidente de trabajo toda lesión corporal¹¹ sufrida por el trabajador consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena. Así, Fernández et al. (2007) consideran necesarios tres elementos desde la perspectiva legal, para la producción de un accidente de trabajo:

¹⁰ Real Decreto 1273/2003, de 10 de octubre, por el que se regula la cobertura de las contingencias profesionales de los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, y la ampliación de la prestación por incapacidad temporal para los trabajadores por cuenta propia.

¹¹ La jurisprudencia ha venido ampliando el término también a las lesiones psíquicas, estableciendo que deben ser indemnizados el daño corporal, incluyendo lesiones físicas y psíquicas, el daño moral o sufrimiento psíquico, el daño emergente y el lucro cesante, STS de 21 de noviembre de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:4304).

- Lesión corporal del trabajador (elemento objetivo)
- Trabajador ejecuta una labor por cuenta ajena o asimilado (elemento subjetivo)
- Existencia de una relación causal entre el accidente y el trabajo (nexo causal).

Además, se establece la presunción *iuris tantum* de que las lesiones sufridas por el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo, constituyen accidentes laborales.

El artículo 115.2 LGSS recoge una serie de supuestos considerados como accidentes laborales, entre los que se encuentran los accidentes *in itinere*, que se tratan en mayor profundidad más adelante. Por su parte, el artículo 115.4 LGSS recoge que nunca serán considerados accidentes de trabajo aquellos debidos a fuerza mayor extraña al trabajo o los debidos a dolo o imprudencia temeraria del trabajador accidentado.

2.2 Caracteres

La primera sentencia que registra como accidente de trabajo el ocurrido en el trayecto de ida o vuelta del trabajo es una Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1908, pero no es hasta el año 1954, con la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de julio cuando el mismo se denomina accidente *in itinere* (Galindo Ferrero, 2018).

El accidente *in itinere* es aquel que se produce cuando el desplazamiento viene impuesto por la obligación de acudir al trabajo, siendo lo esencial ir o volver del lugar del trabajo, no siendo tan relevante si es el domicilio el punto de partida o de llegada, como viene indicando la jurisprudencia¹².

Es necesaria la existencia de una relación de causalidad entre el accidente y el trabajo teniendo en cuenta el desplazamiento realizado, el domicilio del trabajador y el centro de trabajo (Luque Parra y Ginés i Fabrellas, 2013). Se determina que existe este nexo causal cuando se produce la simultánea concurrencia de los cuatro elementos¹³ que veremos a continuación: teleológico, cronológico, geográfico y de idoneidad del medio, considerándose que la ausencia de alguno de estos elementos rompe el nexo de causalidad. Además, se exige prueba fehaciente de que dicho accidente ha tenido lugar en el desplazamiento al trabajo (Hevia-Campomanes Calderón y Miranda Rivas, 2000).

¹² STSJ de Madrid de 29 de septiembre de 2017 (ECLI:ES:TSJM:2017:9838), FJ 4 «lo esencial es ir al lugar del trabajo o volver del lugar del trabajo, por lo que el punto de llegada o de vuelta puede ser o no el domicilio del trabajador en tanto no se rompa el nexo necesario con el trabajo»; y STSJ de Cataluña de 11 de mayo de 2005 (ECLI:ES:TSJCAT:2005:6071), FJ único: «lo esencial no es salir del domicilio o volver al domicilio, aunque este sea lo más corriente y ordinario, sino que lo esencial es ir al lugar de trabajo o volver del lugar del trabajo».

¹³ STS de 14 de febrero de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:2257) en su fundamento jurídico cuarto: «abandono de ese espacio concreto (elemento geográfico) debe ponerse en relación directa con el inicio de otras actividades o circunstancias que (...) así mismo ponen claramente de relieve una relación causal (elemento teleológico) con el comienzo (elemento cronológico) del trayecto que conduce en exclusiva al desempeño de la actividad laboral», y STS de 14 de febrero de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:878), en su fundamento jurídico tercero: «la determinación de si en un caso concreto existe accidente *in itinere* requiere la ponderación de toda una serie de elementos (requisitos de tipo cronológico, teleológico, espacial y modal)».

Es necesario mencionar que la jurisprudencia viene flexibilizando las exigencias de los elementos requeridos para que se produzca el nexo causal propio de los accidentes laborales *in itinere*, y es que este término demanda de una adaptación constante a las realidades sociales, costumbres y usos que van surgiendo, siendo necesarias las continuas interpretaciones de los tribunales (Galindo Ferrero, 2018).

2.3 Elementos

2.3.1 Elemento teleológico

Este elemento hace referencia a que la finalidad principal y directa del viaje debe ser acudir al lugar de trabajo, no pudiendo alterarse el trayecto de ida o vuelta por interrupciones ajenas al mismo. La jurisprudencia califica como accidente *in itinere* el producido en el traslado de un trabajador del domicilio donde reside el fin de semana al domicilio donde se aloja por semana, para acudir a su lugar de trabajo, o viceversa, pues el elemento teleológico no se ve incumplido, ya que el fin último del viaje es acudir al trabajo o regresar a su domicilio¹⁴.

Además, el concepto de domicilio en el ámbito de los accidentes *in itinere*, se ha ampliado, incluyendo no solamente el domicilio familiar o aquél en el que el trabajador pasa los fines de semana, sino también otros, como se puede apreciar en la STS de 20 de septiembre de 2005 (ECLI:ES:TS:2005:5389), FJ 3, en la que se admite como accidente laboral el sufrido por un trabajador que se dirige a su lugar de trabajo tras haber pernoctado en el domicilio de su novia, situado en otra ciudad a 12 kilómetros del mismo.

2.3.2 Elemento geográfico

El accidente debe producirse en el trayecto normal y habitual que se debería recorrer para realizar el trayecto desde el domicilio al lugar de trabajo, o viceversa. No tiene que ser el camino más corto, sino el habitual o razonable.

La jurisprudencia admite en varios pronunciamientos como accidentes laborales *in itinere* aquellos en los que no se realiza el trayecto más corto al ir o venir del lugar de trabajo, por motivos razonados. Es el caso del accidente sufrido por una trabajadora que va a recoger a su hijo a la localidad de Súrria, estando su domicilio en la ciudad de Manresa y el de la empresa en Sant Fruitós de Bages. El Tribunal lo considera *in itinere* en la STSJ de Cataluña de 11 de mayo de 2005 (ECLI:ES:TSJCAT:2005:6071) pues como afirma en su fundamento jurídico tercero, «el domicilio del trabajador no puede ser considerado como el domicilio legal, sino el real y hasta el habitual y, en general, el punto normal de llegada y partida del trabajo».

2.3.3 Elemento cronológico

El accidente debe producirse dentro del tiempo prudencial que normalmente invierte el trabajador en recorrer la distancia desde su domicilio a su lugar de trabajo. No deben existir

¹⁴ STSJ de Galicia de 18 de octubre de 2011 (ECLI:ES:TSJGAL:2011:8144) fundamento jurídico cuarto; STSJ de Murcia de 17 de abril del 2000 (ECLI:ES:TSJMU:2000:1271) fundamento jurídico tercero; STS de 1 de diciembre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:4742) fundamento jurídico primero.

interrupciones ni desajustes temporales por motivos particulares, debiendo ocurrir en un tiempo próximo a la hora de entrada o a la hora de salida. La STSJ de Cataluña de 28 de enero de 2011 (ECLI:ES:TSJCAT:2011:1209) constata que el accidente de moto ocurrido a un trabajador a las 12.45 horas, no constituye accidente laboral *in itinere* por incumplimiento del requisito temporal, siendo su jornada de 15 a 21 horas “en hora no cercana al inicio de la jornada laboral”.

No obstante, se han hecho matices a este respecto sobre interrupciones temporales del trabajador y los pronunciamientos del Alto Tribunal juzgan con gran amplitud la interrupción al ir y venir del lugar del trabajo. Así, como establece la STSJ de Baleares de 28 de septiembre de 2017 (ECLI:ES:TSJBAL:2017:756), no se produce la ruptura del nexo causal cuando la conducta del empleado en el trayecto responda a patrones habituales y adecuados de comportamiento del común de las gentes.

2.3.4 Elemento de idoneidad del medio

Este elemento hace referencia a la forma en la que se produce el desplazamiento, debiendo ser el medio de transporte utilizado por el trabajador para recorrer la distancia entre el lugar de trabajo y el domicilio, el habitual y adecuado.

En este ámbito, la jurisprudencia ha sido bastante dúctil también, admitiendo como idóneos medios que a simple vista pueden no parecer los más adecuados, como es el caso de la STSJ de Cataluña de 12 de junio de 2014 (ECLI:ES:TSJCAT:2014:6420) en la que se admite como accidente *in itinere* el ocurrido a un trabajador cuando regresa a su casa en patinete, alegando el Tribunal en el fundamento jurídico segundo que «el medio de transporte debe ser idóneo pero también pensamos que este concepto es evolutivo y no debemos petrificar medios mecánicos de transporte "artefactos y máquinas" a los que demos tal calificación».

2.4 Aplicación al caso: desviación temporal y accidente *in itinere*

<p>El día 4 de junio de 2009, doña Catalina se reincorpora a su puesto de trabajo como recepcionista en DENTANIX S.L, tras disfrutar del permiso por matrimonio. Finalizada a las ocho y media su jornada laboral, Doña Catalina se dirige a una joyería situada a trescientos metros de su lugar de trabajo para hacer unas compras, tras lo cual coge el autobús que toma habitualmente para regresar a casa, produciéndose el accidente a las nueve y cuarto, tras un brusco frenazo del vehículo.</p>

Cuestión. ¿Cómo se califica el accidente en el cual se ha visto inmersa Doña Catalina?

En un principio, el accidente ocurrido a doña Catalina parece tratarse de un accidente laboral pues concurren la lesión corporal, la ejecución por ella de una labor por cuenta ajena y la conexión casual entre los anteriores. De calificarse como accidente laboral, se calificaría además como accidente laboral *in itinere*, en virtud del artículo 115.2.a) LGSS, “tendrán la consideración de accidentes de trabajo los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo”.

Se cumplen los elementos propios de un accidente *in itinere* en el sufrido por doña Catalina, pues el fin del trayecto en el que ocurre el accidente, es regresar a su domicilio (teleológico), el camino que recorre es que habitualmente realiza (geográfico) y el medio utilizado es el adecuado y el que habitualmente utiliza (idoneidad de medio).

El único detalle del supuesto que podría suscitar alguna duda es la parada en la joyería que hace doña Catalina, tratándose de una interrupción temporal que podría incumplir las condiciones del elemento cronológico, rompiendo por tanto el nexo causal necesario para la existencia de un accidente *in itinere*. Se procede a realizar un análisis de las manifestaciones jurisprudenciales y los matices efectuados por los tribunales en torno a los accidentes en los que se producen desvíos en el recorrido.

En este sentido, se ha venido considerando que cuando la parada se prolonga, se rompe el nexo causal y no se trataría de un accidente de trabajo, como establece la STSJ de Galicia de 3 de febrero de 2012 (ECLI:ES:TSJGAL:2012:935). No obstante, en aquellos supuestos en los que la parada que se realiza es breve, está dentro del recorrido habitual propio y no altera el fin del viaje, la jurisprudencia entiende que no se quiebra el nexo de causalidad, distinguiendo las interrupciones momentáneas y justificadas, de aquellas que se alejan de las circunstancias requeridas por el propio desplazamiento.

Así, se percibe que la doctrina jurisprudencial no es absolutamente rígida en cuanto a la calificación de los accidentes con estas características, y cabe mencionar tres ejemplos de manifestaciones jurisprudenciales en los que se puede percibir la flexibilización del elemento “desviación” a la que nos venimos refiriendo.

En primer lugar, en la STSJ de Galicia de 3 de febrero de 2012 (ECLI:ES:TSJGAL:2012:935)¹⁵ se ha calificado como accidente *in itinere* el sufrido por un trabajador que tras salir del curso de formación de la empresa, se encuentra durante treinta minutos con unos amigos.

En segundo lugar, se conceptúa también como accidente *in itinere* el sufrido por un trabajador que al acabar la jornada laboral y antes de dirigirse a su domicilio, permanece unos minutos refrescándose en un bar¹⁶.

Por último y en la misma línea jurisprudencial anterior, se considera accidente laboral *in itinere* el sufrido por un trabajador al desviarse en el desplazamiento al domicilio de uno de sus compañeros de trabajo, con el que se turnaba en la conducción del vehículo. Así, la STSJ de Andalucía de 2 de febrero de 2011 (ECLI:ES:TSJAND:2011:16031) en su fundamento jurídico único afirma que el accidente se produce en el recorrido habitual de estos trabajadores, que siempre realizan el mismo trayecto de vuelta a casa Almería-Montejícar-Granada, siendo la desviación para dejar al compañero, habitual y necesaria, con lo que el nexo causal no se rompe.

¹⁵ Fundamento jurídico tercero: «Si bien no se considera por la casuística judicial que las desviaciones o paradas en el trayecto rompan el nexo causal si son breves para cumplir necesidades personales normales (...) la parada realizada fue breve e irrelevante para romper el nexo causal y rechazar que el accidente se produjo en el trayecto entre el trabajo y el domicilio (...) en el presente caso el accidente se produce a los 30 minutos de haber salido del centro de formación».

¹⁶ STSJ de Cataluña de 21 de enero de 2000 (ECLI:ES:TSJCAT:2000:724) FJ.3 y STSJ de Galicia de 26 de marzo de 2012 (ECLI:ES:TSJGAL:2012:2716) FJ único. Ambas alegan que se trata de paradas momentáneas que no rompen el nexo causal.

Para finalizar, se analizan los argumentos de una sentencia que enjuicia un supuesto de accidente muy similar al que se presenta en el caso objeto de análisis, la STS de 17 de abril de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1588), en la que una trabajadora sale de trabajar a la 13.00 y se dirige a un centro comercial próximo a comprar unos yogures. Tras la compra, se dirige a la parada de autobús en la que habitualmente toma el autobús de regreso a casa, produciéndose el accidente causa de un frenazo del transporte, a las 14.15 horas. El fundamento jurídico cuarto de esta sentencia considera que se trata de un accidente *in itinere* pues «la causalidad no se rompe si la conducta normal del trabajador responde a patrones usuales de convivencia o comportamiento del común de las gentes, y como recoge el fundamento tercero de la STS de 14 de febrero de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:878) «tampoco ha de excluirse la cualidad de accidente de trabajo por la posibilidad de alguna gestión intermedia razonable».

Se puede concluir, por tanto, que el accidente de doña Catalina es un accidente *in itinere*, pues la interrupción que se produce al dirigirse a la joyería en lugar de marcharse directamente a su casa, responde a los “patrones usuales de convivencia”. Además, como en el supuesto ocurrido en la sentencia previamente expuesta, toma el autobús en la parada habitual, no cambiando en absoluto el recorrido sino produciéndose simplemente una “gestión intermedia razonable”.

2.5 Aplicación al caso: imprudencia temeraria y accidente *in itinere*

El 23 de noviembre de 2009, cuando Don Manuel se dirige al trabajo para reincorporarse tras sus vacaciones, sufre un accidente automovilístico con el vehículo de empresa tras saltarse conscientemente un semáforo que solía estar apagado a diario, resultando impactado por un camión, y tras tres días en estado muy grave, fallece.

Cuestión. ¿Cómo se califica el accidente en el que Don Manuel pierde la vida?

En este accidente, no se suscita ninguna duda sobre la concurrencia de los elementos para la calificación como *in itinere* del accidente, pues se entienden cumplidos. Sin embargo, sí puede resultar problemática la actuación aparentemente temeraria de don Manuel al saltarse el semáforo en rojo, pues como recoge el artículo 115.4 LGSS, los accidentes de trabajo debidos a dolo o imprudencia temeraria del trabajador accidentado, no se consideran nunca accidentes de trabajo.

Para resolver esta cuestión es preciso un análisis previo de los pronunciamientos de la jurisprudencia en aquellos casos en que los accidentes se producen por incumplimiento por parte del trabajador de las regulaciones de tráfico, y concluir si el mismo implica la existencia de imprudencia temeraria.

La jurisprudencia considera que la imprudencia debe configurarse en relación con las circunstancias de hecho que se dan en cada supuesto litigioso, y esas circunstancias concurrentes son de apreciación inicial del juzgador en cada caso concreto, como reconoce el ATS de 26 de abril de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:8483A).

El Tribunal Supremo incluye en su STS de 18 de septiembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:6549) que «la simple infracción de las normas reguladoras el tráfico no implica, por sí

sola, la imprudencia temeraria del infractor, pues no todas las contravenciones de las normas de tráfico entrañan idéntica gravedad».

El ATS de 8 de junio de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:7304A)¹⁷ califica como *in itinere* un accidente de tráfico en el que la conductora, con una concentración de alcohol en sangre de 0,96 g/l, realiza un adelantamiento antirreglamentario, que produce la colisión. A este respecto, la Sala declara que «sin duda se trata de una conducta imprudente, pero no implica una imprudencia de gravedad excepcional, que es la imprudencia temeraria requerida a los efectos de pérdida de la condición de accidente de trabajo». Sin embargo, la STSJ de Cataluña de 17 de septiembre de 2002 (ECLI:ES:TSJCAT:2002:10079), no considera accidente *in itinere* el accidente sufrido por un trabajador que circulaba en dirección contraria y que presentó una tasa de alcoholemia en sangre de 1,9 g/l.

La STSJ de Valencia de 10 de enero de 2012 (ECLI:ES:TSJCV:2012:387) calificó como accidente laboral *in itinere* el causado por un trabajador que regresaba a casa por órdenes de su supervisor ya que había acudido a su puesto de trabajo en estado de embriaguez, en el que colisiona con una furgoneta tras cambiar de carril en un adelantamiento. En el fundamento jurídico segundo de esta sentencia se entiende que, a pesar de la conducta antirreglamentaria del trabajador al cambiarse de carril, este comportamiento «no tiene la intensidad y gravedad como para derivar de ella el desprecio de las normas básicas de convivencia en relación con la conducción que requiere el concepto de imprudencia temeraria».

Atendiendo a la doctrina jurisprudencial previamente expuesta, cabe afirmar que no todos los accidentes de tráfico causados por el incumplimiento de las normas de circulación denotan imprudencia temeraria, sino que hay que estar al caso concreto. Se puede afirmar, por tanto, que la conducta de don Manuel cuando se salta el semáforo en rojo, a pesar de constituir una inobservancia de la normativa de tráfico, no se puede considerar como temeraria por dos motivos claros.

En primer lugar, conviene recordar que el riesgo que conscientemente asume don Manuel cuando decide saltarse el semáforo, no está fundado en una decisión temeraria, pues además de ser el recorrido habitual que realiza todos los días y que conoce perfectamente, se trata de un semáforo que habitualmente solía estar apagado. Por tanto, aunque el sujeto comete una infracción de la normativa de tráfico, a ojos de don Manuel estaba exenta de riesgo, con lo que no se puede calificar la conducta como temeraria.

En segundo lugar, no se trata de una infracción lo suficientemente grave, en comparación con los hechos acaecidos en las sentencias de contradicción, para reunir los caracteres de una imprudencia temeraria grave, que como se ha indicado, es la requerida a los efectos de pérdida de la condición de accidente de trabajo.

Así, cabe concluir que no existe objeción alguna para que el accidente que llevó a Manuel Barroso a perder la vida, sea calificado como accidente laboral *in itinere*.

¹⁷ FJ. 1, ATS de 8 de junio de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:7304A).

3. Excedencia laboral

En este punto, se hace de nuevo referencia a la normativa vigente en el momento en el que se producen los hechos que dan lugar a la excedencia objeto de análisis, año 2013, es decir, el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET), así como 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 Grupo Liberty (en adelante, Convenio Liberty o CCL), vigente en 2013 también y aplicable al supuesto de hecho ya que la trabajadora en cuestión presta servicios en la empresa Liberty Seguros S.A.

3.1 Origen y clases

La excedencia tiene sus orígenes en el Derecho Administrativo, recogándose por primera vez la institución de excedencia como tal en la Ley de Relaciones Laborales de 1976 (Álvarez Cortés y Guix González, 2012, p. 228). La naturaleza de la excedencia laboral provoca la interrupción del contrato de trabajo, apareciendo regulada en el artículo 45 ET la excedencia forzosa como una causa de suspensión del contrato laboral.

El artículo 33 del Convenio de Liberty establece que *“se entenderá como excedencia la suspensión del contrato de trabajo por un período de tiempo determinado, de conformidad con lo establecido en el Estatuto de los Trabajadores”*. Así, del artículo 46 ET se desprende que las excedencias se diferencian atendiendo a si tienen o no carácter discrecional, y la excedencia puede ser forzosa o voluntaria, habiendo además un tercer subtipo de excedencia de carácter voluntario, la excedencia por cuidado de un familiar.

La excedencia forzosa tiene lugar cuando el trabajador es designado para desempeñar un cargo público o sindical que imposibilite la asistencia al trabajo, conservando el trabajador el puesto de trabajo, así como el cómputo de antigüedad de su vigencia, y debiendo llevarse a cabo su reintegro en el mes siguiente al cese en el cargo sindical (artículo 46.1 ET). Las otras clases de excedencias, la excedencia voluntaria y la excedencia por cuidado de un familiar, son las verdaderamente relevantes a efectos del presente trabajo y se tratarán en mayor profundidad, ya que son las que resultan de aplicación.

3.2 Excedencia voluntaria

3.2.1 Concepto jurídico

Este tipo de excedencia viene recogida en el artículo 46 del Estatuto de los Trabajadores y en el artículo 33 del Convenio de Liberty. Juristas como Álvarez Cortés y Guix González (2012) convienen que la naturaleza jurídica de la excedencia voluntaria es controvertida y la doctrina baraja una serie de concepciones de la misma.

Un sector doctrinal entiende que se trata de un supuesto de extinción del contrato laboral, originándose en la reincorporación del trabajador, una nueva relación laboral. No obstante, el sector doctrinal predominante aprecia que se trata de un supuesto especial de suspensión, pues tiene caracteres diferentes a la excedencia forzosa, que hacen que no constituya un supuesto de suspensión como tal.

Un tercer grupo doctrinal es reticente a considerar que se trate de un supuesto de extinción, pero tampoco creen que tenga naturaleza de suspensión del contrato laboral, así afirman que “la única excedencia posible es la voluntaria ya que la forzosa es únicamente una manifestación de la suspensión” (Gorelli Hernández, 1998, p. 31).

3.2.2 Requisitos

La excedencia voluntaria se produce con motivo de la solicitud de la misma por el trabajador por motivos personales, que tiene reconocido el derecho a gozar de este periodo de interrupción del desempeño de su actividad laboral siempre que tenga una antigüedad mínima de un año en la empresa (artículo 46.2 ET), comunicando su solicitud por escrito al Grupo Liberty con un mes de antelación a la fecha en que deba comenzar la excedencia (artículo 33.6 Convenio Liberty).

Esta excedencia aparece regulada en la Ley de forma *ad nutum*, esto es, sin necesidad de concurrencia de causa específica, respetando la intimidad del trabajador, sin importar en absoluto los motivos que hayan fundado la solicitud de la excedencia (Cruz Villalón, 2009, p.40). Se reconoce como un derecho subjetivo del trabajador, sin que el empresario tenga ningún tipo de decisión en la misma.

3.2.3 Efectos

El trabajador no recibe lógicamente ningún tipo de remuneración en el periodo de tiempo que disfruta de la situación de excedencia laboral. Además, a diferencia de lo que ocurre en el caso de excedencia forzosa, el plazo de la excedencia voluntaria no computa a efectos de antigüedad de su vigencia (artículo *ex.* 33.5 Convenio Liberty).

En cuanto a la relación laboral, es importante señalar que el trabajador excedente sólo conserva el derecho preferente a reingreso a la empresa en vacantes de igual o similar categoría a la suya, no generándose la reserva del puesto de trabajo (artículo 46.5 ET), debiendo el empleado comunicar por escrito con un mes de antelación a la pretendida fecha de reincorporación, el ejercicio de su derecho de reingreso (artículo 33.6 Convenio Liberty).

Respecto a esto, se ha pronunciado la jurisprudencia afirmando que en efecto el puesto no se reserva y que el empresario puede disponer de la plaza vacante contratando a un nuevo trabajador, y recordando además que la plaza solamente será cubierta por el trabajador al término de la excedencia, si existe una vacante adecuada para el mismo¹⁸.

¹⁸ El ATS de 11 de abril de 2019 (ECLI: ES:TS:2019:5571A) deniega el reingreso de un trabajador a su puesto de trabajo en Telefónica, pues cuando pretende reincorporarse, la empresa se encuentra en situación de expedientes de regulación de empleo. Igualmente la STS de 11 de julio de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:4353) deniega el reingreso a un trabajador excedente pues la actividad de la empresa ha desaparecido (externalización de los servicios), rechazando asimismo cualquier tipo de indemnización.

No obstante, los pronunciamientos de los tribunales también han manifestado que las circunstancias en las que se reincorpora el trabajador excedente sean similares a las que tenía previamente, pudiendo negarse al reingreso en caso de no serlo. La STS de 13 de julio de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3119) entiende que un trabajador no está renunciando al puesto de trabajo cuando se niega al reingreso al mismo, en una localidad situada a 300 km de su domicilio, por no concurrir circunstancias similares a las anteriores, estableciendo que el derecho del trabajador excedente voluntario a reincorporarse laboralmente, se entiende referido al ámbito de la empresa, debiendo entenderse por tal, el marco geográfico concreto en el que el trabajador.

3.2.4 Duración y prórroga

En cuanto a la duración de esta clase de excedencia, el artículo 33.4 del Convenio de Liberty establece que la excedencia voluntaria se regirá conforme a lo dispuesto en el artículo 46.2 ET. Este precepto estipula que la excedencia será por un plazo no menor a cuatro meses y no mayor a cinco años.¹⁹ Transcurrido el plazo por el que se le reconoció la excedencia al trabajador, la relación laboral se mantiene en *stand by* hasta que se produzca una vacante.

Se tendrá derecho a una nueva excedencia por el mismo trabajador sólo si han transcurrido cuatro años desde el final de la anterior excedencia (artículo 46.2 ET). Además, como se ha especificado en la STSJ de Extremadura de 1 de febrero de 2007 (ECLI:ES:TSJEXT:2007:459) cualquier prolongación de una excedencia «implicaría necesariamente acuerdo con la empresa como si de una nueva solicitud se tratase, incluida la necesidad de cumplir los requisitos».

3.3 Excedencia por cuidado de un familiar

3.3.1 Concepto y requisitos

Esta categoría de excedencia aparece recogida en el artículo 46.3 ET, y supone el derecho del trabajador a un período en que se suspende la relación laboral para atender al cuidado de un familiar que no pueda valerse por sí mismo²⁰. Así, establece el precepto que las particularidades que deben concurrir para que el trabajador pueda optar al derecho de excedencia serán que “se trate de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida”. La solicitud por el trabajador se realiza por escrito siempre, a través de una carta de solicitud de excedencia.

No es necesario ningún mínimo de antigüedad para solicitar esta excedencia, así como tampoco una clase concreta de contrato (temporal o indefinido), pudiendo cualquier trabajador solicitarla si cumple los requisitos anteriores.

¹⁹ STSJ de Madrid de 15 de noviembre de 2013 (ECLI:ES:TSJM:2013:1592).

²⁰ En este mismo precepto se recoge también la excedencia por cuidado de un hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de acogimiento, tanto permanente como preadoptivo, cuya duración no podrá ser superior a tres años desde la fecha de nacimiento.

3.3.2 Efectos

Los efectos de este tipo de excedencia difieren bastante de los de la excedencia voluntaria. En primer lugar, en este caso el período en que el trabajador permanezca en situación de excedencia sí es computable a efectos de antigüedad. Además, el trabajador excedente tiene derecho a asistencia de cursos de formación profesional, con el objetivo de que el mismo no pierda sus aptitudes profesionales en el tiempo en que disfruta de la excedencia (artículo 46.3 ET).

En segundo lugar, en este tipo de excedencia el trabajador tiene derecho a reserva de su puesto de trabajo durante el primer año que se encuentre en esta situación. Una vez transcurrido dicho plazo, la reserva queda referida a un derecho preferente al puesto de la misma categoría profesional.

En tercer lugar, respecto al reingreso al puesto laboral, la solicitud ha de presentarse con un mínimo de un mes de antelación, como en el caso de la excedencia voluntaria. Si no se produce la solicitud del reingreso, se considerará que el trabajador se halla en situación de excedencia voluntaria. En caso de que la empresa no pueda incorporar al trabajador a su plantilla por causas ajenas a la misma, deberá negársele el reingreso, tramitando esta situación como un despido, “debiendo el empresario abonar los salarios de tramitación correspondientes al período que va desde la negativa al reingreso a la fecha del acto de conciliación, y cotizar por ellos, computándose a efectos de carencia para el desempleo”, como establece la STSJ de Castilla y León de 30 de abril de 2014 (ECLI:ES:TSJCL:2014:1705).

No obstante, como en la excedencia voluntaria, en la excedencia por cuidado de un familiar, tampoco se recibe ningún tipo de remuneración, en el periodo en el que se disfruta de la misma.

3.3.3 Duración y prórroga

La duración máxima de la excedencia por cuidado de un familiar es de dos años, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva, y a diferencia de la excedencia voluntaria, no se establece duración mínima (artículo 46.3 ET). Además, la duración de la excedencia puede disfrutarse de forma fraccionada, en varios intervalos de tiempo dentro de dicho plazo límite de dos años. En esta clase de excedencia, la Ley nada específica en relación a la prórroga, aplicándose por analogía la línea jurisprudencial sobre la excedencia voluntaria, que entiende una prórroga como el ejercicio de un nuevo derecho de excedencia que deberá acordarse con la empresa, pero al que el empleado no tiene derecho declarado.

3.4 Aplicación al caso

Ana Suárez presta servicios como coordinadora de asistencia de asesoramiento de marketing de la empresa Liberty S.A en Santiago de Compostela, desde el año 2004. Percibe un salario anual que asciende a 24.000 euros brutos anuales y su contrato es por tiempo indefinido. El 5 de enero de 2013, Ana solicita una reducción de la jornada laboral para poder cuidar a su madre, pero pocos días después el estado de salud de la anciana se agrava y Ana se ve obligada a pedir una excedencia voluntaria por un período de dos años. La trabajadora solicita el reingreso a su puesto de trabajo en enero del año 2015 y la empresa le comunica que puede reincorporarse al puesto que venía realizando.

Cuestión. ¿Podría doña Ana prolongar su excedencia voluntaria para cuidar a su madre?

Atendiendo a los fundamentos previos sobre las clases de excedencia existentes y sus características, efectos y duración, reflejadas en el Estatuto del Trabajador y en el Convenio Colectivo Estatal de Liberty empresas, en sus versiones de 1995 y 2007, respectivamente, ambas vigentes en 2013, se procede a responder a la cuestión que plantea el supuesto.

Previamente al tratamiento de la excedencia, mencionar que la reducción de la jornada laboral que solicita doña Ana para poder cuidar a su madre, con carácter previo a la solicitud de la excedencia, viene amparada por el artículo 34.1 del Convenio Colectivo de Liberty Seguros, que establece que “quien tenga a su cuidado familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que no puedan valerse por sí solos y que no desempeñen una actividad retribuida, tendrán derecho a una reducción de la jornada de trabajo por un mínimo de un octavo y un máximo de la mitad de la jornada diaria, con la disminución proporcional del salario”.

Procede ahora catalogar la excedencia que nos ocupa, solicitada por Ana Suárez. A pesar de que el supuesto hace referencia a una “excedencia voluntaria”, la misma también reúne los requisitos propios de una excedencia por cuidado de un familiar. Es por esto que resolveremos la cuestión desde una doble perspectiva: tratando la excedencia de Ana Suárez como una excedencia voluntaria y también como una excedencia por cuidado de un familiar. En ambos casos, damos por hecho que la trabajadora excedente ha cumplido con las formalidades concretas en la solicitud de cada tipo de excedencia²¹.

Entendiendo que se trata de una **excedencia voluntaria**, como se ha establecido anteriormente, el plazo de dos años en el que Ana Suárez ha disfrutado de la excedencia no computaría a efectos de antigüedad, y la empleada no habría gozado de la reserva del puesto de trabajo, sino solamente del derecho preferente de reingreso al mismo, que en este caso se ha producido con éxito. La duración de la excedencia voluntaria tiene como plazo máximo cinco años, de los que Ana utiliza solamente dos.

²¹ Artículo 33.6 ET. *Para la obtención de cualquier clase de excedencia, el empleado deberá comunicar su solicitud por escrito al Grupo Liberty con un mes de antelación, como mínimo, a la fecha en que debiera comenzar a tomar efecto. Igualmente, a su terminación, será preciso un preaviso de 1 mes para que el correspondiente derecho a la reincorporación al trabajo pueda hacerse efectivo.*

No obstante, como viene recordando la jurisprudencia en sentencias como la STS de 23 de julio de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:4601) y la STS de 20 de junio de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:4705), cualquier prolongación del periodo de excedencia voluntaria se entiende como un nuevo ejercicio de este derecho, y no puede ejercitarse hasta transcurridos cuatro años de la anterior excedencia. Es el artículo 46.2 ET el que marca este plazo de cuatro años para poder disfrutar de una nueva excedencia.

En este sentido, la STS de 11 de diciembre de 2003 (ECLI: ES:TS:2003:7954) deniega la prórroga a un trabajador que ha disfrutado de dos años de excedencia y pretende ampliarla un año más, entendiéndose que la prórroga «equivaldría materialmente a aceptar la posibilidad de obtener una nueva excedencia, aunque formalmente aparezca como una continuación de la primera, y ello no parece compatible con las previsiones legales», FJ.2.

Además, se ha declarado que la prolongación de la excedencia voluntaria está supeditada a que convencionalmente se haya establecido expresamente la posibilidad de que la duración inicial de la excedencia voluntaria concedida por la empresa, pueda prorrogarse hasta el máximo legal, STSJ de Asturias de 24 de marzo de 2006 (ECLI:ES:TSJAS:2006:2626), FJ.3. En este caso, en el Convenio de Liberty no consta ninguna norma que prevea el derecho de los trabajadores a prorrogar el plazo inicial de la excedencia voluntaria.

Por todo lo anterior, se concluye que Ana Suárez no tendría reconocido el derecho a prorrogar la excedencia de la que ha disfrutado, pero sí a solicitar una nueva excedencia transcurridos cuatro años desde que finaliza la anterior (artículo 46.2 ET). Es decir, a partir de enero de 2019, doña Ana sí podría solicitar una nueva excedencia.

Entendiéndose que se trata de una **excedencia por cuidado de un familiar**, en este caso el plazo que dura la excedencia sí computaría a efectos de antigüedad. Además, se habría reservado el puesto de trabajo durante el primer año, pasando a constituirse a partir de entonces un derecho preferente al puesto que Ana Suárez venía ejerciendo. La duración de la excedencia por cuidado de un familiar tiene como plazo máximo dos años, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva. En este caso, el Convenio de Liberty no establece un plazo distinto al anterior, por tanto, se entiende que el plazo máximo de esta excedencia es efectivamente dos años, de los que Ana ya ha disfrutado.

En caso de las excedencias por cuidado de un familiar, se entiende que tampoco cabe la prórroga del periodo de excedencia, pues por tratarse de un supuesto especial de excedencia de carácter voluntario, se entiende analógicamente a la excedencia voluntaria, que el trabajador no tiene constituido el derecho a disfrutar de esta prórroga, que supondría el derecho a una nueva excedencia. No obstante, lo anterior no importa a efectos de esta clase de excedencia, pues su duración máxima legal mencionada de dos años, de los que Ana ya ha disfrutado, por tanto, doña Ana de ninguna forma podrá alargar la excedencia.

Se concluye que la prórroga de la excedencia laboral no es un derecho que tenga garantizado el trabajador, pero que en todo caso puede solicitar, y cuya aprobación está supeditada a la decisión del empresario, que está en su poder para conceder al trabajador una prórroga de la excedencia, si lo considera oportuno.

4. Control empresarial y derecho a la intimidad

En este punto, la normativa vigente en el año 2016, momento en que se procede a monitorizar el ordenador en el supuesto objeto de análisis, es el 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). Es importante tener en cuenta que previamente se ha hablado de otras versiones anteriores del Estatuto de los Trabajadores, y no debe confundirse con la vigente actualmente, que es la que se tratará en este capítulo y en el siguiente.

4.1 Derechos fundamentales en el ámbito laboral

4.1.1 Concepto y origen del artículo 18 CE

El origen del derecho a la intimidad se remonta al artículo publicado por Warren y Brandeis en el año 1890, “The right to privacy”, pero no es hasta la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, cuando se recoge como un derecho fundamental inherente a la persona, estableciendo en su artículo 12 que nadie será objeto de injerencias en su vida privada, familia, domicilio o correspondencia (Viguri Perea, 2014, p. 243). En la actualidad, el derecho a la intimidad en el ámbito internacional aparece reflejado en el artículo 8 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH), que establece que “toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”.

En el ordenamiento jurídico español este derecho aparece reflejado en el artículo 18 de la Constitución Española de 1978, configurado como un derecho de la personalidad con rango de derecho fundamental²², que otorga la facultad a las personas para decidir y controlar la información privada propia que pueden conocer los terceros. Como se puede ver se trata de un derecho con un amplio halo de salvaguarda, pues se encuentra protegido tanto por la Constitución a nivel nacional, como por instrumentos internacionales del Derecho comunitario. Es innegable todos los derechos contenidos en el artículo 18 CE, a pesar de gozar de autonomía propia, están correlacionados, y que los apartados segundo, tercero y cuarto son una manifestación del 18.1 CE (STC 189/2004 de 2 de noviembre; BOE núm. 290, de 2 de diciembre de 2004). Dentro de la esfera de los derechos contenidos en este precepto, los que pueden colisionar con el control empresarial son el derecho a la intimidad propiamente dicho y el derecho al secreto de las comunicaciones, que se tratan en mayor profundidad a continuación.

²² Como todo derecho fundamental, su protección se produce a través de una Ley orgánica, en este caso por la Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.

4.1.2 Derecho a la intimidad

Como establece el artículo 18.1 CE, se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Ha señalado la STC 14/2003 de 28 de enero (BOE núm. 43, de 19 de febrero de 2003), que se trata de derechos autónomos y sustantivos, pero estrechamente vinculados entre sí, pues son derechos de la personalidad, derivados de la dignidad humana y dirigidos a proteger el patrimonio moral de las personas (FJ. 4). El que nos interesa a efectos del presente trabajo, es el derecho a la intimidad personal, concretamente adaptado al ámbito laboral.

Este derecho aparece frecuentemente perfilado por la jurisprudencia, el Tribunal Constitucional define el derecho a la intimidad en su STC 151/1997 de 29 de septiembre (BOE núm. 260, de 30 de octubre de 1997), como “el derecho que se vincula a la esfera más reservada de las personas, aquello que uno desea mantener oculto a los demás por pertenecer a su esfera más privada, vinculada con la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad” (art. 10.1 CE)²³. Por su parte, la STC 186/2000 de 10 de julio (BOE núm. 192, de 11 de agosto de 2000) afirma que además de en el ámbito del domicilio o familiar, la protección de este derecho es también imprescindible en el ámbito laboral, siendo posible en ocasiones en las relaciones laborales acceder a informaciones de la vida íntima del trabajador pudiendo lesionar su intimidad, como indica la STC 98/2000 de 10 de abril (BOE núm. 119, de 18 de mayo de 2000). Así, el artículo 4.2.e) del Estatuto de los Trabajadores afirma que, “en la relación laboral, los trabajadores tienen derecho al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad”.

4.1.3 Derecho al secreto de las comunicaciones

El artículo 18.3 CE establece que “se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial”. En el ámbito de protección de este derecho constitucional se encuentran además de las anteriores, cualesquiera comunicaciones llevadas a cabo a través de canales cerrados, y más especialmente, las relacionadas con el uso de la informática (STC 170/2013, de 7 de octubre; BOE núm. 267, de 7 de noviembre de 2013; FJ. 3), quedando amparadas también por el artículo 8 CDEH, las comunicaciones a través de correos electrónicos (STEDH 19077/2007 de 3 de abril de 2007). Asimismo, la STS de 18 de abril de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:1789) entiende que se abarcan además todos los medios de comunicación conocidos, así como aquellos que puedan aparecer en el futuro.

Casanova Martí (2016) establece que el derecho al secreto de las comunicaciones es el derecho fundamental que permite que una persona pueda comunicarse libremente con cualquier otra a través de un medio de comunicación cerrado, impidiendo que su contenido sea conocido por terceras personas ajenas a la misma. El precepto busca garantizar la impenetrabilidad por terceros ajenos al proceso de comunicación en su conjunto, incluyendo al interlocutor y al receptor (STC 241/2012, 17 de diciembre; BOE núm. 19, de 22 de enero de 2013), en el ámbito subjetivo.

²³ Además, este Tribunal interpreta que el alcance del derecho a la intimidad lo marca el propio afectado (STC 115/2000 de 5 de mayo; BOE núm. 136, de 7 de junio de 2000).

En la perspectiva objetiva, a diferencia del derecho a la intimidad propiamente dicho, en el que el bien constitucionalmente protegido es la intimidad del contenido de la esfera privada de la persona a la que un tercero ajeno accede, en el secreto de las comunicaciones, la protección constitucional se proyecta sobre el proceso de comunicación entendido en un sentido amplio, siendo el bien jurídico último protegido la libertad de las comunicaciones (STC 114/1984 de 29 de noviembre; BOE núm. 305, de 21 de diciembre de 1994). Así, independientemente de cuál sea el contenido (STC 897/1996 de 11 de marzo; BOE núm. 93, de 17 de abril de 1996), y la técnica utilizada (STC 70/2002, del 3 de abril; BOE núm. 99, de 25 de abril de 2002), resultan protegidos igualmente el soporte de la comunicación y las circunstancias que rodean la misma. No obstante, como afirman Souto Prieto y Botana López (2014) “finalizado el proceso de comunicación en el que la protección consiste, la protección constitucional de lo recibido se realiza, en su caso, a través de las normas que tutelan la intimidad u otros derechos”.

4.1.4 Límites a los derechos fundamentales

El derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, como todos los derechos fundamentales, no son absolutos y están sujetos a limitaciones en su ejercicio, ya que conviven con distintos derechos o facultades en el ordenamiento, cediendo frente a otros bienes jurídicamente protegibles.

La Declaración Universal de Derechos Humanos (en adelante, DUDH) especifica en su artículo 29.2 que: “en el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará sujeta a las limitaciones previstas por la Ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, el orden público y el bienestar general de la sociedad democrática”. Por su parte, el artículo 20.4 CE establece que las libertades de expresión, comunicación e información deben adaptarse para respetar el derecho de terceros a la intimidad personal y familiar, al honor y la propia imagen.

Otro de los ámbitos en los que el derecho a la intimidad y el secreto de las comunicaciones colisiona con otros derechos fundamentales, y el relevante para la aplicación al supuesto, es en la facultad del empresario de vigilar el rendimiento de los trabajadores, a través del control empresarial.

Además de las limitaciones que extrínsecamente se imponen por otros derechos, a la intimidad y a los secretos de las comunicaciones, se produce una limitación intrínseca del propio precepto (artículo 18 CE), y es que la relevancia pública de una persona física o jurídica restringe las facultades de disfrutar de la intimidad, a su actividad pública.

4.2 Control empresarial

4.2.1 Concepto

El responsable de una empresa cuenta con una serie de derechos reconocidos por la Constitución Española, además de como ciudadano y como trabajador, como empresario, con el fin de garantizar el correcto funcionamiento del negocio, que derivan de los artículos 33

CE (derecho de propiedad) y 38 CE²⁴, que reconoce la libertad de empresa en la economía de mercado.

Además, el Estatuto de los Trabajadores otorga al empresario potestad para la dirección y control de la actividad laboral del trabajador, estableciendo el artículo 20.3 ET que: “el empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad”.

De los preceptos anteriores, se deduce que el ejercicio de este derecho de control por parte del empresario, debe coordinarse con el conjunto de derechos y facultades que el ordenamiento reconoce al trabajador respetando en todo caso su dignidad e intimidad (artículo 20.4 ET). No obstante, nuestro ordenamiento jurídico no especifica de forma clara dónde empiezan y dónde acaban unos y otros derechos, con lo que ha correspondido a la jurisprudencia tratar de coordinar el ejercicio de ambos derechos, del empresario y del trabajador (Fabregat Monfort, 2015).

Cabe destacar en este punto que los avances tecnológicos e informáticos han propiciado que el empresario haya incrementado el control en el ámbito laboral, a través de la utilización de medios innovadores de tecnología para la vigilancia de sus empleados. Como dice López Ahumada (2006), las nuevas tecnologías permiten indagar no sólo los aspectos pertenecientes a la actividad laboral, sino también determinados actos y comportamientos ligados a la esfera privada del trabajador.

4.2.2 Límites

La jurisprudencia viene reiterando que el empresario no queda amparado por los preceptos anteriores que le otorgan la facultad de controlar y vigilar la actividad de sus empleados, para llevar a cabo intromisiones ilegítimas en la intimidad de los trabajadores (STC 186/2000 de 9 de julio; BOE núm. 192, de 11 de agosto de 2000). Reitera Lluch Corell (2014) que el ejercicio de las facultades organizativas y disciplinarias del empleador no puede servir en ningún caso a la producción de resultados inconstitucionales, lesivos de los derechos fundamentales del trabajador (STC 173/1994 de 7 de junio; BOE núm. 163, de 9 de julio de 1994, FJ. 5).

Para comprobar si una medida restrictiva de un derecho fundamental supera el juicio de proporcionalidad, en este caso para considerar que una medida de control en el centro de trabajo está justificada, es necesario constatar si cumple los tres siguientes requisitos (STC 89/2006 de 27 de marzo; BOE núm. 106, de 4 de mayo de 2006, FJ. 3 y STC 207/1996, de 16 de diciembre; BOE núm. 19, de 22 de enero de 1997, FJ. 4): el **juicio de idoneidad**, debiendo la medida debe ser susceptible de conseguir el objetivo propuesto; el **juicio de necesidad**, no debiendo existir otra medida más moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia, y debiendo constatar que la restricción del derecho sea estrictamente indispensable o imprescindible para la salvaguarda de la facultad que ha legitimado su adopción, quedando justificada (Ruiz Domínguez); y el **juicio de proporcionalidad**, debe tratarse de una medida equilibrada, de la que se deriven más

²⁴Artículo 38 de la Constitución Española. *Se reconoce la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado. Los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad, de acuerdo con las exigencias de la economía general y, en su caso, de la planificación.*

beneficios para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto, es el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

Además del anterior triple criterio de necesidad, proporcionalidad e idoneidad, diferentes autores como Fabregat Monfort (2015) y Martínez Méndez y Saba Saba (2016), han fijado una serie de medidas que también deben cumplirse para que no se vulnere el derecho a la intimidad en el control empresarial. Por un lado, se exige que las medidas llevadas a cabo por el empleador tengan una finalidad legítima y que la inspección no sea oculta, conociendo el trabajador de antemano que este tipo de inspecciones son posibles.

Por otro lado, se establece que las intromisiones no deben ser efectuadas de manera general e indiscriminada a toda la plantilla de trabajadores, sino ceñirse al trabajador o trabajadores en particular de los que se sospeche algún tipo de incumplimiento, ni tampoco en todo el lugar de trabajo, ciñéndose solamente a la zona del lugar de trabajo en la que se sospeche dicho incumplimiento.

4.3 Concurrencia de derechos del empresario y del trabajador.

Respecto a dónde acaba la intimidad del trabajador y dónde empiezan las facultades del empleador para ejercer control sobre el empleado, no existe en nuestro ordenamiento jurídico una normativa que recoja de forma clara las facultades del empresario (Marín López, 2016), por lo que resulta necesario atender a las interpretaciones realizadas por los tribunales en esta materia a la hora de establecer las delimitaciones de estos derechos. El criterio jurisprudencial ha evolucionado con el paso del tiempo y aun hoy en día, sigue existiendo cierta controversia en algunos aspectos, que se tratarán a continuación.

A principios de la década de los 2000, la jurisprudencia abogaba por un criterio permisivo en cuanto a la interpretación de las limitaciones al derecho a la intimidad del trabajador, entendiendo en la mayoría de casos legítimo el control llevado a cabo por el empresario, sin apenas poner límites al mismo. En la STSJ de Madrid de 14 de noviembre de 2000 (ECLI:ES:TSJM:2000:13638) se entiende que el despido de un trabajador de *Deustsche Bank* motivado por el uso inadecuado del correo electrónico, es procedente sin siquiera entrar a juzgar la licitud del control empresarial, se da por supuesto que dicho control es proporcionado. De forma parecida, en la STSJ de Cataluña de 5 de julio del 2000 (ECLI:TSJCAT:2000:2890), se entiende que el control empresarial ejercido sobre la correspondencia del trabajador es proporcional y adecuado para proceder al despido, alegando: «no se trata de correspondencia privada entre particulares cuyo secreto debe ser preservado, sino una utilización indebida de medios e instrumentos de la empresa para fines ajenos a los estrictamente laborales pudiendo, la empleadora, ejercer un control sobre la forma de utilizar tales medios que son de su propiedad». Además, la interpretación del TC sobre el artículo 38 de la CE parece dar prioridad a éste sobre la intimidad, incluso llegando a afirmar en la STC 196/2004 de 15 de noviembre (BOE núm. 306, de 21 de diciembre de 2004) que «los trabajadores que prestan servicios en empresas, por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares, deben soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas».

A finales de la década del 2000, parece producirse un cambio de sentido en las interpretaciones que se venían realizando, dejando atrás la teoría contractualista que se venía siguiendo, y restringiendo las limitaciones a la intimidad. Así, se hace necesario que las

actuaciones del empresario sean coherentes con el fin, mediante la aplicación del **criterio de proporcionalidad**²⁵. Éste se entiende como un equilibrio entre medio y fin, sin que aquel resulte excesivo para la consecución del objetivo, esto es, que el sacrificio del derecho ha de ser proporcional al objetivo perseguido (Díaz Revorio, 2006, p.164). Así, la STS de 26 de septiembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:6128) instituye que en este supuesto la empresa se ha excedido en el control y se ha producido una vulneración del derecho a la intimidad del trabajador, pues no se había advertido al mismo sobre el control llevado a cabo, y además se considera que el examen en el ordenador del trabajador no ha sido proporcional (FJ 5). Se argumenta que en el uso de tales medios los trabajadores tienen «**una expectativa razonable de intimidad**». En este sentido, la STSJ de Valencia de 28 de septiembre de 2010 (ES:TSJCV: 2010:7191) y la STS 1826/2010 de 8 de marzo de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:1323) se apoyan en el pronunciamiento de 2007, para razonar que la prueba de control será ilícita, «no se limitaba el mismo a comprobar la existencia y número de visitas a internet, sino que también se especificaban los sitios visitados y el tiempo empleado», y se concluye que no cumple el principio de proporcionalidad.

De lo anterior se deduce que las injerencias llevadas a cabo por el empresario deben ser proporcionales, pero esto no justifica que el empleado, amparado por el derecho a la intimidad, incumpla sus normas o prohibiciones en la relación laboral. En esta línea, se introduce un límite al criterio de la expectativa razonable de intimidad, entendiendo que éste cede cuando el trabajador utiliza el soporte informático para fines privados, en contra de la prohibición expresa de la empresa (ATS de 5 de julio de 2016; ECLI: ES:TS:2016:7535A).

En este sentido, es relevante mencionar la STC 241/2012 de 17 de diciembre (BOE núm. 19, de 22 de enero de 2013) que enjuicia el caso de dos trabajadoras que intercambiaron correos en un ordenador de la empresa que no tenía clave de acceso y era de uso común para los trabajadores. El TC entiende que no se produce la vulneración del derecho a la intimidad, pues son las propias trabajadoras las que incluyendo en el disco del ordenador sus conversaciones, «realizan actos dispositivos que determinan la eliminación de la privacidad de sus conversaciones, pudiendo trascender su contenido a terceras personas» (FJ. 3). Se entiende que las trabajadoras no cuentan con una expectativa razonable de privacidad respecto a sus correos electrónicos, y que la prohibición por la empresa de las normas de uso del correo fue clara y válida.

Se introduce en este supuesto una novedad no exenta de controversia, pues la prohibición de uso de la empresa no se encontraba recogida en normas internas, sino que derivan del convenio colectivo aplicable, y el TC acepta que ésta sea suficiente para considerar que el trabajador no cuenta con el criterio de expectativa razonable de su privacidad²⁶. Hay un voto particular en esta sentencia, que no considera válida la interpretación de la mayoría de magistrados entendiendo que «cualquier intervención empresarial debe producirse con autorización judicial, con lo que considera que se ha vulnerado el secreto a las comunicaciones».

²⁵ Se entiende implícito en este nuevo criterio de proporcionalidad establecido por la jurisprudencia, el cumplimiento de los juicios de idoneidad y necesidad previamente comentados.

²⁶ Sentencias de esta misma Sala como la STC 170/2013, de 7 de octubre (BOE núm. 267, de 7 de noviembre de 2013) reafirman que la expresa prohibición convencional del uso extralaboral del correo electrónico lleva implícita la facultad de la empresa de controlar la utilización de éste por el trabajador.

La verdadera revolución en cuanto al conflicto intimidación-control viene marcada por la Sentencia del TEDH sobre el caso Barbulescu, de 5 de septiembre de 2017, que supone un gran giro de la tendencia jurisprudencial, ya que como establece Bujaldón Tarrida (2018) “los fundamentos de esta sentencia optan por una naturaleza más garantista que los adoptados por el TC y el TS, previendo estándares más estrictos para regir el control y vigilancia de los medios informáticos por parte del empleador”, poniendo énfasis en advertir al empleado del alcance del control, y de las consecuencias que derivarán del mismo. Esta doctrina europea elabora un examen conocido como “test Barbulescu”, cuyos puntos deben cumplirse para considerar que el control empresarial ejercido sobre los medios informáticos de un trabajador, es lícito.

4.4 Aplicación al caso

El mes de enero del año 2016, la empresa hizo entrega a todos sus empleados de una carta 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 de trabajo. Ante la sospecha de que se estaba incumpliendo la norma, la empresa procedió a la monitorización de los ordenadores de los trabajadores, instalando un software 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 valiosos de la empresa a terceros sin su autorización. Además, se dedicaba a actividades ajenas a su trabajo, de forma aproximada, sesenta minutos al día.

Cuestión ¿El control del ordenador por la empresa podría llegar a constituir una vulneración de la intimidad del trabajador?

Es necesario apuntar que el término “privacy” procedente de la doctrina europea, se traduce como derecho a la “intimidad”, pero no hace referencia al artículo 18.1 CE, sino en sentido amplio, al artículo 18 CE en su conjunto. Es por esto que se ha hecho la distinción previa entre el derecho a la intimidad en sentido estricto (artículo 18.1 CE) y el derecho al secreto de las comunicaciones (artículo 18.3 CE), que son dos derechos independientes y que se tratarán por separado.

La doctrina española ha aplicado el test Barbulescu para resolver procedimientos como la STSJ de Madrid de 8 de febrero de 2018 (ECLI:ES:TSJM:2018:594) y en la STSJ de Madrid de 26 de febrero de 2019 (ECLI:ES:TSJM:2019:1933), que siguiendo la doctrina del TEDH incluyen una serie de preguntas que ayudan a discernir sobre el respeto a la intimidad del trabajador.

- ¿Se ha informado al empleado de la posibilidad de que el empleador tome medidas para supervisar sus comunicaciones?
- ¿Cuál fue el alcance de la supervisión realizada del empresario y el grado de intrusión en la vida privada del empleado?
- ¿El empresario ha presentado argumentos legítimos para justificar la vigilancia de las comunicaciones y el acceso a su contenido?

- ¿Utilizó el empresario los resultados de la medida de vigilancia para alcanzar el objetivo declarado de dicha medida?

- ¿Contó el empleado con las garantías adecuadas, particularmente cuando las medidas de supervisión del empresario tenían carácter intrusivo?

Atendiendo a las cuestiones anteriores, se deduce que Ana Suárez tenía expectativa de privacidad por tres motivos principales: no se le había informado de que podrían efectuarse controles, no se había notificado del alcance y repercusiones de los mismos, y ni siquiera se puede asegurar por un medio fehaciente que haya recibido la carta. En definitiva, se concluye que el control empresarial no cumple las garantías necesarias para considerarse proporcional, idóneo y necesario, lo que supone la vulneración del derecho fundamental del artículo 18 CE. Sabiendo que existe una transgresión de la intimidad del trabajador, es necesario hacer ahora dos matices, diferenciando si el correo al que accede la empresa es el correo corporativo o si se trata del correo personal de Ana Suárez y, discerniendo si se ve vulnerado el derecho a la intimidad (18.1), el derecho al secreto de las comunicaciones (18.3), o ambos.

En caso de tratarse del **correo corporativo**, se considera que no se vulnera el derecho a la intimidad ni al secreto de comunicaciones cuando se establecen correctamente las normas y se prohíbe de forma expresa el uso para fines privados de los medios telemáticos de la empresa, pues se trataría de comunicaciones en un canal abierto y no secreto, y no habría expectativa de privacidad del trabajador, ATS de 14 de julio de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:8732A), FJ. 1. Añade la STC 170/2013 de 7 de octubre (BOE núm. 267, de 7 de noviembre de 2013) «lo que se comunica a través de un canal cerrado, como es un correo electrónico, se transforma en un canal de comunicación abierto en el ejercicio del poder de inspección reconocido al empresario». No obstante, en el supuesto que nos ocupa se entiende que el canal de comunicaciones es cerrado por no cumplir el juicio de proporcionalidad, existiendo una expectativa de privacidad por parte de doña Ana. Además, se sabe que se han debido leer los correos puesto que se conoce el contenido de los mismos, viéndose dañado el proceso de comunicación. Así, el acceso a estas comunicaciones supone una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones (18.3 CE). Dado que el contenido de los correos electrónicos contenidos en la plataforma corporativa no es de carácter personal, no puede entenderse vulnerado el derecho a la intimidad personal en este supuesto (18.1 CE).

En caso de tratarse del **correo personal** de la trabajadora, a pesar de la prohibición del uso del mismo en el trabajo, no cabe el acceso del empresario a este correo, pues como indica la STS 528/2014 de 16 de julio de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:2844), para poder acceder a los correos electrónicos personales de un trabajador, es necesaria una orden judicial, aun habiendo firmado el empleado un documento aceptando la monitorización que llevará a cabo la empresa, de los correos electrónicos. En el supuesto que nos ocupa, no se indica que la empresa posea una orden judicial, con lo que se trataría de una vulneración automática del derecho a la intimidad personal y al secreto de las comunicaciones de doña Ana.

5. Calificación del despido

De nuevo, dado el tratamiento laboral en distintos momentos temporales, conviene clarificar que la normativa vigente en el año 2016, momento en que se produce el despido de la trabajadora, Ana Suárez, es el 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) y la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, LRJS).

5.1 Introducción, caracteres y clases

El despido consiste en un acto unilateral de la voluntad del empresario mediante el cual se decide poner fin a la relación de trabajo a través de la resolución del contrato (artículo 1124 CC). La naturaleza extintiva del despido ha sido también reiterada por la jurisprudencia en sentencias como la STS de 21 de octubre de 2004 (ECLI:ES:TS:2004:4921), FJ. 5, o la STC 3/1987 de 12 de marzo de 1987, que afirman la naturaleza del despido lleva a «determinar el carácter autónomo y constitutivo del acto mismo del despido que ni siquiera se desvirtúa en los casos de despido nulo», y de los artículos 49 y 54.1 ET, que hablan de “extinción por decisión del empresario”. De lo anterior se extrae que las principales notas características del despido son que es unilateral, consecutivo y recepticio (Ornia Cardín, 2016).

El despido aparece recogido como uno de los motivos de extinción del contrato laboral recogidos en el artículo 49.1 ET, distinguiéndose tres clases de despido. En primer lugar, el despido colectivo (artículo 49.1.i ET), procede cuando afecta a un determinado número de trabajadores de la empresa, y solamente puede estar fundado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción.

En segundo lugar, el despido objetivo (artículo 49.1.1 ET) se produce cuando la extinción se debe a causas ajenas a la voluntad del trabajador, como puede ser la falta de adaptación del mismo a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo o las faltas de asistencia al trabajo, justificadas pero intermitentes (artículo 52 ET).

Por último, se encuentra el despido disciplinario, que se tratará en mayor profundidad en el epígrafe siguiente, por ser el aplicable al supuesto de hecho.

5.2 Despido disciplinario

5.2.1 Concepto y causas

El despido disciplinario aparece regulado en el artículo 54 ET y procede cuando se produzca un incumplimiento grave y culpable por parte del trabajador, dada una actitud negativa hacia el trabajo o el resto del personal. En palabras de Martín Valverde et al. (2016), “el despido disciplinario es la sanción más grave que puede imponer el empresario y, en consecuencia, la manifestación más intensa de su poder sancionador o de disciplina en la empresa”. El

apartado segundo del artículo 54 ET recoge las causas de incumplimiento contractual que dan lugar al despido disciplinario, que son las siguientes:

- Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo. Sobre esta causa de despido adopta la doctrina del Tribunal Supremo una teoría gradualista en la que se establece que las faltas de asistencia y puntualidad no constituyen por sí solas causa de despido y que «es obligado el examen individualizado de caso concreto en que han de ponderarse todos los elementos concurrentes en él, taeste sentido» (ATS de 8 de octubre de 2013; ECLI:ES:TS:2013:10637A).
- La indisciplina o desobediencia en el trabajo. La doctrina, en sentencias como la STS de 20 de enero de 1981 (ECLI:ES:TS:1981:2144) impone que «la desobediencia tiene que ser grave, transcendente, injustificada y culpable para que produzca la sanción del despido, estableciendo excepciones atendiendo siempre al caso concreto».
- Las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos. La jurisprudencia del TS ha venido entendiendo como ofensas verbales aquellas expresiones escritas u orales que supongan un perjuicio moral a las personas a las que se dirige, pudiendo ser insultos, amenazas o chantajes (ATS de 13 de septiembre de 2017; ECLI:ES:TS:2017:9277A). Las ofensas físicas, hacen referencia al injusto ataque de una persona a otra al hacerla objeto de una agresión que lesione la integridad física, «sin ser necesaria una conducta reiterada, basta con una ofensa siquiera aislada» (STSJ de Andalucía de 8 de junio de 2001; ECLI:ES:TSJAND:2001:8306). Ambos tipos de ofensa deben ser culpables y graves.
- La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo. Se ha fijado a través de la doctrina jurisprudencial que deben existir las notas de voluntariedad e intencionalidad, por lo que debe darse una actuación negligente y dolosa. Así, lo establece la STSJ de Extremadura de 24 de enero de 2011 (ECLI:ES:TSJE:2011:57).
- La embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo. A pesar de que el requisito de habitualidad del precepto, la jurisprudencia, siempre atendiendo al caso concreto, ha aceptado en pronunciamientos como el ATS de 13 de diciembre de 2018 (ECLI:TS:2018:14287A), la embriaguez puntual del trabajador como motivo válido de despido.
- 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.
- La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado.

En relación a lo anterior, el artículo 58 ET establece que la dirección de la empresa podrá valorar los incumplimientos laborales del trabajador de acuerdo con lo establecido en los convenios coletivos que puedan resultar de aplicación.

5.2.2 Requisitos formales

El despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que el mismo tendrá efecto. Cuando el trabajador fuera representante legal de los trabajadores o delegado sindical procederá la apertura de expediente contradictorio, en el que serán oídos, además del interesado, los restantes miembros de la representación a que perteneciere, si los hubiese. Si el trabajador estuviera afiliado a un sindicato, el empresario deberá dar audiencia previa a los delegados sindicales de la sección sindical correspondiente a dicho sindicato (artículo 55.1 ET).

En el segundo apartado de este precepto se da la posibilidad al empresario, si el despido adolece de los requisitos formales previos, de llevar a cabo un nuevo despido en los veinte días siguientes, que subsane los requisitos omitidos en el precedente, abonando en este caso al trabajador los salarios devengados en los días intermedios (artículo 55.2 ET).

La notificación del despido por escrito al trabajador constituye un requisito *ad solemnitatem*, debiendo constar de forma fehaciente la recepción del mismo por el trabajador, considerándose si no se cumple el requisito formal, la improcedencia del despido (STS de 29 de noviembre; ECLI:ES:TS:2014:183). En este artículo 55 ET, también se instituye que por convenio colectivo pueden establecerse otras exigencias formales de despido.

5.2.3 Plazo y efectos

El despido produce lógicamente la extinción de la relación laboral, pero tiene otros efectos para el trabajador. En primer lugar, el empleado cuenta con el derecho a la prestación por desempleo, siempre que cuente con los requisitos necesarios de cotización para su percepción²⁷ y no se encuentre en situación de baja voluntaria. La fijación de la cuantía a percibir por cada trabajador dependerá de la nómina y de los aportes de la empresa a la Seguridad Social (López Crespo, 2018).

Por otra parte, el despido disciplinario no da derecho a percibir ningún otro tipo de indemnización por parte de la empresa, salvo que tras la impugnación del mismo se llegase a un acuerdo en conciliación o se declare judicialmente improcedente, lo que se verá más adelante. No obstante, el empresario está obligado a abonar al trabajador despedido el finiquito correspondiente, la parte de la nómina proporcional a los días trabajados y la parte proporcional de las pagas extraordinarias y de las vacaciones devengadas.

Del artículo 60.2 ET que establece que los plazos de prescripción de las faltas cometidas por los trabajadores, diez días las faltas leves, veinte días las graves y sesenta días las muy graves, se deduce que el plazo para proceder al despido disciplinario es de sesenta días, una vez conocida la falta por el empresario, sino ésta prescribirá.

²⁷ Página Oficial de la Seguridad Social. Requisitos para la percepción de la prestación por desempleo.
1- Haber cotizado al menos 360 días antes del cese del último contrato.
2- Estar inscrito como demandante de empleo en el SEPE.
3- Asumir una actitud de búsqueda activa de empleo.
4- Estar dado de baja en el registro de la Seguridad Social

5.3 La calificación jurídica del despido disciplinario

Cualquier trabajador que no esté de acuerdo con su despido, sea éste del tipo que sea, tiene derecho de presentar una demanda de reclamación en el Juzgado de lo Social, en un plazo de 20 días. Tras la celebración del juicio, el Juez de lo Social en el plazo de 5 días dictará sentencia en cuyo fallo calificará el despido como procedente, improcedente o nulo (artículo 108 LRJS). De manera breve se exponen los caracteres y efectos de cada una de las calificaciones jurídicas mencionadas.

5.3.1 Procedencia

Un despido se considera procedente siempre que queden acreditada la licitud de la actuación de incumplimiento del trabajador o las causas objetivas alegadas por el empresario en su escrito de comunicación y cuando se ajuste a los requisitos formales previamente mencionados (artículo 55.4 ET). Es decir, deben quedar las causas que motivaron el despido, debidamente justificadas. El artículo 55.7 ET establece que: “El despido procedente convalidará la extinción del contrato de trabajo que con aquel se produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación”.

5.3.2 Improcedencia

La noción de despido improcedente hace referencia a la extinción laboral que no se ajusta a motivos legales, pues no se han cumplido las formalidades requeridas o no se acredita de forma suficiente el incumplimiento alegado. “Esto quiere decir que el despido en cuestión se basa en una causa que la ley no contempla, que no forma parte del contrato acordado entre las partes, o que directamente se trata de un despido sin causa”²⁸.

El ordenamiento jurídico español contempla el despido improcedente en el artículo 56 ET. Se otorga al empresario la posibilidad de escoger, en un plazo máximo de cinco días desde el pronunciamiento jurisprudencial de la sentencia, entre dos opciones: la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización.

Si se opta por la readmisión del empleado, el mismo “tendrá derecho a los salarios de tramitación. Estos equivaldrán a una cantidad igual a la suma de los salarios dejados de percibir desde la fecha de despido hasta la notificación de la sentencia que declarase la improcedencia o hasta que hubiera encontrado otro empleo, si tal colocación fuera anterior a dicha sentencia y se probase por el empresario lo percibido, para su descuento de los salarios de tramitación” (artículo 56.2 ET). Si el empresario opta por la readmisión, el empleado deberá reintegrarle la indemnización percibida en el momento del despido (artículo 53.5.b ET). Además, si no se han cumplido los requisitos de forma, habiendo optado por la readmisión del empleado, se podrá efectuar un nuevo despido en el plazo de siete días tras el pronunciamiento judicial.

Si se opta por el pago de la indemnización, se extingue automáticamente el contrato laboral. La indemnización consta del abono de una cantidad equivalente a “treinta y tres días de

²⁸ PÉREZ PORTO, Julián, 2018. Despido improcedente. En: Definicionde. [en línea]. Disponible en: <https://definicion.de/improcedente/> [consulta: 29 mayo 2019].

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). Si el empresario opta por la compensación económica, se deducirá de esta el importe de la indemnización satisfecha al trabajador en el momento del despido (artículo 53.5.b).

Cabe mencionar que, en el supuesto de no optar el empresario por la readmisión o la indemnización, se entiende que procede la primera (artículo 56.3 ET).

5.3.3 Nulidad

Concepto y causas

La declaración del despido como nulo viene contemplada en el artículo 55.5 ET, que recoge las causas de nulidad en dos clases de supuestos. En primer lugar, aquellos casos relacionados con la conciliación de la vida familiar y laboral, que se centran sobre todo en la protección de la trabajadora embarazada en el ámbito laboral ²⁹. Esta corriente viene promovida por la normativa internacional, el artículo 5 del Convenio nº 158 de la OIT establece que el despido de la trabajadora embarazada no constituirá causa justificada para el despido (Romero Díaz, 2017) ³⁰.

En segundo lugar, también se considera nulo, el despido efectuado por causas de discriminación prohibidas en la Constitución, o vulnerando derechos fundamentales o libertades públicas (art. 55.5 ET) ³¹. Respecto a esto, se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la STC 204/1997 de 25 de noviembre (BOE núm. 312, de 30 de diciembre de 1997), FJ.2, afirmando que «el contrato laboral no puede considerarse como un título legitimador de recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales del trabajador, que no pierde su condición de ciudadano por insertarse en el ámbito de una organización privada».

En relación con lo anterior, mencionar que la obtención de una prueba o el fundamento de un motivo de despido que vulneren un derecho fundamental, suponen la nulidad de pleno derecho de dicha prueba, respecto a la cual existen dos doctrinas jurisprudenciales opuestas. La primera de ellas aboga por la exclusión de la prueba ilícita, considerando que sin prueba

²⁹ Los supuestos son los siguientes de nulidad del despido en supuestos en que la trabajadora está embarazada son los siguientes (artículo 55.5 segundo párrafo ET): a) *El de las personas trabajadoras durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento, adopción (...) o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural.* b) *El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión previo; el de las personas trabajadoras que estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el artículo 46.3; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de su derecho a la tutela judicial efectiva.* c) *El de las personas trabajadoras después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, siempre que no hubieran transcurrido más de doce meses desde la fecha del nacimiento, la adopción, la guarda con fines de adopción o el acogimiento.*

³⁰ A pesar del silencio de la Ley, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha venido determinando que no es necesaria la comunicación de la embarazada al empresario, para que se entienda el despido como nulo.

³¹ Con idéntico criterio, el artículo 90.2 LRJS prescribe que las partes podrán valerse de cualesquiera medios de prueba, salvo que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos o libertades públicas.

que fundamente el despido disciplinario, el mismo será improcedente³² (artículo 56 ET). La segunda, es la doctrina de los *frutos del árbol envenenado*³³, la cual estima que la existencia de una prueba ilícita en un proceso supone la nulidad automática del despido (artículo 55 ET).

Efectos

La calificación de un acto como nulo en el ordenamiento jurídico español supone la pérdida automática de efectos. Es por esto, que el despido nulo debe tomarse como si nunca se hubiese producido y tendrá el efecto de la readmisión inmediata del trabajador, con abono de los salarios dejados de percibir (art. 55.6 ET), desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia, procediéndose a tomar medidas de ejecución y sancionadoras, de no cumplir el empresario con la readmisión, en plazos y forma legalmente establecidos (artículo 113 LRJS). En los casos de imposibilidad de readmisión del trabajador por circunstancias ajenas a la empresa, como el cierre de la misma, debería abonarse al empleado la indemnización y los salarios dejados de percibir (artículo 286 LRJS).³⁴

Además de los efectos anteriores, comunes para todos los despidos considerados nulos, en los casos en los que el empresario haya vulnerado un derecho fundamental del trabajador, procede la indemnización por daños y perjuicios, recogida en el artículo 183 LRJS: “el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados”.

5.4 Aplicación al caso

Tras la prohibición del uso de medios telemáticos de la empresa para fines propios, se procede a monitorizar los ordenadores de los empleados, pues se sospecha que se está incumpliendo la normativa. Durante dicha monitorización, se comprueba que Ana Suárez había remitido documentos y fotografías muy valiosos de la empresa a terceros y que, además, en horario laboral, se dedicaba a actividades propias ajenas al trabajo, aproximadamente una hora al día. Estos actos son calificados como conducta muy grave, procediéndose al despido disciplinario de la trabajadora.

³² En las STS de 26 de abril de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:9566) y la STSJ de Madrid de 19 de diciembre de 2016 (ECLI:ES:TSJM:2016:856), declaran improcedentes los despidos disciplinarios de dos trabajadores, que se habían efectuado basándose en pruebas que vulneran el secreto de las comunicaciones, la dignidad e intimidad, tras la inadmisión de dichas pruebas.

³³ La doctrina *Fruit of the poisonous tree* es originaria de Estados Unidos, concretamente de la cuarta enmienda de la Constitución americana de 1787, que trata sobre la protección de pesquisas y aprehensiones arbitrarias.

³⁴ Para fijar la cuantía de los salarios dejados de percibir, se acude a la última nómina percibida por el trabajador, más el cálculo de las pagas extraordinarias si estas no estuviesen prorrateadas (Romero Díaz, 2018, p.61).

Cuestión. ¿Cómo se podría calificar de forma jurídica el despido de la trabajadora?

La empresa Liberty fundamenta el despido disciplinario de doña Ana en conductas de indisciplina y desobediencia en el ámbito laboral (artículo 54.2.b ET) y en la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento del trabajo (artículo 54.2.g ET). Estos incumplimientos del trabajador pueden ser también valorados de acuerdo a lo establecido en los convenios que resulten de aplicación (artículo 58 ET), pero en el Convenio de Liberty, nada consta sobre el despido ni sobre las faltas que dan lugar al mismo.

Con el fin de justificar que la empleada incurre en dichas infracciones, la empresa presenta como prueba única las visualizaciones obtenidas en la monitorización al ordenador de doña Ana, en las que se observa que remitía documentos y fotografías confidenciales a terceros, y se dedicaba a actividades ajenas a las propias del trabajo. No se especifica en el supuesto, pero suponemos que la empresa ha cumplido los requisitos formales y los plazos pertinentes para proceder al despido (artículos 55 y 60.2 ET).

Para la calificación de la forma jurídica del despido, el trabajador en desacuerdo con su destitución, en este caso doña Ana, puede impugnarlo ante la justicia en el plazo de 20 días desde la notificación del mismo, y será el Juzgado de lo Social el que venga a calificarlo como procedente, improcedente o nulo. En este supuesto se discute que la prueba utilizada sea lícita, pues se cuestiona si Liberty se ha extralimitado en las facultades de control que le otorga el artículo 20.3 ET. Sin ánimo de entrar de nuevo en el fondo de este asunto, analizado en el capítulo previo, en el que se concluye que el control empresarial del correo electrónico de Ana Suárez no es lícito, pues se ha vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones de la empleada, derecho fundamental recogido en el artículo 18 CE.

Atendiendo a las doctrinas sobre las **pruebas ilícitas**, se considera aplicable en el supuesto de hecho, la doctrina del *fruto del árbol envenenado*³⁵, pues dado que la prueba única con la que se fundamenta el despido de Ana Suárez es la obtenida de manera ilícita, vulnerando un derecho fundamental, no parece lógico optar por la consideración como improcedente del mismo. A estos efectos, en línea con la doctrina anglosajona, el Tribunal Constitucional, en su STC 196/2004 de 15 de noviembre (BOE núm. 306, de 21 de diciembre de 2004), afirma que: "la reparación de la lesión de un derecho fundamental causado por el despido laboral, debe determinar la eliminación absoluta de sus efectos, es decir, la nulidad del mismo". Además, en pronunciamientos como la STSJ de País Vasco de 10 de mayo de 2011 (ECLI:ES:TSJPV:2011:644), se señala que: "Dado que la única prueba que sirvió de base al acto extintivo fue obtenida violando el derecho fundamental a la intimidad del demandante y que, por lo tanto, el conocimiento de los hechos motivadores de su cese se debió en exclusiva a una prueba ilícitamente obtenida, la consecuencia que se deriva de ello es la nulidad del despido".

La nulidad del despido de Ana Suárez supone su readmisión inmediata en Liberty SA, junto con la percepción de los salarios dejados de recibir desde la fecha del despido hasta la notificación de la sentencia (art. 55.6 ET). Además, la trabajadora tendrá derecho a la indemnización por daños y perjuicios del artículo 183 LRJS, prevista para subsanar los perjuicios derivados de la discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas.

³⁵ STSJ de País Vasco de 10 de mayo de 2011 (ECLI:ES:TSJPV:2011:644).

Conclusiones

I. La beneficiaria única de la pensión de viudedad será Catalina Castejón, cónyuge supérstite del causante, pues Ana Suárez no reúne los requisitos suficientes para acceder a la percepción de la misma.

Ana Suárez, ex cónyuge del causante Manuel Barroso, no tiene derecho a la pensión de viudedad ya que, a pesar de cumplir dos de los requisitos exigidos para la percepción de la pensión (duración del matrimonio superior a diez años y transcurso de tiempo inferior a diez años entre el divorcio y el fallecimiento del causante), no cumple el requisito de ser mayor de 50 años cuando fallece don Manuel ni de existencia de hijos comunes del matrimonio.

Catalina Castejón, cónyuge superviviente del causante, es la beneficiaria única de la pensión de viudedad, que además de dicha pensión, percibe el auxilio por defunción para hacer frente a los gastos de sepelio y la indemnización a tanto alzado por tratarse de muerte derivada de un accidente de trabajo. En este caso no se exigen periodos mínimos de duración del matrimonio para la percepción de la pensión por ser la causa del fallecimiento un accidente *in itinere*. Respecto a la cuantía de la pensión de viudedad, se aplica para su cálculo un porcentaje del 52% a la base reguladora del causante.

II. Los accidentes sufridos por Catalina Castejón y Manuel Barroso son accidentes laborales *in itinere*, pues en ambos concurren los elementos necesarios (teleológico, geográfico, cronológico y de idoneidad del medio), entendiéndose por tanto que existe relación de causalidad entre el domicilio y el lugar de trabajo. Además, en el accidente de Manuel no se considera que exista imprudencia temeraria.

El punto problemático del accidente de Catalina es el desvío en el trayecto al domicilio. Finalmente se entiende que responde a los “patrones usuales de convivencia”, que se trata simplemente de una “gestión intermedia razonable” y que cuenta con el carácter de habitualidad, sin romper el nexo causal.

La controversia en el accidente de Manuel es determinar si el hecho de saltarse un semáforo constituye imprudencia, que supone la descalificación automática del accidente como laboral. Se desecha esta idea porque no reúne los caracteres de una infracción temeraria de tráfico grave y porque el carácter de habitualidad del trayecto exime de riesgo la conducta.

III. No cabe la prórroga de la excedencia solicitada por Ana Suárez, tanto si se entiende que se trata de una excedencia voluntaria propiamente dicha como de una excedencia por cuidado de un familiar.

La excedencia voluntaria tiene una duración máxima de cinco años que debe fijarse en el momento de solicitud de la misma, sin proceder una prolongación de la duración inicialmente establecida, ya que esto equivaldría a un nuevo derecho de excedencia. El Convenio de Liberty empresas tampoco prevé ninguna prolongación de la excedencia. No obstante, transcurridos cuatro años desde el fin de la excedencia anterior, existe el derecho a una nueva excedencia.

La excedencia por cuidado de un familiar tiene una duración máxima de dos años (no estableciendo el Convenio de Liberty un plazo de duración distinto), de los que Ana Suárez ya ha disfrutado, por lo que no cabría siquiera plantearse la posibilidad de prórroga en este supuesto.

La prórroga de la excedencia laboral no es un derecho *ad nutum* del empleado, pero en todo caso se puede solicitar, quedando la concesión de la misma supeditada a decisión exclusiva del empresario.

IV. El control efectuado por Liberty SA no cumple las garantías necesarias para considerarse proporcional, pues no se ha informado del proceso de monitorización fehacientemente a la empleada, ni de las posibles repercusiones que éste podría tener. Doña Ana tenía expectativa de privacidad en el uso de los medios telemáticos.

En caso de haber sido el acceso al correo corporativo, se entiende vulnerado el derecho al secreto de las comunicaciones (art 18.3 CE), pero no el derecho a la intimidad personal (18.1 CE), ya que no se especifica que el contenido de los correos fuese de carácter íntimo. Si el control hubiese cumplido las garantías, el acceso al correo corporativo habría estado justificado.

En caso de haberse producido el acceso al correo personal, se entienden vulnerados tanto el derecho al secreto de las comunicaciones (18.3 CE), como el derecho a la intimidad (artículo 18.1 CE), suponiendo un atentado contra la privacidad de la empleada, pues en ningún caso tiene el empresario acceso a este correo, salvo que cuente con autorización judicial, que no es el caso.

V. El despido disciplinario de la trabajadora, Ana Suárez, una vez la misma recurre ante la justicia, será calificado como nulo, por estar el mismo fundamentado en la vulneración de un derecho fundamental.

Para alcanzar esta conclusión, se atiende a la doctrina del *fruto del árbol envenenado*, que entiende que no es pertinente continuar juzgando un acto, una vez se ha declarado la ilicitud de una prueba, debiendo en todo caso declarar la nulidad del despido. Además, en este supuesto, dado que la única prueba que aporta la empresa para fundamentar el despido de Ana, es la obtenida de forma ilícita, no cabe declararlo improcedente y urge su calificación como nulo.

Referencias bibliográficas

ACOSTA LOZANO, A., 2013. La pensión de viudedad: una propuesta de cambio normativo. *Expansión. Hay derecho* [en línea]. 20 de diciembre. Disponible en: <https://hayderecho.expansion.com/2013/12/20/la-pension-de-viudedad-una-propuesta-de-cambio-normativo/> [consulta: 2 abril 2019].

ÁLVAREZ CORTÉS, J.C. y GUIX GONZÁLEZ, M.J., 2012. Excedencia voluntaria y situación legal de desempleo. Inaplicación de la teoría del paréntesis. *Temas laborales*, nº 114, pp. 227-240. ISSN 02130750.

BENAVIDES VICO, A., 2014. *Desempleo, incapacidad, jubilación y viudedad/orfandad. Prestaciones de la Seguridad Social*. Valladolid: Lexnova, pp. 598.

BONACHE MIRALLES, J., 2017. La pensión de viudedad en España: análisis crítico de la regulación actual. *Anales de Derecho UM*. Murcia: Servicio de Publicaciones Universidad de Murcia, vol. 35, nº 1, pp. 1-41.

CASANOVA MARTÍ, R., 2016. La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones en el proceso penal. *Principios y garantías procesales, Liber Amicorum*, pp. 536-543.

CLARKE, S., 2006. Contrasting perceptual, attitudinal and dispositional approaches to accident involvement in the workplace. *Safety Science* [en línea]. Manchester: Elsevier, vol. 44, nº 6, pp. 537-550 [consulta: 10 abril 2019]. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.1016/j.ssci.2005.12.001>.

CRUZ VILLALÓN, J., 2015. *Compendio de Derecho del Trabajo*. 8ª ed. Madrid: Tecnos. ISBN: 9788430966523.

DÍAZ REVORIO, F.J., 2006. El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, nº 59, pp. 159-175. ISSN: 02513420.

ESCRIBANO GARCÉS, R., 2014. Pensión de viudedad. Concepto y requisitos. En: *Ramón Escribano Abogados* [en línea]. Disponible en: <https://abogadoescribanogares.com/pension-de-viudedad-requisitos/> [consulta: 20 abril 2019].

FABREGAT MONFORT, G., 2015. El control empresarial de los trabajadores a través de las nuevas tecnologías: algunas ideas clave. *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, nº 5, pp. 76-83. ISSN: 23868090.

FERNÁNDEZ, L., PÉREZ, M., MENÉNDEZ M., LÁZARA, M., 2007. *Accidentes e incidentes de trabajo*. Cataluña: Comissió Obrera Nacional de Catalunya. ISBN: 8489511055.

GALINDO FERRERO, V., 2018. Accidente in itinere: concepto y 5 sentencias relevantes. En: Federación de Asociaciones [en línea] Disponible en: <https://asociadosafelin.com/accidente-in-itinere-concepto-y-5-sentencias-relevantes/> [consulta: 8 mayo 2019].

GINÈS I FABRELLAS, A. y LUQUE PARRA, M., 2013. *Análisis cualitativo de las controversias judiciales más relevantes en materia de seguridad y salud laboral*. Barcelona: Foment del Treball Nacional. ISBN: 8469592203.

GORELLI HERNÁNDEZ, J., 1998. *Las excedencias en derecho del trabajo*. Granada: Comares. ISBN: 8481517453.

HEVIA-CAMPOMANES CALDERÓN, E., MIRANDA RIVAS, F., VIVANCO BUSTOS, M.C., GÓMEZ CAMPOY, F., 2000. *Los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales*, 3ª edición. Madrid: Colex. ISBN: 8478791191.

LLUCH CORELL, F.J., 2014. Derecho a la intimidad del trabajador versus control empresarial: una jurisprudencia inestable. *Revista de Jurisprudencia*, nº 1.

LÓPEZ AHUMADA, J.E., 2007. La tutela del derecho a la intimidad del trabajador y el control audiovisual de su actividad laboral. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 14, pp. 204-219. ISSN-e 16969626.

LÓPEZ CRESPO, J., 2018. ¿El despido disciplinario tiene paro? En: *EAE Business School Harvard Deusto* [en línea]. Disponible en: <https://retos-directivos.eae.es/despido-disciplinario-paro> [consulta: 29 mayo 2019].

MARÍN LÓPEZ, S., 2016. *El derecho a la intimidad en el ámbito laboral*. Trabajo de Fin de Grado. La Rioja: Universidad de La Rioja.

MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F., y GARCÍA MURCIA J., 2016. *Derecho del Trabajo*, 25ª edición. Madrid: Tecnos, p. 791. ISBN: 9788430972258.

MARTÍNEZ ABASCAL, V.A., 2010. Las parejas de hecho y la pensión de viudedad en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre: ¿Una equiparación inviable? *Aranzadi Social*. Pamplona: Aranzadi Editoriales, nº 17, pp. 59-90.

MARTÍNEZ MÉNDEZ, S. y SABA SABA, A.M., 2016. El derecho a la intimidad en las relaciones laborales. *Revista actualidad laboral*, nº 199, pp. 12-17. ISSN: 01239899.

ORNIA CARDÍN, J., 2016. *Los requisitos formales y la subsanación del despido*. Trabajo de Fin de Máster. Oviedo: Universidad de Oviedo.

PIC, P., 2002. *Estudio crítico de la Ley de Accidentes de Trabajo francesa de 9 de abril de 1898*. Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces. ISBN: 9788480045117.

ROMERO DÍAZ, C., 2017. *El despido nulo*. Trabajo de Fin de Máster. Madrid: Universidad de Alcalá.

RUIZ DOMÍNGUEZ, A., 2018. *El derecho a la intimidad de los trabajadores: diversidad jurisprudencial en el marco europeo y español*. Trabajo de fin de grado. Valladolid: Universidad de Valladolid.

SOUTO PRIETO, J. y BOTANA LÓPEZ, J.M., 2014. Utilización en la empresa de las nuevas tecnologías. Control empresarial e intimidad del trabajador. En: *Solemne Sesión de Ingreso del Académico de Número*. A Coruña: Diputación Provincial de A Coruña. ISBN: 9788498122466.

VALENCIANO SAL, A., 2011. Una imprescindible reforma en el sistema de pensiones: la pensión de viudedad, “su estado de necesidad hacia la dependencia y sus derivados”. *Temas Laborales*, vol. 1, nº 109, pp.111-140.

VERA GARCÍA, R., 2017. ¿Es compatible la pensión de viudedad con otras pensiones públicas? En: *Tu Correduría de Seguros* [en línea]. Disponible en: <https://tucorreduriadeseguros.com/es-compatible-la-pension-de-viudedad-con-otras-pensiones-publicas/> [consulta: 28 mayo 2019].

VIGURI PEREA, A., 2014. Comentarios al derecho a la intimidad. Perspectiva del derecho norteamericano. En: CONDE COLMENERO, P. y FAYOS GARDÓ, A., coord. *Los derechos a la intimidad y a la privacidad en el siglo XXI*. Madrid: Dykinson, pp. 243-251 ISBN: 9788490852408.

Apéndice legislativo

Constitución Española. Boletín Oficial del Estado, de 29 de diciembre de 1978, nº 311, p. 29313.

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH), Publicación en España: Boletín Oficial del Estado, de 10 de octubre de 1979, nº 243.

Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen. Boletín Oficial del Estado, de 14 de mayo de 1982.

Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial. Boletín Oficial del Estado, de 3 de julio de 1985, nº 157.

Código Civil. Boletín Oficial del Estado, de 25 de julio de 1889, nº 206.

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, nº 154.

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

Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y del orden social. Boletín Oficial del Estado, de 31 de diciembre de 2003, nº 313, p. 46874.

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 202, p. 9016123.

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, p. 50186.

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 261.

Apéndice jurisprudencial

Tribunal Europeo de Derechos Humanos

- Europa. Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala). Caso Barbulescu contra Rumanía. Sentencia 61/2017, de 5 de septiembre de 2017 (ECLI:CE:ECHR:2017:0905JUD006149608).

Tribunal Constitucional

- España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 114/1984 de 29 de noviembre (ECLI:ES:TC:1984:114). BOE núm. 305, de 21 de diciembre de 1984.
- España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 173/1994 de 7 de junio (ECLI:ES:TC:1994:173). BOE núm. 163, de 9 de julio de 1994.
- España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 897/1996 de 11 de marzo (ECLI:ES:TC:1996:34). BOE núm. 93, de 17 de abril de 1996.
- España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 207/1996 de 16 de diciembre (ECLI:ES:TC:1996:207). BOE núm. 19, de 22 de enero de 1997.
- España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 151/1997 de 29 de septiembre (ECLI:ES:TC:1997:151). BOE núm. 260, de 30 de octubre de 1997.
- España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 98/2000 de 10 de abril (ECLI:ES:TC:2000:98). BOE núm. 119, de 18 de mayo de 2000.
- España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 115/2000 de 5 de mayo (ECLI:ES:TC:2000:115). BOE núm. 136, de 7 de junio de 2000.
- España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 186/2000 de 10 de julio (ECLI:ES:TC:2000:186). BOE núm. 192, de 11 de agosto de 2000.
- España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 70/2002 de 3 de abril (ECLI:ES:TC:2002:70). BOE núm. 99, de 25 de abril de 2002.
- España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 14/2003 de 28 de enero (ECLI:ES:TC:2003:14). BOE núm. 43, de 19 de febrero de 2003.
- España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 22/2003 de 10 de febrero (ECLI:ES:TC:2003:22). BOE núm. 55, de 05 de marzo de 2003.
- España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 189/2004 de 2 de noviembre (ECLI:ES:TC:2004:189). BOE núm. 290, de 02 de diciembre de 2004.
- España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 196/2004 de 15 de noviembre (ECLI:ES:TC:2004:196). BOE núm. 306, de 21 de diciembre de 2004.
- España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 89/2006 de 27 de marzo (ECLI:ES:TC:2006:89). BOE núm. 106, de 4 de mayo de 2006.
- España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 241/2012 de 17 de diciembre (ECLI:ES:TC:2012:241). BOE núm. 19, de 22 de enero de 2013.
- España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 170/2013 de 7 de octubre (ECLI:ES:TC:2013:170). BOE núm. 267, de 7 de noviembre de 2013.

Tribunal Supremo

- 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 20 de septiembre (ECLI:ES:TS:2005:5389).
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Auto de 26 de abril (ECLI:ES:TS:2007:8483A).
- 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). Auto de 8 de julio (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 23 de julio (ECLI:ES:TS:2010:4601).
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 14 de febrero (ECLI:ES:TS:2011:2257).
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 20 de junio (ECLI:ES:TS:2011:4705).
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia núm. 301/2013 de 18 de abril (ECLI:ES:TS:2013:1789).
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 11 de julio (ECLI:ES:TS:2013:4353).
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 26 de diciembre (ECLI:ES:TS:2013:6487).
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 29 de enero (ECLI:ES:TS:2014:978).
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 30 de abril (ECLI:ES:TJCL:2014:1705).
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 16 de junio (ECLI:ES:TS:2014:2844).
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Auto de 5 de julio (ECLI:ES:TS:2016:7535A).
- 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 1 de diciembre (ECLI:ES:TS:2017:4742).
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 17 de abril (ECLI:ES:TS:2018:1588).
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 25 de abril (ECLI:ES:TS:2018:2164).
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 21 de noviembre (ECLI:ES:TS:2018:4304).

- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Sentencia de 24 de enero (ECLI:ES:TS:2019:1206).
- España. Tribunal Supremo (Sala de lo Social). Auto de 11 de abril (ECLI:ES:TS:2019:5571A).

Tribunales Superiores de Justicia

- España. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social). Sentencia núm. 524/2000 de 21 de enero (ECLI:ES:TSJCAT:2000:724).
- España. Tribunal Superior de Justicia de Murcia (Sala de lo Social). Sentencia núm. 592/2000 de 17 de abril (ECLI:ES:TSJMU:2000:1271).
- España. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social). Sentencia núm. 7109/2000 de 5 de julio (ECLI:ES:TSJCAT:2000:2890).
- España. Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social). Sentencia núm. 1413/2000 de 14 de noviembre (ECLI:ES:TSJM:2000:13638).
- España. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social). Sentencia núm. 5797/2002 de 17 de septiembre (ECLI:ES:TSJCAT:2002:10079).
- España. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social). Sentencia núm. 4318/2005 de 11 de mayo (ECLI:ES:TSJCAT:2005:6071).
- España. Tribunal Superior de Justicia de Extremadura (Sala de lo Social). Sentencia núm. 67/2007 de 1 de febrero (ECLI:ES:TSJEXT:2007:459).
- España. Tribunal Superior de Justicia de Valencia (Sala de lo Social). Sentencia núm. 2093/2010 de 28 de septiembre (ECLI:ES:TSJCV:2010:7191).
- España. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social). Sentencia núm. 670/2011 de 28 de enero (ECLI:ES:TSJCAT:2011:1209).
- España. Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (Sala de lo Social). Sentencia núm. 235/2011 de 2 de febrero (ECLI:ES:TSJAND:2011:16031).
- España. Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social). Sentencia núm. 4459/2011 de 18 de octubre (ECLI:ES:TSJGAL:2011:8144).
- España. Tribunal Superior de Justicia de Valencia (Sala de lo Social). Sentencia núm. 6/2012 de 10 de enero (ECLI:ES:TSJCV:2012:387).
- España. Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social). Sentencia núm. 631/2012 de 3 de febrero (ECLI:ES:TSJGAL:2012:935).
- España. Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social). Sentencia núm. 1766/2012 de 26 de marzo (ECLI:ES:TSJGAL:2012:2716).
- España. Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social). Sentencia núm. 896/2013 de 15 de noviembre (ECLI:ES:TSJM:2013:1592).
- España. Tribunal Superior de Justicia de Cataluña (Sala de lo Social). Sentencia núm. 4251/2014 de 12 de junio (ECLI:ES:TSJCAT:2014:6420).
- España. Tribunal Superior de Justicia de Baleares (Sala de lo Social). Sentencia núm. 365/2017 de 28 de septiembre (ECLI:ES:TSJBAL:2017:756).
- España. Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social). Sentencia núm. 824/2017 de 29 de septiembre (ECLI:ES:TSJM:2017:9838).
- España. Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social). Sentencia núm. 119/2018 de 8 de febrero (ECLI:ES:TSJM:2018:594).
- España. Tribunal Superior de Justicia de Madrid (Sala de lo Social). Sentencia núm. 135/2019 de 26 de febrero (ECLI:ES:TSJM:2019:1933).