



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

TRABAJO DE FIN DE GRADO
DERECHO 2018-2019

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

CENTRO: Facultad de Derecho UDC

CURSO ACADÉMICO: 2018-2019

AUTOR

Andrea Piñeiro Bouzo

TUTOR

Lara María Munín Sánchez

ÍNDICE:

I. LISTADO DE ABREVIATURAS.....	3
II. SUPUESTO PRÁCTICO.....	4
III. CUESTIONES.....	7
IV. CUESTIONES RELATIVAS A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD. DETERMINACIÓN DEL BENEFICIARIO.....	8
IV.1 Introducción.....	8
IV.2 Análisis de la situación de Dña. Catalina.....	12
IV.3 Análisis de la situación de Dña. Ana.....	13
IV.4 Conclusión y régimen de la pensión de viudedad.....	15
V. CALIFICACIÓN DE LOS ACCIDENTES PLANTEADOS EN EL SUPUESTO.....	17
V.1 El accidente de trabajo y el accidente de trabajo “in itinere”.....	17
V.2 Calificación del accidente de D. Manuel.....	18
V.3 Calificación del accidente de Dña. Catalina.....	22
VI. CUESTIONES RELATIVAS A LA EXCEDENCIA DE DÑA. ANA.....	24
VII. EL DERECHO A LA INTIMIDAD DEL TRABAJADOR Y SU POSIBLE VULNERACIÓN EN EL SUPUESTO.....	29
VIII. CALIFICACIÓN DEL DESPIDO DE DÑA ANA.....	36
IX. CONCLUSIÓN.....	42
X. BIBLIOGRAFÍA.....	45
XI. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL.....	47
XII. APÉNDICE LEGISLATIVO.....	49

I. ABREVIATURAS

art.: artículo

arts.: artículos

BOE: Boletín Oficial del Estado

CC: Código Civil

CE: Constitución Española

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos

DT: Disposición Transitoria

ET: Estatuto de los Trabajadores

JSO: Juzgado de lo Social

LETA: Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo

LJS: Ley de Jurisdicción Social

LO: Ley Orgánica

RD: Real Decreto

RDL: Real Decreto Legislativo

RETA: Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos

RGSS: Régimen General de la Seguridad Social

SJSO: Sentencia Juzgado de lo Social

ST: Sentencia

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

STSJ: Sentencia Tribunal Superior de Justicia

TC: Tribunal Constitucional

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos

TRLGSS: Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social

TS: Tribunal Supremo

TSJ: Tribunal Superior de Justicia

II. SUPUESTO PRÁCTICO

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 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. Ambos contraen matrimonio el 12 de agosto de 1995, en Santiago de Compostela, en régimen de gananciales.

Desde el año 2006, la pareja atraviesa una profunda crisis matrimonial, que será el desencadenante de la sentencia de divorcio dictada el día 15 de diciembre de 2007. En ésta se establecen los términos del divorcio de la pareja, que se había casado en régimen de gananciales. El matrimonio era propietario de un bien inmueble situado en la calle Santa Marta, núm. 71, 2B, en Santiago de Compostela, valorado en 200.000 euros. Ésta constituía la vivienda familiar. Además, el matrimonio disponía de 20.000 euros en cuentas bancarias, nada más, 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 le unía que no había escuchado aquella mañana el despertador y, por ende, ya se había levantado tarde para llegar al trabajo.

Siguiendo su rutina, como todas las mañanas de trabajo, Don Manuel se dirigió al lugar en el automóvil propiedad de la empresa, que ésta le había cedido. Más la mala suerte no paraba de cebarse esa mañana con él, ya que todos los semáforos con los que se encontraba cambiaban a rojo justo cuando él se disponía a avanzar. Por ello, ya a sólo una manzana de la correduría de seguros, Don Manuel se decidió a girar a la derecha estando en rojo un semáforo que solía estar apagado a diario, dado que por aquella calle eran pocos vehículos los que circulaban. Más por el denso tráfico, el Ayuntamiento debió haber decidido encenderlo en aquella mañana.

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

III. CUESTIONES

- 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?

IV. CUESTIONES RELATIVAS A LA PENSIÓN DE VIUEDAD. DETERMINACIÓN DEL BENEFICIARIO.

IV.1 Introducción

La pensión de viudedad se encuentra regulada de forma general en el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social*¹ (en adelante, TRLGSS). La pensión de viudedad es una prestación de carácter vitalicio, como regla general, que tendrá derecho a percibir el cónyuge supérstite o persona unida al causante como pareja de hecho, siempre que se cumplan una serie de requisitos.

Antes de entrar a fondo en las cuestiones relativas a la pensión de viudedad es de relevancia determinar si el trabajador se encuentra integrado en el RGSS o si se encuentra integrado en alguno de los regímenes especiales, a fin de establecer el tipo de prestación que corresponderá.

El trabajo que desempeña D. Manuel es el de agente de seguros y como tal habrá suscrito un contrato de agencia con una compañía aseguradora. El contrato de agencia, regulado en la Ley 12/1992, de 27 de mayo, *sobre Contrato de Agencia*², es un contrato de carácter mercantil, por lo que la relación entre el empresario y el agente de seguros será una relación de carácter mercantil y no de carácter laboral.

En el artículo 1.3 f) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores* (en adelante ET)³ se excluye del ámbito laboral “*La actividad de las personas que intervengan en operaciones mercantiles por cuenta de uno o más empresarios, siempre que queden personalmente obligados a responder del buen fin de la operación asumiendo el riesgo y ventura de la misma*”, que sería el tipo de actividad en la que se encuadran las funciones de los agentes de comercio. Sin embargo, la ley del contrato de agencia centra la definición de agente de comercio en la nota característica de la independencia, excluyendo la necesidad de que el agente asuma los riesgos y siendo la razón de la exclusión del ámbito del derecho del trabajo la independencia del agente y no la asunción de los riesgos por parte del mismo (García Ninet y Vicente Palacio, 2018), estableciendo su artículo 1 que:

“Por el contrato de agencia una persona natural o jurídica, denominada agente, se obliga frente a otra de manera continuada o estable a cambio de una remuneración, a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, como intermediario independiente, sin asumir, salvo pacto en contrario, el riesgo y ventura de tales operaciones.”

En el artículo 2 de la misma ley, relativo a la nota característica de la independencia, se establece que:

“1. No se considerarán agentes los representantes y viajantes de comercio dependientes ni, en general, las personas que se encuentren vinculadas por una relación laboral, sea común o especial, con el empresario por cuya cuenta actúan.”

¹ BOE núm. 261, de 31/10/2015.

² BOE núm. 129, de 29/05/1992.

³ BOE núm. 255, de 24/10/2015.

2. *Se presumirá que existe dependencia cuando quien se dedique a promover actos u operaciones de comercio por cuenta ajena, o a promoverlos y concluirlos por cuenta y en nombre ajenos, no pueda organizar su actividad profesional ni el tiempo dedicado a la misma conforme a sus propios criterios.”*

Analizando el caso concreto no tenemos datos que nos indiquen con claridad que el trabajador no podía organizar su actividad profesional o el tiempo dedicado a ella, por lo que considero que nos encontramos ante un verdadero contrato de agencia.

La actividad de mediación de seguros, que es la actividad concreta que desarrolla D. Manuel, está regulada en la Ley 26/2006, de 17 de julio, *de mediación de seguros y reaseguros privados*⁴ y se establece en su artículo 10.2 que el contrato de agencia de seguros tendrá siempre carácter mercantil.

Por lo tanto, la regla general es que los agentes de seguros son trabajadores independientes cuyo vínculo con la compañía aseguradora es de carácter mercantil, generado por medio de un contrato de agencia, por lo que se consideran trabajadores autónomos y están incluidos en el Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos. Sin embargo, una reciente sentencia del Tribunal Supremo⁵ ha considerado como laboral la relación entre un agente de seguros y la compañía aseguradora, por lo que analizaré los argumentos en los que apoya el TS esta decisión para ver si son aplicables al supuesto concreto o si, por el contrario, prevalece en el supuesto la regla general de la exclusión de este tipo de contratos del ámbito laboral.

El TS fundamenta la decisión de considerar que la relación entre la agente y la compañía aseguradora es una relación laboral en el hecho de que los servicios de la agente se llevaban a cabo dentro del ámbito de organización y dirección empresarial, ya que la agente acudía a diario a las oficinas de la empresa y recibía instrucciones en relación con el trabajo que debía realizar, utilizaba los medios materiales de la empresa y la cartera de clientes de la misma, estaba obligada a acudir a los cursos de formación organizados por la aseguradora y recibía una comisión por cada póliza que contrataba.

En el caso concreto son escasos los datos que conocemos sobre la relación de D. Manuel con la compañía aseguradora. Tenemos constancia de que D. Manuel percibía un salario bruto anual de 25.000 euros, que tenía a su disposición medios de la empresa, ya que el coche que conducía en el momento de su fallecimiento era propiedad de la empresa, y que, probablemente, acudía a menudo a las oficinas de la empresa, ya que se hace referencia a que en el momento del accidente acudía a las oficinas, a que tras las vacaciones debe reincorporarse a su puesto de trabajo y al carácter rutinario del trayecto.

La falta de datos lleva a la imposibilidad de determinar con absoluta certeza que la relación de D. Manuel con la empresa sea una relación de carácter laboral, ya que considero que para optar por esta solución las evidencias deben ser totalmente claras, al ser la regla general la de la mercantilidad de este tipo de relaciones, por lo que opto por seguir el criterio general de que los agentes de seguros tienen una relación de carácter mercantil con la entidad aseguradora, considerando, por lo tanto, a D. Manuel como trabajador autónomo económicamente dependiente, por cumplir los requisitos establecidos en el artículo 11 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, *del Estatuto del trabajo autónomo*⁶ (en adelante, LETA), que define a los trabajadores autónomos

⁴ BOE núm. 170, de 18/07/2006.

⁵ STS 3964/2016 de 14 de julio de 2016 [ECLI: ES:TS:2016:3964].

⁶ BOE núm. 166, de 12 de julio de 2007.

económicamente dependientes como “*aquéllos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales*”, teniendo constancia en el caso concreto de que D. Manuel percibe un salario bruto anual de 25.000 euros que entiendo que recibe por sus servicios en la empresa Hércules S.A., ya que no se hace referencia a ningún otro trabajo.

Por lo tanto, D. Manuel se incluiría en el RETA y no en el RGSS. El RETA se encuentra regulado principalmente en el título IV del TRLGSS, en el Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, *por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos* (en adelante, Decreto RETA)⁷, en la Orden de 24 de septiembre de 1970, *por la que se dictan normas para aplicación y desarrollo del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos*⁸ (en adelante, Orden RETA) y en la LETA.

En relación con la normativa aplicable al supuesto, la sección cuarta de la Orden RETA se dedica en exclusiva a las prestaciones por muerte y supervivencia, pero es de relevancia tener en cuenta que la disposición adicional decimotercera del RD 9/1991, de 11 de enero, *por el que se establecen las normas de cotización a la Seguridad Social. Desempleo. Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional en 1991*⁹, que introduce modificaciones en la acción protectora del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, establece que “*Las prestaciones de muerte y supervivencia serán reconocidas en los mismos términos que en el Régimen General, en lo relativo a sujetos causantes, beneficiarios, períodos, previos de cotización, cálculo de la base reguladora y porcentaje a aplicar sobre ésta para hallar la cuantía de la prestación*”. Por lo tanto, en lo relativo a estas materias debemos ceñirnos a lo establecido en el TRLGSS, que regula esta prestación para los supuestos en los que el causante esté incluido en el RGSS.

Además, en el momento del fallecimiento de D. Manuel (2009) se encontraba en vigor el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social* (en adelante, TRLGSS de 1994)¹⁰, texto derogado por el actual TRLGSS de 2015. Por ello me ceñiré al TRLGSS de 1994 para resolver las cuestiones relativas a la pensión de viudedad, al ser el texto vigente en el momento en el que se produce el hecho causante.

Entrando ya en cuestiones relacionadas con la pensión de viudedad, considero conveniente analizar, en primer lugar, si el fallecimiento de D. Manuel puede causar derecho a esta prestación.

Se regula en el artículo 172 TRLGSS de 1994 los requisitos para poder ser causante de pensión de viudedad (Martínez Girón, Arufe Varela y Carril Vázquez, 2017) y se establece que:

“1. *Podrán causar derecho a las prestaciones enumeradas en el artículo anterior:*

⁷ BOE núm. 221, de 15 de septiembre de 1970, páginas 15148 a 15156.

⁸ BOE núms. 234 y 235, de 30 de septiembre y 1 de octubre de 1970.

⁹ BOE núm. 14, de 16 de enero de 1991, páginas 1445 a 1448.

¹⁰ BOE núm. 154, de 29 de junio de 1994, páginas 20658 a 20708.

a) *Las personas integradas en el Régimen General que cumplan la condición general exigida en el artículo 124.*

b) *Los perceptores de los subsidios de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, paternidad o riesgo durante la lactancia natural, que cumplan el período de cotización que, en su caso, esté establecido.*

c) *Los pensionistas por incapacidad permanente y jubilación, ambos en su modalidad contributiva.”*

La condición general del artículo 124 es “*estar afiliadas y en alta en este Régimen o en situación asimilada al alta, al sobrevenir la contingencia o situación protegida, salvo disposición legal expresa en contrario*”. En relación con este requisito, además del requisito de la letra a), presumo que D. Manuel se encontraría integrado en el RETA y de alta en el momento de su fallecimiento, al encontrarse de camino al trabajo cuando se produce el accidente, aunque no tenemos constancia de si se cumple el periodo de cotización al que se refiere el artículo 174 TRLGSS de 1994, el cual establece como requisito para tener derecho a pensión de viudedad que “*si el sujeto causante se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta en la fecha de su fallecimiento hubiera completado un período de cotización de quinientos días, dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión*”.

Sin embargo, el fallecimiento de D. Manuel se produce por un accidente y en el caso de que esta sea la causa del fallecimiento no se exigirá un periodo previo de cotización, lo cual se establece en el mismo artículo 174.1 TRLGSS de 1994, cuyo tenor literal establece que, “*En cualquier caso, si la causa de la muerte fuera un accidente, sea o no de trabajo, o una enfermedad profesional, no se exigirá ningún período previo de cotización*”.

De este análisis se deduce, por lo tanto, que el fallecimiento de D. Manuel genera derecho a pensión de viudedad en caso de existir alguna persona que cumpla los requisitos exigidos para ser beneficiaria de dicha prestación, por lo que procederé a analizar si Dña. Ana o Dña. Catalina cumplen los presupuestos para ser beneficiarias.

Es de relevancia señalar que, conforme a lo establecido en el artículo 174.2 TRLGSS de 1994, podrían concurrir varios beneficiarios de la pensión de viudedad para los supuestos en los que hubiera existido divorcio, repartiéndose la pensión “*en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose, en todo caso, el 40 por ciento a favor del cónyuge superviviente o, en su caso, del que, sin ser cónyuge, conviviera con el causante en el momento del fallecimiento y resultara beneficiario de la pensión de viudedad en los términos a que se refiere el apartado siguiente*” (Ballester Laguna, 2017).

VI.2 Análisis de la situación de Dña. Catalina

En relación con Dña. Catalina, está casada con D. Manuel en el momento del fallecimiento y el derecho a pensión de viudedad exige, como regla general, que exista un vínculo matrimonial activo por cualquiera de las formas admitidas en el Real Decreto de 24 de julio de 1889, *por el que se publica el Código Civil*¹¹ (en adelante, CC), estableciéndose en el art. 174.1 TRLGSS de 1994 que *“Tendrá derecho a la pensión de viudedad, con carácter vitalicio, salvo que se produzca alguna de las causas de extinción que legal o reglamentariamente se establezcan, el cónyuge superviviente”*. Es relevante, en relación con el matrimonio, destacar que desde la reforma del artículo 44 del CC, llevada a cabo por la Ley 13/2005, de 1 de julio, *por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*¹², el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos entre personas del mismo sexo.

Los requisitos exigibles para el acceso a la pensión de viudedad en caso de personas unidas por vínculo matrimonial se encuentran regulados en el artículo 174.1 TRLGSS de 1994, que establece lo siguiente:

“En los supuestos excepcionales en que el fallecimiento del causante derivara de enfermedad común, no sobrevenida tras el vínculo conyugal, se requerirá, además, que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento o, alternativamente, la existencia de hijos comunes. No se exigirá dicha duración del vínculo matrimonial cuando en la fecha de celebración del mismo se acreditara un período de convivencia con el causante, en los términos establecidos en el párrafo cuarto del apartado 3, que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años”.

En el artículo se hace referencia a la duración mínima del matrimonio o existencia de hijos comunes, requisitos que no serán exigibles ni en los casos de enfermedades que se manifiesten con posterioridad al matrimonio, ni tampoco cuando el fallecimiento derive de un accidente de trabajo, enfermedad profesional o accidente no laboral (Pérez Alonso, 2008). Por lo tanto, al fallecer D. Manuel por un accidente no se exige un periodo mínimo de duración del matrimonio ni la existencia de hijos comunes, al solo especificarse en la ley estos requisitos para los casos de enfermedad común anterior al matrimonio.

Cabe resaltar que el TC¹³ ha interpretado que la pensión de viudedad en los casos en los que el matrimonio permanecía activo en el momento del fallecimiento del causante, al contrario de lo que sucede en los casos de divorcio o separación que analizaremos a continuación, no tiene por única finalidad paliar una situación de dependencia o necesidad económica, sino hacer frente al daño que podría producir la minoración de los ingresos por el fallecimiento del cónyuge, razón por la que no se especifican requisitos en materia económica (Pérez Alonso, 2008).

Tras el análisis de los preceptos legales se observa que el único requisito para ser beneficiario de una pensión de viudedad en los casos en los que el vínculo matrimonial permanece activo en el momento del fallecimiento del causante es la duración mínima del matrimonio o la existencia de hijos comunes, requisitos que no serán de exigencia en éste supuesto al estar previstos únicamente para los casos en los que el fallecimiento se produce por una enfermedad común anterior al matrimonio.

¹¹ Gaceta de Madrid núm. 206, de 25/07/1889.

¹² BOE núm. 157, de 2 de julio de 2005, páginas 23632 a 23634.

¹³ STC 41/2013 de 14 de febrero de 2013 [ECLI:ES:TC:2013:41].

Por lo tanto, determino que asiste a Dña. Catalina derecho a pensión de viudedad, quedando la percepción de la totalidad de la prestación condicionada a si Dña. Ana es o no beneficiaria.

VI.3 Análisis de la situación de Dña. Ana

En relación con la pensión de viudedad en los supuestos de separación o divorcio, como es el caso de Dña. Ana, se establece en el artículo 174.2 TRLGSS de 1994 lo siguiente:

“el derecho a la pensión de viudedad corresponderá a quien, reuniendo los requisitos en cada caso exigidos en el apartado anterior, sea o haya sido cónyuge legítimo, en este último caso siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos a que se refiere el apartado siguiente”.

En el supuesto concreto se cumplen los requisitos establecidos en este primer precepto, ya que existió un vínculo matrimonial válido, no existe constancia de que Dña. Ana hubiera contraído nuevas nupcias y se cumplen las exigencias establecidas en el artículo 174.1 TRLGSS de 1994 (analizado previamente) para que el fallecimiento de D. Manuel genere derecho a pensión de viudedad.

En el mismo apartado se condiciona la pensión de viudedad para los supuestos de divorcio a que el superviviente sea acreedor de pensión compensatoria (Paredes Rodríguez, 2012), estableciéndose que, *“El derecho a pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente quedará condicionado, en todo caso, a que, siendo acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil, ésta quedara extinguida por el fallecimiento del causante”.*

La pensión compensatoria se encuentra regulada en el art. 97 CC y se configura como una prestación para los supuestos en los que el divorcio o separación produzcan un desequilibrio económico en uno de los cónyuges, produciéndole un empeoramiento en relación con la situación que tenía antes del matrimonio (Marín García de Leonardo, 2012).

Se exige la existencia de pensión compensatoria ya que, a diferencia de la pensión de viudedad en los supuestos en los que existía vínculo matrimonial en el momento del fallecimiento, en los supuestos de divorcio o separación se busca proteger un desequilibrio o empeoramiento de la situación económica del divorciado o separado superviviente. Esta idea se deduce de la STS 6643/2013¹⁴ en la que se establece: *“que si el separado o divorciado no percibía pensión compensatoria era porque no tenía necesidad de ella, razón por la que tampoco sufría un trastorno económico por la muerte de su antiguo consorte, motivo por el que no existía una situación de necesidad, una contingencia que el sistema debiese proteger mediante el reconocimiento de la oportuna prestación”.* Volviendo al caso concreto, Dña. Ana no cumpliría este requisito ya que se establece en el supuesto de hecho que pese a haber solicitado pensión compensatoria no se le concedió.

Entiendo que al producirse el accidente en el que fallece D. Manuel en 2009, se realizaría en el mismo año la solicitud. Sin embargo, en caso de que la solicitud de la pensión de viudedad se realizara en la actualidad sería aplicable, además del régimen del TRLGSS de 1994, lo establecido en la DT decimotercera del vigente TRLGSS de 2015.

¹⁴ STS 6643/2013 de 2 de noviembre de 2013 [ECLI:ES:TS:2013:6643].

Esta disposición establece unas reglas para determinar si existe derecho a pensión de viudedad para los supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008. En el supuesto de hecho el divorcio entre Dña. Ana y D. Manuel se produce en el año 2007, por lo que sería de aplicación dicha disposición en caso de que la solicitud de la pensión de viudedad se realizara en la actualidad. En este precepto se establece que:

“El reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad no quedará condicionado a que la persona divorciada o separada judicialmente sea acreedora de la pensión compensatoria a que se refiere el párrafo segundo del artículo 220.1, cuando 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 periodo de tiempo no superior a diez años, siempre que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de diez años y además concorra en el beneficiario alguna de las condiciones siguientes:

a) La existencia de hijos comunes del matrimonio.

b) Que tenga una edad superior a los cincuenta años en la fecha del fallecimiento del causante de la pensión. “

Analizando la disposición observamos que se exigen tres requisitos, el último de ellos alternativo, para poder conceder la pensión de viudedad sin existencia de pensión compensatoria para los supuestos de divorcio o separación anteriores al 1 de enero de 2008: que el matrimonio haya durado al menos 10 años, que entre la fecha del fallecimiento del causante y de la separación hayan transcurrido menos de 10 años y que o bien existan hijos comunes, o bien el divorciado o separado superviviente tenga más de 50 años en el momento del fallecimiento del causante.

En relación con la duración del matrimonio, el requisito se cumple ya que Dña. Ana y D. Manuel estuvieron casados desde el 12 de agosto de 1995 hasta el 15 de diciembre de 2007, más de 13 años. Respecto al periodo transcurrido entre el divorcio y el fallecimiento del causante, éste es inferior a 10 años ya que el divorcio se produce el 15 de diciembre de 2007 y el fallecimiento del causante el 23 de noviembre de 2009. Del último de los requisitos no se cumple ninguna de las alternativas, ya que no existen hijos comunes entre D. Manuel y Dña. Ana y, en el momento del fallecimiento de D. Manuel, Dña. Ana tiene 43 años.

Al tener Dña. Ana 43 años en el momento del fallecimiento del causante tampoco resulta de aplicación la alternativa planteada en el apartado segundo de la DT decimotercera del TRLGSS:

“También tendrán derecho a la pensión de viudedad las personas que se encuentren en la situación señalada en el primer párrafo del apartado anterior, aunque no reúnan los requisitos señalados en el mismo, siempre que se trate de personas con sesenta y cinco o más años, no tengan derecho a otra pensión pública y la duración del matrimonio con el causante de la pensión no haya sido inferior a quince años.”

Por lo tanto, no será aplicable lo establecido en la DT decimotercera del TRLSS de 2015 al supuesto de Dña. Ana.

En caso de que la solicitud se realizara en el momento en el que se produce el hecho causante (2009) no sería Dña. Ana beneficiaria de la pensión de viudedad ya que no cumple el requisito del artículo 174.2 por no ser acreedora de pensión compensatoria. En el caso de que la solicitud se realizara en la actualidad (2019), además de lo establecido en el TRLGSS de 1994, habría que tener en cuenta lo establecido en la DT decimotercera

del TRLGSS de 2015, pero no será de aplicación al caso concreto al no cumplir Dña. Ana los requisitos. Por todo lo señalado, independientemente del momento en el que se realizara la solicitud, no será Dña. Ana beneficiaria de la pensión de viudedad causada por el fallecimiento de D. Manuel.

IV.4 Conclusión y régimen de la pensión de viudedad

La conclusión a lo analizado es que la única beneficiaria de la pensión de viudedad de D. Manuel es Dña. Catalina, ya que en ella concurren todos los requisitos establecidos en la ley para tener derecho a dicha prestación y por ser la única beneficiaria tiene derecho a percibir la totalidad de la cuantía de la pensión.

A continuación analizaré algunos aspectos relevantes de la pensión de viudedad para conocer más detalladamente la prestación que asiste a Dña. Catalina.

Hay que tener en cuenta que la pensión de viudedad que asiste a Dña. Catalina es imprescriptible, pero para que este derecho sea efectivo desde la fecha de fallecimiento del causante debe solicitarse en los 3 meses siguientes a dicha fecha¹⁵, como se deduce del artículo 178 del TRLGSS de 1994 que establece que, *“El derecho al reconocimiento de las prestaciones por muerte y supervivencia, con excepción del auxilio por defunción, será imprescriptible, sin perjuicio de que los efectos de tal reconocimiento se produzcan a partir de los tres meses anteriores a la fecha en que se presente la correspondiente solicitud.”*

Se prevé en el artículo 174 bis TRLGSS de 1994 la posibilidad de que el cónyuge superviviente tenga acceso a una prestación temporal de viudedad, estableciéndose en dicho artículo que *“Cuando el cónyuge superviviente no pueda acceder al derecho a pensión de viudedad por no acreditar que su matrimonio con el causante ha tenido una duración de un año o, alternativamente, por la inexistencia de hijos comunes y reúna el resto de requisitos enumerados en el apartado 1 del artículo 174, tendrá derecho a una prestación temporal en cuantía igual a la de la pensión de viudedad que le hubiera correspondido y con una duración de dos años.”*. En el caso concreto no eran exigibles los requisitos de período mínimo de duración del matrimonio ni de existencia de hijos comunes al haberse producido el fallecimiento por circunstancias distintas a la enfermedad común existente antes del matrimonio por lo que la pensión de viudedad a la que tiene derecho Dña. Catalina tendrá carácter vitalicio, ya que la regla general es la duración vitalicia de la pensión de viudedad conforme a lo establecido en el artículo 174.1 TRLGSS¹⁶.

Sin embargo, el derecho a la pensión de viudedad se extingue por una serie de causas establecidas en el artículo 11 de la Orden de 13 de febrero de 1967, *por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social*¹⁷:

“La pensión de viudedad se extinguirá por las siguientes causas:

a) Contraer nuevas nupcias o tomar estado religioso. En ambos casos, siempre que el cambio de estado tenga lugar antes de cumplir la beneficiaria los sesenta años de edad,

¹⁵ STS 5455/2016 de 24 de noviembre de 2016 [ECLI:ES:TS:2016:5455].

¹⁶ *“Tendrá derecho a la pensión de viudedad, con carácter vitalicio, salvo que se produzca alguna de las causas de extinción que legal o reglamentariamente se establezcan (...)”*.

¹⁷ BOE núm. 46, de 23 de febrero de 1967, páginas 2478 a 2482.

tendrá derecho a percibir, por una sola vez, una cantidad igual al importe de veinticuatro mensualidades de la pensión que estuviese percibiendo.

b) Pérdida o privación de la patria potestad, en virtud de alguna de las causas previstas en los artículos 169 y 171 del Código Civil, o ausencia que implique abandono de los hijos, siempre que, en ambos casos, la viuda hubiese tenido derecho a la pensión por encontrarse en la situación prevista en el apartado c), c'), del número 1 del artículo 7.º

c) Observar una conducta deshonesta o inmoral.

d) Cesar en su incapacidad por la cual se otorgó la pensión; esta causa no surtirá efectos cuando se produzca después que la viuda haya cumplido cuarenta años o el viudo sesenta.

e) Declaración, en sentencia firme, de culpabilidad en la muerte del causante.

f) Fallecimiento”.

En relación con la letra a) de dicho artículo, existen unos supuestos en los que se puede mantener la pensión de viudedad incluso cuando se haya producido matrimonio posterior, estando estos supuestos enumerados en el Artículo Segundo del Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre, *de modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia*¹⁸, que modifica lo establecido en esta materia en la Orden de 13 de febrero de 1967, y establece lo siguiente:

“a) Ser mayor de sesenta y un años o menor de dicha edad, siempre que, en este último caso, tengan reconocida también una pensión de incapacidad permanente, en el grado de incapacidad absoluta o de gran invalidez, o acrediten una minusvalía en un grado igual o superior al 65 por 100.

b) Constituir la pensión o pensiones de viudedad percibidas por el pensionista la principal o única fuente de rendimientos. (...)

c) 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 salario mínimo interprofesional, vigente en cada momento. (...).”

Una vez se ha hecho referencia a los supuestos de extinción de la pensión de viudedad es relevante tener en cuenta que, según lo establecido en el artículo 10 de la Orden de 13 de febrero de 1967, la pensión de viudedad será compatible con *“cualquier renta de trabajo de la viuda o con la pensión de vejez o invalidez a que la misma pueda tener derecho”*.

Por lo tanto, Dña. Catalina será beneficiaria de una pensión de viudedad de carácter vitalicio, siempre que no incurra en alguna de las causas de extinción del derecho recogidas en el artículo 11 de la Orden de 13 de febrero de 1967, y tendrá derecho a percibir la cuantía completa de la pensión al no existir otros beneficiarios.

¹⁸ BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2001, páginas 50635 a 50638.

V. CALIFICACIÓN DE LOS ACCIDENTES PLANTEADOS EN EL SUPUESTO

V.1 El accidente de trabajo y el accidente de trabajo “in itinere”

El concepto de accidente de trabajo está ligado, como regla general, al trabajo por cuenta ajena, estableciéndose en el artículo 156 TRLGSS que *“Se entiende por accidente de trabajo toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena”*.

Se consideran, a estos efectos, trabajadores por cuenta ajena, no sólo aquellos que lo sean por tener una relación laboral de los artículos 1 y 2 del ET, sino también aquellos asimilados que se encuentran incluidos en el régimen general, salvo que la inclusión no sea completa. Además, para que pueda existir accidente de trabajo la relación laboral debe estar activa y debe darse una fuerza lesiva, que no tiene que ser súbita y violenta, sino que puede ser progresiva y lenta y, además, el accidente tiene que producir en el trabajador la consecuencia de una lesión. Sin embargo, no basta con la mera concurrencia de los tres elementos, sino que tiene que producirse una relación de causalidad entre la fuerza lesiva, el trabajo y la lesión, es decir, que la fuerza lesiva se produzca con ocasión o como consecuencia del trabajo, ocasionando la lesión (Blasco Lahoz y López Gandía, 2018).

Los accidentes sufridos por Dña. Catalina y D. Manuel tienen lugar en el año 2009, por lo que será de aplicación el TRLGSS de 1994.

Los elementos antes referidos están presentes en la definición de accidente de trabajo recogida en el artículo 115.1 del TRLGSS de 1994, en el que se considera accidente de trabajo la lesión corporal que sufra el trabajador con ocasión o por consecuencia del trabajo.

En el caso concreto ni D. Manuel ni Dña. Catalina se encontraban en el lugar de trabajo en el momento del accidente, pero cabe analizar si dichos accidentes pueden encuadrarse dentro del supuesto establecido en la letra a) del apartado 2 del artículo 115 TRLGSS de 1994, que establece que:

“2. Tendrán la consideración de accidentes de trabajo:

a) Los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo.”

El accidente que sufre el trabajador al ir o volver del lugar de trabajo recibe el nombre de accidente de trabajo “in itinere”. Este término ha sido desarrollado por la doctrina y por la jurisprudencia en la búsqueda de precisarlo y matizarlo. De dicho desarrollo se extraen cuatro requisitos (Blasco Lahoz y López Gandía, 2018) que es necesario explicar para, posteriormente, analizar los supuestos concretos (Sánchez Pérez, 2013).

El primero de los requisitos es el “requisito teleológico”, según el cual la razón del desplazamiento debe ser el trabajo, es decir, la causa del desplazamiento debe ser la iniciación o finalización del trabajo.

El segundo de los requisitos es el “requisito cronológico”. Este requisito establece que el accidente debe producirse en un tiempo razonablemente próximo a la entrada o salida del trabajo, teniendo en cuenta en cada caso las distancias que pudieran separar el lugar de trabajo del domicilio, o el medio de transporte utilizado. La jurisprudencia viene admitiendo que se realicen paradas, siempre que sean de una duración mínima, por la que no se entienda roto el nexo causal (Alfonso Mellado, 2015).

El tercero de los requisitos es el “requisito topográfico”, que establece que el accidente debe producirse en la ida o vuelta entre el domicilio y el lugar de trabajo, pudiendo considerarse que se ha producido en un momento previo o preparatorio (p.e. ir a por vehículo para iniciar el trayecto) del viaje, pero no en un momento posterior (p.e. tras llegar a casa, salvo que no se haya entrado en la misma). Además, la jurisprudencia entiende que no se considera accidente de trabajo “in itinere” cuando el riesgo se produce a consecuencia de una agresión física causada por un tercero de forma ajena al trabajo, aunque existen excepciones¹⁹.

El último de los requisitos es el “requisito mecánico”, el cual se refiere a que el medio de transporte debe ser racional o adecuado y el normal o habitual que utiliza el trabajador, así como que no entrañe un riesgo grave o inminente. Además, en relación con el comportamiento del trabajador, la jurisprudencia suele considerar que la mera infracción del código de circulación no rompe el nexo causal, pero sí que lo rompe la imprudencia temeraria (Blasco Lahoz y López Gandía, 2018).

V.2 Calificación del accidente de D. Manuel

En el caso de D. Manuel, al encontrarse incluido en el RETA resulta de aplicación lo establecido en la LETA en relación con los accidentes de trabajo. De carácter muy similar a lo previsto para el RGSS, se establece en la redacción original (2007) del artículo 26 LETA (en relación con la acción protectora del RETA) que *“A los efectos de esta cobertura, se entenderá por accidente de trabajo del trabajador autónomo económicamente dependiente toda lesión corporal que sufra con ocasión o por consecuencia de la actividad profesional, considerándose también accidente de trabajo el que sufra el trabajador al ir o volver del lugar de la prestación de la actividad, o por causa o consecuencia de la misma”*.

Por lo tanto, se cumplen los requisitos del accidente de trabajo recogidos este artículo, ya que el trabajador es un trabajador autónomo económicamente dependiente (tras analizar con anterioridad lo establecido en el artículo 11 LETA), se produce una lesión y dicha lesión se produce de camino al trabajo, siendo el accidente al ir o volver de trabajar una de las situaciones previstas.

Al producirse el accidente al acudir al lugar de trabajo podría encuadrarse dentro de la categoría, antes referida, de accidente de trabajo “in itinere”, por lo que habrá que analizar si se cumplen los requisitos específicos para que pueda ser considerado como tal.

El requisito teleológico se cumple, ya que la razón del desplazamiento de D. Manuel es acudir a trabajar. También se cumplen el requisito cronológico, porque el accidente se produce en un tiempo razonablemente próximo a la entrada en el trabajo, y el requisito topográfico, ya que el accidente se produce en pleno desplazamiento para acudir al trabajo.

La duda de si en dicho supuesto nos encontramos ante un accidente de trabajo “in itinere” radica en el requisito mecánico, ya que el accidente se produce porque D. Manuel se salta un semáforo en rojo y esta conducta podría ser constitutiva de una imprudencia temeraria, que rompería el nexo causal y supondría el incumplimiento del requisito mecánico; además se establece en el artículo 115.4 b) TRLGSS de 1994 que:

¹⁹ STS 1149/2006 de 20 de febrero de 2006 [ECLI:ES:TS:2006:1149].

“4. No obstante lo establecido en los apartados anteriores, no tendrán la consideración de accidente de trabajo: (...)

b) Los que sean debidos a dolo o a imprudencia temeraria del trabajador accidentado.”

Esta previsión no se realiza en la LETA ni en las normas reguladoras del RETA pero entiendo que no se considerará tampoco accidente de trabajo en el RETA el que se produzca mediando imprudencia temeraria.

Por lo tanto, se debe analizar si se considera imprudencia temeraria que el trabajador se haya saltado un semáforo en rojo o si, por el contrario, se considera una mera infracción de las normas de tráfico. Ante esta cuestión es de relevancia analizar la sentencia 6549/2007²⁰ del TS, que resumiré brevemente:

El JSO nº 6 de Sevilla dictó sentencia considerando como accidente de trabajo “in itinere” el sufrido por D. Ricardo mientras se dirigía al trabajo conduciendo un ciclomotor propiedad de la empresa; dicho accidente se produjo tras arrancar D. Ricardo cuando el semáforo todavía se encontraba en rojo en una hora de gran afluencia de tráfico. La sentencia es revocada por el TSJ de Andalucía. Ante la revocación se formula en nombre de D. Ricardo recurso de casación para la unificación de la doctrina por considerar dicha sentencia contraria a una previa del TSJ de Murcia. El TS desestima el recurso de casación, manteniendo la sentencia dictada por el TSJ de Andalucía y, por lo tanto, que el accidente de D. Ricardo no es un accidente de trabajo.

Con esta resolución observamos que la línea que sigue el TS es la de no considerar el accidente como accidente de trabajo “in itinere” cuando la causa del mismo sea que el trabajador se haya saltado un semáforo en rojo, si bien hay que hacer referencia a algunos de los argumentos presentes en la sentencia del TSJ de Andalucía que llevan al TS a optar por dicha solución.

Uno de los argumentos a los que se refiere el TS, en relación con la ST del TSJ de Andalucía, es el siguiente:

“el operario actuó con temeridad manifiesta, al no observar ni respetar las normas de tráfico, creando un peligro concreto para la vida e integridad propias y de otras personas, y así sucede cuando en horas de gran circulación no se respetó la señal de un semáforo en rojo o una señal de stop; en esa línea argumental dice la sentencia que el demandante efectuó inicialmente una parada ante el semáforo, lo que revela su conciencia de peligro, pero de seguido violó deliberadamente la norma prohibitiva, con una actuación imprudente y temeraria, pues se advierte el riesgo, se valora y se decide, temerariamente, asumir el peligro evaluado”.

Con este argumento se le da especial importancia al hecho de que fuera una hora de gran circulación y, además, se presume la conciencia de peligro del trabajador al realizar una parada ante el semáforo en rojo antes de arrancar, hecho que demuestra también que era conocedor de que el semáforo se encontraba en rojo. Asimismo, también tiene relevancia para la resolución del caso concreto la siguiente manifestación del TS:

“también es cierto que la simple infracción de las normas reguladoras del tráfico no implica, por sí sola, la imprudencia temeraria del infractor, pues no todas las contravenciones de las normas de tráfico entraña idéntica gravedad y, por último, cabe

²⁰ STS 6549/2007 de 18 de septiembre de 2007 [ECLI:ES:TS:2007:6549].

advertir, como lo hace nuestra sentencia de 31 de marzo de 1999 ²¹ (recurso 2997/1998), que la imprudencia se configura en relación con las circunstancias de hecho que se dan en cada supuesto litigioso, y esas circunstancias concurrentes son de apreciación inicial del juzgador en cada caso concreto, para determinar si existe o no la causa de exclusión de la presunción de laboralidad, y por eso no son posibles las declaraciones con vocación de generalidad.”

Esta manifestación nos muestra que, pese a que el TS en el caso concreto opta por no considerar accidente de trabajo el producido tras saltarse el trabajador un semáforo en rojo, no debe entenderse esto extensible a la totalidad de los supuestos que, a priori, puedan parecer similares. De hecho, son notables las diferencias que encuentro entre el supuesto de D. Manuel y las razones con las que se justifica en dicha sentencia que el accidente no es un accidente de trabajo.

En la STS se califica la conducta del trabajador como de temerariamente imprudente ²² al considerar que el trabajador debía ser consciente del riesgo que asumía al arrancar el ciclomotor pese a seguir el semáforo en rojo²³ y, además, también se le da especial importancia al hecho de que era una hora de gran circulación²⁴.

En el caso de D. Manuel, el accidente se produce a una hora en la que usualmente el tráfico era escaso, pese a haber ese día más tráfico de lo habitual, y el semáforo en rojo que D. Manuel se salta es un semáforo que solía estar apagado, parando sin embargo en todos los semáforos en rojo que fue encontrando durante el trayecto. Estos factores me parecen fundamentales para entender el supuesto como completamente distinto al analizando previamente, ya que pongo en duda que D. Manuel fuera consciente del riesgo que asumía al no detenerse en un semáforo que habitualmente permanecía apagado y en una hora en la que el tráfico solía ser escaso.

Incluso se puede plantear la posibilidad de que, por la costumbre de realizar a diario el mismo recorrido y la mecanización del trayecto, pudiera no ser consciente de que ese día el semáforo se encontraba en rojo y, en relación a esto, la STSJ MU 204/2001²⁵ consideró accidente de trabajo el sufrido por un trabajador al no parar en un stop mientras volvía a su domicilio tras su jornada de trabajo argumentando, entre otros motivos, que no puede considerarse imprudencia temeraria el hecho de que el trabajador no viera el stop y, por lo tanto, no realizara la oportuna parada.

Independientemente de la posibilidad de que D. Manuel pudiera no ser consciente de que el semáforo se encontraba ese día encendido, ya que es algo que no podemos comprobar, se establece en la STJ MU 204/2001 que la línea jurisprudencial que viene siguiendo el TS es que *“para provocar, por imprudencia temeraria de la víctima, la exclusión de la protección que otorga a los accidentes de trabajo la norma social, debe exigirse el curso de una conducta que, con claro menosprecio de la propia vida, acepte voluntaria y*

²¹ STS 66549/222 de 31 de marzo de 1999 [ECLI:ES:TS:1999:2275].

²² *“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”.*

²³ *“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”.*

²⁴ *“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”.*

²⁵ STSJ MU 204/2001 de 29 de enero de 2001 [ECLI: ES:TSMU:2001:204].

deliberadamente correr un riesgo innecesario que la ponga en peligro grave, faltando a las más elementales normas de la prudencia, a diferencia de la imprudencia simple, en la que si bien no se agotan todos los actos necesarios para evitar un peligro éste no se quiere o pretende sufrir, sino que se incurre en el mismo por una negligencia o descuido”. Atendiendo a esta línea jurisprudencial no creo que existiera en este caso concreto una aceptación deliberada por parte de D. Manuel de asumir un riesgo que le pusiera en peligro grave, sino una negligencia o descuido fruto del conocimiento de la zona y de realizar a diario dicho trayecto, considerando la misma sentencia la habitualidad de trayecto como uno de los factores que eliminan la intención voluntaria de asumir el riesgo al establecer que *“las simples infracciones de normas de tráfico no representan una imprudencia temeraria, ya que pueden ocasionarse por una serie de factores, como pueden ser los de cansancio lógico después de una jornada laboral, la habitualidad del trayecto, ya que el paso frecuente por un lugar encierra un hábito y una familiaridad que hace descuidar la obligación de poner en juego toda la atención que la situación de peligro requiere, la concurrencia de infracción reglamentaria por el otro conductor, la geografía del lugar, etc., que eliminan la existencia de una intención voluntaria de correr el riesgo”*, y más en este caso concreto en el que se produce un cambio en la situación habitual del recorrido (ya que el semáforo que habitualmente estaba apagado se encontraba ese día en funcionamiento) que por el conocimiento excesivo del trayecto pudo llevar a D. Manuel a actuar de forma negligente e imprudente, pero no con imprudencia temeraria.

D. Manuel había actuado de forma diligente durante todo el trayecto, parando en cuantos semáforos se encontraba en rojo, hasta llegar al semáforo que habitualmente se encontraba apagado, no realizando la obligatoria parada pese a estar en rojo. Considero que el razonamiento más lógico para explicar por qué el trabajador decide no respetar la parada en ese semáforo es que, probablemente, consideró que ese semáforo cumplía una función menos importante que el resto ya que no era necesario siempre en la regulación del tráfico, por lo que no entiendo que actuase con temeridad manifiesta por asumir deliberadamente un riesgo innecesario, sino que actuó de forma negligente al no agotar todos los actos necesarios para evitar un peligro.

Por lo tanto considero que la habitualidad del trayecto pudo llevar a D. Manuel a descuidar la obligación de poner toda su atención en la situación de peligro, por lo que pudo no darle la importancia suficiente a que el semáforo se encontrase encendido ese día y llevarle esto a actuar de forma imprudente, entendiéndolo que la imprudencia con la que actúa no tiene la suficiente entidad para ser considerada imprudencia temeraria y excluir la protección proporcionada a los accidentes de trabajo.

En base a todo lo analizado califico el accidente sufrido por D. Manuel como un accidente de trabajo “in itinere”, al ser adecuado a los presupuestos para ser considerado accidente de trabajo y cumplir los cuatro requisitos para poder considerarse accidente de trabajo “in itinere”, ya que pese a ser el requisito mecánico ciertamente controvertido entiendo que se cumple al no actuar D. Manuel con imprudencia temeraria.

V.3 Calificación del accidente de Dña. Catalina

En el supuesto de Dña. Catalina se cumplen los requisitos básicos del accidente de trabajo recogidos en el artículo 115.1 del TRLGSS de 1994, ya que es trabajadora por cuenta ajena, se produce una lesión y dicha lesión se produce al regresar a casa tras la jornada laboral, siendo el accidente al ir o volver de trabajar una de las situaciones incluidas en el artículo 115.2 TRLGSS de 1994 que pueden tener la consideración de accidente de trabajo.

Al producirse el accidente de Dña. Catalina cuando volvía del trabajo, analizaré si dicho accidente puede encuadrarse dentro de la categoría de accidente de trabajo “in itinere”.

En relación con el requisito teleológico este se cumple, ya que el desplazamiento de Dña. Catalina se debe a su regreso a casa tras la jornada laboral. El requisito topográfico se cumple porque el accidente se produce en el camino de vuelta del trabajo a casa. También se cumple el requisito mecánico, ya que el medio de transporte empleado es un medio racional y adecuado, el autobús que siempre utiliza para desplazarse. La controversia se produce en relación al requisito cronológico, porque la parada que realiza Dña. Catalina por motivos personales antes de coger el autobús hacia su casa puede haber roto el nexo causal y la idea del viaje.

A efectos de analizar el caso concreto es relevante tener en cuenta la STS 1588/2018²⁶, en unificación de la doctrina, que responde al supuesto de si puede considerarse accidente de trabajo “in itinere” el accidente sufrido en el trayecto de regreso a casa del trabajo cuando se ha realizado una interrupción para hacer unas compras. Los hechos de los que trata la sentencia son muy similares al supuesto de Dña. Catalina. En el supuesto de hecho Dña. Catalina abandona su trabajo y acude a una joyería situada a 300 metros del mismo, acudiendo posteriormente a su parada de autobús habitual y cogiendo el autobús en el que sufre el accidente aproximadamente 45 minutos después de haber salido del trabajo. En los hechos de la sentencia la trabajadora se desvía 1200 metros para acudir a un supermercado y posteriormente coge el autobús de regreso a casa menos de una hora después de haber salido del trabajo.

La STS 1588/2018 hace referencia a los elementos, previamente analizados, exigidos para calificar un accidente como accidente de trabajo “in itinere” y, tanto en el caso concreto como en los hechos analizados en la sentencia, se cumplen todos los elementos, con la única duda del elemento cronológico, estableciendo el tenor literal de la STS 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].”*.

El aspecto en el que el TS hace radicar la posibilidad de la ruptura del elemento cronológico no es en el tiempo transcurrido en el trayecto del trabajo a casa, sino en que el inicio del desplazamiento hacia el domicilio fue demorado por una gestión personal. Esto mismo sucede en el caso de Dña. Catalina, ya que la demora se produce por haber realizado una parada por una gestión personal.

²⁶ STS 1588/2018 de 17 de abril de 2018 [ECLI:ES:TS:2018:1588].

La solución final por la que opta el TS es considerar que no puede entenderse que la parada de la trabajadora para comprar unos yogures rompa el nexo causal ya que se entiende “*como una «gestión razonable» que responde a «patrones usuales» de comportamiento y a «criterios de normalidad» de conducta.*”²⁷. Por lo tanto, la solución que proporciona el TS en este caso no tiene en cuenta factores como la distancia recorrida para realizar la gestión o el retraso en comenzar la vuelta a casa, sino que se centra principalmente en el motivo de la gestión, el cual es diferente en ambos casos. Mientras que en el supuesto de la sentencia la trabajadora para en un supermercado a comprar unos yogures, Dña. Catalina realiza una parada en una joyería para comprar un regalo.

Si bien es cierto que las gestiones que realizan ambas trabajadoras, pese a ser compras, no son de la misma naturaleza, considero que ambas entran dentro de “*los patrones usuales de convivencia o comportamiento del común de las gentes*”, que es uno de los argumentos utilizados en la sentencia para considerar que no hay ruptura del nexo causal y considerando el TS en su ST del 21 de mayo de 1984 “*la desviación para realizar alguna compra*” como ejemplo de ese tipo de comportamiento. Además también se hace referencia a “*la posibilidad de alguna gestión intermedia razonable*”, estableciendo que este comportamiento no rompería el nexo causal, y considero que la parada en una joyería de poco más de media hora es una gestión intermedia completamente razonable.

Por todo lo analizado, califico el accidente de Dña. Catalina como un accidente de trabajo “*in itinere*”, ya que cumple los requisitos exigidos para encuadrarse dentro de esta categoría de accidentes de trabajo y, pese a existir cierta controversia en relación con el requisito cronológico, considero que la parada en una joyería no rompe el nexo causal conforme la línea seguida por el TS en su ST 1588/2018, ya que entiendo dicha parada “*como una «gestión razonable» que responde a «patrones usuales» de comportamiento y a «criterios de normalidad» de conducta*”.

²⁷ «*la conducta normal del trabajador responde a patrones usuales de convivencia o comportamiento del común de las gentes» «la posibilidad de alguna gestión intermedia razonable» «criterios de normalidad dentro de los que se produce una conexión también normal entre el desplazamiento y el trabajo».*

VI. CUESTIONES RELATIVAS A LA EXCEDENCIA DE DÑA. ANA

Las excedencias de trabajo se regulan en el artículo 46 ET y suponen una paralización de dos de las obligaciones principales del contrato de trabajo: la realización por parte del trabajador del trabajo y el pago del salario por parte del empleador. La excedencia de trabajo, en general, se considera como una situación que interrumpe los efectos del contrato de trabajo de forma diferente a la suspensión en sentido estricto, aunque la excedencia forzosa está incluida dentro de las causas de suspensión del contrato de trabajo enumeradas en el art. 45.1 ET (Vida Soria, Monereo Pérez y Molina Navarrete, 2012).

En el art. 46.1 del ET se configura la excedencia forzosa:

“La forzosa, que dará derecho a la conservación del puesto y al cómputo de la antigüedad de su vigencia, se concederá por la designación o elección para un cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo. El reingreso deberá ser solicitado dentro del mes siguiente al cese en el cargo público.”

Por otro lado, se regula en el artículo 46.2 del ET la excedencia voluntaria:

“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.”

La excedencia voluntaria es un derecho del trabajador siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el citado artículo, por lo que si se cumplen el empleador estará obligado a concederla. El trabajador debe tener una antigüedad mínima en la empresa de un año y la excedencia no podrá tener una duración inferior a cuatro meses ni superior a cinco años. Además, debe haber transcurrido un periodo mínimo de cuatro años desde que se disfrutó de la última excedencia voluntaria.

La principal diferencia entre la excedencia forzosa y la excedencia voluntaria es que al trabajador que solicite una excedencia voluntaria no se le reconoce el derecho a la reserva del puesto de trabajo, estableciéndose en el artículo 46.5 del ET que *“El trabajador en excedencia voluntaria conserva solo un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa”*. Por lo tanto, cuando el trabajador solicita una excedencia voluntaria no conserva su puesto de trabajo, sino que tendrá preferencia para reingresar a la empresa cuando se produzcan vacantes, criterio que ha sido ratificado por el TS en su ST 497/2010²⁸, estableciendo su tenor literal lo siguiente:

“La jurisprudencia de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha entendido que este 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”

²⁸ STS 497/2010 de 21 de enero de 2010 [ECLI: ES:TS:2010:497].

En caso de que no existan vacantes en el momento en el que el trabajador solicita el reingreso, la posibilidad de reingresar a la empresa se mantiene de forma indefinida hasta que exista una vacante, no hay un límite temporal.

Además, otro aspecto que diferencia a la excedencia voluntaria es que el período de excedencia no computa como tiempo de servicios, como regla general, ya que puede pactarse algo distinto por las partes o ser el régimen mejorado en los convenios colectivos. El hecho de que en la excedencia voluntaria no exista reserva del puesto de trabajo ha llevado a la existencia de distintas posiciones doctrinales sobre si la excedencia voluntaria supone una situación de suspensión de la relación de trabajo o si supone un caso atípico de extinción, siendo mayoritaria la corriente que considera la excedencia voluntaria como una suspensión del contrato de trabajo equiparable a la excedencia forzosa o a los supuestos especiales de excedencia (Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez y García Murcia, 2017).

En relación con el caso concreto es necesario analizar una de las excedencias por cuidado de familiares regulada en el párrafo segundo del artículo 46.3 ET:

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

La excedencia por cuidado de familiares que no puedan valerse por sí mismos, de igual manera que la excedencia por cuidado de hijos regulada en el párrafo anterior²⁹, tiene un régimen distinto a la excedencia voluntaria. El primer rasgo diferenciador con respecto a la excedencia voluntaria es que el tiempo que dure la excedencia será computable a efectos de antigüedad³⁰. Además, el trabajador tendrá derecho a la reserva de su puesto de trabajo durante el primer año, tras el cual tendrá un puesto reservado en el mismo grupo profesional o categoría equivalente.

La reserva, que otorga en todo caso el derecho incondicional y automático al reingreso en la empresa, aproxima la excedencia por cuidado de familiares a la excedencia forzosa y la aleja de la voluntaria. Durante el primer año la excedencia por cuidado de familiares es idéntica a la forzosa ya que en ambos casos se reserva el propio puesto de trabajo (García-Perrote Escartín, 2017).

En el caso concreto entiendo que la excedencia que solicita Dña. Ana es una de las excedencias por cuidado de familiares del artículo 46.3 ET, concretamente la excedencia por cuidado de familiares que no pueden valerse por sí mismos, ya que pide la excedencia para cuidar a su madre enferma y dicha excedencia tiene una duración de dos años. Trascurridos los dos años la empresa mantiene el puesto de trabajo que realizaba Dña. Ana antes de la excedencia y la cuestión planteada es si se podría solicitar una prórroga de la misma.

²⁹Art. 46.3 ET: *“Los trabajadores tendrán derecho a un periodo de excedencia de duración no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo, tanto cuando lo sea por naturaleza, como por adopción, o en los supuestos de guarda con fines de adopción o acogimiento permanente, a contar desde la fecha de nacimiento o, en su caso, de la resolución judicial o administrativa.”*

³⁰ Art. 46.3 ET: *“El periodo en que el trabajador permanezca en situación de excedencia conforme a lo establecido en este artículo será computable a efectos de antigüedad”.*

La redacción del artículo 46.3 es clara al establecer que la duración máxima de la excedencia por cuidado de familiares es de dos años, salvo que se hubiese establecido una duración mayor por negociación colectiva. Por ello, salvo que en el convenio colectivo se estableciera cosa distinta, la duración máxima será de dos años, por lo que Dña. Ana no tendrá derecho a prórroga de la excedencia al haber agotado el tiempo máximo de duración de la misma. Relativo a esta cuestión, José Benet Escolano (2015) considera que *“solo podría entenderse viable el quebrantamiento del tope temporal sobre la base de un previo pacto individual entre empresario y trabajador. Cualquier otra opción carecería de un fundamento sólido”*. La prórroga de la excedencia no se regula en el ET por lo que, aunque algunos autores defienden que debe ser concedida cuando el trabajador la solicite de buena fe, la mayoría consideran que el empresario no estará obligado a concederla, ya que cuando el trabajador solicita la excedencia tiene libre elección (dentro de los plazos establecidos) para determinar la duración de la misma³¹.

Por lo tanto, entiendo que Dña. Ana no podrá solicitar una prórroga de la excedencia que venía disfrutando hasta el momento ya que agotó la duración máxima de la misma y no existe ningún pacto que posibilite la concesión de la excedencia por un tiempo superior al legalmente establecido.

Cuestión distinta es si Dña. Ana podría solicitar, al finalizar la excedencia por cuidado de familiares, una excedencia voluntaria. Volviendo a los requisitos de la excedencia voluntaria, se establece en el artículo 46.2 del ET que *“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”*.

Si consideramos las excedencias por cuidado de familiares reguladas en el artículo 46.3 ET como una clase de excedencia voluntaria no podría solicitar Dña. Ana una excedencia voluntaria tras finalizar el período de la excedencia por cuidado de familiares, ya que no trascurriría el plazo de cuatro años desde la finalización de la última excedencia voluntaria. Respecto a esta cuestión, Arguelles Blanco (1997) considera que, al regularse en el artículo 46.1 la excedencia forzosa únicamente en base al ejercicio de un cargo público, por exclusión cabe pensar que las excedencias reguladas en el artículo 46.3 del ET son excedencias voluntarias. Sin embargo, disposiciones como la Ley 4/1995, de 23 de marzo, *de regulación del permiso parental y por maternidad*³² se han referido a las excedencias por cuidado de familiares como forzosas³³.

Cada una de las clases de excedencias reguladas en el artículo 46 ET tiene un régimen diferenciado, el cual es conveniente comparar a efectos de dar respuesta a la cuestión.

La excedencia forzosa aparece configurada para los supuestos en los que el trabajador sea designado o elegido para un cargo público, incompatible con el trabajo que venía realizando, y tendrá derecho a la conservación de su puesto de trabajo y el cómputo de la antigüedad³⁴.

La excedencia voluntaria se configura de forma más amplia, estableciéndose como requisitos una antigüedad de un año, que hubieran transcurrido cuatro años desde que finalizó la última excedencia voluntaria y que tenga una duración de entre cuatro meses y cinco años. En los casos de excedencia voluntaria no se conserva el puesto de trabajo,

³¹ STS 4601/2010 de 23 de julio de 2010 [ECLI: ES:TS:2010:4601].

³² BOE núm. 71, de 24 de marzo de 1995, páginas 9211 a 9213.

³³ *“Para poder mitigar esta problemática es conveniente extender el régimen de excedencia forzosa regulado por la Ley a todo el período de excedencia establecido para atender el cuidado de los hijos (...)”*.

³⁴ Art. 46.1 ET.

únicamente tendrá el trabajador un derecho preferente al reingreso en las vacantes de igual o similar categoría a la suya que hubiera o se produjeran en la empresa³⁵.

Las excedencias por cuidado de familiares tendrán una duración máxima de 3 (cuidado de hijos) y 2 años (cuidado de familiares que no pueden valerse por sí mismos). El periodo de duración de la excedencia se computará a efectos de antigüedad, durante el primer año se le reservará su puesto de trabajo y una vez transcurrido el primer año la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente.

Como vemos, son claramente tres categorías diferenciadas de excedencias por lo que, independientemente de que pueda considerarse la naturaleza de las excedencias por cuidado de familiares como forzosa o como voluntaria, claro está que no se identifica con la excedencia voluntaria regulada en el artículo 46.2 ET, ya que ambas tienen un régimen completamente diferente, siendo más similar el régimen de la excedencia por cuidado de familiares al de la excedencia forzosa que al de la excedencia voluntaria.

Además, cuando en dicho artículo se establece el requisito de que no se podrá solicitar una excedencia voluntaria hasta que hayan transcurrido cuatro años del fin de la última excedencia voluntaria, entiendo que la finalidad es que no se puedan solicitar excedencias de forma indefinida o por periodos muy largos de tiempo, ya que en la excedencia voluntaria no es necesario alegar ningún motivo. Carecería de sentido que se limitase la libertad del trabajador a solicitar una excedencia voluntaria, para la cual no es necesario justificar ningún motivo, por haber disfrutado en el periodo consecutivamente anterior de una excedencia por cuidado de familiares, que habría sido solicitada por un motivo plenamente justificado.

Entiendo que existe la posibilidad de solicitar una excedencia voluntaria inmediatamente después de la finalización del plazo de la excedencia por cuidado de familiares (además de por considerar que no es equivalente la excedencia por cuidado de familiares a la excedencia voluntaria) al presentarse esta situación como habitual en diversas sentencias, entre ellas en la ST 1219/2017 del TSJ de Madrid³⁶. En esta sentencia la trabajadora se encuentra en situación de excedencia voluntaria a partir del día siguiente a la finalización del periodo de excedencia por cuidado de familiares, siendo la única cuestión conflictiva el cambio de régimen al pasar de un tipo de excedencia a otra:

“la causa que dio lugar a la reserva del puesto de trabajo era la excedencia para el cuidado de familiares de Doña Patricia, causa que se extinguió el 1 de mayo de 2013 en el que pasa a situación de excedencia voluntaria que no genera derecho de reserva de puesto de trabajo, por lo que en el momento que desaparece este derecho se procede a la extinción del contrato de la actora.”

La cuestión, por lo tanto, radicaría en que Dña. Ana no puede solicitar una prórroga de su excedencia por cuidado de familiares al haber transcurrido el tiempo máximo de duración de la misma. En cambio, considero que podría solicitar una nueva excedencia de carácter voluntario por tiempo mínimo de cuatro meses.

En caso de que Dña. Ana decida solicitar una excedencia voluntaria tendrá que tener en cuenta la diferencia de régimen entre ambas excedencias, ya que en la excedencia por cuidado de familiares el trabajador tiene derecho a reingresar en la empresa y a que el período de excedencia se compute a efectos de antigüedad, pero en la excedencia voluntaria no tiene derecho a la conservación de un puesto de trabajo en la empresa, sino

³⁵ Art. 46.2 ET.

³⁶ STSJ M 1219/2017 de 2 de febrero de 2017 [ECLI: ES:TSJM:2017:1219].

que únicamente tiene derecho a reingresar de forma preferente en caso de que se produzca una vacante y, además, no se computa el periodo de excedencia a efectos de antigüedad, por lo que en caso de solicitar una excedencia voluntaria cambiarían completamente las condiciones en relación con el régimen del que venía disfrutando durante la excedencia por cuidado de familiares.

VII. EL DERECHO A LA INTIMIDAD DEL TRABAJADOR Y SU POSIBLE VULNERACIÓN EN EL SUPUESTO

La intimidad es un derecho fundamental de todos los españoles regulado en el artículo 18.1³⁷ de la Constitución Española³⁸ y desarrollado por la LO 1/1982, de 5 de mayo, *de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen*³⁹. Este derecho, consagrado como fundamental por ser inherente a la personalidad, se manifiesta en todos los órdenes y relaciones penetrando, por lo tanto, en la relación de trabajo (Lousada Arochena y Movilla García, 1998).

Además, se establece en el artículo 10.2 CE que *“las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”*, por lo que será conveniente tener en cuenta el artículo 8.1 del Convenio para la Protección de los Derechos y de las Libertades Fundamentales (en adelante, CEDH)⁴⁰ en el que se proclama el derecho al respeto de la vida privada y familiar y cuyo tenor literal establece que *“Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia”*.

La regulación específica del derecho a la intimidad en el ámbito laboral se encuentra en el ET. En el artículo 4, donde se regulan los derechos laborales, se recoge en la letra e) del apartado segundo que los trabajadores tendrán derecho *“al respeto de su intimidad”*. También se hace referencia a la intimidad del trabajador en el artículo 18 ET, en relación con los registros sobre su persona, taquillas y efectos particulares, estableciéndose 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 legal de los trabajadores o, en su ausencia del centro de trabajo, de otro trabajador de la empresa, siempre que ello fuera posible.”*

Sin embargo, es una cuestión controvertida definir el concepto de “privacidad”, siendo el criterio que sigue la LO 1/82 el de que la protección quedará delimitada *“atendiendo al ámbito que, por sus propios actos, mantenga cada persona reservado para sí mismo y para su familia”*. También es de relevancia señalar que el TC en su sentencia 99/1994⁴¹ establece que no puede el contrato de trabajo legitimar recortes en el ejercicio de los derechos fundamentales, pero que debe tenerse en cuenta que la inserción en esa organización ajena modula los derechos en la medida estrictamente imprescindible. Por lo tanto, debe encontrarse un equilibrio entre las obligaciones contractuales del trabajador y su libertad constitucional, sólo pudiendo ser la modulación de su libertad constitucional la imprescindible y nunca pudiendo eliminarse sus derechos (Apilluelo Martín, 2003).

Para el caso concreto considero conveniente analizar, en primer lugar, los artículos 20.3 y 20 bis ET, ya que ambos tienen relación con la intimidad del trabajador.

³⁷ *“Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.”*

³⁸ BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, páginas 29313 a 29424.

³⁹ BOE núm. 115, de 14/05/1982.

⁴⁰ BOE núm. 108, de 6 de mayo de 1999, páginas 16808 a 16816.

⁴¹ STC 99/1994 de 17 de mayo de 1994 [ECLI:ES:TC:1994:99].

En el art. 20 bis ET se regula el derecho de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión, estableciéndose en el mismo que *“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”*

En el artículo 20.3 del ET se establece que *“El empresario podrá adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, guardando en su adopción y aplicación la consideración debida a su dignidad y teniendo en cuenta, en su caso, la capacidad real de los trabajadores con discapacidad.”*

Del artículo 20 bis ET se deduce que el trabajador tiene derecho a la intimidad en relación con los dispositivos que el empleador pone a su disposición. En cambio, en el artículo 20.3 ET se establece la posibilidad de que el empleador utilice las medidas que considere oportunas para controlar que el trabajador cumpla sus obligaciones. En el caso concreto estos dos preceptos se presentan como controvertidos, ya que aunque debe respetarse la intimidad del trabajador en relación con los medios digitales puestos a su disposición, el empleador tiene derecho a controlar que el trabajador cumpla con sus obligaciones. Ante ésta situación hay que tener en cuenta que el empresario *“puede adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control”*, pero tales medidas sólo podrán estar referidas a la verificación del cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones laborales, nunca a su esfera íntima ni a su esfera privada (Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez y García Murcia, 2017).

Considero interesante hacer referencia, pese a no ser aplicable al caso concreto por no estar en vigor en el momento en el que se producen los hechos, a la regulación que de estas cuestiones se hace en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, *de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales*⁴², que recoge en su artículo 87 el derecho a la intimidad y uso de dispositivos digitales en el ámbito laboral. En este artículo se hace referencia al derecho a la intimidad que tienen los trabajadores en relación con los medios proporcionados por la empresa y a la posibilidad de control de esos medios por parte del empleador para comprobar que los trabajadores cumplen sus obligaciones. Se establece, además, en el apartado tercero, que el empleador debe establecer los criterios de utilización de dichos dispositivos, pero siempre respetando los estándares mínimos de protección de la intimidad y demás derechos de los trabajadores.

En relación con la utilización de los medios de la empresa por parte del trabajador, del control de estos medios por parte del empleador y de la compatibilidad de estas actuaciones con el derecho a la intimidad del trabajador, se manifiesta la STS 6128/2007⁴³ estableciendo que, *“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.”*

Además de esta consideración sobre la posibilidad del control por parte del empleador, se establece en esta misma sentencia la forma en la que el empleador debe llevar a cabo estos controles, estableciendo que *“Por ello, lo que debe hacer la empresa de acuerdo*

⁴² BOE núm. 294, de 06/12/2018.

⁴³ STS 6128/2007 de 26 de septiembre de 2007 [ECLI:ES:TS:2007:6128].

con las exigencias de buena fe es establecer previamente las reglas de uso de esos medios e informar a los trabajadores de que va existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos (...) De esta manera, si el medio se utiliza para usos privados en contra de estas prohibiciones y con conocimiento de los controles y medidas aplicables, no podrá entenderse que, al realizarse el control, se ha vulnerado "una expectativa razonable de intimidad""

Por lo tanto, en línea con lo establecido en esta sentencia, el empleador podrá llevar a cabo un control de los medios proporcionados a los trabajadores pero para que no se vulnere la intimidad del trabajador debe establecer previamente la forma en la que se podrán usar los dispositivos electrónicos, informar de que van a existir controles y los medios que se van a utilizar para comprobar que los dispositivos se usan de forma correcta.

También tiene relevancia en esta materia la STC 170/2013⁴⁴, en la que se deniega el amparo al considerar que no se infringen los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones de un trabajador que fue despedido por remitir información confidencial a otra compañía. El TC fundamentó su decisión en que en el convenio colectivo se restringía la utilización del correo electrónico de la empresa para fines únicamente profesionales, lo cual lleva implícito la posibilidad de controles, estableciendo su tenor literal que:

"(...), cabe entender también en el presente supuesto que no podía existir una expectativa fundada y razonable de confidencialidad respecto al conocimiento de las comunicaciones mantenidas por el trabajador a través de la cuenta de correo proporcionada por la empresa y que habían quedado registradas en el ordenador de propiedad empresarial. La expresa prohibición convencional del uso extralaboral del correo electrónico y su consiguiente limitación a fines profesionales llevaba implícita la facultad de la empresa de controlar su utilización, al objeto de verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales, incluida la adecuación de su prestación a las exigencias de la buena fe".

Por lo tanto, la línea seguida por el TC en esta resolución parte de la base de que la mera prohibición del empleador de la utilización de los medios de la empresa para fines extra laborales lleva implícita la posibilidad de controles, lo cual no cumple con los requisitos establecidos en la sentencia previamente citada, ya que se establecía que el empleador debía avisar de la posibilidad de que se llevaran a cabo controles.

Esta misma idea está presente en la STS 8876/2011⁴⁵, que responde a la cuestión de *"si existe o no un derecho del trabajador a que se respete su intimidad cuando, en contra de la prohibición del empresario o con una advertencia expresa o implícita de control, utiliza el ordenador para fines personales"*, ante lo que considera que, *"si no hay derecho a utilizar el ordenador para usos personales, no habrá tampoco derecho para hacerlo en unas condiciones que impongan un respeto a la intimidad o al secreto de las comunicaciones, porque, al no existir una situación de tolerancia del uso personal, tampoco existe ya una expectativa razonable de intimidad y porque, si el uso personal es ilícito, no puede exigirse al empresario que lo soporte y que además se abstenga de controlarlo. (...) La prohibición determina que ya no exista una situación de tolerancia*

⁴⁴ STC 170/2013 de 7 de octubre de 2013 [ECLI:ES:TC:2013:170].

⁴⁵ STS 8876/2011 de 6 de octubre de 2011 [ECLI: ES:TS:2011:8876].

con el uso personal del ordenador y que tampoco exista lógicamente una "expectativa razonable de confidencialidad".

Esta STS sigue la misma línea que la antes referida STC, considerando ambas que el derecho a la intimidad del trabajador se ve limitado cuando el empleador prohíbe la utilización de los medios de la empresa para fines propios y que podrá el empleador realizar controles al no existir, debido a la prohibición, una “expectativa razonable de intimidad”.

Por lo tanto, como se deduce de este análisis, nos encontramos con dos criterios diferenciados empleados por la jurisprudencia para determinar si existe vulneración del derecho a la intimidad del trabajador. El criterio más tolerante considera que basta que conste prohibición expresa para que el empleador pueda ejercer el control de la actividad sin vulnerar ningún derecho (criterio seguido en la STS 8876/2011 y en la STC 170/2013). Sin embargo, esto ha sido muy cuestionado y existe otro criterio, mucho más riguroso y predominante en la actualidad, por el que se entiende que no es suficiente con comunicar la prohibición del uso de medios de la empresa para fines particulares, sino que es necesario que se les informe del contenido de los controles como de los medios utilizados para ello (criterio seguido en la STS 6128/2007) (Gómez, E., 2018).

En el caso concreto el control del ordenador de la trabajadora por parte del empleador se hizo por medio de monitorización, por lo que habrá que comprobar si dicha monitorización está o no justificada y si con la misma se vulnera el derecho a la intimidad de la trabajadora. Para ello analizaré la línea seguida por el TEDH en su resolución de 5 de septiembre de 2017⁴⁶, que ha sido aplicada por nuestros tribunales, por ejemplo, en la ST 50/2017 del JSO nº 19 de Madrid⁴⁷.

En la resolución del TEDH se establece un test para comprobar si la monitorización es lícita o si, por el contrario, existe vulneración de derechos fundamentales, y cuyo tenor literal es el siguiente:

“El Tribunal es consciente de que la situación está cambiando rápidamente en este ámbito. Sin embargo, considera que la proporcionalidad y las garantías procesales contra el carácter arbitrario son elementos esenciales. En este contexto, las autoridades nacionales deberían 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 (RCL 1999, 1190, 1572), 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

⁴⁶ STEDH 61/2017 de 5 de septiembre de 2017 [ECLI:CE:ECHR:2017:0905JUD006149608].

⁴⁷ SJSO 50/2017 de 17 de noviembre de 2017 [ECLI: ES:JSO:2017:50].

han tenido acceso a sus resultados (véase, en este sentido, la sentencia Köpke , precitada). 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 (véase, en los apartados 38, 43 y 45 supra, el estado del derecho internacional y europeo en la materia)? 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 (véase, mutatis mutandis , el criterio similar aplicado al examen de la proporcionalidad de una injerencia en el ejercicio de la libertad de expresión protegida por el artículo 10 del Convenio (RCL 1999, 1190, 1572) en Axel Springer AG contra Alemania (JUR 2012, 46200) [GS], núm. 39954/08, ap. 95, 7 de febrero de 2012, con las referencias citadas)? ¿De qué modo utilizó el empresario los resultados de la medida de vigilancia, concretamente si los resultados se utilizaron para alcanzar el objetivo declarado de la medida (véase, en este sentido, la sentencia Köpke , precitada)?

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.”

En relación con el primero de los puntos, es conveniente diferenciar el aviso del empleador de que los medios electrónicos de la empresa no pueden utilizarse para fines propios, del aviso del empleador de la posibilidad de llevar a cabo controles sobre los mismos. Esto choca con algunas de las líneas analizadas con anterioridad, que establecían que por el hecho de haber informado al trabajador de que los medios no pueden ser utilizados para fines personales se presume la posibilidad de que existan controles⁴⁸ o se pierde la “expectativa razonable de intimidad”⁴⁹. Sin embargo, la línea seguida por el TEDH, que parte de la existencia de dos requisitos diferenciados, informar al trabajador de la forma en la que se deben utilizar los medios electrónicos y avisarle de la posibilidad de controles, ya estaba presente en la antes referida STS 6128/2007, en la cual se establecía que “lo que debe hacer la empresa de acuerdo con las exigencias de buena fe es establecer previamente las reglas de uso de esos medios e informar a los trabajadores de que va existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos”.

El TEDH considera que aunque el trabajador haya sido informado de que no puede utilizar los medios electrónicos de la empresa para fines propios no se elimina por completo la vida privada en el lugar de trabajo, por lo que la monitorización sin aviso previo de que se va a ejercer un control vulnera el artículo 8 del CEDH. Por lo tanto, al considerar que no es sustitutiva la prohibición de la utilización de los medios electrónicos

⁴⁸ STC 170/2013.

⁴⁹ STS 8876/2011.

para fines propios del aviso a los trabajadores de la posibilidad de control, considero que el caso concreto no supera este primer punto del test, al no haberse informado a los trabajadores de la posibilidad de control de los medios electrónicos.

La justificación del empleador para llevar a cabo la monitorización de los ordenadores fue la sospecha de que se estaba incumpliendo la prohibición de no utilizar los medios de la empresa para fines personales, razón que, en mi opinión, no justifica que la empresa tuviera acceso al contenido de los mensajes remitidos por la trabajadora, acceso que se deduce de que la empresa tuvo conocimiento de que se enviaron fotografías y documentos muy valiosos de la empresa a terceros sin su autorización. En este caso no solo se controla el flujo de comunicaciones, sino que también se tiene acceso al contenido de las mismas y no se proporcionó ninguna garantía al trabajador tendente a impedir que el empleador tuviera acceso al contenido de las comunicaciones.

Para llevar a cabo la finalidad perseguida hubiera sido suficiente con conocer el registro de las páginas a las que accede la trabajadora o las actividades que se realizan con el ordenador ya que, en principio, no hubiera sido necesario conocer si utiliza el correo electrónico con una finalidad extra laboral porque únicamente con la comprobación de las páginas a las que accede la trabajadora o las tareas a las que se dedica durante su jornada laboral se habría comprobado la desobediencia a la prohibición de utilizar los medios de la empresa para fines personales, ya que la trabajadora dedicaba aproximadamente una hora diaria a actividades ajenas a su trabajo. Además, en caso de que se necesitara comprobar si el correo electrónico se utilizaba para fines extra laborales a fin de comprobar el incumplimiento de la prohibición, sería suficiente con conocer a quien se remitían los mensajes, no siendo necesario en ningún caso conocer el contenido de los mismos.

Se establece también en la SJSO 50/2017⁵⁰ que independientemente de la forma de visualización de la monitorización no se protege la intimidad ni el secreto de las comunicaciones de la trabajadora al conocerse el contenido y los destinatarios de los mensajes remitidos por la misma, por lo que no sería una garantía de la protección de su derecho a la intimidad que la visualización se realizara en presencia de la propia trabajadora y de los representantes de los trabajadores o que en la visualización no se accediera al contenido de los mensajes.

Por ello, considero que no se cumple el test establecido en la resolución del TEDH.

Como he analizado previamente, eran varias las líneas jurisprudenciales que consideraban que por el hecho de que el empleador prohibiera la utilización de los medios de la empresa para fines extra laborales quedaba justificado que realizara un control de dichos medios para comprobar que no se vulneraba la prohibición. Sin embargo, la reciente doctrina del TEDH aporta un nuevo enfoque a este tema, estableciendo una serie de requisitos que deben cumplirse para que la monitorización por parte del empleador sea válida y no se vulnere el derecho al respeto de la vida privada y familiar (art. 8.1 CEDH) y, como consecuencia, los derechos fundamentales al secreto de las comunicaciones y a la intimidad regulados en nuestra constitución.

En relación con la aplicación de las resoluciones del TEDH, se ha manifestado el TC en su sentencia 245/1991⁵¹ considerando que "*que el Convenio Europeo no obligue a España a reconocer en su ordenamiento jurídico interno la fuerza ejecutoria directa de las*

⁵⁰ SJSO 50/2017 de 17 de noviembre de 2017 [ECLI: ES:JSO:2017:50].

⁵¹ STC 245/1991 de 16 de diciembre de 1991 [ECLI:ES:TC:1991:245].

sentencias del TEDH no implica la carencia de todo efecto interno de la declaración realizada por dicho Tribunal sobre la existencia de infracción de un derecho reconocido en el Convenio. Ha de tenerse en cuenta que el Convenio no sólo forma parte de nuestro Derecho interno, conforme al art. 96.1 CE, sino que además, y por lo que aquí interesa, las normas relativas a los derechos fundamentales y libertades públicas contenidas en la CE, deben interpretarse de conformidad con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España, entre los que ocupa un especial papel el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales. El TEDH es el órgano cualificado que tiene por misión la interpretación del Convenio, y sus decisiones son además obligatorias y vinculantes para nuestro Estado, cuando sea Estado demandado".

Siguiendo el criterio desarrollado en esta STC entiendo que es fundamental resolver el supuesto siguiendo la línea del TEDH, ya que se establecen en su resolución los criterios para comprobar si ha sido vulnerado el artículo 8 del CEDH y que sirven también para interpretar si han sido vulnerados los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones recogidos en el artículo 18 de nuestra Constitución.

Por lo tanto, siguiendo la línea del TEDH y tras la comprobación del test establecido en la resolución, considero que se vulnera el derecho fundamental de Dña. Ana a la intimidad al tener acceso la empresa al correo electrónico de la trabajadora y al contenido de sus mensajes de manera injustificada, no superando la monitorización el test establecido en la resolución del TEDH.

VIII. CALIFICACIÓN DEL DESPIDO DE DÑA ANA

El contrato de trabajo puede extinguirse por causas muy diversas, recogidas en el artículo 49 ET, siendo una causa relevante de extinción del contrato de trabajo el despido, al que se hace referencia en la letra k) del apartado primero que establece que: “*El contrato de trabajo se extinguirá: (...) Por despido del trabajador.*”

Por despido se entiende la extinción del contrato de trabajo por decisión unilateral del empleador. En nuestro sistema el despido es causal y no libre ya que, como regla general, hay que alegar una causa que justifique el despido. La existencia de una causa justa no es la única garantía de la estabilidad del trabajador, ya que han ido surgiendo otras garantías de tipo formal, como la exigencia de forma escrita para la validez del despido o la posibilidad de reclamar jurisdiccionalmente ante la decisión empresarial. A pesar de estos controles la ruptura del contrato esta, en gran parte, en manos del empresario, ya que podrá despedir a un trabajador sin justificación si paga la correspondiente indemnización y no tendrá la obligación de readmitir al trabajador que ha sido objeto de un despido improcedente (Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez y García Murcia, 2017).

En relación con las clases de despido considero relevante analizar el despido por causas objetivas, el despido disciplinario y el despido colectivo.

En cuanto al despido colectivo, se encuentra regulado en el artículo 51 ET y se caracteriza por su causa y por su alcance numérico. El despido colectivo debe estar justificado por “*causas inherentes a la actividad o funcionamiento de la empresa*”, que es una de las causas de justificación del despido objetivo, pero se diferencia del mismo en que debe afectar a todos o a un número significativo de trabajadores. No procederé a analizar más a fondo esta modalidad porque no es el tipo de despido que nos encontramos en el caso concreto, ya que ni es la causa de despido la prevista para el despido colectivo ni el despido afecta a varios trabajadores.

En el artículo 52 ET se regula el despido por causas objetivas, que estará justificado por causas relacionadas con la incompatibilidad entre el puesto del trabajo y el trabajador o por la necesidad de amortizar puestos de trabajo por razones técnicas, económicas o de organización. Los motivos concretos que justifican este despido aparecen enunciados en el artículo 52 ET y son, de forma resumida: las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción, la ineptitud del trabajador, la falta de adaptación a modificaciones técnicas, las faltas de asistencia al trabajo y la insuficiencia de consignación presupuestaria pública. El despido en el caso concreto no está justificado por ninguna de estas causas, por lo que no se encuadra en un supuesto de despido por causas objetivas (Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez y García Murcia, 2017).

La última clase de despido es el despido disciplinario (Martínez Girón y Arufe Varela, 2016). El despido disciplinario es la sanción más grave que puede imponer el empresario y es la manifestación más intensa de su poder sancionador o de disciplina en la empresa, permitiendo al empleador acabar con la relación laboral sin necesidad de acudir al juez, aunque el juez podrá revisar la decisión previa demanda del trabajador. Es la modalidad de despido que nos encontramos en el caso concreto (Ortiz Lallana, Sesma Bastida y Baviera Puig, 2012).

En el apartado primero del artículo 54 ET se establece que “*El contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador*”. El incumplimiento que justifique el despido debe ser grave, ya que debe alcanzar cierta entidad, y culpable, porque debe ser imputable al

trabajador. Además ha de ser un incumplimiento contractual, que afecte a las obligaciones que nacen del contrato de trabajo o de las normas que le son aplicables (Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez y García Murcia, 2017).

Se establece en el previamente citado artículo 54.1 el supuesto general que puede dar lugar al despido disciplinario y, a continuación, se enuncian las conductas que concretamente se consideran incumplimiento contractual, estableciendo el artículo 54.2 lo siguiente:

“Se considerarán incumplimientos contractuales:

- a) Las faltas repetidas e injustificadas de asistencia o puntualidad al trabajo.*
- b) La indisciplina o desobediencia en el trabajo.*
- c) Las ofensas verbales o físicas al empresario o a las personas que trabajan en la empresa o a los familiares que convivan con ellos.*
- d) La transgresión de la buena fe contractual, así como el abuso de confianza en el desempeño del trabajo.*
- e) La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado.*
- f) La embriaguez habitual o toxicomanía si repercuten negativamente en el trabajo.*
- g) 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.”*

En el supuesto concreto se justifica el despido disciplinario de la trabajadora en la falta de rendimiento y en la desobediencia. Las razones que dan lugar a esta justificación son que la trabajadora dedicaba una media de 60 minutos diarios a actividades ajenas a su trabajo y que había incumplido la prohibición de utilizar los medios de la empresa para asuntos extra laborales. Por lo tanto, la empresa justifica su despido considerando que la trabajadora ha incurrido en los incumplimientos contractuales recogidos en el art. 54.2 b) y e).

En relación con la indisciplina o desobediencia, se contempla en este supuesto el incumplimiento de las órdenes dadas por el empleador en el ejercicio de su poder de dirección y organización de la actividad empresarial. Este incumplimiento debe reflejarse en una resistencia a órdenes o instrucciones legítimas que hayan sido emitidas por el empleador o por quien ejercite poderes directivos, presumiendo de legitimidad toda orden dirigida al ámbito laboral, y adoptadas por personas competentes, a no ser que la orden sea manifiestamente irregular, implique riesgo, resulte vejatoria o constituya abuso manifiesto (García-Perrote Escartín, 2017). Entiendo que en el caso concreto se da esta circunstancia ya que la desobediencia de la trabajadora en relación con la orden dada por el empleador de no utilizar los medios de la empresa para fines propios es clara. Además, la orden fue dada por el empleador y era una orden legítima, relativa a un ámbito en el que el empleador tiene derecho a ejercer restricciones.

Respecto a la disminución del rendimiento, la causa de despido requiere que la disminución sea, por un lado, continuada y, por otro lado, voluntaria. Por lo tanto, no justifica el despido disciplinario ni una disminución esporádica, ni tampoco una disminución involuntaria. La voluntariedad de la disminución no requiere dolo, sino que

basta la falta de diligencia (García-Perrote Escartín, 2017). La jurisprudencia⁵² exige, además de que el incumplimiento sea continuado y voluntario, que sea un rendimiento por debajo del normal o pactado. Respecto a esta cuestión, no tenemos constancia de ningún rendimiento concreto pactado entre Dña. Ana y la empresa, por lo que habrá que tener en cuenta para considerar si existe incumplimiento el rendimiento normal de un trabajador diligente. En relación con la continuidad, la conducta tuvo permanencia en el tiempo ya que, según el control realizado, la trabajadora utilizaba aproximadamente una hora diaria para dedicarse a asuntos extra laborales, y la disminución del rendimiento sería imputable a la trabajadora, ya que no existe ningún elemento responsable del descenso del rendimiento. En relación con la disminución del rendimiento por debajo de lo normal, habría que tener en cuenta el rendimiento anterior, ya que tiene que producirse una disminución del mismo y al no tener datos sobre el rendimiento anterior de la trabajadora no tenemos constancia de que se hubiera producido esta disminución. Por lo tanto, considero que con los datos aportados en el supuesto no podemos determinar con claridad que efectivamente hubiera existido dicha disminución, a pesar de tener constancia de que el rendimiento está por debajo de lo esperado.

Sin embargo, entiendo que podría considerarse que se da otra de las causas que justifican el despido disciplinario, la trasgresión de la buena fe contractual regulada en el artículo 46.1 d), ya que parte de la jurisprudencia ha considerado como ejemplo de la trasgresión de la buena fe la conducta del trabajador que utiliza para fines privados internet y el correo electrónico mediante el ordenador proporcionado por la empresa durante la jornada laboral, especialmente cuando esa conducta está prohibida⁵³, como es en el caso de Dña. Ana.

Independientemente de que no quede justificado el despido disciplinario con la disminución del rendimiento de la trabajadora, seguiría estando justificado con la desobediencia, por lo que sería un despido disciplinario sobre la base de un justificado incumplimiento contractual.

Cuestión aparte será la calificación del despido como procedente, improcedente o nulo (Monteiro Pérez, 2013).

En relación con la improcedencia del despido, se regula ésta situación en el artículo 108.1 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, *reguladora de la jurisdicción social*⁵⁴ (en adelante, LJS) y en el artículo 55.4 ET. De ambos preceptos se deduce que el despido se considerará improcedente cuando no quede acreditado el incumplimiento contractual alegado por el empresario o no quede acreditada la gravedad de dicho incumplimiento. También será considerado como despido improcedente el que no se ajuste a la forma establecida para el despido disciplinario, cuestión que no entraré a valorar ya que no tenemos datos sobre la forma en la que se llevó a cabo el despido de Dña. Ana, por lo que presumo que se cumplió con la forma legalmente establecida.

En caso de que el despido fuera calificado como improcedente tendrá el empleador dos opciones: readmitir al trabajador o pagarle la correspondiente indemnización. Estas posibilidades se deducen de lo establecido en el artículo 56 ET, cuyo tenor literal establece que, *“Cuando el despido sea declarado improcedente, el empresario, en el plazo de cinco días desde la notificación de la sentencia, podrá optar entre la readmisión del trabajador o el abono de una indemnización equivalente a treinta y tres días de*

⁵² STSJ EXT 1239/2012 de 30 de julio de 2012 [ECLI: ES:TSJEXT:2012:1239].

⁵³ STSJ CV 5579/2003 de 26 de junio de 2003 [ECLI: ES:TSJCV:2003:5579].

⁵⁴ BOE núm. 245, de 11/10/2011.

salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año, hasta un máximo de veinticuatro mensualidades. La opción por la indemnización determinará la extinción del contrato de trabajo, que se entenderá producida en la fecha del cese efectivo en el trabajo.”.

En el caso concreto no se dan los presupuestos para calificar el despido como improcedente ya que, tras haber analizado previamente las causas alegadas por el empleador para el despido de Dña. Ana, considero que hubo incumplimiento por parte de la trabajadora en base a la desobediencia, al no acatar Dña. Ana la prohibición de la empresa de no utilizar los medios electrónicos para fines personales, considerando que dicho comportamiento es suficientemente grave como para justificar el despido y que el mismo no pueda ser calificado como improcedente.

En relación con la calificación del despido como nulo, procede esta calificación en los supuestos contemplados en los artículos 55.5 ET y 108.2 LJS. Como regla general, el despido será calificado como nulo cuando *“tenga como móvil alguna de las causas de discriminación prohibidas en la Constitución o en la ley, o bien se produzca con violación de derechos fundamentales y libertades públicas del trabajador”.*

También será calificado el despido como nulo en una serie de supuestos⁵⁵ que, tras ser analizados, no guardan relación con el caso concreto.

Gran relevancia tiene, en cambio, la vulneración de derechos fundamentales como causa para calificar el despido como nulo ya que tras lo analizado en el precepto anterior llegué a la conclusión de que había existido una vulneración del derecho fundamental a la intimidad, regulado en el artículo 18 CE, al aplicar la doctrina del TEDH y comprobar que no se cumplían los requisitos para que la monitorización del ordenador de Dña. Ana efectuada por la empresa estuviera justificada.

Además, los medios de prueba utilizados para la demostración de que la trabajadora ha incurrido en el incumplimiento contractual que justifica su despido disciplinario han sido obtenidos con vulneración de derechos fundamentales⁵⁶, por lo que tiene especial relevancia analizar lo que establece en artículo 90.2 LJS, cuyo tenor literal establece que:

⁵⁵ *“a) El de los trabajadores durante los periodos de suspensión del contrato de trabajo por maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, paternidad, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural a que se refieren los artículos 45.1.d) y e) o por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia natural, o el notificado en una fecha tal que el plazo de preaviso concedido finalice dentro de dichos periodos.*

b) El de las trabajadoras embarazadas, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión a que se refiere la letra a); el de los trabajadores que hayan solicitado uno de los permisos a los que se refieren los artículos 37.4, 5 y 6, o estén disfrutando de ellos, o hayan solicitado o estén disfrutando la excedencia prevista en el artículo 46.3; y el de las trabajadoras víctimas de violencia de género por el ejercicio de los derechos de reducción o reordenación de su tiempo de trabajo, de movilidad geográfica, de cambio de centro de trabajo o de suspensión de la relación laboral en los términos y condiciones reconocidos en esta ley.

c) El de los trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción, delegación de guarda, acogimiento, o paternidad a que se refiere el artículo 45.1.d), siempre que no hubieran transcurrido más de nueve meses desde la fecha de nacimiento, adopción, delegación de guarda o acogimiento del hijo o del menor. Lo establecido en las letras anteriores será de aplicación, salvo que, en esos casos, se declare la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio del derecho a los permisos y excedencia señalados”.

⁵⁶ SJSO 50/2017 de 17 de noviembre de 2017 [ECLI: ES:JSO:2017:50].

“No se admitirán pruebas que tuvieran su origen o que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas”.

No existe uniformidad de la jurisprudencia en relación a si el despido basado en una prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales es improcedente o nulo. Los defensores de la improcedencia consideran que, conforme a lo establecido en el artículo 11 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, *del Poder Judicial*⁵⁷, que establece que *“No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales”*, la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales no tendrá ningún efecto, ni para acreditar la causa del despido ni para la calificación del mismo⁵⁸. Sin embargo, otra corriente considera que si la prueba en la que el empleador basa el despido se ha obtenido con vulneración de derechos fundamentales, dicha prueba no se debe tener en cuenta para acreditar la causa del despido, pero sí para su calificación⁵⁹ (Colàs-Neila y Yélamos Bayarri, 2018).

En mi opinión, el hecho de que todos los medios de prueba utilizados para demostrar el incumplimiento de la trabajadora sean considerados como nulos tiene efectos sobre la calificación del despido, ya que tiene sentido que la nulidad de los medios de prueba tenga como consecuencia la nulidad de aquellos actos que se lleven a cabo con utilización de dichos medios, idea que está presente en la STSJ M 5732/2016⁶⁰, cuyo tenor literal establece que *“si se obtuvieron de manera ilícita con infracción de derechos constitucionales, no estamos solamente ante un supuesto de ineficacia absoluta de tal prueba, que es nula, sino de nulidad de cuantos actos y medidas traigan causa de ella, de modo que el despido ha de calificarse como nulo”*.

Además, al considerarse estos medios de prueba como nulos, no cabe entender que la trabajadora haya incurrido en los incumplimientos que justifican el despido, por lo que no quedará probado que haya actuado con desobediencia ni con falta de rendimiento.

En definitiva, el despido de Dña. Ana debe ser calificado como nulo por haberse producido una vulneración de derechos fundamentales (vulneración que no procederé a analizar en este apartado ya que fue detenidamente analizada en el apartado anterior) y por ser nula la prueba con la que se justifica el despido, teniendo como consecuencia la nulidad de los actos que se hubieran llevado a cabo en base a la misma.

Los efectos de la calificación del despido como nulo se recogen en los artículos 113 LJS y 55.6 ET, estableciéndose en ambos preceptos que la consecuencia del despido nulo será la inmediata readmisión del trabajador, teniendo el empleador que abonar los salarios que el trabajador hubiera dejado de percibir.

Además, la trabajadora tendrá derecho a una indemnización, de cuantía determinada por el juez, por la vulneración de derechos fundamentales, lo cual se deduce del artículo 183 LJS, cuyo tenor literal establece que, *“Cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que, en su caso, le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación u otra lesión de sus derechos fundamentales y libertades públicas, en función tanto del daño*

⁵⁷ BOE núm. 157, de 02/07/1985.

⁵⁸ STSJ CLM 1/2018 de 12 de enero de 2018 [ECLI: ES:TSJCLM:2018:1].

⁵⁹ STSJ AS 103/2016 de 22 de enero de 2016 [ECLI: ES:TSJAS:2016:103].

⁶⁰ STSJ M 5732/2016 de 13 de mayo de 2016 [ECLI: ES:TSJM:2016:5732].

moral unido a la vulneración del derecho fundamental, como de los daños y perjuicios adicionales derivados”.

Por lo tanto, califico el despido como nulo por haberse incurrido en vulneración de derechos fundamentales, lo que tendrá como consecuencia que la empresa tendrá que readmitir a Dña. Ana y abonarle los salarios que hubiera dejado de percibir durante el tiempo de despido, teniendo Dña. Ana derecho a una indemnización por la vulneración de los derechos fundamentales que será fijada por el juez y deberá ser abonada por la empresa.

IX. CONCLUSIÓN

El supuesto de hecho analizado versa sobre la rama del ordenamiento jurídico español relativa al derecho del trabajo o derecho laboral. Esta rama jurídica tiene como objeto el trabajo, que debe cumplir los requisitos de ser productivo y por cuenta ajena, y regula las relaciones entre empleador y empleado, las actuaciones de los sindicatos y las actuaciones del estado en materia de seguridad social. Se tratan en el supuesto cuestiones diversas encuadradas en esta disciplina, a las que haré referencia de forma breve a modo de conclusión.

La primera de las cuestiones versa sobre la pensión de viudedad. En el supuesto nos encontramos con dos posibles beneficiarias, teniendo que determinar a quién corresponde dicha prestación. El primer punto que consideré relevante analizar es si D. Manuel debe estar incluido en el RGSS o en el RETA, ya que es agente de seguros y la relación con el empresario está generada por medio del contrato de agencia. La regla general es la de considerar la mercantilidad de la relación y, por lo tanto, que el agente de comercio sea un trabajador autónomo, pero una reciente ST del TS abre la posibilidad a que pueda considerarse como laboral la relación entre el agente y la empresa. Tras analizar dicha resolución considero que no hay datos suficientes para determinar la laboralidad de la relación, por lo que opto por seguir la regla general y considerar que D. Manuel es un trabajador autónomo económicamente dependiente y, por lo tanto, incluido en el RETA.

En relación con el régimen aplicable a los trabajadores incluidos en el RETA para los supuestos de pensiones de viudedad, se aplica la misma normativa que para los supuestos en los que el causante estuviera incluido en el RGSS, por lo que se aplicará el TRLGSS, en el caso concreto el de 1994, al no estar en vigor el texto de 2015 cuando se produce el hecho causante.

Se admite en el TRLGSS de 1994 la posibilidad de que existan varios beneficiarios en los supuestos de pensiones de viudedad, estableciéndose en el artículo 174.2 que si se produce una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión se reparte la prestación de forma proporcional al tiempo vivido por cada uno de los beneficiarios con el causante, reservándose el 40 por ciento a favor del que fuera cónyuge del causante en el momento del fallecimiento.

En el caso concreto sólo Dña. Catalina resulta ser beneficiaria, ya que Dña. Ana no cumple los requisitos exigidos para tener derecho a esta prestación. Se establece como requisito en el artículo 174.2 TRLGSS de 1994 (para los casos de divorcio) la existencia de pensión compensatoria, la cual no había sido concedida a Dña. Ana. Además, si entendiéramos que la solicitud de la prestación se realiza en la actualidad sería de aplicación la DT decimotercera del TRLGSS de 2015, para los supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008, que abre la posibilidad en dichos supuestos a ser beneficiario de pensión de viudedad sin mediar el requisito de la pensión compensatoria. Dña. Ana no cumple los requisitos de dicha DT por lo que, independientemente de si la solicitud se realiza en el momento en el que se produce el hecho causante o en la actualidad, no será Dña. Ana beneficiaria.

En cambio, sí que concurren en Dña. Catalina los requisitos para poder ser beneficiaria de la pensión de viudedad, ya que al haber fallecido el causante por un accidente no se exige un periodo mínimo de duración del matrimonio ni la existencia de hijos comunes, por lo que le asiste un derecho a pensión de viudedad de carácter vitalicio.

También nos encontramos en el supuesto de hecho con dos accidentes, el de Dña. Catalina y el de D. Manuel, calificando ambos como accidentes de trabajo “in itinere”, ya que cumplen los requisitos generales para ser considerados accidentes de trabajo y los requisitos concretos para ser considerados accidentes de trabajo “in itinere”.

En el caso de D. Manuel el accidente se produce cuando acude a trabajar y tras haberse saltado un semáforo en rojo, por lo que lo más relevante es analizar si concurre imprudencia temeraria, ya que el accidente que se hubiera producido por imprudencia temeraria no tendrá consideración de accidente de trabajo conforme a lo establecido en el artículo 115.4 TRLGSS de 1994. Tras el análisis de varias líneas jurisprudenciales y de las circunstancias concretas del accidente, considero que en el supuesto concreto no actúa D. Manuel con temeridad manifiesta, ya que el accidente se produce a una hora en la que usualmente había poco tráfico y tras saltarse un semáforo en rojo, semáforo que solía estar apagado. Es comprensible y ha sido ratificado por la jurisprudencia⁶¹ que la habitualidad del trayecto es uno de los factores que eliminan la intención voluntaria de asumir el riesgo, por lo que cabe entender que al realizar D. Manuel el trayecto todos los días y siempre estar el semáforo apagado no fue consciente del peligro que podría ocasionar no respetar la parada, por lo que considero que actúa de forma imprudente y negligente, pero no con imprudencia temeraria.

En relación con Dña. Catalina considero que también se cumplen los requisitos generales para que el accidente sea considerado accidente de trabajo, así como los requisitos concretos para que sea considerado accidente de trabajo “in itinere”. En el caso de Dña. Catalina el accidente se produce en el autobús cuando regresa a casa tras su jornada laboral, pero la controversia radica en la parada realizada antes de coger el autobús de vuelta a casa. Tras analizar varias líneas jurisprudenciales, así como las circunstancias del caso concreto, considero que la parada realizada por Dña. Catalina en la joyería no rompe el nexo causal, ya que la línea seguida por la jurisprudencia del TS es que la desviación para realizar alguna compra entra dentro de “los patrones usuales de convivencia o comportamiento del común de las gentes” y que este tipo de comportamientos no rompen el nexo causal ni la idea del viaje.

Otra de las cuestiones planteadas en el supuesto tiene relación con la excedencia solicitada por Dña. Ana y la posibilidad de prórroga de la misma. En el caso concreto, Dña. Ana había disfrutado de una excedencia de 2 años por cuidado de familiares, siendo esa la duración máxima admitida en el artículo 46.3 ET para este tipo de excedencias. Al ser la duración máxima de la excedencia por cuidado de familiares dos años y haber disfrutado Dña. Ana de ese periodo de excedencia, entiendo que no cabe prórroga de la misma, salvo que se hubiese pactado una duración superior por negociación colectiva, cuestión de la que no queda constancia en el supuesto de hecho. Sin embargo, considero que podría Dña. Ana, de forma inmediata tras la finalización de la excedencia por cuidado de familiares, solicitar una excedencia voluntaria. La controversia en este caso se encuentra en determinar si es la excedencia por cuidado de familiares un tipo de excedencia voluntaria, ya que se establece en el artículo 46.2 que no se podrá solicitar una excedencia voluntaria hasta que haya transcurrido un período mínimo de cuatro años desde la finalización de la última excedencia voluntaria. A este respecto, tras analizar el régimen diferenciado de los distintos tipos de excedencia y la constancia de que la jurisprudencia admite la posibilidad de solicitar una excedencia voluntaria justo al terminar una excedencia por cuidado de familiares, considero que son excedencias de clases distintas y que, por lo tanto, no existe

⁶¹ STSJ MU 204/2001.

ningún impedimento para que Dña. Ana solicite la excedencia voluntaria tras finalizar la excedencia por cuidado de familiares.

También se trata en el supuesto una cuestión relativa a derechos fundamentales, concretamente al derecho fundamental a la intimidad. La cuestión versa sobre la monitorización del ordenador de los trabajadores efectuada por la empresa, sin aviso previo, para comprobar si se incumplía la prohibición de utilizar los medios electrónicos proporcionados por la misma para fines personales. Tras analizar la línea seguida por el TEDH considero que existe vulneración del derecho fundamental a la intimidad de la trabajadora, ya que observo que no se cumplen los presupuestos para que la monitorización del ordenador de los trabajadores esté justificada. En el caso concreto no se avisa a los trabajadores de la posibilidad de realizar controles y el aviso es exigido por el TEDH para que la monitorización esté justificada, a pesar de existir líneas jurisprudenciales anteriores que consideraban que la prohibición de utilizar los medios electrónicos para fines propios acababa con la expectativa de intimidad⁶². Además, no está justificada la monitorización por la finalidad perseguida, ya que podría haberse utilizado otro mecanismo menos intrusivo para poder obtener el objetivo del empleador. Por todo ello considero que, en aplicación de la doctrina del TEDH, se produce una vulneración del derecho fundamental a la intimidad de la trabajadora.

El último punto tratado en el trabajo versa sobre la calificación del despido de Dña. Ana. El despido sufrido por la trabajadora es un despido disciplinario, justificado sobre la base de una disminución del rendimiento y de la desobediencia de la trabajadora, ambas circunstancias consideradas incumplimientos contractuales al estar incluidos en el artículo 54.2 ET. Tras considerar que no queda constatada en el caso concreto la disminución del rendimiento de la trabajadora, entiendo que de igual manera está justificado el despido disciplinario sobre la base de la desobediencia. En relación a la calificación del despido considero que debe entenderse el despido como nulo por haberse llevado a cabo con violación de derechos fundamentales (55.5 ET), ya que tras analizar en la cuestión anterior si se había producido vulneración de derechos fundamentales determiné en aplicación de la doctrina del TEDH que la monitorización del ordenador se llevó a cabo de forma injustificada y con vulneración de derechos fundamentales. Además, los medios de prueba con los que se justifica el despido provienen de la monitorización, por lo que son también nulos y, pese a que no hay una uniformidad en la jurisprudencia española a la hora de considerar si el despido debe ser calificado como improcedente o como nulo cuando la prueba con la que se justifica es nula, considero que en este caso la nulidad de la prueba conlleva la nulidad de los actos realizados en base a la misma, por lo que el despido debe calificarse como nulo.

⁶² STS 8876/2011 y STC 170/2013.

X. BIBLIOGRAFÍA

ALFONSO MELLADO, C. L., 2015. *El accidente de trabajo y la enfermedad profesional*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.

APILLUELO MARTÍN, M., 2003. *Contornos de control empresarial de la intimidad del trabajador ante las nuevas tecnologías y a la luz de la doctrina judicial*, Revista Doctrinal Aranzadi Social num. 4/2003 parte Estudio.

ARGUELLES BLANCO, A. R., 1997. *La excedencia laboral voluntaria*. Madrid, España: Aranzadi.

BALLESTER LAGUNA, F., 2017. *Concurrencia de beneficiarios y acrecimiento de la pensión de viudedad cuando se extingue el derecho de alguno de ellos*, Revista Española de Derecho del Trabajo num. 196/2017 parte Estudios.

BLASCO LAHOZ, J. F. y LÓPEZ GANDÍA, J., 2018. *Curso de Seguridad Social*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.

COLÀS-NEILA, E. y YÉLAMOS BAYARRI, E., 2018. *Prueba digital ilícita y calificación del despido. La constatación judicial de la vulneración de derechos fundamentales no puede suponer otra cosa sino la nulidad*. Barcelona, España.

GARCÍA NINET, J. I. y VICENTE PALACIO, A., 2018. *Derecho del Trabajo*. Navarra, España: Aranzadi.

GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN, I., 2017. *Manual de derecho del trabajo*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.

GÓMEZ, E., 2018. *¿Tiene un trabajador derecho a la intimidad en el ámbito laboral?*, Actualidad Jurídica Aranzadi num. 940/2018 parte Comentario.

LOUSADA AROCHENA, J. F. y MOVILLA GARCIA, M., 1998. *Derechos fundamentales y contrato de trabajo*. Granada, España: Editorial Comares.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.T., 2012. *Consecuencias negativas de la relación pensión compensatoria-pensión de viudedad de separados y divorciados*, Revista de Derecho de Familia num. 56/2012 parte Artículos Doctrinales.

MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, F. y GARCÍA MURCIA, J., 2017. *Derecho del trabajo*. Madrid, España: Tecnos.

MARTÍNEZ GIRÓN, J. y ARUFE VARELA, A., 2016. *Derecho crítico del Trabajo*. Barcelona, España: Atelier.

MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A., CARRIL VÁZQUEZ, X.M., 2017. *Derecho de la Seguridad Social*.: Barcelona, España: Atelier.

MONTERIO PÉREZ, J.L., 2014. *Manual de Derecho Procesal Laboral: teoría y práctica*. Madrid, España: Tecnos.

ORTIZ LALLANA, M.C., SESMA BASTIDA, B. y BAVIERA PUIG, I., 2012. *Despido y extinción del contrato de trabajo*, Revista de Justicia Laboral num. 50/2012 parte Crónicas de Jurisprudencia.

PAREDES RODRÍGUEZ, J.M., 2012. *La pensión compensatoria como requisito de la de viudedad (Notas sobre la STS de 14 febrero 2012)*, Revista Doctrinal Aranzadi Social num. 2/2012 parte Fichas Jurisprudencia.

PEREZ ALONSO, M. A., 2008. *Nueva pensión de viudedad y orfandad en el RGSS (especial referencia a la Ley 40/2007)*. Valencia, España: Tirant lo Blanch.

SÁNCHEZ PÉREZ, J., 2013. *El accidente de trabajo in itinere y su análisis jurisprudencial*, Revista Doctrinal Aranzadi Social num 11/2013 parte Estudio.

VIDA SORIA, J., MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C., 2012. *Manual de Derecho del Trabajo*. Granada, España: Editorial Comares.

XI. APÉNDICE LEGISLATIVO

-Orden de 13 de febrero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social, BOE núm. 46, de 23 de febrero de 1967, páginas 2478 a 2482.

- Decreto 2530/1970, de 20 de agosto, por el que se regula el régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, BOE núm. 221, de 15 de septiembre de 1970, páginas 15148 a 15156.

-Orden de 24 de septiembre de 1970, por la que se dictan normas para aplicación y desarrollo del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos, BOE núms. 234 y 235, de 30 de septiembre y 1 de octubre de 1970.

-Constitución española, BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978, páginas 29313 a 29424.

-Ley Orgánica 1/1982, de 5 de mayo, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, BOE núm. 115, de 14/05/1982.

- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, BOE núm. 157, de 02/07/1985.

-Real Decreto de 24 de julio de 1889, por el que se publica el Código Civil, Gaceta de Madrid núm. 206, de 25/07/1889.

-Real Decreto 9/1991, de 11 de enero, por el que se establecen las normas de cotización a la Seguridad Social. Desempleo. Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional en 1991, BOE núm. 14, de 16 de enero de 1991, páginas 1445 a 1448.

-Ley 12/1992, de 27 de mayo, sobre Contrato de Agencia, BOE núm. 129, de 29/05/1992.

-Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, BOE núm. 154, de 29 de junio de 1994, páginas 20658 a 20708.

-Ley 4/1995, de 23 de marzo, de regulación del permiso parental y por maternidad, BOE núm. 71, de 24 de marzo de 1995, páginas 9211 a 9213.

- Convenio para la protección de los derechos y de las libertades fundamentales, BOE núm. 108, de 6 de mayo de 1999, páginas 16808 a 16816.

-Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre, de modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia, BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2001, páginas 50635 a 50638.

-Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, BOE núm. 157, de 2 de julio de 2005, páginas 23632 a 23634.

-Ley 26/2006, de 17 de julio, de mediación de seguros y reaseguros privados, BOE núm. 170, de 18/07/2006.

-Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, BOE núm. 166, de 12 de julio de 2007.

-Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, BOE núm. 245, de 11/10/2011.

- 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, BOE núm. 255, de 24/10/2015.
- Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, BOE núm. 261, de 31/10/2015.
- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, BOE núm. 294, de 06/12/2018.

XII. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 31 de marzo de 1999 [ECLI:ES:TS:1999:2275].

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 20 de febrero de 2006 [ECLI:ES:TS:2006:1149].

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 18 de septiembre de 2007 [ECLI:ES:TS:2007:6549].

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 26 de septiembre de 2007 [ECLI:ES:TS:2007:6128].

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 21 de enero de 2010 [ECLI:ES:TS:2010:497].

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 23 de julio de 2010 [ECLI:ES:TS:2010:4601].

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 6 de octubre de 2011 [ECLI:ES:TS:2011:8876].

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 2 de noviembre de 2013 [ECLI:ES:TS:2013:6643].

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 14 de julio de 2016 [ECLI:ES:TS:2016:3964].

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 24 de noviembre de 2016 [ECLI:ES:TS:2016:5455].

Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 17 de abril de 2018 [ECLI:ES:TS:2018:1588].

SENTENCIAS TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de diciembre de 1991 [ECLI:ES:TC:1991:245]

Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de mayo de 1994 [ECLI:ES:TC:1994:99].

Sentencia del Tribunal Constitucional de 14 de febrero de 2013 [ECLI:ES:TC:2013:41].

Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de octubre de 2013 [ECLI:ES:TC:2013:170]

SENTENCIAS TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Murcia de 29 de enero de 2001 [ECLI:ES:TSJMU:2001:204].

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de 26 de junio de 2003 [ECLI: ES:TSJCV:2003:5579].

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Extremadura de 30 de julio de 2012 [ECLI: ES:TSJEXT:2012:1239].

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias de 22 de enero de 2016 [ECLI: ES:TSJAS:2016:103].

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 13 de mayo de 2016 [ECLI: ES:TSJM:2016:5732].

Sentencia de Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 2 de febrero de 2017 [ECLI: ES:TSJM:2017:1219].

Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Castilla la Mancha de 12 de enero de 2018 [ECLI: ES:TSJCLM:2018:1].

SENTENCIAS JUZGADOS DE LO SOCIAL

Sentencia del Juzgado de lo Social nº 19 de Madrid de 17 de noviembre de 2017 [ECLI: ES:JSO:2017:50]

SENTENCIAS TEDH

Resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 5 de septiembre de 2017 [ECLI: CE:ECHR:2017:0905JUD006149608]