



**UNIVERSIDADE DA CORUÑA**

**Cuestiones jurídico laborales y de la  
Seguridad Social ligadas al contrato de  
trabajo**

Trabajo de fin de Grado en Derecho

4º Grado en Derecho de la Universidad de A Coruña

Curso 2018-2019

**Autora: Xiana Galdo Blasco**

**Tutor: Dr. José Manuel Calderón Carrero**

## **ÍNDICE**

### **ABREVIATURAS**

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

#### **I. DERECHO A PERCIBIR LA PENSIÓN DE VIUDEDAD**

1. Aspectos generales (p.7)
2. Requisitos que debe cumplir el causante (p.7)
3. Requisitos que debe cumplir el cónyuge superviviente (p.8)
4. Requisitos en caso de separación o divorcio (p.8)
5. Cuantía y duración de la pensión (p.10)
6. Conclusiones (p.12)

#### **II. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS ACCIDENTES**

1. Régimen jurídico de los accidentes en la Ley General de Seguridad Social (p.13)
2. Accidentes *in itinere* (p.14)
3. Conclusiones (p.18)

#### **III. PRÓRROGA DE LA EXCEDENCIA VOLUNTARIA**

1. Régimen jurídico de la excedencia voluntaria (p.19)
2. Concesión potestativa de la prórroga por parte de la empresa (p.20)
3. Conclusiones (p.23)

#### **IV. AFECTACIÓN DEL CONTROL EMPRESARIAL DE LOS ORDENADORES A LA INTIMIDAD DEL TRABAJADOR**

1. El derecho a la intimidad en el ámbito laboral: aspectos generales (p.24)
2. Vulneración de la intimidad del trabajador (p.24)
3. Conclusiones (p.28)

#### **V. CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL DESPIDO**

1. Régimen jurídico del despido disciplinario (p.29)
2. Despido nulo por vulneración de derechos fundamentales (p.30)
3. Conclusiones (p.34)

#### **VI. CONCLUSIONES**

#### **VII. BIBLIOGRAFÍA**

## **ABREVIATURAS**

AP	Audiencia Provincial
Art	Artículo
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de Derechos Humanos
ET	Estatuto de los Trabajadores
LGSS	Ley General de Seguridad Social
LISOS	Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social
LRJV	Ley Reguladora de la Jurisdicción Voluntaria
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STEDH	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TEDH	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

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

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

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

Desde el año 2006, la pareja atraviesa una profunda crisis matrimonial, que será el desencadenante de la sentencia de divorcio dictada el día 15 de diciembre de 2007. En ésta se establecen los términos del divorcio de la pareja, que, como se ha indicado, se había casado en régimen de gananciales. El matrimonio era propietario de un bien inmueble situado en la calle Santa Marta, núm. 71, 2B, en Santiago de Compostela, valorado en 200.000 euros. Éste inmueble constituía la vivienda familiar. Además, el matrimonio únicamente disponía de 20.000 euros en cuentas bancarias, ya que afirmaban que habían vivido muy bien “y al día”.

El juez dictamina en la sentencia que corresponderá a cada uno de los cónyuges el 50% del valor del bien inmueble, es decir, 100.000 euros a cada una de las partes. Además, deberán proceder al reparto a partes iguales del dinero depositado en sus cuentas bancarias, correspondiendo a cada parte 10.000 euros.

Por otra parte, cabe destacar que, aunque Doña Ana Suárez había solicitado una pensión compensatoria, el juez desestimó su petición.

Transcurrido un tiempo, Don Manuel Barroso vuelve a contraer matrimonio el 25 de mayo de 2009, en Santiago de Compostela, esta vez con Doña Catalina Castejón, una joven salmantina, nacida el 12 de febrero de 1985, que en el momento de la unión trabajaba como recepcionista en la clínica de odontología DENTANIX S.L, ubicada en la calle Rosalía de Castro, núm. 89.

El día 4 de junio de 2009, pocos días después de la celebración del matrimonio, Doña Catalina se reincorpora a su puesto de trabajo. Ya que ésta había llegado a un acuerdo con el gerente de la clínica, Prudencio Álvarez, para poder disfrutar del permiso de matrimonio, comenzando éste ya días antes de que se produjese el enlace, para de esta manera poder concentrarse en los últimos preparativos de la ceremonia.

Sin embargo, finalizada a las ocho y media su primera jornada laboral, tras la celebración de su matrimonio, Doña Catalina decide caminar trescientos metros para comprar en una joyería (situada en la calle Carrión, número 29) un reloj para Manuel, puesto que se encuentra próxima la fecha del cumpleaños de su esposo. Contenta con su compra, Doña Catalina se dirige a la parada de autobús más próxima para regresar a casa, siendo ésta la suya habitual en la calle Carrión, donde pueda coger el autobús de las nueve y quince, ya que es una concienciada ecologista, acérrima defensora del transporte público.

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

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

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

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

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

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

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

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

El mes de enero del año 2016, la empresa hizo entrega a todos sus empleados de una carta, firmada por Don Juan Jiménez, en la que se comunicaba que quedaba

terminantemente prohibido el uso de medios de la empresa (internet, móviles, ordenadores, etc.) para fines propios, tanto dentro como fuera del horario de trabajo.

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

La visualización del proceso de monitorización tuvo lugar en la empresa en presencia de la propia trabajadora y de los representantes de los trabajadores. Ante dicha visualización, se comprobó que la trabajadora había remitido fotografías y documentos muy 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. La empresa calificó dichos hechos como una conducta de las calificadas como muy graves (falta de rendimiento, desobediencia), con lo que se justifica el despido disciplinario de la trabajadora.

### **PREGUNTAS:**

- 1.- ¿Quién tiene derecho a percibir la pensión de viudedad, doña Ana o Doña Catalina?
- 2.- ¿Cómo se califica el accidente en el cuál se ha visto inmersa Doña Catalina, y el que padeció su esposo, Don Manuel, llevándole a perder la vida?
- 3.- ¿Podría Doña Ana prolongar su excedencia voluntaria para cuidar a su madre?
- 4.- ¿El control del ordenador por la empresa podría llegar a constituir una vulneración de la intimidad del trabajador?
- 5.- ¿Cómo se podría calificar de forma jurídica el despido de la trabajadora?

## I. DERECHO A PERCIBIR LA PENSIÓN DE VIUEDAD

### I.1. Aspectos generales

La pensión de viudedad se encuentra regulada en la Ley General de la Seguridad Social<sup>1</sup>, en el Capítulo XIV titulado ``Muerte y Supervivencia'', concretamente en los **artículos 219, 220 y 221**. Se trata de una de las prestaciones más importantes que otorga el Régimen General en caso de muerte y supervivencia<sup>2</sup>, entre las que también se incluyen un auxilio por defunción, una prestación temporal de viudedad, una pensión de orfandad y una pensión vitalicia o, en su caso, subsidio temporal a favor de familiares, todas ellas recogidas en el artículo (en adelante art.) 216 de la LGSS.

Cabe destacar la imprescriptibilidad del derecho al reconocimiento de la pensión de viudedad, así como del resto de las prestaciones anteriormente citadas excepto el auxilio por defunción, reconocida en el art. 230 de la LGSS. Esto implica que no existe un plazo para solicitarla, sino que el interesado lo puede hacer en cualquier momento, puesto que su derecho no prescribe.

Asimismo, en cuanto a su compatibilidad, el art. 223.1 de la LGSS establece que la pensión de viudedad será compatible con cualesquiera rentas de trabajo, sin perjuicio de lo establecido en el art. 221, relativo a las parejas de hecho. El derecho a percibir esta pensión también puede extinguirse, así el apartado 2 del 223 de la LGSS establece que esto ocurrirá cuando el beneficiario contraiga matrimonio o constituya una pareja de hecho con arreglo a lo establecido en el 221, sin perjuicio de lo que se establezca reglamentariamente.

En la práctica el supuesto más típico de pensión de viudedad, y que entra en juego en este caso, es el de la pensión vitalicia que cobra el cónyuge superviviente, tras el fallecimiento del cónyuge causante, que puede ser pensionista, trabajador o perceptor de prestaciones periódicas<sup>3</sup>.

### I.2. Requisitos que debe cumplir el causante

El **artículo 219 de la LGSS**, titulado ``Pensión de viudedad del cónyuge superviviente'', establece los requisitos que deben cumplir el sujeto fallecido o causante y el sujeto superviviente o beneficiario para que éste último tenga derecho a percibir la pensión<sup>4</sup>.

En primer lugar, en relación al causante, los **requisitos exigidos** varían dependiendo del caso.

Si se tratase de un **pensionista por incapacidad permanente o jubilación contributiva** no se le exige ningún requisito<sup>5</sup>.

Si tuviese la condición de **perceptor periódico, como un desempleado o un incapaz temporal subsidiados**, la LGSS le exige, en el caso de que su fallecimiento se produzca por enfermedad común, un período previo de cotización de al menos quinientos días,

<sup>1</sup> BOE núm. 261, de 31 de octubre de 2015, en adelante LGSS.

<sup>2</sup> MARTÍNEZ GIRÓN J., y ARUFE VARELA A.: *Derecho de la Seguridad Social*, Atelier, Barcelona, 2017, p. 180.

<sup>3</sup> MARTÍNEZ GIRÓN J., y ARUFE VARELA A.: *Derecho de la Seguridad Social*, op.cit. p. 181.

<sup>4</sup> MARTÍNEZ GIRÓN J., y ARUFE VARELA A.: *Derecho de la Seguridad Social*, op.cit. p. 181.

<sup>5</sup> MARTÍNEZ GIRÓN J., y ARUFE VARELA A.: *Derecho de la Seguridad Social*, op.cit. p. 182.

dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión<sup>6</sup>.

Si fuese un **trabajador**, la LGSS le exige, como regla general, si su fallecimiento tuvo causa de una enfermedad común o accidente no laboral, que se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta en la fecha de su fallecimiento y además se exige el cumplimiento del período de cotización de quinientos días, pero solo si ha fallecido por enfermedad común<sup>7</sup>.

En este caso en concreto, el causante Manuel Barroso es un trabajador, agente de seguros de la empresa Hércules S.A, que ha fallecido como consecuencia de un accidente no laboral, por lo que únicamente se le exige que se encontrase en alta a la fecha de su fallecimiento, requisito que cumplía.

### ***1.3. Requisitos que debe cumplir el cónyuge superviviente***

En segundo lugar, en cuanto al sujeto superviviente o beneficiario, la LGSS le exige ser o haber sido cónyuge legítimo, aunque actualmente la unión como pareja de hecho y la homosexual también dan lugar al derecho a percibir la pensión de viudedad. No obstante, no existe igualdad entre el cónyuge supérstite y el conviviente de hecho supérstite en cuanto a los requisitos exigibles, puesto que el art. 221 exige al conviviente dos requisitos adicionales, relativos a su nivel de rentas o ingresos y al tiempo de convivencia de hecho con el causante. Por otro lado, puede haber uno o varios beneficiarios, pues se habla de ser o haber sido cónyuge legítimo. En los casos de pluralidad de beneficiarios la pensión de viudedad es siempre única, sin perjuicio de que como regla general se reparte entre todos ellos en proporción al tiempo que hubiesen convivido con el causante<sup>8</sup>.

Por lo tanto, podemos concluir que doña Catalina tiene derecho a la pensión de viudedad por ser cónyuge legítimo de don Manuel al tiempo de su fallecimiento.

### ***1.4. Requisitos en caso de separación o divorcio***

En cuanto a doña Ana, para determinar si tiene o no derecho a la pensión de viudedad, hay que acudir al art. 220.1 de la LGSS. Este precepto, referido a los casos de separación, divorcio o nulidad, distingue dos supuestos diferentes. En primer lugar, en los casos de separación o divorcio, tendrá derecho a la pensión de viudedad quien haya sido cónyuge legítimo del causante, siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias ni hubiese constituido una pareja de hecho. Además, las personas divorciadas o separadas judicialmente deberán ser acreedoras de la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil (en adelante CC), la cual se extinguirá con el fallecimiento del causante. No obstante, el último párrafo de este precepto establece que las mujeres víctimas de violencia de género tienen derecho a la pensión de viudedad aunque no sean acreedoras de la pensión compensatoria, siempre que acrediten haber sido víctimas de violencia de género en el momento de separación judicial o el divorcio mediante sentencia o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento. En defecto de esta sentencia, podrán acreditar a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia

---

<sup>6</sup> MARTÍNEZ GIRÓN J., y ARUFE VARELA A. : *Derecho de la Seguridad Social*, op.cit., p. 182.

<sup>7</sup> MARTÍNEZ GIRÓN J., y ARUFE VARELA A. : *Derecho de la Seguridad Social*, op.cit., p. 182.

<sup>8</sup> MARTÍNEZ GIRÓN J., y ARUFE VARELA A.: *Derecho de la Seguridad Social*, op.cit., p. 184.



de indicios de ser víctima de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido.

También hay que tener en cuenta el régimen transitorio que establece la **Disposición Transitoria Decimotercera de la LGSS** para los supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008 y entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2009, puesto que la sentencia de divorcio fue dictada el 15 de diciembre de 2007. En estos casos, el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad no queda condicionado a que la persona divorciada o separada judicialmente sea acreedora de la pensión compensatoria cuando entre la fecha del divorcio o la separación judicial haya transcurrido un periodo de tiempo no superior a 10 años, siempre que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de 10 años y además concorra en el beneficiario alguna de las condiciones siguientes: que tenga una edad superior a 50 años en la fecha de fallecimiento del causante, o que tenga hijos comunes con el mismo<sup>9</sup>.

También tendrán derecho a la pensión de viudedad, a partir del 1 de enero de 2013, las personas divorciadas o separadas judicialmente que no sean acreedoras de la pensión compensatoria y aunque no reúnan los requisitos señalados anteriormente, siempre que tengan 65 años o más, no tengan derecho a otra pensión pública y la duración del matrimonio con el causante de la pensión no haya sido inferior a 15 años<sup>10</sup>.

Por otro lado, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (en adelante TS) hace una serie de consideraciones al respecto.

Así, la STS de 20 de abril de 2015<sup>11</sup> se refiere al derecho a percibir la pensión de viudedad en casos de separación o divorcio cuando el beneficiario fuese acreedor de la pensión compensatoria del art 97 CC, estableciendo la siguiente concreción al respecto: *“La norma exige que la persona divorciada o separada sea acreedora de la pensión compensatoria, no que sea perceptora, sino que tenga reconocido el derecho al percibo de la pensión compensatoria. La actora es acreedora de la pensión compensatoria, tiene reconocido ese derecho en sentencia judicial firme y puede en cualquier momento solicitar la ejecución de la sentencia respecto al periodo de pensión que no haya prescrito”*. Por lo tanto, lo relevante no es que el beneficiario estuviese percibiendo la pensión compensatoria, sino que tuviese reconocido un derecho a la misma, aunque no lo estuviese ejercitando.

La STS de 29 de enero de 2014<sup>12</sup> se refiere al requisito de la pensión compensatoria afirmando que *“el reconocimiento de cualquier suma periódica a favor de uno de los cónyuges, más allá de la pensión alimenticia, tiene naturaleza compensatoria, aunque no se la denomine así, por lo que da derecho a la pensión de viudedad”*, es decir, aunque no haya expresamente una pensión compensatoria como tal, si uno de los cónyuges se encuentra percibiendo del otro una prestación dineraria de forma periódica, en el momento en que éste último fallezca debe reconocérsele derecho a la pensión de viudedad, puesto que, aunque no percibiera una pensión compensatoria en sentido estricto, debe considerarse que la suma periódica que venía percibiendo tiene naturaleza compensatoria.

---

<sup>9</sup> VELASCO PORTERO M<sup>a</sup> T., y MIRANDA BOTO J. M<sup>a</sup>: *Curso elemental de derecho del trabajo y la Seguridad Social*, Tecnos, 2017, p.308.

<sup>10</sup> VELASCO PORTERO M<sup>a</sup> T. MIRANDA BOTO J. M<sup>a</sup>: *Curso elemental de derecho del trabajo y la Seguridad Social*, op.cit., pp.308 y 309.

<sup>11</sup> ECLI:ES:TS:2015:2601.

<sup>12</sup> ECLI:ES:TS:2014:1176.

En cuanto a la aplicación del régimen transitorio previsto en la Disposición Transitoria 18ª de la LGSS, cabe citar la STS de 19 de enero de 2012<sup>13</sup>, la cual dispone que no procede su aplicación porque han transcurrido más de diez años desde la fecha de divorcio: La sentencia recurrida no aplica la Disposición Transitoria 18ª de la LGSS porque falta, al menos, una de las condiciones que el legislador ha impuesto para su operatividad, a saber, que "*entre la fecha del divorcio o de la separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante de la pensión de viudedad haya transcurrido un período de tiempo no superior a diez años*", siendo así que el divorcio se produjo el 26/6/1997 y el fallecimiento tuvo lugar el 12/4/2008.

De aquí **podemos concluir que doña Ana no tiene derecho a la pensión de viudedad**, puesto que:

- no cumple el requisito de ser acreedora de la pensión compensatoria, dado que el juez había desestimado su petición en la sentencia de divorcio;
- tampoco concurre la excepción de haber sido víctima de violencia de género;
- ni se dan los requisitos para aplicar el régimen transitorio, puesto que aunque entre la fecha de divorcio y el fallecimiento transcurrieron menos de diez años y la duración de su matrimonio con don Manuel es superior a diez años, su edad a la fecha del fallecimiento del causante es inferior a cincuenta años y tampoco tienen hijos comunes.

### ***1.5. Cuantía y duración de la pensión***

Para fijar la cuantía de la pensión de viudedad hay que realizar dos operaciones:

- a) determinar la base reguladora;
- b) posteriormente aplicarle el correspondiente porcentaje ordinario o específico, debiendo tener en cuenta los mínimos fijados anualmente<sup>14</sup>.

En primer lugar, para determinar la base reguladora hay que diferenciar entre el causante en situación de actividad o pensionista. Si cuando se produjo el fallecimiento era trabajador en activo dado de alta o en situación asimilada al alta, y éste tuvo lugar por una enfermedad común o accidente no laboral, la base reguladora es el cociente resultante de dividir entre veintiocho la suma de las bases de cotización del sujeto causante durante un periodo ininterrumpido de veinticuatro meses naturales, elegido por el beneficiario dentro de los quince años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión, aún cuando dentro del mismo existan lapsos en que no haya habido la obligación de cotizar (art 7.2 Decreto 1646/1972 de 23 de junio modificado por RD 1795/2003). No obstante, si el causante falleciese debido a un accidente de trabajo o a una enfermedad profesional, la base reguladora se determinaría sobre las retribuciones efectivamente percibidas, siguiendo lo dispuesto en las normas que para los casos de muerte del capítulo V del Reglamento de Accidentes de Trabajo, aprobado por Decreto de 22 de junio de 1956 (art 9.d) de la OMS)<sup>15</sup>.

En el presente caso, considerando que **el accidente de don Manuel merece la calificación de accidente de trabajo *in itinere***, como se explicará en el apartado relativo a la calificación jurídica de los accidentes de trabajo, se aplicaría esta segunda

<sup>13</sup> ECLI:ES:TS:2012:377.

<sup>14</sup> MARTÍNEZ GIRÓN J., y ARUFE VARELA A.: *Derecho de la Seguridad Social*, op.cit. pp. 186, 187.

<sup>15</sup> GARCÍA NINET J. I., y GARCÍA VIÑA J., y VICENTE PALACIO A.: *Manual básico de Seguridad Social*, Atelier, Barcelona, 2016, p. 272.

opción para determinar la base reguladora de la pensión de viudedad correspondiente a doña Catalina, teniendo en cuenta que el salario bruto anual de don Manuel era de 25.000 euros anuales.

En segundo lugar, hay que determinar qué tipo de porcentaje se aplicará sobre la base reguladora, **el ordinario o el específico**.

**El ordinario es del 52%** y viene recogido en el art 31.1 del Decreto 3158/1966<sup>16</sup>.

**El específico**, recogido en el art. 31.2 del mismo Decreto, **es del 70%** y se aplica si se cumplen una serie de requisitos<sup>17</sup>:

- la pensión de viudedad debe ser la principal o única fuente de ingresos del beneficiario, lo cual ocurre cuando su importe anual represente como mínimo el 50% de sus ingresos anuales<sup>18</sup>.
- los rendimientos anuales del pensionista no deben superar la cuantía equivalente a la suma del límite establecido en cada ejercicio económico para el reconocimiento del complemento por mínimos que corresponda y la pensión mínima de viudedad según edad del pensionista<sup>19</sup>.
- el pensionista debe tener cargas familiares, entendidas como la convivencia con hijos menores de veintiséis años o mayores incapacitados o menores acogidos, cuando los rendimientos del conjunto de la unidad familiar, así constituida, incluido el pensionista, dividida entre el número de miembros que la compongan no supere, en cómputo anual, el 75% del SMI, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias<sup>20</sup>.

Estos requisitos son concurrentes, por lo que si alguno de ellos dejara de darse, se pasaría a aplicar el porcentaje ordinario<sup>21</sup>.

Por otro lado, **la pensión de viudedad es de carácter vitalicio**, es decir, su duración abarca toda la vida del beneficiario, salvo que se de alguna de las causas de extinción<sup>22</sup>:

En primer lugar, conforme a lo establecido en el art 223.2 de la LGSS, la pensión se extinguirá **cuando el cónyuge beneficiario de la pensión contraiga nuevo matrimonio o constituya una pareja de hecho**, salvo que se den ciertos requisitos: Ser mayor de 61 años o menor de dicha edad, siempre que en este último caso tengan reconocida también una pensión de incapacidad temporal permanente, absoluta o de gran invalidez, o acrediten una minusvalía en un grado igual o superior al 65%; constituir la pensión o pensiones de viudedad percibidas la **principal o única fuente de rendimientos** (esto se entenderá cumplido cuando el importe anual de la pensión

<sup>16</sup> GARCÍA NINET J. I. GARCÍA VIÑA J. VICENTE PALACIO A.: *Manual básico de Seguridad Social*, op.cit. p. 273.

<sup>17</sup> GARCÍA NINET J. I. GARCÍA VIÑA J. VICENTE PALACIO A.: *Manual básico de Seguridad Social*, op.cit. p. 273.

<sup>18</sup> GARCÍA NINET J. I. GARCÍA VIÑA J. VICENTE PALACIO A.: *Manual básico de Seguridad Social*, op.cit. p. 274.

<sup>19</sup> GARCÍA NINET J. I. GARCÍA VIÑA J. VICENTE PALACIO A.: *Manual básico de Seguridad Social*, op.cit. p. 274.

<sup>20</sup> GARCÍA NINET J. I. GARCÍA VIÑA J. VICENTE PALACIO A.: *Manual básico de Seguridad Social*, op.cit. p. 274.

<sup>21</sup> GARCÍA NINET J. I. GARCÍA VIÑA J. VICENTE PALACIO A.: *Manual básico de Seguridad Social*, op.cit. p. 275.

<sup>22</sup> GARCÍA NINET J. I. GARCÍA VIÑA J. VICENTE PALACIO A.: *Manual básico de Seguridad Social*, op.cit. p. 276.

represente como mínimo el 75 % de los ingresos anuales). A estos efectos se consideran rendimientos computables cualesquiera bienes y derechos derivados tanto del trabajo como del capital, así como los de naturaleza prestacional; tener el matrimonio unos ingresos anuales, de cualquier naturaleza, incluida la pensión o pensiones de viudedad, que no superen dos veces el importe, en cómputo anual, del SMI vigente en cada momento. Si el nuevo cónyuge fallece, el beneficiario no podrá percibir dos pensiones de viudedad, sino que tendrá que optar por una de ellas<sup>23</sup>.

En segundo lugar, cuando una sentencia firme declare que el beneficiario es culpable de la muerte del causante<sup>24</sup>.

En tercer lugar, cuando se produzca el fallecimiento del beneficiario, puesto que este derecho no es transmisible a los herederos<sup>25</sup>.

En cuarto lugar, por reaparición del causante presuntamente fallecido en un accidente<sup>26</sup>.

En quinto lugar, por la convivencia del beneficiario con otra persona si éste fue cónyuge del causante pero tuvo lugar el divorcio, separación o nulidad de su matrimonio<sup>27</sup>.

## ***1.6. Conclusiones***

En conclusión, en el presente caso **doña Catalina tiene derecho a percibir la pensión de viudedad por ostentar la condición de cónyuge del causante** don Manuel al tiempo del fallecimiento de éste. Para calcular su cuantía debe calcularse la base reguladora sobre las retribuciones efectivamente percibidas conforme a las normas del Capítulo V del Reglamento de Accidentes de Trabajo, y sobre la cifra resultante se aplicará el porcentaje ordinario del 52%, puesto que no concurren las circunstancias para aplicar el porcentaje específico. También debe tenerse en cuenta que la pensión no podrá ser inferior al mínimo establecido anualmente.

Por otro lado, **doña Ana no tiene derecho a percibir la pensión de viudedad** porque no se cumplen los requisitos exigidos por la LGSS, puesto que no percibía pensión compensatoria u otra prestación semejante. No concurre la excepción de haber sido víctima de violencia de género ni se dan las condiciones para poder aplicar el régimen transitorio, ya que aunque entre la fecha de divorcio y el fallecimiento transcurrieron menos de diez años y la duración de su matrimonio con don Manuel es superior a diez años, su edad a la fecha del fallecimiento del causante es inferior a cincuenta años y tampoco tienen hijos comunes.

## **II. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS ACCIDENTES**

### ***II.1. Régimen jurídico de los accidentes en la Ley General de Seguridad Social***

---

<sup>23</sup> GARCÍA NINET J. I., y GARCÍA VIÑA J., y VICENTE PALACIO A.: *Manual básico de Seguridad Social*, op.cit. p. 277.

<sup>24</sup> GARCÍA NINET J. I., y GARCÍA VIÑA J., y VICENTE PALACIO A.: *Manual básico de Seguridad Social*, op.cit. p. 278.

<sup>25</sup> GARCÍA NINET J. I., y GARCÍA VIÑA J., y VICENTE PALACIO A.: *Manual básico de Seguridad Social*, op.cit. p. 278.

<sup>26</sup> GARCÍA NINET J. I., y GARCÍA VIÑA J., y VICENTE PALACIO A.: *Manual básico de Seguridad Social*, op.cit. p. 278.

<sup>27</sup> GARCÍA NINET J. I., y GARCÍA VIÑA J., y VICENTE PALACIO A.: *Manual básico de Seguridad Social*, op.cit. p. 278.

La regulación de los accidentes que pueden sufrir los trabajadores se encuentra en la LGSS, que distingue entre accidentes laborales y no laborales. El art. 156.1 de la LGSS define el accidente de trabajo como ``toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena''. Por lo tanto, en sentido estricto el accidente de trabajo presupone una lesión corporal provocada súbitamente por un agente externo. Además, según esta definición debe haber un nexo causal entre la lesión producida y el trabajo realizado, pues esto es lo que diferencia los accidentes de trabajo de los no laborales<sup>28</sup>.

El apartado 2 del art 156 de la LGSS amplía el concepto de accidentes de trabajo, incluyendo dentro del mismo: `` **Los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo;** los que sufra el trabajador con ocasión o como consecuencia del desempeño de cargos electivos de carácter sindical, así como los ocurridos al ir o al volver del lugar en que se ejerciten las funciones propias de dichos cargos; los ocurridos con ocasión o por consecuencia de las tareas que, aun siendo distintas a las de su grupo profesional, ejecute el trabajador en cumplimiento de las órdenes del empresario o espontáneamente en interés del buen funcionamiento de la empresa; los acaecidos en actos de salvamento y en otros de naturaleza análoga, cuando unos y otros tengan conexión con el trabajo; las enfermedades, no incluidas en el artículo siguiente, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución del mismo; las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente; las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes, que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación.''

El apartado 3 establece la presunción de laboralidad del accidente al disponer que ``se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidentes de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo''. Se trata de una presunción iuris tantum, por lo que admite prueba en contrario y puede ser destruida demostrando la ruptura del nexo causal entre trabajo y lesión<sup>29</sup>.

El apartado 4 del citado precepto recoge dos supuestos en los que se considera que no hay accidente de trabajo. Así, dispone que ``no tendrán la consideración de accidentes de trabajo: los que sean debidos a fuerza mayor extraña al trabajo, entendiéndose por esta la que sea de tal naturaleza que no guarde relación alguna con el trabajo que se ejecutaba al ocurrir el accidente; los que sean debidos a dolo o a imprudencia temeraria del trabajador accidentado''.

Por último, el apartado 5 se refiere a dos circunstancias que no impiden que un accidente sea calificado como de trabajo: ``La imprudencia profesional que sea consecuencia del ejercicio habitual de un trabajo y se derive de la confianza que este inspira; y la concurrencia de culpabilidad civil o criminal del empresario, de un

---

<sup>28</sup> MARTÍNEZ GIRÓN J., y ARUFE VARELA A.: *Derecho de la Seguridad Social*, op.cit. pp. 98, 99 y 100.

<sup>29</sup> MARTÍNEZ GIRÓN J., y ARUFE VARELA A.: *Derecho de la Seguridad Social*, op.cit. p. 100.

*compañero de trabajo del accidentado o de un tercero, salvo que no guarde relación alguna con el trabajo*''<sup>30</sup>.

Por otro lado, el art. 158.1 LGSS se refiere a los accidentes no laborales, que serán aquellos *''que conforme a lo establecido en el artículo 156 no tengan el carácter de accidente de trabajo''*.

## **II.2. Accidentes in itinere**

En el presente caso, los accidentes sufridos por doña Catalina y don Manuel respectivamente, no tienen cabida en la definición de accidente laboral del art. 156.1 de la LGSS, puesto que no se produjeron como consecuencia del desempeño de su puesto de trabajo, sino en un lugar ajeno al mismo y sin relación con su actividad laboral. En el caso de Catalina se produjo después de haber finalizado su jornada laboral, en el autobús, y tras haber ido a una joyería a comprar un regalo para su esposo. En el caso de don Manuel se trata de un accidente de tráfico producido de camino a su lugar de trabajo.

No obstante, el apartado 2 a) del art. 156 de la LGSS recoge los llamados accidentes de trabajo *in itinere* al establecer que *''tendrán la consideración de accidentes de trabajo los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo''*<sup>31</sup>. La jurisprudencia ha concretado los elementos necesarios para poder determinar cuando estamos ante un accidente de este tipo.

En este sentido, la STS de 14 de febrero de 2017<sup>32</sup> dispone que para calificar un accidente como laboral *in itinere* deben concurrir las siguientes circunstancias: *''que la finalidad principal y directa del viaje este determinada por el trabajo (elemento teleológico); que se produzca en el trayecto habitual y normal que debe recorrerse desde el domicilio al lugar de trabajo o viceversa (elemento geográfico); que el accidente se produzca dentro del tiempo prudencial que normalmente se invierte en el trayecto (elemento cronológico); o, lo que es igual, que el recorrido no se vea alterado por desviaciones o alteraciones temporales que no sean normales y obedezcan a motivos de interés particular de tal índole que rompan el nexo causal con la ida o la vuelta del trabajo; que el trayecto se realice con medio normal de transporte (elemento de idoneidad del medio)''*.

En primer lugar está el **elemento geográfico**, según el cual el accidente debe tener lugar en el trayecto normal y habitual entre el domicilio y el lugar de trabajo. No obstante, la jurisprudencia ha ido matizando el concepto de domicilio a estos efectos.

En este sentido, la STS de 26 de diciembre de 2013<sup>33</sup> establece que es accidente *in itinere* el producido al regresar del domicilio familiar al lugar de residencia por razón de trabajo para incorporarse al mismo tras el fin de semana y detalla que *''el accidente sufrido por el actor tiene la consideración de accidente in itinere de acuerdo con el indicado precepto, para lo cual el motivo parte de tres premisas fundamentales: 1ª) que lo decisivo es que el accidente se produzca al ir o al volver del lugar del trabajo, ya que el otro término de referencia puede ser o no el domicilio del trabajador, siempre que se haya operado con criterios de normalidad, 2ª) que en cualquier caso la noción a*

<sup>30</sup> MARTÍNEZ GIRÓN J., y ARUFE VARELA A.: *Derecho de la Seguridad Social*, op.cit. p. 101.

<sup>31</sup> MARTÍNEZ GIRÓN J. ARUFE VARELA A.: *Derecho de la Seguridad Social*, op.cit. p. 104.

<sup>32</sup> ECLI: ES: TS: 2017:878.

<sup>33</sup> ECLI:ES:TS:2013:6487.

*estos efectos del domicilio se ha ampliado, de manera que permitiría incluir el domicilio de fin de semana en el presente caso y 3<sup>o</sup>) que tampoco es relevante que el punto de llegada previsto no sea el centro de trabajo, sino el lugar de residencia habitual del trabajador durante los días laborales, ya que de esta forma aquél puede descansar antes de reincorporarse al trabajo el día siguiente.*'' Por lo tanto, en esta sentencia el TS amplía el concepto de domicilio para incluir la residencia habitual por motivos laborales.

La STS de 14 de febrero de 2011<sup>34</sup> define el concepto de domicilio como *''el lugar cerrado en el que el trabajador desarrolla habitualmente las actividades características de su vida familiar, personal, privada e íntima, es decir, lo que comúnmente se denomina vivienda y que se corresponde con un lugar cerrado y cubierto construido para ser habitado por personas. El abandono de este espacio concreto debe ponerse en relación con el comienzo del trayecto que conduce al desempeño de la actividad laboral, y en el presente caso, el trabajador, cuando ocurre el accidente, el trabajador ya había dejado atrás ese espacio personal y privado que constituía su verdadero domicilio, comenzando el trayecto que normalmente le conducía al centro de trabajo, haciendo uso del medio de transporte que habitualmente utilizaba para reanudar la prestación de servicios.*'' Asimismo, también dispone que *para que haya accidente in itinere lo esencial es que se produzca en el trayecto de ida o vuelta al trabajo, independientemente de que el punto de llegada o salida sea el domicilio: ''Con relación a uno de los factores que conforman el elemento geográfico, es decir, el del domicilio, la Sala lo ha configurado desde antiguo de forma amplia, tal como compendia la sentencia de 29 de septiembre de 1997 (R. 2685/96 ) cuando nos recuerda "que no se trata sólo del domicilio legal, sino del real y hasta del habitual y, en general, del punto normal de llegada y partida del trabajo", precisando además que "lo esencial no es salir del domicilio o volver al domicilio, aunque esto sea lo más corriente y ordinario, lo esencial es ir al lugar del trabajo o volver del lugar del trabajo''.*

En segundo lugar está el **elemento teleológico**, referido al nexo causal el cual implica que la finalidad del desplazamiento debe ser el regreso al domicilio tras salir del lugar de trabajo o la salida del mismo para ir al lugar de trabajo. Cabe destacar que si tiene lugar una interrupción larga no habría accidente *in itinere*, puesto que el nexo causal quebraría.

En tercer lugar está el **elemento cronológico**, referido a la cercanía temporal entre el transcurso del accidente y el momento de entrada o salida del lugar de trabajo.

La STS de 14 de febrero de 2017<sup>35</sup> considera que el hecho de desviarse para dejar a unos compañeros antes de regresar a su domicilio después de salir del trabajo no es una interrupción relevante y, por lo tanto, no supone una ruptura del elemento teleológico: *''El hecho de que el trabajador empleara algo de tiempo en una despedida o charla con comentarios sobre el trabajo del día al bajar del vehículo los compañeros acompañantes - también trabajadores de la misma empresa y también en desplazamiento de regreso del trabajo-, y precisamente a la llegada a sus respectivos domicilios, no rompe la conexión laboral. Ese periodo de tiempo es parte del que corresponde a su propio viaje de vuelta a casa, ocurriendo el fatal accidente en la*

---

<sup>34</sup> ECLI:ES:TS:2011:2257.

<sup>35</sup> ECLI:ES:TS:2017:878.

*continuación del desplazamiento que iba a permitir su conclusión, pudiendo calificarse, en consecuencia, como 'in itinere', por no alterarse el nexo causal”.*

Asimismo, la STSJ de las Islas Baleares de 28 de septiembre de 2017<sup>36</sup> considera que tampoco se rompe el nexo causal por una parada al salir del trabajo para tomar algo con los compañeros, debido a la brevedad de la misma y a que no se incrementó el riesgo, puesto que el trabajador no ingirió bebidas alcohólicas: *“Por tanto, el simple hecho de que el demandante hubiera parado en un bar cercano al centro de trabajo para tomar algo con sus compañeros de trabajo, durando esa parada unos 30 minutos, no sirve para romper por sí sólo el nexo causal entre el trabajo y el accidente, pues como declaró el Tribunal Supremo en las mencionadas sentencias estamos ante una conducta que responde a los patrones usuales de convivencia o comportamiento del común de las gentes. Distinto sería si hubieran concurrido circunstancias que de alguna manera hubieran influido en la producción del accidente al haber incrementado el riesgo. Imaginemos, por ejemplo, que el accidente se produce por un atropello o un accidente conduciendo un vehículo de motor bajo el efecto de las bebidas alcohólicas ingeridas durante la parada.”*

La STSJ de Madrid de 29 de septiembre de 2017<sup>37</sup> considera accidente *in itinere* al sufrido por un trabajador cuando se dirige al lugar de trabajo después de acompañar a un familiar al hospital, dado que lo relevante es acudir o volver del lugar de trabajo, con independencia del punto de salida o llegada: *“la idea básica que subyace en la construcción jurisprudencial del accidente in itinere es que solo puede calificarse como tal aquel que se produce porque el desplazamiento viene impuesto por la obligación de acudir al trabajo. Así pues, lo esencial no es salir del domicilio o volver al domicilio, aunque esto sea lo más corriente y ordinario, lo esencial es ir al lugar de trabajo o volver del lugar de trabajo, por lo que el punto de llegada o vuelta puede no ser el domicilio del trabajador en tanto no se rompa el nexo necesario con el trabajo”.*

La STS de 17 de abril de 2018<sup>38</sup> considera como accidente *in itinere* el accidente de tráfico que tuvo lugar en el autobús de regreso al domicilio del trabajador, aunque éste previamente había parado a realizar una compra, pero dicha interrupción resulta irrelevante debido a su brevedad: *“Es claro que se cumplen de forma indubitada tres de los cuatro elementos configuradores de la laboralidad del accidente [teleológico; geográfico; e idoneidad del medio], y que la única duda puede suscitarse en torno al elemento cronológico, cuya afirmada ruptura por la recurrida se refiere no al tiempo invertido en el trayecto trabajo/domicilio, que fue el habitual en su recorrido y duración (se utilizó el usual medio de transporte), sino a la consideración -irrelevante a juicio de esta Sala- de que su inicio fue demorado menos de una hora por causa de una gestión exclusivamente personal (la compra de yogures en un cercano supermercado)”.*

En esta sentencia el TS también hace referencia a los criterios que permiten concluir que no ha habido una ruptura del nexo causal *“La duda ha de solventarse acogiendo los precedentes flexibilizadores de este Tribunal, cuando ha afirmado que la causalidad no se rompe si la conducta normal del trabajador responde a patrones usuales de convivencia o comportamiento del común de las gentes; que tampoco ha de excluirse la cualidad de accidente de trabajo por la posibilidad de alguna gestión intermedia*

<sup>36</sup> ECLI:ES:TSJBAL:2017:756.

<sup>37</sup> ECLI:ES:TSJM:2017:9838.

<sup>38</sup> ECLI:ES:TS:2018:1588.



*razonable; y que ha de admitirse la razonabilidad de ampliaciones en la protección atendiendo a «criterios de normalidad dentro de los que se produce una conexión también normal entre el desplazamiento y el trabajo. Precedentes estos que nos llevan a considerar que la breve postergación temporal de autos, que incluso la recurrente reduce a mínimos, con inviable pretensión revisoria y argumental, no puede entenderse rupturista del nexo causal, en tanto que la demora por la simple compra de unos yogures no puede sino entenderse -sea o no ama de casa, como en el recurso se argumenta- como una gestión razonable que responde a «patrones usuales» de comportamiento y a criterios de normalidad de conducta, en los términos que refiere nuestra flexibilizadora doctrina.»*

Así pues, en base a la doctrina expuesta **podemos considerar el accidente sufrido por doña Catalina como un accidente laboral *in itinere***, puesto que concurren los tres elementos necesarios: el accidente tiene lugar al volver del lugar de trabajo, en el trayecto habitual en autobús (elemento geográfico); ocurre en un momento próximo a la salida del trabajo (elemento cronológico); y no hay ruptura del nexo causal (elemento teleológico), puesto que aunque realizó una parada en una joyería situada a trescientos metros de su trabajo para comprarle un regalo a su marido, se trata de una interrupción breve, una pequeña desviación sin relevancia, debido a la cercanía de la joyería y a que dicha parada no supuso una interrupción prolongada en el tiempo.

Por otro lado, la jurisprudencia ha considerado que ciertos supuestos no tienen la consideración de accidente *in itinere* debido a ciertas circunstancias, como en el caso de los accidentes de tráfico producidos por el incumplimiento de las normas de circulación o por imprudencia temeraria (en la cual se incluyen las infracciones muy graves de las normas de tráfico), aunque dependiendo de las circunstancias concretas de cada caso, los tribunales en ocasiones sí admiten la calificación como accidente *in itinere*. Así pues, el TS considera que *“la simple infracción de las normas reguladoras del tráfico no implica, por sí sola, la aparición de una conducta imprudente calificada de temeraria, pues es obvio que no todas tienen el mismo alcance e intensidad, debiendo analizarse en cada caso concreto las circunstancias de hecho que concurren en el supuesto litigioso en relación con las particularidades que rodean la conducta del trabajador, que ha de valorarse a los efectos de encuadrarla como temeraria o no”*<sup>39</sup>. Por lo tanto, no existe un criterio unificado, sino que los tribunales deben valorar en cada caso si se dan las circunstancias necesarias para considerar que existe o no imprudencia temeraria.

En este sentido es relevante la STS de 22 de enero de 2008<sup>40</sup>, la cual considera como imprudencia temeraria el hecho de circular en motocicleta en dirección prohibida siendo plenamente consciente de ello, por lo que la colisión que tuvo lugar no se considera accidente de trabajo *in itinere*: *“En el supuesto que aquí ha de resolverse, tal y como se afirma en la sentencia recurrida, la conducta antes descrita en la que incurrió el trabajador hoy recurrente supone realmente una imprudencia temeraria, desde el momento en que el operario asumió indudablemente riesgos manifiestos, innecesarios y especialmente graves ajenos al usual comportamiento de las personas, con conocimiento además de que en aquellos momentos circulaba en sentido contrario a la dirección obligatoria, lo que supone un desprecio del riesgo -para él y para otros usuarios de la vía pública- y la omisión de la diligencia más elemental exigible. En suma, la vulneración de la prohibición conduciendo el ciclomotor de esa forma hasta*

<sup>39</sup> MARTÍNEZ GIRÓN J. ARUFE VARELA A.: *Derecho de la Seguridad Social*, op.cit. p.105.

<sup>40</sup> ECLI:ES:TS:2008:1850.

*colisionar con otro vehículo que circulaba de forma absolutamente reglamentaria y que salió de una calle lateral adyacente supone ciertamente la existencia de una conducta calificable como imprudencia temeraria”.*

La STS de 18 de septiembre de 2007<sup>41</sup> considera que saltarse un semáforo en rojo a sabiendas del peligro que ello entrañaba también constituye imprudencia temeraria y por lo tanto, no hay accidente *in itinere*: “*Es acertado el razonamiento de la sentencia recurrida al fijar la atención en el hecho de que el actor era consciente del peligro que entrañaba el cruce de vías pero, a pesar de conocer el peligro, en horas de gran circulación por aquel lugar, reanudó la marcha asumiendo un riesgo inminente en tales circunstancias de colisión con otros vehículos; por tanto, conocía perfectamente el peligro concreto en el que se encontraba y era previsible que, en tales circunstancias, la reanudación de la marcha cuando le estaba prohibida, fácilmente podía desencadenar una colisión con otro vehículo, como así ocurrió. Esa conducta merece el calificativo de temerariamente imprudente, por revelar un claro desprecio del riesgo conocido y de la más elemental prudencia exigible en tales circunstancias.*”

Por lo tanto, **el accidente sufrido por don Manuel podría ser considerado como accidente *in itinere***, considerando el hecho de que la calle por la que giró a la derecha estando en rojo el semáforo normalmente estaba muy poco concurrida y con dicho semáforo apagado, por lo que no cabría hablar de imprudencia temeraria, ya que don Manuel no contaba con una afluencia más elevada de tráfico que lo normal y estaba habituado a que el semáforo estuviese apagado. También hay que tener en cuenta el hecho de que don Manuel se levantó con dolor de cabeza, además de ser el primer día de trabajo tras las vacaciones, lo cual pudo influir para que no estuviese especialmente atento a las circunstancias concretas del tráfico aquella mañana, confiando en que dicha calle seguiría poco transitada como normalmente lo estaba. Por ello, no se puede afirmar que fuese plenamente consciente del peligro de saltarse el semáforo, ni existiese un dolo eventual, por lo que no cabría hablar de imprudencia temeraria y el accidente debería ser considerado como accidente laboral *in itinere*.

### **II.3. Conclusiones**

En conclusión, en el presente caso **los accidentes sufridos por doña Catalina y don Manuel respectivamente deben ser considerados como accidentes laborales *in itinere***, que son aquellos que sufre el trabajador al ir o volver del lugar de trabajo, según el art 156 apartado 2 a).

La jurisprudencia del TS ha matizado que deben darse una serie de elementos:

- geográfico (el accidente debe ocurrir durante el trayecto entre el domicilio y el lugar de trabajo);
- teleológico (la finalidad del desplazamiento debe ser la ida al trabajo o la vuelta al domicilio, sin haber interrupciones prolongadas);
- y cronológico (el momento en que tenga lugar el accidente debe ser cercano a la entrada o salida del trabajo).

En este sentido, el accidente sufrido por doña Catalina cumple todos los requisitos, puesto que se produce en el autobús durante trayecto de vuelta habitual a su domicilio, en un momento próximo a la salida del trabajo y sin que haya una ruptura importante del nexo causal, puesto que la parada en la joyería para comprarle un reloj a su marido

<sup>41</sup> ECLI:ES:TS:2007:6549.

constituye una interrupción breve e irrelevante, ya que la misma se encontraba muy cerca del lugar de trabajo (a unos trescientos metros) y el tiempo pasado en la misma no tuvo una duración excesiva.

Por último, el accidente sufrido por don Manuel, a pesar de que su causa fue el hecho de haberse saltado un semáforo en rojo, también puede considerarse como accidente *in itinere*, puesto que la jurisprudencia del TS exige, para excluir su calificación como tal, que haya habido imprudencia temeraria o manifiesta, y en este caso no puede afirmarse que él fuese consciente del peligro concreto, dado que se trataba de una calle que normalmente estaba muy poco transitada y con el semáforo apagado, por lo que no se podía esperar que aquel día fuera a estar más transitada que normalmente. Además, debido a sus dolores de cabeza y al hecho de que ese día se reincorporaba tras las vacaciones, puede entenderse que no estuviese especialmente atento a las circunstancias concretas de la vía esa mañana, no siendo consciente del peligro que suponía saltarse el semáforo aquel día en concreto. Por lo tanto, cabe concluir que no hubo dolo, eventual ni directo, ni temeridad manifiesta por su parte, dado que en ningún momento tuvo la intención de realizar una conducta temeraria ni de poner en peligro a otros usuarios de la vía, puesto que el sabía que no solían transitar muchos vehículos por aquella zona y por ello mismo decidió saltarse el semáforo, creyendo que no habría ningún problema con su actuación.

### III. PRÓRROGA DE LA EXCEDENCIA VOLUNTARIA

#### *III.1. Régimen jurídico de la excedencia voluntaria*

La excedencia voluntaria, a diferencia de la forzosa, no se configura en sentido estricto como una causa de suspensión del contrato de trabajo y su regulación la encontramos en el **art. 46 del Estatuto de los Trabajadores**<sup>42</sup>, que en su apartado 2 dispone que *‘el trabajador con al menos una antigüedad en la empresa de un año tiene derecho a que se le reconozca la posibilidad de situarse en excedencia voluntaria por un plazo no menor a cuatro meses y no mayor a cinco años. Este derecho solo podrá ser ejercitado otra vez por el mismo trabajador si han transcurrido cuatro años desde el final de la anterior excedencia voluntaria’*.

El apartado 3 del mismo precepto establece la duración del periodo de excedencia, que será no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo y no superior a dos años para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida. Estos plazos pueden ser superiores si así se establece en los correspondientes convenios colectivos. En el apartado 5 se dispone que en caso de excedencia voluntaria, el trabajador conserva solo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría que se produjesen en la empresa, es decir, no hay una reserva de puesto de trabajo, como sí sucede con la excedencia forzosa<sup>43</sup>.

Por lo tanto, en la excedencia voluntaria hay un menor grado de protección que en la forzosa, dado que no hay derecho a la reincorporación, reserva de plaza ni a que el

<sup>42</sup> BOE núm 255 de 24 de octubre de 2015, en adelante ET.

<sup>43</sup> VELASCO PORTERO M<sup>a</sup> T., y MIRANDA BOTO J M<sup>a</sup>.: *Curso elemental de derecho del trabajo y la Seguridad Social*, op.cit. pp. 200 y 201.

periodo de excedencia se compute como antigüedad, por lo que no se puede afirmar que haya una suspensión del contrato de trabajo en sentido estricto, sino solo el derecho a una expectativa incierta de reingreso en el caso de que haya vacante<sup>44</sup>

Si hubiese una vacante de igual o similar categoría una vez finalizado el periodo de excedencia voluntaria, sí se podría considerar que el contrato estuvo en suspenso, puesto que el trabajador se reincorporaría al puesto, aunque sin que se le computase el tiempo de la excedencia a efectos de antigüedad. No obstante, si no existiese tal vacante, no se podría hablar de suspensión, sino que realmente habría una extinción del contrato de trabajo. Por ello se puede afirmar que *“la excedencia voluntaria en el ET configura en realidad un supuesto de extinción del contrato con derecho condicionado a la readmisión”*<sup>45</sup>.

A pesar de esto, la jurisprudencia ha venido estableciendo que la falta de vacante en el momento de la reincorporación coloca al excedente en una posición de excedencia por tiempo indefinido hasta que se produzca la vacante, pero puesto que esto puede generar una excedencia ilimitada, el TC ha establecido que el juez debe adoptar las medidas oportunas. Asimismo, el convenio colectivo aplicable puede establecer que el reingreso no esté condicionado a la existencia de vacante<sup>46</sup>.

Si al finalizar el periodo de excedencia el trabajador no se reincorpora en el plazo previsto, se producirá la extinción definitiva del contrato de trabajo y si la empresa se niega injustificadamente a readmitirlo, esto se equiparará a un acto de despido, debiendo proceder al pago de la indemnización por despido improcedente. Si se produce morosidad en la readmisión, el trabajador puede pedir indemnización por los daños y perjuicios producidos<sup>47</sup>.

En relación con la readmisión al finalizar el periodo de excedencia voluntaria, la STSJ de Aragón de 23 de septiembre de 2015<sup>48</sup> establece que *“el derecho preferente al reingreso del trabajador en excedencia voluntaria común es un derecho potencial o expectante, condicionado a la existencia de vacante en la empresa, y no un derecho incondicional, ejercitable de manera inmediata en el momento en que el trabajador excedente exprese su voluntad de reingreso, de modo que el derecho del excedente voluntario común sólo puede ejercitarse de manera inmediata cuando el mismo puesto de trabajo u otro similar o equivalente se encuentra disponible en la empresa”*, es decir, el trabajador no tiene derecho a reincorporarse automáticamente siempre, sino sólo cuando exista la vacante, por ello se habla de derecho potencial, condicionado a que se dé esta circunstancia.

### ***III.2. Concesión potestativa de la prórroga por parte de la empresa***

En primer lugar, para ver si se puede obtener la prórroga de la excedencia voluntaria, hay que ver si resulta aplicable algún convenio colectivo y si en él se contiene alguna previsión al respecto. En este caso, resulta aplicable el Convenio Colectivo Estatal de la

<sup>44</sup> MONTOYA MELGAR A.: *Derecho del Trabajo*, Tecnos, 2017, p. 446.

<sup>45</sup> MONTOYA MELGAR A.: *Derecho del Trabajo*, op.cit. p. 446.

<sup>46</sup> MONTOYA MELGAR A.: *Derecho del Trabajo*, op.cit. p. 446.

<sup>47</sup> MONTOYA MELGAR A.: *Derecho del Trabajo*, op.cit. p. 446.

<sup>48</sup> ECLI:ES:TSJAR:2015:542.

empresa Liberty<sup>49</sup>, el cual regula las excedencias en su art. 35, ampliando el plazo de excedencia para el cuidado de familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad a un periodo no superior a tres años, pero sin ninguna mención al respecto de la prórroga de las excedencias voluntarias.

Por lo tanto, hay que acudir a la jurisprudencia para ver qué establece al respecto.

La STSJ de Cataluña de 12 de noviembre de 2002<sup>50</sup> estableció que las prórrogas de las excedencias voluntarias, puesto que no están reguladas, son una concesión potestativa de la empresa, la cual de manera discrecional y sin necesidad de justificación alguna, puede optar por concederlas o denegarlas, puesto que no constituyen un derecho del trabajador, salvo en el caso de que vengan reguladas en el convenio colectivo que resulte de aplicación. La solicitud de prórrogas también puede ser considerada como la de una nueva excedencia voluntaria, en cuyo caso deben transcurrir cuatro años desde que finalizó la anterior excedencia.

La STS de 20 de junio de 2011<sup>51</sup> establece que la **concesión de la prórroga es siempre potestativa por parte de la empresa**, que no queda obligada por el hecho de haberla concedido anteriormente: *“la excedencia voluntaria tiene un carácter excepcional y si la empresa en ocasión anterior había procedido a conceder una ampliación o prórroga de dicha excedencia, ello no implica que dicha concesión de la empresa la vincule para el futuro, en cuanto que puede ser considerada una concesión graciosa por parte de la empresa, que puede acordar o no la misma”*. También reconoce que esto es así debido a los intereses de la propia empresa, que se verían afectados si la concesión de la prórroga fuese de carácter obligatorio: *“el hecho de que el legislador haya aceptado la posibilidad de que la excedencia pueda alcanzar una duración de entre dos y cinco años supone reconocer al trabajador un derecho a suspender su relación laboral con la empresa en función de sus intereses personales, laborales o familiares, pero no lleva implícito el que esa adecuación de sus intereses se haga sin tener en cuenta para nada los intereses de la empresa, pues ésta, una vez concedida la excedencia por el periodo solicitado, tiene derecho a poder organizar sus propios intereses en función del periodo por el que el trabajador optó, y ese derecho quebraría si tuviera que someterse a variaciones ulteriores unilateralmente decididas por el trabajador excedente.”*

Por otro lado, el TS en su sentencia de 11 de diciembre de 2003<sup>52</sup> considera que el hecho de solicitar la prórroga de la excedencia voluntaria que ya se concedió previamente es equivalente a la posibilidad de obtener una nueva excedencia, aunque formalmente se considere como una continuación de la primera: *“Aceptar la posibilidad de que un trabajador en excedencia pueda solicitar una prórroga de la ya concedida con anterioridad equivale materialmente a aceptar la posibilidad de obtener una nueva excedencia aunque formalmente aparezca como una continuación de la primera, y ello no parece compatible con las previsiones legales si se tiene en cuenta, como antes se ha dicho, la excepcionalidad de que en un contrato sinalagmático se acepte la posibilidad de su suspensión por la voluntad exclusiva e injustificada de una de las partes”*. Además, resalta que si se le reconociese al trabajador el derecho a obtener esta prórroga, ello implicaría no tener en cuenta los intereses de la empresa, puesto que

<sup>49</sup> Resolución de 21 de diciembre de 2018, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Liberty Seguros, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A, publicado en BOE núm 20 de 23 de enero de 2019.

<sup>50</sup> ECLI:ES:TSJCAT:2002:1246.

<sup>51</sup> ECLI:ES:TS:2011:4705.

<sup>52</sup> ECLI:ES:TS:2003:143.

*tendría que acatar una alteración del periodo inicial de excedencia acordada unilateralmente por el trabajador: “El hecho de que el legislador haya aceptado la posibilidad de que la excedencia pueda alcanzar una duración de entre dos y cinco años supone reconocer al trabajador un derecho a suspender su relación con la empresa en función de sus intereses personales, laborales o familiares, pero no lleva implícito el que esa adecuación de sus intereses se haga sin tener en cuenta para nada los intereses de la empresa, pues ésta, una vez concedida la excedencia por el período solicitado tiene derecho a poder organizar sus propios intereses en función del período por el que el trabajador optó, y ese derecho quebraría si tuviera que someterse a variaciones ulteriores unilateralmente decididas por el trabajador excedente.”*

En la STSJ de País Vasco de 4 de abril de 2016<sup>53</sup> se dispone que el hecho de que la empresa haya concedido prórrogas de la excedencia voluntaria con anterioridad al trabajador no implica que no pueda denegar posteriores solicitudes de prórroga: *“No obsta a esta conclusión el hecho de que la empresa en dos ocasiones anteriores, haya concedido la prórroga de la excedencia solicitada por el trabajador, ya que esta decisión unilateral de la empresa, por si sola, no genera derecho alguno pues no tiene naturaleza de condición más beneficiosa ni supone un pacto de la empresa con el trabajador, tratándose de un acto de mera liberalidad de la empleadora que se agota en el mismo acto de concesión de cada una de las dos prórrogas, pero que no se proyecta hacia el futuro ni genera derecho alguno a que al trabajador le sean concedidas las prórrogas que vaya solicitando hasta agotar el período máximo de excedencia.”* Por lo tanto, las decisiones previas de la empresa no la vinculan para que deba conceder posteriores prórrogas, es decir, no se genera un derecho a obtener las prórrogas a favor del trabajador.

La STSJ de Andalucía de 1 de febrero de 2018<sup>54</sup> establece la imposibilidad del trabajador de interpretar la falta de respuesta a su solicitud de prórroga como una aceptación tácita de la misma por parte de la empresa : *“la excedencia voluntaria es un derecho reconocido a los trabajadores en determinadas circunstancias que se definen legal y convencionalmente, pero aquéllos no pueden definir su propio derecho a voluntad, sino que para la efectiva constitución de la situación o para su prórroga se necesita el concurso de la empresa mediante su reconocimiento, pues de tal situación se derivan derechos, obligaciones y expectativas para ambas partes. La falta de contestación empresarial a la solicitud de inicio o prórroga de la excedencia no permite al trabajador situarse lícitamente en la misma, sino que le obliga a instar su reconocimiento judicial.”* Asimismo, si dicha situación persiste a pesar de la reiteración de la solicitud, tampoco podrá considerarse aceptada la misma *“No puede aceptarse el criterio de instancia de que tal falta de contestación de la empresa constituya una negligencia por su parte o un reconocimiento tácito de la situación. Y el continuado silencio empresarial ante la reiteración de la solicitud de prórroga que efectúa el trabajador tampoco puede ser interpretado como aceptación y aquiescencia con la situación que le impida contestar ulteriormente negando el derecho a la prórroga, como es el caso.”*

A este extremo se refiere también la STSJ de Galicia de 16 de marzo de 2015<sup>55</sup> que confirma el silencio negativo en relación a la solicitud de prórrogas de la excedencia voluntaria, por lo que el trabajador no puede, a falta de respuesta expresa, situarse

<sup>53</sup> ECLI:ES:TSJPV:2016:644.

<sup>54</sup> ECLI:ES:TSJAND:2018:1014.

<sup>55</sup> ECLI:ES:TSJG:2015:1635.

nuevamente en dicha situación: “*El trabajador no puede imponer unilateralmente la empresa la prórroga de la excedencia voluntaria. Ello supone que si una vez solicitada la prórroga el trabajador no obtiene contestación de la empresa debe acudir a la jurisdicción social para el reconocimiento del derecho y no comenzar unilateralmente la prórroga*”. En base a lo indicado la norma general es que el silencio de la empresa, ante tal solicitud de prórroga no pueda entenderse en forma positiva (concesión), sino negativa.

La STSJ de Murcia de 17 de junio de 2016<sup>56</sup> dispone que “*el trabajador no tiene derecho a una nueva prórroga, incluso cuando con anterioridad ya le había sido concedida y ello porque la excedencia voluntaria constituye un supuesto atípico de suspensión del contrato de trabajo que, al igual que los demás supuestos reflejados en el art 45 ET constituye una alteración de la normalidad laboral y como tal alteración exige que las normas que regulan su ejercicio sean interpretadas en su estricto sentido*”.

Por lo tanto, doña Ana podrá solicitar una prórroga de su excedencia voluntaria, puesto que el periodo máximo de duración para el cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad es de tres años, según lo dispuesto en el art. 35 del Convenio Colectivo Liberty, y ella solamente estuvo dos, pero dado que esta cuestión de la concesión de la prórroga no cuenta con previsiones legislativas ni se encuentra regulada en el Convenio Colectivo Liberty, la empresa no tiene ningún deber legal de concedérsela, sino que se tratará de una decisión potestativa por parte de la misma, sin que tenga que mediar ninguna justificación para proceder a denegársela.

### ***III.3. Conclusiones***

En conclusión, en el presente caso doña Ana puede solicitar una prórroga de su excedencia voluntaria para cuidar de su madre, puesto que según el art. 35 del Convenio Colectivo Liberty el plazo máximo es de tres años y ella estuvo en situación de excedencia durante dos años. No obstante, al no existir ninguna previsión al respecto en el convenio aplicable, el Convenio Colectivo Liberty, la empresa no tiene ninguna obligación legal de concederle la prórroga, que podrá ser denegada sin alegar justificación alguna, puesto que su **concesión es potestativa**, conforme viene estableciendo la jurisprudencia.

Por lo tanto, la concesión de prórrogas no es un derecho del trabajador ni un deber de la empresa, sino una concesión potestativa por parte de ésta última, y el hecho de haber concedido prórrogas en ocasiones anteriores no resulta vinculante en ningún caso, por lo que la empresa siempre decidirá de forma discrecional, en atención a sus respectivos intereses. Asimismo, si no hay respuesta a la solicitud, el silencio debe entenderse como negativo siempre y el trabajador no puede unilateralmente colocarse en situación de excedencia nuevamente.

## **IV. AFECTACIÓN DEL CONTROL EMPRESARIAL DE LOS MEDIOS INFORMÁTICOS A LA INTIMIDAD DEL TRABAJADOR**

### ***IV.1. El derecho a la intimidad en el ámbito laboral: aspectos generales***

---

<sup>56</sup> ECLI:ES:TSJMU:2016:1504.

El derecho a la intimidad está reconocido como un derecho fundamental en la Constitución española (en adelante CE), en su art. 18.1. Se trata del espacio reservado a los asuntos del sujeto frente a interferencias externas, y está claramente conectado con la dignidad de la persona (art. 10.1 de la CE). La Ley Orgánica 1/1982 de Protección del Honor, la Intimidad Personal y Familiar y la Propia Imagen concreta el perfil de este derecho al tipificar las intromisiones ilegítimas en su esfera, delimitando ciertas excepciones<sup>57</sup>.

Las referencias a este derecho en la normativa laboral se contienen en los **arts. 4.2 apartado e) y 18 del ET**<sup>58</sup>. El primero establece que en la relación de trabajo los trabajadores tienen derecho al respeto de su intimidad, mientras que el segundo se refiere a la inviolabilidad de la persona del trabajador, disponiendo que *“solo podrán realizarse registros sobre la persona del trabajador, en sus taquillas y efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. En su realización se respetará al máximo la dignidad e intimidad del trabajador y se contará con la asistencia de un representante de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa siempre que ello fuera posible”*.

De este último precepto se deduce que el derecho a la intimidad no es absoluto, sino que puede ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que ello sea necesario y proporcionado para conseguir el fin legítimo previsto, y respetando en todo caso su contenido esencial así como la dignidad del trabajador<sup>59</sup>.

*“El derecho a la intimidad supone la existencia de un ámbito propio y reservado frente al conocimiento y la acción de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana, y ese ámbito ha de respetarse también en el marco de las relaciones laborales, en las que es factible en ocasiones acceder a informaciones atinentes a la vida íntima y familiar del trabajador que pueden ser lesivas para el derecho a la intimidad”* De esto se deriva que determinadas formas de control empresarial puedan ser incompatibles con este derecho<sup>60</sup>.

#### ***IV.2. Vulneración de la intimidad del trabajador por el control empresarial de los ordenadores***

Respecto al control empresarial de los medios informáticos de la empresa, es el empresario a quien le corresponde, en ejercicio de sus facultades de autoorganización, dirección y control, establecer las condiciones de uso de los mismos, respetando en todo momento los derechos fundamentales<sup>61</sup>. Se trata del poder de control del empresario, que viene reconocido en el art. 20.3 del ET, el cual le confiere la facultad para *“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”*, es decir, el

---

<sup>57</sup> LEFEVBRE F.: *Despido y otras formas de extinción del contrato de trabajo*, Lefevbre el Derecho S.A, Madrid, 2018, p.265.

<sup>58</sup> LEFEVBRE F.: *Despido y otras formas de extinción del contrato de trabajo*, op.cit. p.265.

<sup>59</sup> LEFEVBRE F.: *Despido y otras formas de extinción del contrato de trabajo*, op.cit. p.265.

<sup>60</sup> LEFEVBRE F.: *Despido y otras formas de extinción del contrato de trabajo*, op.ci p.266.

<sup>61</sup> LEFEVBRE F.: *Despido y otras formas de extinción del contrato de trabajo*, op.cit. p.266.



empresario puede controlar que el trabajador cumpla adecuadamente su obligación, respetando en todo momento su dignidad<sup>62</sup>.

Así, en los casos en que el trabajador utiliza medios informáticos facilitados por la empresa, pueden producirse conflictos que afectan a su intimidad, tanto en el correo electrónico, en cuyo caso hay una afectación del secreto de las comunicaciones, como en la navegación por internet y el acceso a determinados archivos personales del ordenador. La controversia surge cuando el trabajador les da un uso personal, en lugar de meramente laboral, a los medios electrónicos facilitados por la empresa<sup>63</sup>.

En este sentido, cabe señalar que la jurisprudencia laboral ha cambiado su postura al respecto a partir de la **sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante STEDH) de 5 de septiembre de 2017<sup>64</sup>, en el caso Barvulescu contra Rumanía.**

En primer lugar nos referiremos a la jurisprudencia anterior a la citada sentencia. Así la STS de 26 de septiembre de 2007<sup>65</sup> admite usos personales que no estén expresamente prohibidos, siempre que sean moderados: *“En este punto es necesario recordar lo que ya se dijo sobre la existencia de un hábito social generalizado de tolerancia con ciertos usos personales moderados de los medios informáticos y de comunicación facilitados por la empresa a los trabajadores. Esa tolerancia crea una expectativa también general de confidencialidad en esos usos; expectativa que no puede ser desconocida, aunque tampoco convertirse en un impedimento permanente del control empresarial porque, aunque el trabajador tiene derecho al respeto a su intimidad, no puede imponer ese respeto cuando utiliza un medio proporcionado por la empresa en contra de las instrucciones establecidas por ésta para su uso y al margen de los controles previstos para esa utilización y para garantizar la permanencia del servicio.”*

Asimismo, el Tribunal Constitucional señaló que el trabajador no puede impedir el control empresarial invocando su derecho a la intimidad cuando la empresa ha establecido la prohibición expresa de usar los medios informáticos de la misma para fines propios. En este sentido, la STC de 17 de diciembre de 2012<sup>66</sup>, relativa a dos trabajadoras que instalaron un programa de mensajería en los ordenadores de la empresa a pesar de la prohibición expresa de ésta, señala lo siguiente: *“Por lo tanto, no existiendo una situación de tolerancia a la instalación de programas y por ende, al uso personal del ordenador, no podía existir una expectativa razonable de confidencialidad derivada de la utilización del programa instalado, que era de acceso totalmente abierto y además incurría en contravención de la orden empresarial”*, es decir, no podían ampararse en su derecho a la intimidad para justificar su actuación.

La STC de 7 de octubre de 2013<sup>67</sup> también hace referencia a la necesaria existencia de una expectativa razonable de confidencialidad para que se pueda entender vulnerado el derecho a la intimidad: *“Tampoco en este caso podemos apreciar que el trabajador contara con una expectativa razonable de privacidad respecto a sus correos electrónicos registrados en el ordenador de la entidad empresarial. Conforme a lo*

---

<sup>62</sup> VELASCO PORTERO M<sup>a</sup> T., y MIRANDA BOTO J. M<sup>a</sup>: *Curso elemental de derecho del trabajo y la Seguridad Social*, op.cit. p.156.

<sup>63</sup> LEFEVRE F.: *Despido y otras formas de extinción del contrato de trabajo*, op.cit. p.266.

<sup>64</sup> ECLI:ECLI:CE:ECHR:2017:0905JUD006149608.

<sup>65</sup> ECLI:ES:TS:2007:6128.

<sup>66</sup> ECLI:ES:TC:2012:241.

<sup>67</sup> ECLI:ES:TC:2013:170.

razonado en el fundamento anterior, la habilitación por la empresa de esta herramienta informática como medio para llevar a cabo el adecuado cumplimiento de la prestación de trabajo y el hecho de que su uso para fines distintos de los relacionados con el contenido de la prestación laboral estuviera tipificado en el Convenio colectivo aplicable como infracción sancionable impiden considerar que su utilización quedara al margen del control empresarial”. Así pues, el TC reitera nuevamente que la finalidad de los medios informáticos y la existencia de una prohibición respecto de usos ajenos a la misma impiden que pueda haber una expectativa razonable de confidencialidad al respecto.

**La citada STEDH de 5 de septiembre de 2017**<sup>68</sup> supuso un cambio relevante en esta materia al establecer ciertos requisitos para que la monitorización y el acceso a las comunicaciones personales que los trabajadores han realizado a través de los medios informáticos que la empresa ha puesto a su disposición sean lícitas, dado que si no se dan vulnerarían el art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el cual establece que “*toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia*”. En concreto, la sentencia dispone en su apartado 119 que se deben tener en cuenta “*los siguientes factores*”:

i) *¿El empleado ha sido informado de la posibilidad de que el empleador tome medidas para supervisar su correspondencia y otras comunicaciones, así como la aplicación de tales medidas? Si bien en la práctica esta información puede ser comunicada efectivamente al personal de diversas maneras, según las especificidades fácticas de cada caso, el Tribunal considera que, para que las medidas puedan ser consideradas conforme a los requisitos del artículo 8 del Convenio, la advertencia debe ser, en principio, clara en cuanto a la naturaleza de la supervisión y antes del establecimiento de la misma.*

ii) *¿Cuál fue el alcance de la supervisión realizada del empleador y el grado de intrusión en la vida privada del empleado? A este respecto, debe hacerse una distinción entre el control del flujo de comunicaciones y el de su contenido. También se debería tener en cuenta si la supervisión de las comunicaciones se ha realizado sobre la totalidad o sólo una parte de ellas y si ha sido o no limitado en el tiempo y el número de personas que han tenido acceso a sus resultados. Lo mismo se aplica a los límites espaciales de la vigilancia.*

iii) *¿El empleador ha presentado argumentos legítimos para justificar la vigilancia de las comunicaciones y el acceso a su contenido...Dado que la vigilancia del contenido de las comunicaciones es por su naturaleza un método mucho más invasivo, requiere justificaciones más fundamentadas.*

iv) *¿Habría sido posible establecer un sistema de vigilancia basado en medios y medidas menos intrusivos que el acceso directo al contenido de comunicaciones del empleado? A este respecto, es necesario evaluar, en función de las circunstancias particulares de cada caso, si el objetivo perseguido por el empresario puede alcanzarse sin que éste tenga pleno y directo acceso al contenido de las comunicaciones del empleado.*

v) *¿Cuáles fueron las consecuencias de la supervisión para el empleado afectado ... con las referencias citadas? ¿De qué modo utilizó el empresario los resultados de la*

---

<sup>68</sup> ECLI:ECLI:CE:ECHR:2017:0905JUD006149608.

*medida de vigilancia, concretamente si los resultados se utilizaron para alcanzar el objetivo declarado de la medida...?*

*vi) ¿Al empleado se le ofrecieron garantías adecuadas, particularmente cuando las medidas de supervisión del empleador tenían carácter intrusivo? En particular, estas garantías debían impedir que el empleador tuviera acceso al contenido de las comunicaciones en cuestión sin que el empleado hubiera sido previamente notificado de tal eventualidad.”*

Por lo tanto, los REQUISITOS NECESARIOS para que la monitorización de los medios informáticos del trabajador por parte de la empresa sea lícita se resumen en

- haberle notificado previamente a los trabajadores la implantación de sistemas de control y vigilancia;
- la existencia de una razón legítima que justifique ese control; y
- la inexistencia de otros medios menos intrusivos para controlar el incumplimiento.

Asimismo, también hay que valorar el alcance de la supervisión y sus consecuencias, así como las garantías que se le ofrecieron al empleado.

En base a esta doctrina podemos concluir que en el presente caso **la monitorización del ordenador de doña Ana por parte de su empresa constituye una vulneración de su derecho a la intimidad** (art 18.1 de la CE), puesto que no se da ninguno de los citados requisitos.

En primer lugar, en el presente caso no hubo ninguna notificación previa de la implantación de tales medidas de vigilancia, sino que la empresa únicamente se les entregó a todos los empleados en el mes de enero de 2016 una carta en la que se comunicaba que quedaba terminantemente prohibido el uso de medios de la empresa para fines propios tanto dentro como fuera del horario de trabajo, pero en ningún momento se les advirtió de que la empresa iba a proceder a monitorear los ordenadores para comprobar que se cumpliera dicha prohibición. Así pues, no cabe afirmar que se les hayan ofrecido las garantías necesarias a los trabajadores, dado que en ningún momento se les comunicó nada acerca de la implantación de tales medidas ni de su alcance.

En segundo lugar, debía haber una razón legítima que justificase tal control, pero la empresa se limitó a justificar que tal medida se aplicó ante la existencia de una sospecha general de que se estaba incumpliendo la norma por parte de los trabajadores, sin individualizar dicha sospecha en personas concretas ni aportar razones justificadas que permitan fundamentar adecuadamente esa sospecha.

En tercer lugar, en cuanto a la inexistencia de otros medios menos intrusivos para controlar el incumplimiento, tampoco se ha justificado proceder a monitorizar los ordenadores de todos los trabajadores sea una medida proporcional y adecuada, puesto que al haber simplemente una sospecha general, sin indicios fundados, podría haberse empleado un sistema de vigilancia alternativo y menos lesivo que el acceso directo a los ordenadores.

En este sentido la STS de 8 de febrero de 2018<sup>69</sup> hace referencia a la doctrina sentada por la STEDH de 5 de septiembre de 2017, considerando que la misma puede reconducirse a los juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad: *“La lectura de los prolijos razonamientos utilizados por el TEDH en el caso Barbulescu pone de manifiesto que el norte de su resolución estriba en la ponderación de los intereses en juego al objeto de alcanzar un justo equilibrio entre el derecho del trabajador al respeto de su vida privada y de su correspondencia y los intereses de la empresa empleadora. Y al efecto son decisivos factores a tener en cuenta: a) el grado de intromisión del empresario; b) la concurrencia de legítima razón empresarial justificativa de la monitorización; c) la inexistencia o existencia de medios menos intrusivos para la consecución del mismo objetivo; d) el destino dado por la empresa al resultado del control; e) la previsión de garantías para el trabajador.”*“Los factores que acabamos de relatar y que para el TEDH deben tenerse en cuenta en la obligada ponderación de intereses, creemos que se reconducen básicamente a los tres sucesivos juicios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad”

Por último, cabe destacar la modificación efectuada a raíz de la anterior doctrina en el ET por la disposición final decimotercera de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre<sup>70</sup>, que añade el art. 20 bis, relativo a los derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y la desconexión, el cual dispone lo siguiente: *“Los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”*.

### **IV.3. Conclusiones**

En el presente caso **el control empresarial de los ordenadores mediante la monitorización de los mismos con el fin de visualizar las pantallas a las que accedían los trabajadores** para comprobar si estaban incumpliendo la prohibición de su uso para fines personales constituye una **vulneración de su derecho a la intimidad** reconocido en el art 18.1 CE. Esto es así de conformidad con la doctrina establecida por el TEDH en la STEDH de 5 de septiembre de 2017, que apartándose del criterio de la necesaria existencia de una expectativa razonable de confidencialidad mantenido hasta entonces por nuestra jurisprudencia, pasa a sostener que deben darse una serie de requisitos para que el control empresarial de los medios telemáticos sea lícito.

En primer lugar, la empresa debería haberles notificado previamente a los trabajadores su intención de instalar el software de monitorización para controlar que se respetase la prohibición, pero en su lugar procedió a llevarla a cabo sin ningún tipo de aviso previo ni posterior.

En segundo lugar, no puede considerarse que una sospecha general de que se está incumpliendo la normativa, sin indicios fundados de ningún incumplimiento individualizado, sea una razón legítima que justifique dicha intromisión, puesto que si bien el empresario en ejercicio de su poder de control, reconocido en el art 20.3 ET, puede llevar a cabo actos de vigilancia y control, las medidas que se adopten al respecto deben estar adecuadamente motivadas, es decir, debe haber una razón objetiva y

<sup>69</sup> ECLI:ES:TS:2018:594.

<sup>70</sup> Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, publicada en el BOE núm. 294 de 6 de diciembre de 2018.

suficiente, no siendo pertinente una mera sospecha general sin ningún tipo de indicio probatorio.

Por último, no puede considerarse que no existan otras medidas más proporcionales y menos intrusivas que la de monitorizar los ordenadores para comprobar el incumplimiento, en especial cuando la razón que justifica dicha medida carece de la solidez suficiente para justificar tal intromisión.

Por lo tanto, **se ha vulnerado el derecho a la intimidad de doña Ana**, puesto que la empresa ha monitorizado su ordenador sin comunicación previa, sin haber una razón legítima que justifique tal intromisión, sino una mera sospecha general, y sin que tal medida sea adecuada y proporcional al fin perseguido.

## V-CALIFICACIÓN JURÍDICA DEL DESPIDO

### V.1. Régimen jurídico del despido disciplinario

El despido disciplinario se encuentra regulado en los arts. **54, 55, 56 y 57 del ET**<sup>71</sup>. Consiste en la extinción del contrato de trabajo por decisión del empresario basada en un incumplimiento grave y culpable del trabajador<sup>72</sup>. El art. 54 en su apartado 2 establece que se consideran incumplimientos contractuales: *“las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo; la indisciplina o desobediencia en el trabajo; 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 transgresión de la buena fe contractual y el abuso de confianza en el desempeño del trabajo; la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado; la embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo; 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.”*

El artículo 55 en su apartado 3 dispone que el despido será calificado como procedente, improcedente o nulo. El apartado 4 considera que el despido es procedente cuando se acredite el incumplimiento alegado por el empresario en su escrito de comunicación e improcedente en caso contrario o cuando su forma no se ajuste a lo establecido en el apartado 1, que exige notificarlo por escrito al trabajador haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en la que tendrá efectos. El apartado 5 se refiere al despido nulo, que será aquel que incurra en alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien el que se produzca con vulneración de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador. El despido también será nulo en una serie de supuestos referidos a trabajadoras embarazadas o que se reintegren al trabajo después del parto, adopción o acogimiento, siempre y cuando el despido sea debido a estos motivos. Cabe destacar que la doctrina del TC, ya desde la STC 34/1984 de 9 de marzo, estableció que la carga de la prueba le corresponde al empresario, el cual debe probar la procedencia del despido, aunque el trabajador debe probar previamente la concurrencia de indicios racionales de discriminación<sup>73</sup>.

<sup>71</sup> BOE núm 255 de 24 de octubre.

<sup>72</sup> MARTÍNEZ GIRÓN J. ARUFE VARELA A.: *Derecho crítico del trabajo. Critical labor law*, Atelier, Barcelona, 2016, p.165.

<sup>73</sup> LEFEBVRE F.: *Despido y otras formas de extinción del contrato de trabajo*, op.cit. p.269.

Este criterio sigue vigente a día de hoy, un ejemplo es la STS de 24 de febrero de 2016<sup>74</sup>, que reitera lo dicho anteriormente: si el trabajador alega la existencia de un despido nulo, será la empresa quien deba probar que los hechos motivadores de la decisión son legítimos y no atentan contra los derechos fundamentales del trabajador.

## ***V.2. Despido nulo por vulneración de derechos fundamentales***

En el presente caso el despido de doña Ana debe ser calificado como nulo, puesto que se ha producido vulnerando su derecho a la intimidad, ya que, como hemos analizado previamente en el apartado anterior, la empresa procedió a monitorizar los ordenadores sin previo aviso a los trabajadores, sino que únicamente se limitó a advertir que quedaba prohibido el uso de los dispositivos de la empresa para fines personales o ajenos al trabajo. Por lo tanto, al tratarse de un despido nulo, la empresa debe readmitir a la trabajadora con abono de los salarios dejados de percibir, en virtud de lo establecido en el art. 55 apartado 6 del ET.

En efecto, la principal consecuencia jurídica de la declaración de nulidad del despido es la readmisión obligatoria de la trabajadora a su puesto de trabajo. Se trata de una obligación del empresario, que no puede extinguir la relación laboral con anterioridad a la readmisión<sup>75</sup>.

En segundo lugar, el empresario debe abonarle al trabajador los salarios de tramitación, es decir, aquellos dejados de percibir durante el periodo en que tuvo lugar el proceso, desde que el despido fue efectivo hasta la readmisión del trabajador<sup>76</sup>.

En tercer lugar, en virtud de lo dispuesto en el art. 183.1 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social<sup>77</sup> y dado que se trata de un despido nulo por vulneración de un derecho fundamental, la intimidad, el juez debe establecer la cuantía de la indemnización que le corresponde a la trabajadora, para lo cual debe tener en cuenta la naturaleza de los daños, que pueden ser patrimoniales o morales. Los daños patrimoniales abarcan las consecuencias negativas que dicha vulneración ha producido en la esfera patrimonial del trabajador perjudicado, es decir, el daño económico, dentro del cual hay que considerar dos vertientes: el daño emergente, por ejemplo los mayores gastos que debe soportar en cuanto a hospedaje o transportes; y el lucro cesante, referido a la pérdida de ingresos, puesto que tras el despido se deja de percibir el salario, y también de las expectativas de mejora profesional. Por otro lado, los daños morales afectan a bienes o derechos estrictamente personales, y están referidos al impacto psíquico que pueden producir ciertas conductas, actividades o resultados, tanto si implican bienes materiales o extrapatrimoniales, dentro del ámbito de la personalidad. Para determinar su existencia, el juez debe analizar si en la demanda se contienen suficientes elementos, factores, descripciones o valoraciones que permitan identificarlos<sup>78</sup>.

---

<sup>74</sup> ECLI:ES:TS:2016:152.

<sup>75</sup> LEFEBVRE F.: *Despido y otras formas de extinción del contrato de trabajo*, op.cit. p. 270.

<sup>76</sup> LEFEBVRE F.: *Despido y otras formas de extinción del contrato de trabajo*, op.cit. p. 270.

<sup>77</sup> Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, publicada en BOE núm. 245 de 11 de octubre de 2011, en adelante LRJS.

<sup>78</sup> LEFEBVRE F.: *Despido y otras formas de extinción del contrato de trabajo*, op.cit. p. 270.

Por lo tanto, los daños morales están referidos al impacto psíquico o espiritual que ciertas conductas, actividades o resultados pueden producir en el trabajador afectado, independientemente de la naturaleza patrimonial o extrapatrimonial del bien, derecho o interés que ha sido lesionado. *''El daño moral no afecta al patrimonio ni se identifica con el lucro cesante, aunque puede derivar de un daño patrimonial, pero puede significar malestar, zozobra, desasosiego, indignación, perturbación, ansiedad, preocupación susceptible de generar desestabilización e inquietud, inestabilidad emocional, personal y familiar del ciudadano medio, etc...disfunciones que pueden tener una compensación económica''*<sup>79</sup>.

Así, para fijar la indemnización que corresponda habrá que valorar la entidad del daño, el sufrimiento de los afectados y la cantidad reclamada. La doctrina del Tribunal Supremo en esta materia ha ido evolucionando: en un primer momento se procedía a la concesión automática, puesto que se entendía procedente la condena al pago de la indemnización por los daños morales causados sin necesidad de acreditar un perjuicio específico, puesto que éste se presumía; posteriormente se empezaron a exigir elementos básicos que justificasen suficientemente la indemnización, así como indicios suficientes para fundamentar la condena. Actualmente este criterio se ha modificado<sup>80</sup>.

En este sentido, la STSJ de Andalucía de 9 de diciembre de 2015<sup>81</sup> dispone que *''en los supuestos de despido nulo por vulneración de derechos fundamentales, además de las consecuencias propias de la declaración de nulidad del despido (la readmisión del trabajador con abono de los correspondientes salarios de tramitación), también deberá fijarse una indemnización adicional por los daños y perjuicios derivados de la vulneración del derecho fundamental, siempre y cuando estos daños y perjuicios hayan sido solicitados expresamente en la demanda. La Sala considera que, tras la nueva regulación en la materia establecida por el referido artículo 183 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, siempre que se haya producido una vulneración de un derecho fundamental en el ámbito de una relación laboral, la sentencia que se dicte en esta modalidad procesal de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas no debe limitarse a declarar la existencia de la vulneración, acordando la nulidad radical de la actuación del empleador y ordenando el cese inmediato de la actuación contraria a los derechos fundamentales con el restablecimiento del demandante en la integridad de su derecho y la reposición de la situación al momento anterior a producirse la lesión del derecho fundamental, sino que necesariamente deberá fijar la indemnización correspondiente al demandante que ha sufrido la vulneración del derecho fundamental, independientemente de que se hayan acreditado o no la existencia de concretos y determinados perjuicios económicos para el demandante como consecuencia de la vulneración del derecho, pues se parte de la base de que dicha vulneración ha tenido que producir necesariamente unos daños morales para el demandante, los cuales serán determinados prudencialmente por el tribunal cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil o costosa. En definitiva, el precepto viene a distinguir entre los daños morales, los cuales se generan automáticamente cuando se haya producido la vulneración del derecho fundamental, daños que serán fijados prudencialmente por el tribunal siempre y cuando hayan sido reclamados por el actor en su demanda, y otros daños y perjuicios adicionales derivados de la vulneración del derecho fundamental, los cuales sí exigirán la cumplida acreditación y prueba por parte de demandante''*.

<sup>79</sup> LEFEBVRE F.: *Despido y otras formas de extinción del contrato de trabajo*, op.cit. p. 270.

<sup>80</sup> LEFEBVRE F.: *Despido y otras formas de extinción del contrato de trabajo*, op.cit. p. 271.

<sup>81</sup> ECLI:ES:TSJAND:2015:1299.

Por lo tanto, en esta sentencia el TSJ de Andalucía establece que la indemnización que se le conceda al trabajador en el caso de despidos nulos por vulneración de derechos fundamentales debe incluir siempre los daños morales, puesto que se originarán siempre que haya una lesión de derechos fundamentales.

En lo referente al modo de calcular la cuantía de la indemnización, la legislación no establece los parámetros a tener en cuenta, por lo que el juez debe proceder a fijarla de forma discrecional, teniendo en cuenta las particularidades de cada caso. Así pues, el importe que se fije debe ser adecuado a su doble finalidad prevista en el art. 183.2 de la LRJV: contribuir a la prevención del daño y resarcir suficientemente a la persona afectada, así como restablecerla, en la medida de lo posible, en la situación anterior a la vulneración<sup>82</sup>.

En este sentido, el TS ha establecido la admisibilidad de la aplicación analógica de los baremos sancionadores previstos en la Ley de Infracciones y Sanciones del Orden Social (en adelante LISOS). La STS de 5 de octubre de 2017<sup>83</sup> se refiere a este punto, haciendo referencia asimismo a la jurisprudencia constitucional: *“El importe del resarcimiento fijado prudencialmente por el órgano judicial de instancia únicamente debe ser corregido o suprimido cuando se presente desorbitado, injusto, desproporcionado o irrazonable. Asimismo, la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas por la LISOS ha sido admitida por la jurisprudencia constitucional (STC 247/ 2006) y puede seguir teniéndose como parámetro razonable.”*

En concreto, la STC de 24 de julio de 2006<sup>84</sup> dispone lo siguiente: *“en todo caso, debe recordarse que el demandante de amparo no se limitó a reclamar una indemnización por los daños económicos y morales que le ocasionaba la conducta antisindical de la Consejería demandada, sino que, atendiendo a que no se trataba de una conducta aislada, sino que tenía carácter reincidente, y tomando como referencia el Real Decreto Legislativo 5/2000 de 4 de agosto, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social, que cuantificaba la indemnización reclamada en diez millones de pesetas. En tal sentido, debe tenerse en cuenta que una conducta empresarial que pudiera estimarse constitutiva de discriminación antisindical constituye una infracción muy grave, de conformidad con el artículo 8.13 del citado texto refundido, sancionable con multa que, en su grado máximo, puede rebasar con creces la cuantía reclamada por el demandante”* Esto significa que reconoce la idoneidad de los criterios contenidos en la LISOS para cuantificar las indemnizaciones que incluyan daños morales producidos a los trabajadores.

La STS de 26 de abril de 2016<sup>85</sup> reitera la validez de la doctrina *“conforme a la cual el importe del resarcimiento fijado prudencialmente por el órgano judicial de instancia únicamente debe ser suprimido o corregido cuando se presente desorbitado, injusto, desproporcionado o irrazonable”*, es decir, el juez de instancia tiene un margen de discrecionalidad para fijar la cuantía de la indemnización, pero sin que ésta pueda resultar excesiva o escasa atendiendo a las particularidades del caso. También se hace

---

<sup>82</sup> LEFEBVRE F.: *Despido y otras formas de extinción del contrato de trabajo*, op.cit. p. 272.

<sup>83</sup> ECLI:ES:TS:2017:3908.

<sup>84</sup> ECLI:ES:TC:2006:247.

<sup>85</sup> ECLI:ES:TS:2016:2034.



referencia a la utilización del criterio orientador de las sanciones pecuniarias previstas en la LISOS como parámetro razonable para el cálculo de las indemnizaciones.

En la STS de 17 de diciembre de 2013<sup>86</sup> se resalta que *''los daños morales resultan indisolublemente unidos a la vulneración del derecho fundamental y que tratándose de daños morales cuando resulte difícil su estimación detallada deberán flexibilizarse, en lo necesario, las exigencias normales para la determinación de la indemnización''*, lo cual quiere decir que cuando un despido sea declarado nulo por haberse producido con vulneración de derechos fundamentales habrá daños morales siempre, y si es complicado determinarlos, deberá adoptarse un criterio flexible.

Por otro lado, en cuanto a la readmisión, el trabajador debe reincorporarse en el mismo puesto y con las mismas condiciones que tenía antes de ser despedido. En este sentido la STSJ de la Comunidad Valenciana de 21 de febrero de 2012<sup>87</sup> estima la demanda de una trabajadora cuya readmisión se produjo en condiciones diferentes a las que tenía antes de producirse el despido. En concreto la sentencia establece lo siguiente: *''Y a la vista de todo lo expuesto, no podemos sino concluir que la readmisión efectuada ha sido irregular dado que la actora no fue readmitida en las mismas condiciones que tenía con anterioridad al despido''* *''la Generalidad lo que debió hacer es cumplir en sus propios términos la sentencia que la condenaba a la readmisión de la trabajadora en las mismas condiciones en las que se prestaba la relación laboral (en su puesto de trabajo por relación laboral de carácter indefinido) lo que no hizo''*.

En cuanto a la compatibilidad de la indemnización por vulneración de derechos fundamentales con otras que pudiesen concurrir, se admite que sea compatible con la indemnización por modificación o extinción del contrato de trabajo, en caso de que sea imposible readmitir al trabajador o hacerlo en idénticas condiciones en las que se encontraba antes de ser despedido. Esto es así debido a que ambas indemnizaciones responden a la protección de intereses diferentes<sup>88</sup>.

También hay que tener en cuenta que el importe de los honorarios satisfechos al Abogado no puede incluirse dentro de la citada indemnización<sup>89</sup>. Así lo ha venido estableciendo la jurisprudencia del TS, que en su STS de 11 de mayo de 2012<sup>90</sup> dispone que *''debe rechazarse la calificación de indemnización al importe de los honorarios satisfechos al Abogado por procedimiento en tutela de derechos fundamentales y sin perjuicio de las reglas generales a todos los procesos sobre las reglas de buena fe e incumplimiento de obligaciones procesales contenidas en el referido art 75 LRJS''*.

### **V.3. Conclusiones**

En conclusión, en el presente caso el **despido de doña Ana debe ser calificado como nulo**, conforme a lo dispuesto en el art. 55.4 del ET, por haberse realizado con vulneración de su derecho fundamental a la intimidad debido a la monitorización de los ordenadores de la empresa sin previo aviso a los trabajadores. Por lo tanto, las alegaciones de la empresa para considerar procedente el despido no pueden prosperar, puesto que si bien es cierto que la trabajadora utilizó el ordenador para remitir fotografías y documentos valiosos de la empresa a terceros sin autorización, lo que

<sup>86</sup> ECLI:ES:TS:2013:6407.

<sup>87</sup> ECLI:ES:TSJCV:2012:1788.

<sup>88</sup> LEFEBVRE F.: *Despido y otras formas de extinción del contrato de trabajo*, op.cit. p. 272.

<sup>89</sup> LEFEBVRE F.: *Despido y otras formas de extinción del contrato de trabajo*, op.cit. p. 272.

<sup>90</sup> ECLI:ES:TS:2012:1554.

conllevaría a la calificación de dichas conductas como muy graves, el hecho de que se haya vulnerado su derecho a la intimidad para obtener las pruebas pertinentes invalida su eficacia jurídica.

Por otro lado, la calificación jurídica del despido como nulo conlleva tres efectos importantes. En primer lugar, la **readmisión obligatoria de la trabajadora** por parte de la empresa, que no puede optar por extinguir el contrato de trabajo e indemnizar a la trabajadora, la cual debe hacerse en las mismas condiciones en las que se encontraba aquella antes de ser despedida, pasando nuevamente a ocupar su puesto original, sin que la empresa pueda degradarla o adoptar ningún tipo de represalia.

En segundo lugar, **la empresa debe abonarle los salarios de tramitación**, esto es, los ingresos que dejó de percibir desde que se produjo el despido hasta que tuvo lugar la readmisión.

En tercer lugar, dado que el despido se ha producido con vulneración de derechos fundamentales, el juez deberá establecer de manera discrecional la cuantía de la **indemnización** que le corresponda a la trabajadora, la cual comprenderá tanto los daños patrimoniales como los morales derivados de dicha vulneración. Si bien la legislación no establece parámetros para valorar la cuantía de los daños morales producidos, la jurisprudencia del TS ha venido considerando que los criterios referidos a las sanciones pecuniarias establecidas en la LISOS son idóneos y pueden ser aplicados analógicamente en estos supuestos.

## VI. CONCLUSIONES

En primer lugar, en lo relativo a la pensión de viudedad, podemos concluir que doña Catalina tiene derecho a la misma por ser cónyuge legítimo de don Manuel al tiempo de su fallecimiento, sin que le resulten exigibles requisitos adicionales, de conformidad con lo dispuesto en el art 221 de la LGSS. Por su parte, doña Ana no tiene derecho a la pensión, puesto que no cumple los requisitos exigidos por el art.220.1 de la LGSS para los casos de separación y divorcio, dado que no era acreedora de la pensión compensatoria, pues el juez había desestimado su petición en la sentencia de divorcio, ni concurre la excepción de haber sido víctima de violencia de género. Asimismo, tampoco le resulta aplicable el régimen transitorio previsto en la Disposición Transitoria Decimotercera de la LGSS, puesto que aunque entre la fecha de divorcio y el fallecimiento transcurrieron menos de diez años y la duración de su matrimonio con don Manuel es superior a diez años, su edad a la fecha del fallecimiento del causante es inferior a cincuenta años y tampoco tienen hijos comunes.

En cuanto a la cuantía de la pensión que percibirá doña Catalina, debe calcularse la base reguladora sobre las retribuciones efectivamente percibidas conforme a las normas del Capítulo V del Reglamento de Accidentes de Trabajo, y sobre la cifra resultante se aplicará el porcentaje ordinario del 52%, puesto que no concurren las circunstancias para aplicar el porcentaje específico. También debe tenerse en cuenta que la pensión no podrá ser inferior al mínimo establecido anualmente.

En segundo lugar, los accidentes sufridos por doña Catalina y don Manuel respectivamente, aunque no encajan en la definición de accidente laboral del art.156.1 de la LGSS, pueden ser calificados como accidentes *in itinere* en virtud de lo dispuesto en el art. 156.2 apartado a) de la LGSS, que considera accidentes laborales los sufridos por el trabajador al ir o volver de su lugar de trabajo.

El accidente sufrido por doña Catalina cumple todos los requisitos exigidos por la jurisprudencia para ser considerado accidente *in itinere*: el accidente tiene lugar al volver del lugar de trabajo, en el trayecto habitual en autobús (elemento geográfico); ocurre en un momento próximo a la salida del trabajo (elemento cronológico); y no hay ruptura del nexo causal (elemento teleológico), puesto que aunque realizó una parada en una joyería situada a trescientos metros de su trabajo para comprarle un regalo a su marido, se trata de una interrupción breve, una pequeña desviación sin relevancia, debido a la cercanía de la joyería y a que dicha parada no supuso una interrupción prolongada en el tiempo.

El accidente sufrido por don Manuel, por su parte, también puede ser calificado como accidente *in itinere*, a pesar de que su causa fue el hecho de haberse saltado un semáforo en rojo, puesto que la jurisprudencia exige que hubiese una imprudencia o temeridad manifiesta para excluir su calificación como tal, no dándose esta circunstancia, ya que él pasaba a diario por esa calle para ir a trabajar y sabía que no había mucho tráfico. Por lo tanto, no era consciente del peligro concreto aquel día, dado que el semáforo casi nunca estaba encendido y dicha calle solía estar muy poco transitada. Además, debido a sus dolores de cabeza y al hecho de que ese día se reincorporaba tras las vacaciones, puede entenderse que no estuviese especialmente atento a las circunstancias concretas de la vía esa mañana, no siendo consciente del riesgo que suponía saltarse el semáforo aquel día en concreto. Por ello, cabe concluir que no hubo dolo, eventual ni directo, ni temeridad manifiesta por su parte, dado que en ningún momento tuvo la intención de realizar una conducta temeraria ni de poner en peligro a otros usuarios de la vía, puesto que el sabía

que no solían transitar muchos vehículos por aquella zona y por ello mismo decidió saltarse el semáforo, creyendo que no habría ningún problema con su actuación.

En tercer lugar, doña Ana puede solicitar la prórroga de su excedencia voluntaria para cuidar de su madre, puesto que el Convenio Colectivo Liberty establece que el plazo máximo de duración para el cuidado de familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad es de tres años, pero la empresa puede optar por denegársela, ya que al no haber ninguna previsión legal al respecto de su concesión, ni en el ET ni en el citado Convenio, se trataría de una concesión potestativa por parte de la misma, que en función de sus intereses decidirá de forma discrecional. Por lo tanto, en virtud de la jurisprudencia del TS, la prórroga de la excedencia voluntaria no es un derecho del trabajador ni un deber de la empresa, salvo que esta cuestión se encuentre regulada en el Convenio colectivo que resulte aplicable, lo cual no se da en el presente supuesto.

En cuarto lugar, la monitorización de los ordenadores por parte de la empresa de doña Ana para controlar si se estaba incumpliendo la prohibición de utilizarlos para fines personales o ajenos al trabajo, constituye una vulneración de su derecho fundamental a la intimidad del art 18.1 de la CE. Esto es así en virtud de la doctrina establecida por la STEDH de 5 de septiembre de 2017, en el caso Barvulesvu contra Rumanía, que apartándose del criterio de la necesaria existencia de una expectativa razonable de confidencialidad mantenido hasta entonces por nuestra jurisprudencia, pasa a sostener que deben darse una serie de requisitos para que el control empresarial de los medios telemáticos sea lícito: haberle notificado previamente a los trabajadores la implantación de sistemas de control y vigilancia, la existencia de una razón legítima que justifique ese control y la inexistencia de otros medios menos intrusivos para controlar el incumplimiento.

En el presente caso no se da ninguno de esos requisitos. La empresa únicamente se limitó a establecer la prohibición de usar sus medios telemáticos para fines ajenos al trabajo, sin notificarles en ningún momento a los trabajadores que iba a instalarse un software de monitorización en sus ordenadores para comprobar que no incumplieran la normativa. Tampoco había una razón legítima y suficientemente objetiva que justificase dicha intromisión, sino una mera sospecha general de que no se estaba cumpliendo la prohibición, pero sin estar individualizada en ningún trabajador en concreto ni contar con indicios objetivos que la avalasen. Por último no puede considerarse que no existan otras medidas más proporcionales y menos intrusivas que la de monitorizar los ordenadores para comprobar el incumplimiento, en especial cuando la razón que justifica dicha medida carece de la solidez suficiente para justificar tal intromisión.

En quinto y último lugar, el despido de doña Ana debe ser calificado jurídicamente como nulo, conforme a lo dispuesto en el art. 55.4 del ET, puesto que se ha realizado vulnerando su derecho a la intimidad debido a la monitorización de su ordenador por parte de la empresa, sin cumplir los requisitos anteriormente citados para que fuera considerada lícita, y ello invalida la eficacia jurídica de las pruebas obtenidas con dicha actuación vulneradora.

Esta calificación conlleva tres efectos jurídicos importantes: la readmisión de doña Ana en su puesto de trabajo en las mismas condiciones en las que se encontraba antes de ser despedida; el abono de los salarios de tramitación por parte de la empresa; y el pago de una indemnización que cubra los daños morales y patrimoniales derivados de la vulneración de su derecho a la intimidad.

## **BIBLIOGRAFÍA**

### **Doctrina**

FRANCIS LEFEBVRE: *Despido y otras formas de extinción del contrato de trabajo 2018-2019*, Lefebvre el Derecho SA, Madrid, 2018.

GARCÍA NINET J.I., y GARCÍA VIÑA J., y VICENTE PALACIO A.: *Manual básico de Seguridad Social*, Atelier, 2016.

MARTÍNEZ GIRÓN J., y ARUFE VARELA A.: *Derecho crítico del trabajo. Critical labor law*, Atelier, Barcelona.

MARTÍNEZ GIRÓN J., y ARUFE VARELA A.: *Derecho de la Seguridad Social*, Atelier, Barcelona, 2017.

MONTOYA MELGAR A.: *Derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 2016.

VELASCO PORTERO M<sup>a</sup> T., y MIRANDA BOTO J.M.: *Curso elemental de derecho del trabajo y la Seguridad Social*, Tecnos, Madrid, 2017.

## **Apéndice jurisprudencial**

### **Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

STEDH de 5 de septiembre de 2017 (ECLI:ECLI:CE:ECHR:2017:0905JUD006149608), Iberley.

### **Jurisprudencia del Tribunal Constitucional**

STC de 24 de julio de 2006 (ECLI:ES:TC:2006:247), Iberley.

STC de 17 de diciembre de 2012 (ECLI:ES:TC:2012:241), Iberley.

STC de 7 de octubre de 2013 (ECLI:ES:TC:2013:170), Iberley.

### **Jurisprudencia del Tribunal Supremo**

STS de 24 de febrero de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:1523), Iberley.

STS de 5 de octubre de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:3908), Iberley.

STS de 26 de abril de 2016 (ECLI:ES:TS:2016:2034), Iberley.

STS de 17 de diciembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:6407), Iberley.

STS de 11 de mayo de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:1554), Iberley.

STS de 26 de septiembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:6128), Iberley.

STS de 8 de febrero de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:594), Iberley.

STS de 20 de junio de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:4705), Iberley.

STS de 11 de diciembre de 2003 (ECLI:ES:TS:2003:143), Iberley.

STS de 26 de diciembre de 2013 (ECLI:ES:TS:2013:6487), Iberley.

STS de 14 de febrero de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:2257), Iberley.

STS de 14 de febrero de 2017 (ECLI:ES:TS:2017:878), Iberley.

STS de 22 de enero de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:1852), Iberley.

STS de 18 de septiembre de 2007 (ECLI:ES:TS:2007:6549), Iberley.

STS de 17 de abril de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:1588), Iberley.

STS de 20 de abril de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:2601), Iberley.

STS de 29 de enero de 2014 (ECLI:ES:TS:2014:1176), Iberley.

STS de 19 de enero de 2012 (ECLI:ES:TS:2012:377), Iberley.

STS de 13 de mayo de 2015 (ECLI:ES:TS:2015:3032), Iberley.

### **Jurisprudencia de los Tribunales Superiores de Justicia**

STSJ de Andalucía de 9 de diciembre de 2015 (ECLI:ES:TSJAND:2015:1299), Iberley.

STSJ de la Comunidad Valenciana de 21 de febrero de 2012 (ECLI:ES:TSJCV:2012:1788), Iberley.

STSJ de País Vasco de 4 de abril de 2016 (ECLI:ES:TSJPV:2016:644), Iberley.

STSJ de Castilla y León de 29 de enero de 2018 (ECLI:ES:TSJCL:2018:362), Iberley.

STSJ de Aragón de 23 de septiembre de 2015 (ECLI:ES:TSJAR:2015:542), Iberley.

STSJ de Andalucía de 1 de febrero de 2018 (ECLI:ES:TSJAND:2018:1014), Iberley.

STSJ de Galicia de 16 de marzo de 2015 (ECLI:ES:TSJGAL:2015:1635), Iberley.

STSJ de Murcia de 17 de junio de 2016 (ECLI:ES:TSJMU:2016:1504), Iberley.

STSJ de Islas Baleares de 28 de septiembre de 2017 (ECLI:ES:TSJBAL:2017:756), Iberley.

STSJ de Madrid de 29 de septiembre de 2017 (ECLI:ES:TSJM:2017:9838), Iberley.

### **Legislación**

Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social. Boletín Oficial del Estado, 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, 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, 31 de octubre de 2015, nº 261.

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