



UNIVERSIDADE DA CORUÑA

Facultad de Derecho

**Trabajo de Fin de Grado del Doble Grado en Derecho
y Administración y Dirección de Empresas**

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

Autor: Prol Taboada, Iria

Tutor: Soto Díaz, David José

CURSO ACADÉMICO 2018/2019

ÍNDICE

I.	ABREVIATURAS	4
II.	ANTECEDENTES DE HECHO.....	5
III.	DESARROLLO DEL CASO	8
1.	Análisis del derecho a la percepción de la pensión de viudedad.....	8
i.	La nueva configuración del derecho a la prestación de viudedad	8
ii.	Conceptos básicos del derecho a la pensión de viudedad	10
iii.	Análisis del caso de doña Ana.....	11
iv.	Análisis del caso de doña Catalina	13
v.	Cuantía de la pensión de viudedad para el caso de concurrencia.....	14
2.	Calificación del accidente de circulación.....	15
i.	El accidente laboral	15
ii.	Conceptos básicos del accidente laboral <i>in itinere</i>	16
iii.	Accidente con lesiones leves de Doña Catalina	18
iv.	Accidente con fallecimiento de Don Manuel	20
3.	Análisis de la excedencia laboral	22
i.	El Convenio Colectivo y los efectos de su aplicación.....	23
4.	La vulneración del derecho a la intimidad	26
i.	El derecho a la intimidad: conceptos básicos.....	26
ii.	El derecho a la intimidad en el ámbito laboral.....	26
iii.	Los límites al derecho a la intimidad en el ámbito laboral.....	27
iv.	¿Existe en el caso una vulneración del derecho a la intimidad?.....	30
5.	Calificación del despido.....	33
i.	Regulación del despido: El despido disciplinario.	33
ii.	Procedencia o improcedencia del despido disciplinario.....	34
iii.	Efectos de la calificación del despido disciplinario como procedente	36
IV.	CONCLUSIONES FINALES	37
V.	BIBLIOGRAFÍA.....	40
VI.	APÉNDICE JURISPRUDENCIAL	41
VII.	APÉNDICE LEGISLATIVO	43

I. ABREVIATURAS

AT	Accidente de trabajo
CC	Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil
CCNCC	Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos
CE	Constitución Española
CEDH	Convenio Europeo de los Derechos Humanos
ET	Ley del Estatuto de los Trabajadores
INSS	Instituto Nacional de la Seguridad Social
IT	Incapacidad temporal
LGSS	Ley General de la Seguridad Social
LOPD	Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal
LOPDGDD	Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales
TC	Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
SS	Seguridad Social
TEDH	Tribunal Europeo de los Derechos Humanos
TS	Tribunal Supremo

II. ANTECEDENTES DE HECHO

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

El 12 de agosto de 1995, Doña Ana Suárez contrajo matrimonio 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, 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 tras disfrutar del permiso de matrimonio, comenzando éste ya días antes de que se produjese el enlace.

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.

Posteriormente, Doña Catalina se dirige a la parada de autobús más próxima para regresar a casa, siendo ésta la suya habitual en la calle Carrión, donde pueda coger el autobús de las nueve y quince

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

La mañana del 23 de noviembre de 2009 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. Durante el trayecto 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.

Cuando se dispuso a girar a la derecha, como había hecho en innumerables ocasiones, resultó impactado por un camión, modelo Mercedes-Benz. Dicho accidente de tráfico ocurrió en la calle Castelao, a la altura del cruce con la Calle Hermosilla, de Santiago de Compostela.

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

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

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

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

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

La visualización del proceso de monitorización tuvo lugar en la empresa en presencia de la propia trabajadora y de los representantes de los trabajadores. Ante dicha visualización, se comprobó que la trabajadora había remitido fotografías y documentos muy valiosos de la empresa a terceros sin su autorización. Además, se dedicaba a actividades ajenas a su trabajo, de forma aproximada, sesenta minutos al día.

La empresa calificó dichos hechos como una conducta de las calificadas como muy graves (falta de rendimiento, desobediencia), con lo que se justifica el despido disciplinario de la trabajadora.

III. DESARROLLO DEL CASO

1. Análisis del derecho a la percepción de la pensión de viudedad

i. La nueva configuración del derecho a la prestación de viudedad

El derecho a percibir esta pensión se regula en la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS) que ha sufrido una serie de modificaciones a lo largo de los años. Desde 2016 y hasta la actualidad está vigente la Ley 8/2015¹ que deroga la antigua Ley 1/1994². Es esta última la que resulta de aplicación al caso puesto que los hechos suceden en el año 2009.

Debido a la evolución legislativa que se ha expuesto con anterioridad el concepto de prestación de viudedad se ha ido modificando con los años. En la actualidad, este derecho se define como una prestación económica contributiva de la seguridad social de carácter vitalicio que se concede a quienes hayan tenido vínculo matrimonial o fueran pareja de hecho de la persona fallecida y reúnan una serie de requisitos exigidos legalmente. Su objeto no es otro que proteger una situación de necesidad económica causada por el fallecimiento de la persona que origina la prestación.³

Resulta destacable hacer concretar los aspectos básicos de la evolución legislativa que dio origen al concepto que he definido previamente. El punto de partida que nos interesa para nuestro caso es la reforma parcial del año 2007 llevada a cabo por de la ley 40/2007⁴. En el preámbulo de esta ley se establecía la finalidad de la misma, que no era otro que el reconocimiento legislativo de nuevas realidades “...en el contexto de las exigencias que se derivan de la situación sociodemográfica, de la que resaltan circunstancias tales como el envejecimiento de la población, la incorporación creciente de las mujeres al mercado de trabajo y el fenómeno de la inmigración...”. Continúa este preámbulo enumerando las modificaciones en materia de muerte y supervivencia lo que supuso una redefinición del artículo 174 de la Ley 1/1994 que regulaba la prestación por viudedad.⁵ Entre las novedades de interés para el caso destacan:

El cambio en el régimen jurídico que regula el acceso a la pensión de viudedad con el establecimiento de un doble sistema. En este sentido el legislador diferencia como candidatos a la percepción de la prestación, el caso del cónyuge superviviente y el del separado o divorciado. Esto pone de relieve otra gran novedad de la reforma como es el

¹Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

²Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

³*La pensión de viudedad: preguntas y respuestas*. Revista.seg-social.es. [Consulta: 17 de mayo de 2019] Disponible en: <https://revista.seg-social.es/2019/02/01/la-pension-de-viudedad-preguntas-y-respuestas/>

⁴Ley 40/2007 de 4 de diciembre de medidas reguladoras en materia de Seguridad Social.

⁵SAMPEDRO CORRAL, M. *Modificaciones introducidas por la Ley 40/2007 de 4 de diciembre, en la prestación de muerte y supervivencia*. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración. Nº 74; 2008, Pp. 1-10

reconocimiento a las parejas de hecho del acceso a la pensión de viudedad con una serie de limitaciones⁶.

Una vez delimitadas las tres casuísticas se establecen los requisitos⁷ diferenciados para el acceso a la pensión. En el primero de los casos, el del cónyuge supérstite, tiene éste un derecho automático a la pensión de viudedad sin necesidad de probar nada. Pero la novedad la encontramos en el segundo de los casos, el del cónyuge supérstite separado o divorciado. Se requiere para poder recibir la prestación que éste sea acreedor de una pensión compensatoria del artículo 97 CC al momento del fallecimiento y que ésta se extinga a su muerte; o bien la existencia de una indemnización del artículo 98 para el caso del matrimonio declarado nulo.

El objetivo de esta vinculación con la pensión civil compensatoria no era otro que el de recuperar el carácter sustitutorio de la pensión de viudedad para aquellas situaciones en las que existiese una situación de necesidad económica que tuviera como causa el divorcio o la separación.⁸ Pero el establecimiento de este requisito supuso varios problemas:

El primero de ellos es la interpretación literal dada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (en adelante INSS) del artículo 174.2 LGSS 1/1994. “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 art. 97 del Código Civil, ésta quedara extinguida por el fallecimiento del causante”

Esta interpretación suponía una *conditio iuris* que infringía tanto el principio de seguridad jurídica como el de irretroactividad (art. 9.3 CE). Esto es así porque hacía depender el derecho a percibir la pensión de viudedad del hecho de que el beneficiario fuese perceptor de una pensión compensatoria a la muerte del causante. Como es evidente, en el momento de introducción de la reforma dicha pensión compensatoria únicamente podía traer causa en sentencias de divorcio y separaciones previas a la entrada de ésta.

En base al anterior problema de interpretación literal se produce también una contradicción con el artículo 101 CC⁹. Esto es así porque civilmente, la muerte del causante de la pensión compensatoria no es uno de los presupuestos de extinción de la

⁶Acreditación de una convivencia estable y notoria durante al menos cinco años, así como dependencia económica del conviviente sobreviviente en un porcentaje variable en función de la existencia o no de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad.

⁷Antes de la reforma introducida por la ley 40/2007 existía un modelo general y aplicable tanto al cónyuge como a quien hubiera estado casado con el causante de la pensión en el momento del fallecimiento. De tal manera que no se reconocía la pensión para las parejas de hecho ni se exigía el requisito de la pensión compensatoria para los divorciados. Su única limitación era el requisito de cotización previa y, para el caso del cónyuge divorciado, el de no haber contraído nuevas nupcias.

⁸ALLUEVA AZNAR, L. y GINÈS I FABRELLAS, A., *La dependencia económica como requisito de acceso a la pensión de viudedad en supuestos de separación o divorcio*. *Indret, Revista para el análisis del derecho*, Vol 1; Universidad Pompeu i Fabra (Barcelona), 2015. Pp. 9-13

⁹Art. 101 CC: El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona. El derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor.

misma. De tal manera que la redacción del 174.2 LGSS que vincula la muerte con la extinción choca con la regulación civil generando así una gran confusión.¹⁰

Como última novedad relevante de la citada reforma de la ley 40/2007 destaca la relativa al supuesto de concurrencia de beneficiarios para el caso de divorcio o separación. Se garantiza el cuarenta por ciento de la base reguladora a favor del cónyuge sobreviviente o de quien, sin ser cónyuge, conviviera con el causante y cumpliera los requisitos establecidos con independencia del tiempo de convivencia. Esta nueva concepción chocaba con la anterior, que atribuía la pensión de manera proporcional al tiempo vivido con el causante.¹¹

La problemática en relación al requisito de pensión compensatoria y otros problemas de inaplicación de la antigua ley fueron las causas por las cuales se formuló la nueva LGSS del año 2015. De las novedades que se derivan de esta ley destaca la relativa a la Disposición Transitoria Decimotercera¹² sobre pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008 para garantizar la posibilidad de acceso a la prestación de viudedad a aquellos sujetos cuyo hecho causante fuese anterior a la modificación operada por la reforma y no cumplieran con el requisito de pensión compensatoria.

ii. Conceptos básicos del derecho a la pensión de viudedad

Los sujetos causantes del derecho a pensión de viudedad han de estar en alguna de las situaciones reguladas en el artículo 217 de la Ley 8/2015¹³. Para el caso es de relevancia lo dispuesto en el apartado 1.a) de este artículo que establece que para ser causantes han de estar incluidos en el régimen Seguridad Social en los términos del artículo 165.1 LGSS.¹⁴ En aplicación esta regulación vemos que el sujeto causante es don Manuel cuya situación se encuadra en la de un sujeto afiliado y dado de alta en la SS, tal y como se desprende del caso.

Por otro lado, el posible beneficiario de dicha pensión de viudedad es aquel sujeto que tiene un vínculo familiar con el causante y cumple los requisitos para su concesión en los términos establecidos en los artículos 219, 220 y 221 LGSS¹⁵. Por tanto, en la actualidad se pueden distinguir tres situaciones desde las que acceder a la prestación: viudedad derivada de matrimonio, viudedad derivada de situaciones de separación,

¹⁰LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C. *El nuevo artículo 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social y su incidencia en la pensión compensatoria en los supuestos de separación y divorcio*. *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*. Nº 27; 2010. Pp. 16-41

¹¹UREÑA MARTÍNEZ, M. *Crisis matrimoniales y pensión de viudedad (Especial consideración al presupuesto de la pensión compensatoria)*; Editorial Aranzadi, Pamplona (Navarra), 2011. Pp. 29-31

¹²Disposición que había sido Introdúcida por la ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010

¹³Antiguo artículo 172 de la Ley 1/1994 vigente en el momento de los hechos.

¹⁴antiguo 124.1 de la ley 1/1994 que establece un requisito genérico: estar afiliado y en situación de alta o asimilada en el régimen de la SS en el momento en el que se produzca el fallecimiento o la situación protegida

¹⁵Anteriormente estos se reunían en un único artículo, el 174 LGSS 1/1994 con la nueva redacción dada por la ley 40/2007.

divorcio o nulidad y viudedad derivada de las uniones de hecho¹⁶. Las candidatas a la misma son en el caso que nos ocupa tanto doña Ana como doña Catalina.

En el siguiente apartado analizaremos si cumplen los requisitos exigibles para poder recibir la reiterada pensión. Para ello vamos a hacer un estudio separado de la situación de ambas finalizando el análisis con la posible concurrencia de ambos derechos, si procediera.

iii. Análisis del caso de doña Ana

Procedemos a valorar si Doña Ana, primera mujer de don Manuel, tiene derecho a la pensión de viudedad. Para ello debemos fijarnos en lo expuesto con anterioridad con relación a la reforma del artículo 174 LGSS 1/1994 introducida por la ley 40/ 2007. Este cambio es clave para la situación de doña Ana cuando procede a reclamar la pensión de viudedad. En este artículo se dispone, en su apartado segundo que en caso de separación o divorcio además de los requisitos genéricos recogidos en el primer apartado¹⁷ para ser receptor de la pensión el sujeto no debe haber contraído nuevas nupcias o nueva pareja de hecho y, además, se añade el requisito adicional de ser acreedor de la pensión civil reconocida en el artículo 97 CE que he comentado.

La jurisprudencia se ha manifestado en relación a este requisito. En este sentido, el TSJ de Extremadura en su Sentencia de 30 de diciembre de 2009¹⁸ que sostiene que “si no hay extinción de la pensión compensatoria no hay derecho a la de viudedad y que si no existe la primera no se tiene derecho a la segunda, puesto que si la compensatoria no existe no puede producirse su extinción; dicho de otro modo, la extinción de la compensatoria es condición de la de viudedad, condición que no puede producirse si la compensatoria no existe cuando ocurre el fallecimiento del causante.”

Resulta de relevancia en esta misma la Sentencia del TS de 15 de diciembre de 2017¹⁹ que supone la unificación de la doctrina en relación con este concepto de pensión compensatoria. La cuestión a debatir es si puede tenerse por cumplido el requisito de ser acreedora de una pensión compensatoria mediante el pago de una cuantía abonada en la modalidad de pago único. De la misma se extraen dos ideas básicas:

Por un lado que el criterio de la doctrina jurisprudencial es finalista, es decir, el objetivo de la pensión compensatoria es paliar una situación de dependencia derivada del divorcio. Por otro, en lo que se refiere a la validez de cumplimiento del requisito de pensión compensatoria de un pago único sostiene el Tribunal que:

¹⁶BONACHO MIRALLES, J. *La pensión de viudedad en España. Análisis crítico de la regulación actual*. Revista *Anales de Derecho*, Nº 1; Universidad de Murcia, 2017. Pp. 16-18

¹⁷Art. 174.1 LGSS: (...)si al fallecer se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta, hubiera completado un período de cotización de quinientos días, dentro de un período ininterrumpido de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión. (...)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.

¹⁸STSJ EXT de 30 de Diciembre de 2009 (ECLI: ES:TSJEXT:2009:2689)

¹⁹STS 15 de diciembre de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:4248)

"En los supuestos de "pago único" la muerte del causante no supone una merma de ingresos para quien tuvo vínculo matrimonial con él, sin que, por ende, sea viable que el sobreviviente cause la pensión de viudedad, cual corrobora una interpretación sistemática del art. 174.2 de la LGSS , al disponer que la pensión de viudedad no puede ser superior a la compensatoria, mandato de imposible aplicación en los supuestos de pago único, como el presente, al faltar el elemento comparativo que la Ley establece, lo que corrobora que el legislador sólo se refiere a la pensión compensatoria de pago periódico que se extingue a la muerte del causante".

En el fallo el Tribunal unifica la doctrina y le deniega a la actora la pensión de viudedad.

En aplicación de lo anterior vemos que, en el caso que nos ocupa, doña Ana no opta a percibir la pensión viudedad. Esto se debe a la falta de cumplimiento del requisito de ser acreedora de la pensión compensatoria a la muerte de Manuel. Lo cual manifiesta que no existe una necesidad económica derivada del divorcio que la legislación deba proteger. Tampoco se demostraría la necesaria carencia económica si en el Convenio se hubiera establecido en favor de Ana una prestación de pago único porque el requisito solo se entiende cumplido cuando la prestación es periódica.

Aún en el supuesto de que Ana sí cumpliera el requisito anterior su derecho a la pensión de viudedad en el momento de los hechos no sería absoluto. Existen dos limitaciones. Por un lado la recogida en el apartado segundo²⁰: si la cuantía de la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria "aquella se disminuirá hasta alcanzar la cuantía de esta última". Por otro lado el límite genérico del 174.4 LGSS que reconoce la incompatibilidad de la prestación si el beneficiario vuelve a contraer matrimonio o nueva pareja de hecho.

Por último, es destacable apuntar que en virtud de la regulación actual de la LGSS 8/2015 existe una Disposición Transitoria Decimotercera²¹ para supuestos de separación o divorcio anteriores a 2008. De estar en su ámbito de aplicación se dispensaría el requisito de pensión compensatoria. Pero en nuestro caso no se aplica dicha disposición porque, a pesar de tratarse de un divorcio previo a 2008 con fallecimiento del causante en 2009²² y cumplir los dos primeros requisitos que son que "entre la fecha del divorcio o de la separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante de la pensión de viudedad haya transcurrido un periodo de tiempo no superior a diez años, siempre que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de diez años " no concurre el último de ellos relativo a la existencia de hijos comunes o bien a una edad del posible beneficiario superior a los cincuenta años en el momento del fallecimiento del causante. Por tanto tampoco sería Ana, en virtud de este precepto, titular de un derecho a percibir la pensión de viudedad.

²⁰Limitación introducida por la Ley 26/ 2009 vigente en el momento de los hechos

²¹Antigua disposición transitoria decimotava LGSS 1/1994 introducida en el por la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010.

²²Disp. Trans 13ª establece que la separación o el divorcio deben de haberse producido con anterioridad a la fecha de la entrada en vigor de la Ley 40/2007. También es de aplicación a los hechos causantes producidos entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009

iv. Análisis del caso de doña Catalina

En virtud de los hechos expuestos en el caso sabemos que doña Catalina a la muerte de don Manuel en noviembre de 2009 era su cónyuge supérstite. De tal manera que procede la aplicación del artículo 174 LGSS²³. En el mismo, en su apartado primero, se establece 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 cuando, al fallecimiento de su cónyuge, éste, si al fallecer se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta, hubiera completado un período de cotización de quinientos días, dentro de un período ininterrumpido de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión. En los supuestos en que se cause aquélla desde una situación de alta o de asimilada al alta, sin obligación de cotizar, el período de cotización de quinientos días deberá estar comprendido dentro de un período ininterrumpido de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar. 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.”

En este caso, se desprende de la ley un derecho a la percepción a la pensión de viudedad por parte de doña Catalina de carácter automático, sin más requisitos que el propio matrimonio con don Manuel, al hallarse en el caso de muerte por accidente que exime del requisito de cotización. Con lo cual, sería doña Catalina la única con derecho a percibir la pensión por no cumplir doña Ana los requisitos para acceder a la misma; y recibiría esta pensión íntegramente. En este sentido se ha manifestado el INSS en su instrucción de 3 de abril de 2008²⁴:

“Cuando se trate del cónyuge supérstite, separado o no legalmente, pareja de hecho o persona divorciada y no concurren otros beneficiarios con derecho a pensión, percibirán la pensión íntegra. En consecuencia, a partir de la nueva regulación, en estos supuestos, no se determinará la pensión en proporción al tiempo de convivencia cuando solo exista un beneficiario, aunque sea persona divorciada”.

Como vemos existe un tratamiento privilegiado del cónyuge legítimo pero ha de tenerse en cuenta que existen límites fijados en la ley. Por un lado, encontramos el límite genérico del 174.4 LGSS que ya he comentado en relación a la incompatibilidad con de la pensión de viudedad con la celebración de un nuevo matrimonio del beneficiario.

²³LGSS 1/1994

²⁴PANIZO ROBLES, J.A. *La reforma de la Seguridad Social (Comentarios a la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social)*. Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos. Nº 298; 2008, Pág. 70

Por otro lado, existe un límite para el supuesto de muerte del causante derivada de enfermedad común no sobrevenida tras el matrimonio recogido en el párrafo tercero del 174.1 El legislador exige que, para el caso de muerte del causante por enfermedad común no sobrevenida tras el vínculo matrimonial, el matrimonio se hubiera celebrado un año antes a la fecha de fallecimiento o, alternativamente la existencia de hijos comunes. Este requisito se dispensa si en el momento de contraer matrimonio se acredita convivencia con el causante en concepto de pareja de hecho y la suma de dicha convivencia con la duración del matrimonio supera los dos años. El propósito del legislador con esta limitación es el de evitar la proliferación de los matrimonios de conveniencia.²⁵

Si bien, aún en el caso de no cumplir el requisito de mínimo de convivencia o hijos comunes pero sí el resto de requisitos enumerados para ser perceptor se reconocen la ley una protección adicional. Esto se traduce en la posibilidad de acceder a una prestación temporal de viudedad para un plazo de dos años²⁶.

Recapitulando, Catalina es la única candidata a percibir la pensión de viudedad en cumplimiento de todos los requisitos dispuestos con anterioridad. La muerte de don Manuel tiene como causa un accidente por lo que no resulta de aplicación lo explicado en relación al supuesto de muerte derivada de enfermedad común. De esta manera la única limitación con la que se enfrenta Catalina es la incompatibilidad de su pensión de viudedad con la celebración en el futuro un nuevo matrimonio.

v. Cuantía de la pensión de viudedad para el caso de concurrencia

A pesar de haber descartado la posibilidad de doña Ana de percibir la pensión de viudedad vamos a hacer un análisis de lo que sucedería en el supuesto de concurrencia de beneficiarios. Para ello debemos acudir como ya he apuntado al artículo 174.2 LGSS²⁷ que establece que:

“Si, habiendo mediado divorcio, se produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, ésta será reconocida 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.”

De tal forma que doña Catalina, cónyuge supérstite en el momento del fallecimiento, tendría derecho como mínimo al cuarenta por ciento de la misma, a pesar de que su periodo de convivencia matrimonial con don Manuel es muy inferior al de su primera mujer con la que estuvo casado doce años. Así, Ana tendría derecho al restante en base a los años de convivencia marital con don Manuel.

²⁵DESDENTADO DAROCA, E. *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del Derecho de Familia: Un estudio crítico para una prestación en crisis*; Editorial Bomarzo, Albacete, 2009. Pp. 82-84

²⁶Art. 20 bis LGSS 1/1994 introducido por la Ley 40/2007

²⁷LGSS 1/1994

Creo relevante señalar en relación a la concurrencia de derechos la interpretación actual del TS que se pone de manifiesto en la Sentencia de 19 de diciembre de 2017²⁸ en la que “se discute si el cónyuge supérstite que concurre con el divorciado tiene derecho a que la cuantía de su pensión de viudedad (proporcional al tiempo de convivencia con el fallecido) incorpore el importe en que disminuya la pensión del ex consorte por superar el montante de la pensión compensatoria de la que fuera acreedor.” La conclusión del TS es la siguiente:

“Carecería de sentido que, en unas mismas condiciones, el cónyuge percibiera la pensión íntegramente en caso de no concurrir con otro sujeto y que en caso de darse tal concurrencia el resultado fuera que una parte de la pensión no se abona a ninguno de los beneficiarios”.

De la anterior sentencia extraemos varias ideas clave en relación con los cambios que introducidos en la LGSS que sirven como recapitulación del análisis realizado:

“La Ley 40/2007 admite la posibilidad de pensión de viudedad a favor de la pareja de hecho; mantiene la regla de proporcionalidad para los supuestos de concurrencia; minorra la garantía del derecho a pensión para el ex cónyuge puesto que solo surge si viene percibiendo pensión compensatoria; potencia el derecho quien está vinculado al causante en el momento de fallecer (como cónyuge o pareja de hecho) a fin de que perciba al menos un 40% de la pensión”.

2. Calificación del accidente de circulación

i. El accidente laboral

Como punto de partida es necesario definir qué se considera como accidente laboral. En aplicación de la LGSS 1/1994²⁹ se establece en su artículo 115 el concepto de accidente de trabajo (en adelante AT) y se dispone en su apartado primero³⁰ 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.”

El Sistema de la SS en España, con el objetivo de garantizar la cobertura y asistencia para todos los ciudadanos reconocida en el artículo 41 CE, clasifica dentro de su ámbito de protección las posibles contingencias en comunes y profesionales. Las primeras son aquellas derivadas de enfermedad común y de accidentes no laborales; y las segundas son las que se derivan de los AT y las enfermedades profesionales³¹.

La calificación de un accidente como laboral tiene unas implicaciones que son de gran relevancia. Así, la acción protectora que recibe un accidente de estas características es

²⁸ STS de 19 de diciembre de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:480)

²⁹ En este apartado todas las referencias a la LGSS se refieren a TRLGSS 1/1994 derogada actualmente pero aplicable en el momento de los hechos.

³⁰ Misma redacción que el 156 LGSS 8/2015 vigente en la actualidad

³¹ KAHALE CARRILLO, D.T. *Algunas consideraciones sobre el accidente de trabajo “in itinere”*. Tesis doctoral; Universidad de Salamanca, 2007.Pp. 143-157

mucho más intensa que la que conlleva un accidente calificado como contingencia común. La comprensión de esa especial protección del accidente laboral pasa por el análisis de los aspectos que inciden en la relación con la SS del individuo que ha sufrido el accidente.³²

En primer lugar, se mejoran las bases de cotización y las prestaciones económicas ya que se incluyen para el cómputo las horas extraordinarias.

En segundo lugar se rebajan los requisitos para ser perceptor de las prestaciones. De esta forma ya no se exige el periodo de carencia previo del artículo 124.4 LGSS 1/1994. La prestación se concede automáticamente y se asimila la situación de alta aunque el empresario hubiere incumplido sus obligaciones³³.

En tercer lugar, existen prestaciones económicas especiales para situaciones de lesión permanente no invalidante e indemnizaciones a tanto alzado para el cónyuge y los hijos huérfanos.

Por último, el trabajador tiene la posibilidad de ver resarcido de forma íntegra su daño. Esto es posible mediante la imposición de un recargo en las prestaciones económicas derivadas del accidente y de la consecuente acción civil a disposición del trabajador en caso de incumplimiento del pago de la deuda por parte del empresario³⁴.

De todo lo anterior se hace evidente la gran controversia que se ha generado a lo largo de los años en numerosos juicios en los cuales los trabajadores tratan de conseguir que su accidente caiga en el ámbito laboral y no en el de contingencia común. Ello hizo necesario que la doctrina y la jurisprudencia delimitaran los requisitos necesarios para la calificación como laboral del accidente. Especialmente relevantes son tales requisitos para el ocurrido *in itinere*. Todo ello con el objetivo de evitar la excesiva inclusión de casos que se alejan por su naturaleza del accidente incluido en el ámbito laboral.

ii. Conceptos básicos del accidente laboral *in itinere*

Con base en los hechos expuestos en el caso procede un análisis que nos lleve a determinar si estamos en el supuesto de accidente laboral. En el artículo 115.1 LGSS, se pone de manifiesto la necesidad de que exista un nexo causal entre el accidente y el trabajo que desarrolle el sujeto en cuestión para su calificación como laboral. Pero en este mismo artículo en su apartado segundo se lleva a cabo una enumeración concreta de los accidentes considerados como laborales. De esta lista resulta de interés el contenido en el apartado a) que introduce el concepto de AT *in itinere*: “Los que sufra el trabajador al ir o al volver del lugar de trabajo.”

³² CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J. *La cobertura de Las Contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad social*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales; Editorial Thomson Aranzadi, 2006. Pp. 258-259

³³ Art. 125.3 LGSS 1/1994

³⁴ Art. 123 LGSS 1/1994

El accidente *in itinere* al tratarse de un tipo de accidente laboral debe reunir los tres elementos básicos de este género: el subjetivo, es decir, la existencia de un contrato de trabajo; el objetivo, es decir, la concurrencia de una lesión corporal; y por último, el causal, es decir, la relación causa y efecto entre la lesión y el trabajo. Estos elementos se encuentran unidos por el trayecto, entendido como acto imprescindible para poder desempeñar el trabajo.³⁵

Los anteriores elementos se ponen de manifiesto en la STS 1588/2018 de 17 de Abril de 2018³⁶ en la que el Tribunal sostiene que:

“No es suficiente que el accidente se produzca al ir o venir del trabajo, sino que se precisa -además- esa conexión causal entre domicilio y trabajo; o, dicho en otros términos, entre el punto de partida y el de llegada, que si bien no es exigida expresamente por el legislador, es lógica, «en atención a que la consideración legal, como accidente de trabajo, del ocurrido "in itinere", y, por lo tanto, fuera del centro de trabajo... debe tener como causa el trabajo asegurado, de modo que todo siniestro que no obedezca a esta causa podrá ser calificado de accidente de tráfico ... o de otra naturaleza, pero no de accidente de trabajo» (SSTS 17/12/97 -rcud 923/97 -; 19/01/05 -rcud 6543/2003 -; y 20/09/05 -rcud 4031/04 -.)”

Para que sea considerado como tal han de cumplirse, además de lo anterior, una serie de requisitos específicos, que se han venido reiterando a lo largo del tiempo en las SSTS de 19 enero 2005³⁷, 20 septiembre 2005³⁸, 29 marzo 2007³⁹ o 14 febrero 2011⁴⁰ y han constituido una doctrina unificada al respecto. Son los siguientes:

- El elemento teleológico: hace referencia al hecho de que la finalidad principal y directa del desplazamiento ha de ser causada por el trabajo.
- El elemento geográfico: ello significa que el accidente ha de producirse en el trayecto habitual y normal que el sujeto recorre desde el domicilio al lugar de trabajo o al contrario.
- El elemento cronológico: que el accidente se produzca en el tiempo prudencial que normalmente dura el trayecto, es decir, que no haya alteraciones o desviaciones inusuales en el recorrido que tengan como objetivo satisfacer el interés particular del sujeto y que, debido a los mismos, rompan el nexo causal con la ida o la vuelta del trabajo.
- El elemento de idoneidad del medio: que el medio de transporte empleado para realizar el recorrido sea de carácter normal.

Es necesario aclarar, que la jurisprudencia ha interpretado en los últimos años el concepto de “domicilio” de forma flexible. Esto se debe a los numerosos cambios

³⁵ CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J. *La cobertura de Las Contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad social*. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales; Editorial Thomson Aranzadi, 2006. Pág. 259

³⁶ STS de 17 de Abril de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:1588)

³⁷ STS de 19 enero 2005 (ECLI: ES:TS:2005:150)

³⁸ STS de 20 septiembre 2005 (ECLI: ES:TS:2005:5389)

³⁹ STS de 29 marzo 2007 (ECLI: ES:TS:2007:2724)

⁴⁰ STS de 14 febrero 2011 (ECLI: ES:TS:2011:2257)

sociales que se han producido. En esta línea, el TS ha señalado en su Sentencia de 26 de diciembre de 2013⁴¹ que "a la vista de la evolución de las nuevas formas de organización del trabajo y de la propia distribución de éste en el hogar familiar" se imponen "unas exigencias de movilidad territorial que obligan a los trabajadores a ajustes continuos en el lugar del trabajo que no siempre pueden traducirse en un cambio de domicilio y que tienen en muchos casos carácter temporal". Como podemos ver el concepto actual domicilio dista del inicial. Ya no se identifica únicamente con el legal sino con el que se considere como real o incluso el habitual. Es decir, se amplía el concepto de domicilio entendiéndolo como el punto normal de llegada y partida del trabajo

Por último, es destacable apuntar que en el mismo artículo 115 LGSS en su apartado cuarto encontramos una serie de casos que quedan excluidos del rango de accidente laboral. Entre estos resulta de interés el referido a accidentes que se deban al dolo o a la imprudencia temeraria del trabajador accidentado.

iii. Accidente con lesiones leves de Doña Catalina

En relación a lo expuesto con anterioridad, vamos a llevar a cabo un análisis del caso del accidente sufrido por doña Catalina. El objeto no es más que determinar si estamos ante un accidente laboral *in itinere*.

Doña Catalina cumple con el primero de los elementos, el teleológico, en el sentido de que el motivo de su desplazamiento es el regreso a su domicilio tras la finalización de su jornada laboral. Siguiendo con el caso, también entiendo cumplido el segundo de los requisitos, el geográfico, ya que Catalina realiza ese trayecto con regularidad cada día de su trabajo a su domicilio habitual. En tercer lugar, y en relación al elemento de idoneidad del medio, también doña Catalina cumple el presupuesto al regresar a su domicilio en autobús urbano donde sucede el accidente.

Pero al llegar al cronológico encontramos una traba. A primera vista Catalina, al dirigirse a la joyería, rompe el nexo causal de su vuelta rutinaria del trabajo ya que esta acción responde a un interés propio y particular. El TS ha interpretado el elemento cronológico de manera flexible. Ello se pone de manifiesto en la citada la STS de 26 de diciembre de 2013⁴¹. En esta, afirmó también que "ha de admitirse la razonabilidad de ampliaciones en la protección atendiendo a criterios de normalidad dentro de los que se produce una conexión también normal entre el desplazamiento y el trabajo."

De esta manera, cuando ha resuelto casos particulares, el TS ha aceptado como accidente laboral el causado cuando el sujeto ha realizado una gestión personal en el transcurso del trayecto a su domicilio. Ello se puede extraer de la STS de 17 de abril de 2018⁴² que estima en casación la viabilidad del recurso de la actora frente a la desestimación previa del TSJ de Extremadura. La actora en el transcurso de su vuelta a casa al salir del trabajo hace una parada en el supermercado y posteriormente sufre un accidente en el autobús urbano que le causa lesiones determinantes de IT. Alega esta que su caso es sustancialmente igual al contenido en la STSJ de Cataluña de 17 de diciembre de 2001⁴³ por la que se considera accidente de trabajo el de tráfico sufrido

⁴¹ STS de 26 de diciembre de 2013 (ECLI: ES:TS:2013:6487)

⁴² STS de 17 de abril de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:1588)

⁴³ STSJ CAT de 17 de diciembre de 2001 (ECLI: ES:TSJCAT:2001:15928)

por un trabajador también en su regreso al domicilio, tras haberse detenido en un videoclub durante aproximadamente una hora. Dice el Tribunal Supremo⁴⁴:

“la breve postergación temporal de autos no puede entenderse rupturista del nexo causal, en tanto que la demora por la simple compra de unos yogures no puede sino entenderse -sea o no ama de casa, como en el recurso se argumenta- como una "gestión razonable" que responde a "patrones usuales" de comportamiento y a "criterios de normalidad" de conducta, en los términos que refiere nuestra flexibilizadora doctrina”.

Hay en esta materia una gran disparidad de sentencias que valoran de forma contraria la posible ruptura con el elemento cronológico. Los tribunales han llevado en los últimos tiempos, tal y como se ha dicho, una interpretación flexible de lo que se considera o no como accidente laboral *in itinere*.⁴⁵ Si bien, en base a lo anterior, y si nos detenemos en la alusión que hace el Tribunal referida a un “patrón usual de comportamiento”, podríamos pensar que el caso se aleja del supuesto de hecho de la anterior sentencia citada a pesar de dicha flexibilidad de interpretación. La compra en una joyería se puede interpretar como un hecho puntual, en la medida de que no es susceptible de convertirse en un patrón de comportamiento cotidiano. Tampoco es una necesidad básica como sí lo podría ser la compra de alimentos de la sentencia citada.

Pero, apoyándonos en la STSJ de 28 de septiembre de 2017⁴⁶, podemos esclarecer más el debate. El supuesto de hecho de esta sentencia es el de un trabajador que tras finalizar su jornada laboral a las siete de la tarde y antes de coger el tren que le lleva cada día a su domicilio, hace una parada de unos treinta minutos en un bar con unos amigos. El accidente se produce posteriormente en el trayecto desde la estación de tren hasta su domicilio que realizaba diariamente en bicicleta. El actor vio satisfecha su pretensión en la medida que el TSJ basó su decisión en jurisprudencia consolidada del TS. Concretamente en la Sentencia de 21 de mayo de 1984⁴⁷ que sostiene:

“La doctrina de esta Sala que ha entendido la interrupción de ir y venir con gran amplitud afirmando que no se ha producido por la parada de 30 minutos en el bar para refrescar, ni la dedicada al aseo o a una conversación con un amigo ni la desviación para realizar alguna compra, ejemplos todos ellos y otros que pone la doctrina para caracterizar la flexibilidad con que la Sala ha entendido el significado de estas normas; en definitiva, cuando la conducta del trabajador en su desplazamiento para ir o volver al trabajo responde a lo que pudiéramos llamar patrones usuales de convivencia o comportamiento del común de las gentes, lo que se denomina todavía en el Derecho Civil para calificar el grado de diligencia de una persona, actuación del buen padre de familia, debe afirmarse que no hay ruptura del nexo causal, a lo cual todavía habría que añadir que la duda razonable debiera de resolverse en todo caso en favor del trabajador, en virtud del principio «pro operario».”

De lo anterior y, en virtud de este principio “pro operario” vemos que al acudir Catalina a la joyería no se altera de forma irrazonable el orden de su trayecto diario. Esto es así

⁴⁴ STS de 17 de abril de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:1588)

⁴⁵ GRIS GONZÁLEZ J.C. *El accidente "in itinere" y el Tribunal Supremo. Nueva revista española de derecho del trabajo*, 2014. Pp. 179-194

⁴⁶ STSJ BAL de 28 de septiembre de 2017 (ECLI: ES:TSJBAL:2017:756)

⁴⁷ STS 21 de mayo de 1984 (RJ 1984\3054).

porque la gestión le llevó menos de una hora entre las ocho y media de la tarde –hora de finalización de su jornada laboral- y las nueve y cuarto –hora en la que se sube en el autobús-. Además, por lo que se desprende del caso no se puede descartar que Catalina hubiera ajustado su parada en la joyería a la hora de partida del autobús urbano que la llevaba a casa cada día. Por lo que no se aprecia un tiempo excesivo de duración en la parada y, además, al situarse la joyería a sólo trescientos metros de su puesto de trabajo no se aumenta el riesgo de producción del accidente.

Tal y como extraemos en la STSJ de 28 de septiembre de 2017 citada con anterioridad, el tratamiento sería distinto si la parada hubiera influido negativamente en el posterior accidente. Para ello pone como ejemplo, entre otros, la ingesta de bebidas alcohólicas en dicha parada que aumenta el riesgo de producción de un accidente.

Tras este análisis y a pesar de las posibles dudas iniciales considero que no se produce una ruptura del nexo causal por lo que estamos ante un supuesto de accidente laboral *in itinere*. La consecuencia inmediata es la consideración de la IT de Catalina como derivada de un accidente laboral con la especial protección normativa que le concede el 115.2.a) de la LGSS.

iv. Accidente con fallecimiento de Don Manuel

La solución al accidente de don Manuel en orden a calificarlo o no de laboral “*in itinere*” pasa por analizar si concurren en su caso la relación de elementos citados con anterioridad.

El elemento teleológico se entiende cumplido puesto que don Manuel sufre su accidente de camino a su puesto de trabajo y, por tanto, su finalidad no es otra que su incorporación al mismo.

El geográfico, también entiendo que concurre en el caso puesto que Manuel se dirige a su puesto de trabajo y lleva a cabo el mismo recorrido que hace a diario, incluyendo en el mismo el giro en el semáforo que como se dice “solía estar apagado a diario”.

El elemento cronológico entiendo que se cumple puesto que Manuel se dirige a su puesto de trabajo por el camino habitual y en el tiempo prudencial en el que solía hacerlo. De tal manera que no se produce entre su domicilio y su lugar de trabajo ningún tipo de desviación para realizar gestiones de carácter privado. De todo ello podemos ver que no hay ruptura de nexo causal que vincula el accidente con el hecho de desplazarse a su puesto de trabajo.

Por último, el elemento de idoneidad del medio también entiendo que se cumple en el sentido que acude a su puesto de trabajo en su coche cedido por la empresa. Pero aunque no lo hiciera en este, se desprende de la doctrina una gran flexibilidad en torno al medio de transporte empleado con el objeto de adaptar los casos a las nuevas realidades sociales. Esta idea se puede extraer de la STSJ del 12 de junio de 2014⁴⁸ que sostiene que “está tomando valor entre determinados grupos sociales, que aun siendo minoritarios son significativamente importantes, el uso de elementos de transporte no contaminantes, como la bicicleta u otros elementos de transporte que podríamos definir

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

como novedosos en tal uso, entre los cuales claramente incluimos los patines y el monopatín.”

Todos los elementos resultan cumplidos de manera que parece que el caso no ofrece dudas y se dispone en la línea de ser calificado como accidente laboral. Ahora bien, en el artículo 115.4.b) LGSS se establece una excepción. Por tanto, es necesario detenerse en este punto ante la posible conducta de imprudencia temeraria o dolosa cometida por don Manuel que le lleve a quedar excluido del rango de los accidentes laborales. Para ello creo necesario definir qué se considera como imprudencia temeraria, sus diferencias con el dolo y, por último, qué es la imprudencia profesional.

En primer lugar la imprudencia temeraria consiste en una conducta del trabajador en la cual éste manifieste un desprecio total por la racionalidad y prudencia más elemental asumiendo con la misma un riesgo innecesario y de intensa gravedad. Con este comportamiento el sujeto en cuestión pone en riesgo su propia vida y la de los demás⁴⁹.

En segundo lugar, el dolo consiste, al igual que la imprudencia temeraria, en un comportamiento que genera gravedad pero la diferencia principal es la existencia de intencionalidad en el sujeto que la causa de producir ese resultado gravoso⁴⁹.

En tercer lugar la imprudencia profesional tiene su origen en un comportamiento rutinario y confiado del trabajador durante el desempeño de su empleo que da lugar a una posible dejadez en cuanto a las precauciones que este debe tomar en la realización de sus funciones y, como consecuencia de esta inobservancia, al accidente. Este tipo de imprudencia no excluye al accidente de su carácter laboral⁵⁰.

En el caso, el accidente de don Manuel no reviste intencionalidad de causar el daño sino que el sujeto gira a la derecha en el semáforo, como ya había hecho en otras ocasiones, porque éste solía estar apagado. Descartamos por tanto el carácter doloso de la acción. Tampoco se encuadraría en el caso de imprudencia profesional, ya que la posible acción imprudente se cometió fuera del ejercicio de sus funciones laborales. Por tanto, la única alternativa es que se trate de una imprudencia temeraria. En este sentido se ha pronunciado el supremo en sus SSTS de 18 de septiembre de 2007⁵¹ y de 22 de enero de 2008⁵². En las mismas el TS, haciéndose eco de lo dispuesto en el art. 115 LGSS, confirma que la conducta temeraria imprudente rompe el nexo causal entre la lesión y el trabajo.

A la luz de esta jurisprudencia, ambos casos fueron calificados como imprudentes. En relación al primero, es decir, el referido a la primera STS de 18 de septiembre de 2007⁵¹, por el hecho de que el motorista ve el semáforo en rojo y frena, pero posteriormente decide reemprender su marcha antes de que se ponga en verde. Con este acto resulta evidente que el trabajador es consciente de su infracción y asume un riesgo de especial intensidad.

El segundo, es decir, el referido a la segunda STS de 22 de enero de 2008⁵², por el hecho de que el trabajador al circular en dirección contraria y, además en hora punta,

⁴⁹ FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J.M. *Diccionario jurídico*, 5ª Ed.; Editorial Aranzadi, Pamplona (Navarra), 2009. Pág. 353-459

⁵⁰ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. *La imprudencia del trabajador en el accidente de trabajo: claves jurisprudenciales*. *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, Nº 84; 2009. Pp. 59-61

⁵¹ STS de 18 de septiembre de 2007 (ECLI: ES:TSJM:2006:10064)

⁵² STS de 22 de enero de 2008 (ECLI:ES:TS:2008:1852)

prescindía de la mínima diligencia esperable y evidentemente se exponía a sufrir el accidente con probabilidades muy elevadas.

Si aplicamos esta doctrina *a sensu contrario*, don Manuel, en el momento de los hechos no tenía una consciencia total de que su comportamiento pudiera desencadenar tales consecuencias. Ello lo sabemos por el hecho de que realizaba ese comportamiento a diario ya que dicho semáforo solía estar apagado. Podemos ver como la situación responde a una falta de la precaución debida basada en un exceso de confianza unido a un costumbrismo que, a mi modo de ver, en ningún caso puede ser calificado como consciente e intencional. Por todo ello, me decanto por la vertiente de que don Manuel no incurre en imprudencia temeraria y como tal su accidente puede ser calificado como laboral in *itínere* con la consecuente protección que este tipo de accidentes reciben.

Como conclusión a todo lo anterior, vemos que la interpretación de una conducta como imprudente en el ámbito laboral tiene un carácter flexible en orden a la ponderación de la garantía del derecho afectado. El ámbito sancionable en el derecho laboral es diferente que en otros ámbitos como puede ser el penal.

En definitiva, en el ámbito laboral la concurrencia de la imprudencia temeraria en la producción del accidente únicamente tiene como consecuencia la pérdida de la especial protección de un riesgo específicamente cubierto; mientras que en el ámbito penal dicha concurrencia supone una actuación sancionadora automática con el objetivo de proteger al colectivo social del riesgo causado. Así, la calificación de un accidente como imprudencia temeraria ha de entenderse como una interpretación restrictiva en la medida de que desprovee al sujeto de la especial protección que ofrece la legislación laboral⁵³.

3. Análisis de la excedencia laboral

La excedencia laboral es un supuesto atípico de suspensión del contrato de trabajo. La misma se regula en el artículo 46 Estatuto de Trabajadores⁵⁴ (en adelante ET) y podrá deberse a cualquiera de las causas recogidas en este artículo.

Existen dos tipologías: la forzosa y la voluntaria. Con la primera de ellas el trabajador conserva su puesto de trabajo y tiene derecho a que se le compute antigüedad durante el plazo que dure la misma. La segunda modalidad, igualmente genera derecho al reconocimiento de la antigüedad durante su periodo de duración. Si bien, se diferencia con la forzosa en que, al tratarse de una decisión unilateral del trabajador de suspender su contrato en base a cualquiera de las causas contenidas en el artículo 46 ET,

⁵³SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. *La imprudencia del trabajador en el accidente de trabajo: claves jurisprudenciales*. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, Nº 84; 2009. Pág. 59

⁵⁴ 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. Resulta de aplicación el vigente ET puesto que la cuestión que nos ocupa sobre si sería posible o no una prórroga de la excedencia hay que analizarla en el momento en el que finaliza el plazo de 2 años, es decir, en el año 2015, momento de entrada en vigor del vigente ET. Todas las referencias de este apartado se refieren a esta ley.

únicamente conserva un derecho de preferencia en el momento de reingreso⁵⁵. Ello se pone de manifiesto art. 46.5 ET:

“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.”

Como podemos ver, la excedencia en sus dos modalidades, no supone la extinción del contrato de trabajo y, la relación existente entre empresario y trabajador sigue viva. De forma que sólo en el caso de que el trabajador no ejerza su derecho al reingreso, la relación laboral se vería extinguida⁵⁶.

En el caso doña Ana, en un primer momento, opta por la adopción de una reducción de jornada con el objeto de cuidar a su madre. Pero debido a la agravación de su estado de salud toma la decisión de solicitar una excedencia voluntaria por un plazo de dos años. Debido a esto, considero que resulta de aplicación el artículo 46.3 ET que concede el derecho de solicitar la excedencia por un periodo no superior a dos años, entre otras causas, “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.”

Este derecho a la excedencia, que se regula de forma genérica en el apartado segundo del mismo artículo, sólo podrá ser solicitado nuevamente por un mismo sujeto para el caso de que hayan transcurrido cuatro años desde el fin de disfrute de la primera de ellas y concurra una antigüedad como mínimo de un año.

A la luz lo dispuesto en este artículo podríamos entender que Ana, no tiene derecho a prolongar su periodo de excedencia durante más tiempo, ya que ha agotado el plazo de dos años en el 2015 y no han transcurrido cuatro años desde el fin del mismo. Pero es necesario destacar que en el mismo artículo 46.3 ET se dispone que este plazo de excedencia podrá tener una mayor duración si así se establece en su Convenio Colectivo.

Ante el conflicto de normas que pueda producirse entre el ET y el Convenio Colectivo se aplicará lo dispuesto en el segundo de ellos siempre que el contenido del Convenio respete la ley tal y como se dispone en el artículo 85.1 ET. Ello tiene su base en las fuentes de la relación laboral establecidas en el artículo 3 ET que indican la prevalencia de la ley sobre los Convenios Colectivos en última instancia.

i. El Convenio Colectivo y los efectos de su aplicación

El Convenio Colectivo es una fuente del derecho de trabajo consistente en un acuerdo pactado libremente por los representantes de los trabajadores y los empresarios en orden a fijar las condiciones de trabajo y productividad. También podrá este acuerdo regular la

⁵⁵Hay que aclarar que, según lo dispuesto en el apartado tercero para el caso de excedencia por familiares, durante el primer año el trabajador goza de derecho de reserva de su puesto para pasar luego a este derecho de reserva a un puesto del mismo grupo profesional o categoría equivalente.

⁵⁶BENET ESCOLANO, J. *La figura jurídica de la excedencia voluntaria*. Tesis doctoral; Universidad de Valencia, 2012. Pág.25

paz laboral a través de las obligaciones que se pacten. (art. 82 ET). Tiene una naturaleza mixta en el sentido de que se trata de un “cuerpo de contrato con alma de Ley”, es decir, es en parte un contrato y en parte una norma. De ahí su dificultad de interpretación que resulta de un compendio entre las reglas de interpretación de las normas jurídicas de los artículos 3 y 4 CC y aquellas que regulan específicamente el ámbito de los contratos contenidas en los artículos 1281 a 1289 del Código Civil⁵⁷.

Su ámbito de aplicación será aquel que convengan las partes siempre que estén legitimadas para ello. De tal forma que el Convenio constará de una serie de materias obligatorias para su validez y aquellas otras que las partes estimen necesarias, siempre éstas relacionadas con los derechos y obligaciones de los trabajadores.⁵⁸

En esta línea debemos determinar cuál es el Convenio aplicable al caso cuya determinación pasa por el análisis de la empresa en cuestión. La actitud del legislador a este respecto es limitada, únicamente estableciendo en el artículo 83.1 ET como ya vimos que “los convenios colectivos tendrán el ámbito de aplicación que las partes acuerden”. Ante esta insuficiencia normativa ha sido la jurisprudencia la que ha delimitado las reglas para poder determinar qué convenio corresponde aplicarse en cada caso. Estas son las siguientes:⁵⁷

- En primer lugar la unidad, en el sentido de que a todos los trabajadores de una misma empresa ha de aplicársele el mismo convenio.
- En segundo lugar la principalidad, es decir, debemos atender al objetivo principal de la empresa y no a las funciones concretas de los empleados que la integran.
- En tercer lugar la coexistencia, regla ésta aplicable para el caso de que en una empresa convivan varias actividades independientes en su funcionamiento pudiendo coexistir varios convenios distintos.
- En cuarto lugar la estabilidad, en el sentido de que una vez determinado el convenio aplicable y durante la vigencia del mismo, éste no puede ser modificado.
- En quinto lugar la indisponibilidad, en el sentido de que el ámbito de aplicación de un convenio no puede modificarse en virtud de pactos individuales.
- En sexto lugar, la adecuación, es decir el ámbito de aplicación del convenio debe tener estabilidad, ser homogéneo y objetivo.
- Por último, concurre la regla de la correspondencia, en el sentido de que el convenio debe ser coherente en cuanto a la representación de las partes negociadoras con el ámbito aplicativo.

En virtud de lo anterior y en base a los criterios de la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos (CCNCC)⁵⁹ que establecen que la perspectiva que ha de tenerse en cuenta es el ámbito funcional de la empresa llegaremos a una conclusión sobre cuál

⁵⁷ SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R. *160 Cuestiones sobre Temas Laborales. Cuadernos de Aranzadi Social*; Editorial Aranzadi, Pamplona (Navarra), 2012. Pp. 79-82.

⁵⁸ BORRAJO DACRUZ, E. *Introducción al derecho del trabajo*; Biblioteca Universitaria de Editorial Tecnos, 2011. Pp 345-346

⁵⁹ Ministerio de Empleo y Seguridad Social. *Determinación del Convenio Colectivo aplicable atendiendo a su ámbito funcional. Perspectiva de la CCNCC* [Consulta: 20 de mayo de 2019] Disponible en http://www.mitramiss.gob.es/es/sec_trabajo/ccncc/J_MNC/Notas_explicativas_MNC.pdf Pp 1-4

es su actividad central. Para ello es necesario acotar cuáles son sus actividades básicas, de haber varias.

En nuestro supuesto, la empresa en cuestión es Liberty S.A, dedicada al ámbito de los seguros principalmente. En base a este criterio y a la literalidad del supuesto procedería abordar el caso de la excedencia de doña Ana desde la perspectiva del Convenio laboral para el sector de las entidades aseguradoras. El convenio en cuestión es el Convenio Colectivo de Liberty Seguros Compañía de Seguros y Reaseguros S.A. del año 2014⁶⁰.

En aplicación del mismo se amplía el supuesto de excedencia para el caso de atención al cuidado de familiares hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que no pueden valerse por sí mismos hasta los tres años (art. 35.4 Convenio Colectivo Liberty Seguros). Así, doña Ana en el momento en el que solicitó su reincorporación aún no habría agotado este plazo de tres años. Por tanto, tendría la posibilidad de solicitar una prórroga de su excedencia por el año que le resta sin disfrutar.

Si bien el término “prórroga” no está reconocido expresamente en la legislación laboral sino que se basa en una construcción jurisprudencial. Esto supone que a ojos de la doctrina del supremo no se entienda como una prolongación sino como una solicitud nueva. Dice el Tribunal en su STS de 23 de julio de 2010⁶¹ que:

“Aceptar la posibilidad de que un trabajador en excedencia pueda solicitar una prórroga de la ya concedida con anterioridad equivale materialmente a aceptar la posibilidad de obtener una nueva excedencia aunque formalmente aparezca como una continuación de la primera, y ello no parece compatible con las previsiones legales si se tiene en cuenta, como antes se ha dicho, la excepcionalidad de que en un contrato sinalagmático se acepte la posibilidad de su suspensión por la voluntad exclusiva e injustificada de una de las partes.”

Es por ello que estamos ante una concesión potestativa y la empresa no está obligada a conceder la prórroga, ya que como hemos visto la prórroga, no está reconocida como tal en la ley. Por tanto en el caso de que una vez solicitada por doña Ana en tiempo y plazo procedente, resultara denegada debería ésta incorporarse inmediatamente. De lo contrario se producirá la baja voluntaria con efectos de extinción del contrato laboral.

Esto es así porque al entenderse como una nueva solicitud, la empresa puede acogerse al requisito de cuatro años para poder optar a una nueva excedencia. En todo caso Ana, no podría solicitar la excedencia para un plazo que, junto con la excedencia inicial, supere el plazo máximo de tres años establecido por convenio.

⁶⁰ Resolución de 18 de noviembre de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Liberty Seguros, Compañía de Seguros y Reaseguros, SA. Vigente desde el 1 de enero de 2014 hasta el 31 de Diciembre de 2017.

⁶¹ STS de 23 de julio de 2010 (ECLI: ES:TS:2010:4601)

4. La vulneración del derecho a la intimidad

i. El derecho a la intimidad: conceptos básicos

El derecho a la intimidad es un derecho fundamental que se encuentra recogido en el artículo 18 de la CE. Junto con esta protección constitucional, la intimidad está protegida igualmente en virtud del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950 (en adelante CEDH) y en la La Ley Orgánica 1/1982, de 5, de protección civil del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, que protege civilmente a la intimidad personal y familiar frente a todo género de intromisiones ilegítimas.

Además, el derecho a la intimidad en la actualidad se encuentra también protegido por la nueva Ley Orgánica, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales. (en adelante LOPDGDD). Esta ley supuso la derogación de la antigua Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. (en adelante LOPD) ⁶².

La intimidad es un bien de la personalidad del individuo que tiene un carácter relativo. Esto significa que la amplitud del ámbito de protección de este derecho va a depender de las circunstancias sociales, económicas y culturales que son distintas en cada momento. El concepto de intimidad y su contenido se han ido reformulando a lo largo de los años. Esto es así, entre otras causas, porque el gran desarrollo de la tecnología - que antes no existía o tenía muy poca intensidad- ha tenido una gran repercusión llegando a incidir en la esfera privada del individuo en gran medida. Esto ha obligado al legislador a modificar el concepto de intimidad para dotar al individuo de una mayor protección ⁶³.

ii. El derecho a la intimidad en el ámbito laboral

En el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores en su artículo 4.2.e) ⁶⁴ hace referencia al derecho a la intimidad en el ámbito laboral y establece que los trabajadores tienen el derecho: “al respeto de su intimidad y a la consideración debida a su dignidad, comprendida la protección frente al acoso por razón de origen racial o étnico, religión o convicciones, discapacidad, edad u orientación sexual, y frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo”.

Además la intimidad también queda garantizada en el artículo 18 del ET que se refiere a la inviolabilidad de la persona del trabajador y establece que únicamente se podrán llevar a cabo registros de los efectos personales del trabajador cuando se requiera para la

⁶² La LOPD es la aplicable al caso puesto que los hechos suceden en el año 2016, momento en el cual no estaba en vigor la nueva LOPDGDD.

⁶³ HERRÁN ORTIZ, A.I. *El derecho a la intimidad en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*; Editorial Dykinson, Madrid, 2002. Pp. 19-20

⁶⁴ Es el aplicable al caso ya que entra en vigor en el año 2015 y los hechos suceden en el año 2016. Por tanto todas las referencias a continuación son a esta ley.

protección del patrimonio empresarial y del resto de trabajadores, siempre y cuando, se realice este registro en el centro de trabajo y en horario de trabajo. Además, añade que en el proceso ha de respetarse en la medida de lo posible la intimidad y la dignidad del trabajador y ha de contarse con la presencia de un representante de los trabajadores o, en su defecto de otro trabajador si fuera posible.

Cabe destacar que este derecho se ha visto reforzado con la irrupción del artículo 20 bis introducido por la Disposición final decimotercera de la LOPDGDD⁶⁵ que trata de adaptar el texto a las nuevas realidades tecnológicas existentes que generan una mayor necesidad de protección por parte del individuo. Este artículo establece 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.”

El reconocimiento constitucional se pone de manifiesto, entre otras, en la STC de 19 de julio de 1985⁶⁶ sostiene la idea de que:

“la celebración de un contrato de trabajo no implica, en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano (...) y cuya protección queda garantizada frente a eventuales lesiones mediante el impulso de los oportunos medios de reparación, que en el ámbito de las relaciones laborales se instrumenta, por el momento, a través del proceso laboral. Ni las organizaciones empresariales forman mundos separados y estancos del resto de la sociedad, ni la libertad de Empresa, que establece el art. 38 del texto constitucional legitima el que quienes prestan servicios en aquéllas por cuenta y bajo la dependencia de sus titulares deban soportar despojos transitorios o limitaciones injustificadas de sus derechos fundamentales y libertades públicas, que tienen un valor central y nuclear en el sistema jurídico constitucional.”

iii. Los límites al derecho a la intimidad en el ámbito laboral

A la pregunta de si la protección a la intimidad es ilimitada o existen límites, encontramos la respuesta a esta cuestión mediante la aplicación del artículo 20.3 ET que establece el derecho del empresario a interferir en la intimidad del trabajador en el ejercicio de su función de dirección. En el mismo 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.”

⁶⁵ No resulta de aplicación al caso puesto que entra en vigor en el año 2018 y los hechos suceden en el año 2016.

⁶⁶ STC 88/1985 de 19 de julio de 1985 (ECLI:ES:TC:1985:88)

De esta redacción tan abstracta debemos hacer una interpretación restrictiva. Vemos que el legislador no estipula concretamente ni las medidas de control, ni la extensión de las mismas, ni los límites de este ejercicio de control al establecer que el empresario debe guardar en su actuación “la consideración debida”. Entendemos entonces, con carácter restrictivo, que las medidas de control han de obtenerse por medios lícitos, siempre en el puesto de trabajo y en atención a causa legítima⁶⁷.

En esta materia la jurisprudencia ha mantenido un controvertido debate que tiene como punto de partida el cambio doctrinal el año 2013 con la STC, de 11 de febrero de 2013⁶⁸. En la misma, se discute si ha existido vulneración del artículo 18.4 CE desde la perspectiva de la protección de datos. En esta sentencia se deja de lado el criterio de la proporcionalidad que había regido hasta aquel entonces y que justificaba la introducción de los medios de control para satisfacer a las necesidades empresariales. Pasa a estar este superado por el deber de información. Como dice el Tribunal, esta ha de ser “previa y expresa, precisa, clara e inequívoca y debe “concretar las características y el alcance del tratamiento de datos que iba a realizarse”. Ahora el incumplimiento del deber de información determina la automática vulneración de la protección de datos, sin entrar ya a analizar la proporcionalidad o no de las actuaciones. Así, el actor consigue su pretensión y se le reconoce la vulneración de su derecho a la intimidad.

Ahora bien, si nos apoyamos en una jurisprudencia más actual, ya en el año 2016 asistimos a un nuevo punto de inflexión. El fundamento es la STC de 3 de marzo de 2016⁶⁹. En esta sentencia se analiza la posible vulneración del artículo 18.4 CE de una trabajadora que, a sabiendas de sus posibles irregularidades, es grabada con el objetivo de demostrar su mala conducta.

Dice el tribunal que “La Ley Orgánica de protección de datos de carácter personal (LOPD) establece el principio general de que el tratamiento de los datos personales solamente será posible con el consentimiento de sus titulares”. Si bien, continúa diciendo el Tribunal que “el propio art. 6 LOPD, en su apartado 2, enumera una serie de supuestos en los que resulta posible el tratar y ceder datos sin recabar el consentimiento del afectado; en concreto, no será preciso el consentimiento (...) cuando se refieran a las partes de un contrato o precontrato de una relación negocial, laboral o administrativa y sean necesarios para su mantenimiento o cumplimiento. (...)” lo que abarca, sin duda, las obligaciones derivadas del contrato de trabajo.

Por ello un tratamiento de datos dirigido al control de la relación laboral debe entenderse amparado por la excepción citada, pues está dirigido al cumplimiento de la misma. Por el contrario, el consentimiento de los trabajadores afectados sí será necesario cuando el tratamiento de datos se utilice con finalidad ajena al cumplimiento del contrato. De esta manera vemos como la doctrina entiende que el consentimiento del trabajador sigue siendo básico pero cede si nos encontramos en el ámbito laboral.

⁶⁷ARIAS DOMÍNGUEZ, Á. y RUBIO SÁNCHEZ, F. *El derecho de los trabajadores a la intimidad*; Pamplona (Navarra), Editorial Aranzadi, 2006. Pp. 139-144

⁶⁸STC de 11 de febrero de 2013 (ECLI: ES:TC:2013:29)

⁶⁹STC de 3 de marzo de 2016 (ECLI:ES:TC:2016:39)

La controversia anterior en relación con los límites al derecho a la intimidad, los criterios para cumplir con el deber de información previa y, en definitiva, la existencia de una justa causa que justifique el poder de control empresarial se recogen en la sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), de 5 de septiembre de 2017 (caso Barbulescu)⁷⁰. Los pasos a seguir se disponen en forma de preguntas que deben hacerse para evaluar si la monitorización de las comunicaciones de los empleados vulnera el derecho a la intimidad. Estos son:

1. Información previa: “¿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?”
2. Extensión de la monitorización: “¿Cuál fue el alcance de la supervisión realizada del empleador y el grado de intrusión en la vida privada del empleado?”
3. Justificación de la instalación: “¿El empleador ha presentado argumentos legítimos para justificar la vigilancia de las comunicaciones y el acceso a su contenido...Dado que la vigilancia del contenido de las comunicaciones es por su naturaleza un método mucho más invasivo, requiere justificaciones más fundamentadas.”
4. Posibilidad de medios menos invasivos: A la pregunta de “¿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?”
5. Consecuencias del control: “¿Cuáles fueron las consecuencias de la supervisión para el empleado afectado con las referencias citadas? ¿De qué modo utilizó el empresario los resultados de la medida de vigilancia, concretamente si los resultados se utilizaron para alcanzar el objetivo declarado de la medida...?”
6. Garantías: ¿Al empleado se le ofrecieron garantías adecuadas, particularmente cuando las medidas de supervisión del empleador tenían carácter intrusivo?

Todos los anteriores principios fueron recogidos igualmente en la STS de del 8 de febrero del año 2018⁷¹ que trata sobre el caso de un trabajador que recibe despido disciplinario. En la misma se cuestiona, entre otras materias, la posible vulneración a su derecho a la intimidad debido al control empresarial de su correo electrónico corporativo. Se basa el supremo en los argumentos del TC, los cuales considera coincidentes con los criterios previos del TEDH, para argumentar la inobservancia de dicha vulneración. Entre otros, resultan destacables los siguientes:

En lo relativo a las facultades empresariales:

- El poder de dirección del empresario “es imprescindible para la buena marcha de la organización productiva reflejo de los derechos proclamados en los arts. 33 y 38 CE - y se reconoce expresamente en el art. 20 LET”
- “En aplicación de esta necesaria adaptabilidad de los derechos del trabajador a los razonables requerimientos de la organización productiva en que se integra, se

⁷⁰ Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), de 5 de septiembre de 2017 asunto Barbulescu vs Rumania (exp. 61496/08)

⁷¹ STS de del 8 de febrero del año 2018 (ECLI: ES:TS:2018:594)

ha afirmado que "manifestaciones del ejercicio de aquéllos que en otro contexto serían legítimas, no lo son cuando su ejercicio se valora en el marco de la relación laboral"

- En este contexto se reconoce “la ordenación y regulación del uso de los medios informáticos de titularidad empresarial por parte del trabajador, así como la facultad empresarial de vigilancia y control del cumplimiento de las obligaciones relativas a la utilización del medio en cuestión, siempre con pleno respeto a los derechos fundamentales”

En lo relativo al derecho a la intimidad

- “... el derecho a la intimidad personal, en cuanto a su derivación de la dignidad de la persona (art. 10.1 CE), "implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás(...)”
- Pero “... "el derecho a la intimidad no es absoluto -como no lo es ningún derecho fundamental, pudiendo ceder ante intereses constitucionalmente relevantes, siempre que el límite que aquél haya de experimentar se revele como necesario para lograr un fin constitucionalmente legítimo y sea proporcionado"
- “Existiendo previsión colectivamente fijada sobre prohibición del uso del ordenador para fines personales, “cabe concluir que, en su relación laboral, sólo estaba permitido al trabajador el uso profesional del correo electrónico de titularidad empresarial; en tanto su utilización para fines ajenos al contenido de la prestación laboral se encontraba tipificada como infracción sancionable por el empresario, regía pues en la empresa una prohibición expresa de uso extralaboral, no constando que dicha prohibición hubiera sido atenuada por la entidad. Siendo este el régimen aplicable, el poder de control de la empresa sobre las herramientas informáticas de titularidad empresarial puestas a disposición de los trabajadores podía legítimamente ejercerse, ex art. 20.3 LET, tanto a efectos de vigilar el cumplimiento de la prestación laboral realizada a través del uso profesional de estos instrumentos, como para fiscalizar que su utilización no se destinaba a fines personales o ajenos al contenido propio de su prestación de trabajo”.

De todos estos principios, el TS concluye diciendo que a la hora de ponderar los intereses que están en juego, los principios anteriores nos llevan al clásico juicio que se ha dado siempre en la doctrina constitucional: la proporcionalidad de la actuación, la necesidad de la misma y la idoneidad para llevarla a cabo.

iv. ¿Existe en el caso una vulneración del derecho a la intimidad?

En base a toda la regulación e interpretación jurisprudencial anterior en la materia nos disponemos a analizar si, en el caso, existe una vulneración del derecho a la intimidad de doña Ana o si, por el contrario, el control de su ordenador no supone una intromisión en tal derecho.

En primer lugar, en relación con la primera de las sentencias citadas –STC de 11 de febrero de 2013⁷²- podríamos pensar de forma directa que Ana habría sido víctima de una lesión a su derecho a la intimidad, en la medida de que fue informada de la prohibición de uso de los dispositivos de la empresa para fines personales pero no se le comunicó la instalación del sistema de control en su ordenador.

Pero es posteriormente, al introducir una jurisprudencia más actual –la STC de 3 de marzo de 2016⁷³, cuando vemos que la respuesta no es tan directa. En el sentido de que la empresa utiliza los datos contenidos en el ordenador de doña Ana para fines puramente empresariales con el objeto de demostrar su inobservancia de la prohibición de uso personal.

Además, en el caso, no se dispensa el deber de información del control empresarial, en el sentido de que a Ana le fue notificada la referida prohibición; y, una vez trasladada esta, la actora continuó empleando los dispositivos para fines particulares pudiendo dar con este comportamiento de forma implícita su consentimiento. Cabe resaltar el hecho de que además la empresa procedió a la visualización del proceso de monitorización ante la afectada, dentro del centro de trabajo y en presencia de los representantes de los trabajadores. Vemos que se cumplen de esta manera los requisitos del artículo 18 ET que garantiza la inviolabilidad del trabajador.

Procede para esclarecer aún más la cuestión que se nos plantea sobre la posible vulneración a la intimidad de Ana dar respuesta a las preguntas previas planteadas en la STEDH, de 5 de septiembre de 2017:

En cuanto a la primera de ellas, en teoría esta información debería ser –en concordancia con el artículo 8 CEDH- “clara, precisa y previa a la instalación” pero en la práctica se contemplan diversas maneras de cumplir con esta cuestión. Por lo que el hecho de establecer una prohibición de uso puede encajar en una variante en la práctica de respuesta positiva a esta pregunta.

En relación con la segunda pregunta, se analiza con la misma el grado de control de las comunicaciones del trabajador, si fue o no en la totalidad de las mismas; así como, su extensión temporal. Con ello se trata de averiguar, tal y como sucede en el caso, si el objetivo del empresario con la instalación del dispositivo era únicamente demostrar la irregularidad.

En relación a la tercera pregunta, referida a la justificación de la instalación, en el caso se pone de relevancia las constantes sospechas de la empresa de infracción de la norma que prohibía el uso de los dispositivos para fines personales por lo que entiendo esto como una respuesta también afirmativa.

Deteniéndonos ya en la cuarta pregunta sobre la posibilidad de medios menos invasivos para ejercer su derecho de control creo que en el caso, el empresario podría utilizar otros medios pero serían estos igualmente invasivos y posiblemente menos efectivos por lo que entiendo que la respuesta a esta pregunta es negativa.

⁷²STC de 11 de febrero de 2013 (ECLI: ES:TC:2013:29) anteriormente citada

⁷³STC de 3 de marzo de 2016 (ECLI:ES:TC:2016:39) anteriormente citada

En lo relativo a la quinta pregunta, sobre las consecuencias del control, vemos que resultaron probadas las sospechas de que Ana infringía la norma y, por tanto, se procedió al despido disciplinario basado en las causas establecidas legalmente. Por lo que entiendo que sí se utilizó la información obtenida en orden a alcanzar el objetivo prefijado.

Por último, en cuanto a las garantías planteadas en la sexta pregunta sabemos que se le comunicó la prohibición de uso personal dándole en ese momento la oportunidad de seguir la norma.

Para resolver este análisis creo relevante destacar una sentencia actual que tiene un supuesto de hecho similar al del caso. Se trata de la STJ de Andalucía, 905/2019 de 28 marzo de 2019⁷⁴, que versa sobre el caso de un trabajador que fue despedido de su puesto de trabajo por transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza. Todo ello tras la visualización de archivos localizados en el disco duro del ordenador del trabajador que demuestran que utilizaba los mismos para su uso personal. El despido fue en virtud de esta causa fue calificado como procedente en el año 2016. El trabajador recurre en suplicación solicitando la nulidad de las pruebas obtenidas por entender que se vulnera con éstas su derecho a la intimidad. Se extraen de esta sentencia tres ideas básicas:

- “1. El trabajador tiene una expectativa razonable de confidencialidad⁷⁵, según la cual puede realizar un uso moderado, con fines privados, de los dispositivos digitales facilitados por la empresa, como herramientas de trabajo.
2. Esta expectativa razonable de confidencialidad puede neutralizarse por el empresario mediante la prohibición expresa del uso para fines privados de los dispositivos digitales, facilitados por la empresa.
3. Los trabajadores deben ser debidamente informados de la prohibición y, se entiende cumplida esta obligación, si la prohibición se contempla en el convenio colectivo, en el contrato de trabajo o, en la normativa sobre las técnicas de información y comunicación de la empresa”

El TSJ apoyándose en estos tres criterios y, debido a la ausencia de una notificación expresa que neutralizara esta expectativa razonable de confidencialidad, entiende que se ha vulnerado el derecho de intimidad del trabajador. Por tanto, la prueba ha de ser declarada nula. Vemos que lo que aquí se debate no es la procedencia o no del despido sino la nulidad de las actuaciones para calificarlo como tal y la consecuente vulneración

⁷⁴STSJ-Andalucía de 28 de marzo de 2019 (ECLI: ES:TSJAND:2019:1355)

⁷⁵Hay que tener en cuenta que en la nueva LOPDPGDD que deroga a la LOPD (aplicable al caso) se establece expresamente en su artículo 87 un procedimiento específico a la intervención empresarial de los dispositivos digitales: “El empleador podrá acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos”. Y sigue diciendo que la única limitación existente actualmente es que se han de respetar “los estándares mínimos” de protección a la intimidad de acuerdo con los “usos sociales y los derechos constitucionales”. La nueva ley no es aplicable ni al caso ni a la STSJ de 28 de marzo puesto que en ella se enjuician hechos que sucedieron en el 2016 cuando aún no estaba vigente.

de un derecho fundamental. Es por esto que, finalmente, solicita al órgano judicial de instancia que vuelva a resolver sobre la procedencia o no del despido disciplinario.

Si aplicamos al caso los criterios jurisprudenciales anteriores podemos ver que doña Ana no sufrió una vulneración del derecho a la intimidad. En el sentido de que la empresa le notificó previa y expresamente la prohibición de uso de los dispositivos de la empresa para uso privado neutralizando con esta acción sus posibles expectativas de confidencialidad. En resumen, recabamos dos ideas básicas: la existencia de una expectativa de razonable confidencialidad en virtud de unos estándares mínimos y la importancia de la notificación expresa y previa de la prohibición.

5. Calificación del despido.

i. Regulación del despido: El despido disciplinario.

El despido consiste en una decisión unilateral del empresario de finalizar la relación laboral que le vinculaba al empleado. Las causas legales del despido están reguladas en el Estatuto de Trabajadores⁷⁶. En su artículo 52 se regulan las causas del despido objetivo, basado en motivos económicos, técnicos, organizativos, productivos o por una imposibilidad sobrevenida del trabajador a la hora de desempeñar su trabajo. Este tipo de despido, si afecta a un determinado número o porcentaje de trabajadores se encuadra en la línea de un despido colectivo de los regulados en el artículo 51 ET.

Por otro lado, en el artículo 54 ET se regula el despido disciplinario que se basa en la ruptura por iniciativa del empresario de la relación laboral basándose en un incumplimiento grave en el que medie culpa por parte del trabajador. Por tanto, los elementos clave que resultan relevantes como causa genérica de despido son tres: el incumplimiento, la culpa y la gravedad.

Si bien, en el mismo artículo se concretan una serie de casos que identifican como causas tasadas de despido disciplinario, entendiendo siempre las mismas con un carácter flexible y expansivo con un objetivo orientador. Estamos pues ante un conjunto de casos que no se entienden como un *numerus clausus*. De tal manera que cualquier comportamiento basado en incumplimiento grave tendrá cabida en el 54.2 ET. Así lo entiende la jurisprudencia que sostiene⁷⁷:

“La generalidad y amplitud con que están redactados algunos de ellos y permeabilidad de unos para con los otros, sin que la regulación complementaria convencional pueda contradecir en su esencia, desvirtuar, los tipos legales del ET, ya que las normas sectoriales no pueden desconocer los efectos disciplinarios regulados en el ET. De este modo, en ningún caso, cualesquiera que fueren las deficiencias del sector concreto de que se trate, no se bloquea la facultad disciplinaria empresarial, haciendo siempre posible y necesaria”, en

⁷⁶ El vigente ET 2/2015 es aplicable al caso, pues los hechos suceden en 2016. Todas las referencias de este apartado se refieren a la citada ley

⁷⁷ STSJ, 24 de Octubre de 2002 (ECLI: ES:TSJGAL:2002:6098)

caso de despido, “la subsunción de la conducta del trabajador en el artículo 54 ET, de aplicación preferente también a normas sectoriales”

De esta manera, y en línea con lo anterior, de las causas tasadas en dicho artículo 54.2 resultan de relevancia para el caso las letras b) d) y e). La primera habla sobre la indisciplina o desobediencia en el trabajo; la segunda, sobre la transgresión de la buena fe contractual, así como del abuso de confianza en el desempeño del trabajo; y la tercera, sobre la disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado.

Asimismo, en el artículo siguiente, el art. 55 ET, se establece el procedimiento que ha de llevarse a cabo para efectuar este tipo de despido, así como los efectos que el mismo tiene. Entre las premisas que se contienen en este artículo cabe destacar un requisito formal ineludible que se recoge en el apartado primero: “el despido deberá ser notificado por escrito al trabajador, haciendo figurar los hechos que lo motivan y la fecha en que tendrá efectos.” Se hace también referencia en la ley al hecho de que que en virtud del Convenio aplicable se podrán establecer otras formalidades. Para el caso que nos ocupa y en virtud dicho Convenio⁷⁸ no caben más formalidades que comentadas en la Ley.

ii. Procedencia o improcedencia del despido disciplinario

Una vez clasificado el tipo de despido como disciplinario amparándonos en los apartados b) d) y e) del citado artículo 54.2 ET procede de la determinación de su justificación. Ello nos permitirá probar la existencia de una justa causa o bien calificarlo como improcedente en los términos del artículo 56 ET. Para poder valorar lo anterior debemos llevar a cabo una individualización del caso. Ello se pone de manifiesto reiteradamente en la jurisprudencia. En esta línea dice el TS⁷⁹ que

“..la conducta del trabajador que, en definitiva, es lo que se juzga en un proceso por despido disciplinario, difiere en cada uno de ellos; lo cual, por otra parte, resulta obvio, sin necesidad de entrar en un análisis comparativo de dichas conductas en uno y otro caso; porque de suyo, el comportamiento del ser humano ante circunstancias concretas y, por tanto, diferentes en el tiempo y en el espacio de otras que, por mucho que sea su similitud nunca podrán ser iguales, tampoco podrá ser equiparado y homologado en forma alguna con el de otra persona, en estas circunstancias.”

Esta calificación individual de un determinado comportamiento pasa por la atención a tres requisitos legales⁸⁰:

1. Injustificación o inexistencia de una causa que genere la desobediencia: la delimitación de la extensión de la obediencia derivada de la relación laboral se concreta

⁷⁸ Resolución de 18 de noviembre de 2014, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo de Liberty Seguros, Compañía de Seguros y Reaseguros, S.A.

⁷⁹ STS de 6 de octubre de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:4817)

⁸⁰ ORTEGA LOZANO, P. G. *El despido disciplinario*. Tesis doctoral; Universidad de Granada, 2018. Pp 82-84.

en los deberes de los trabajadores y el poder de dirección consagrados en la ley. Estas premisas se establecen en el artículo 5 ET, que expone el deber de los trabajadores a cumplir las órdenes impuestas por el empresario en el ejercicio de sus funciones; y en el artículo 20 ET, que establece la obligación del trabajador de cumplir con las funciones convenidas en el contrato bajo la dirección del empresario o en quien éste delegue. Añade que tanto el empresario como el trabajador se someterán “en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe.

2. La gravedad: la desobediencia, para que provoque el despido disciplinario, ha de ser de calificada como grave. La gravedad de la misma va a depender a su vez de dos factores clave como son la obligatoriedad y la claridad.

En relación con el primer factor, para que una orden dada por el empresario se considere incumplida y proceda el despido es necesario que exista un carácter impositivo. Este se pone de manifiesto en las propias órdenes verbales del empresario o bien en la existencia de advertencias que las acompañen. En ausencia de un mandato claro nos alejamos de la desobediencia para situarnos en la esfera de la recomendación empresarial que no puede traer causa de un despido disciplinario. La orden puede provenir tal y como se establece en el art 20.1 ET del propio empresario o bien de una persona en la que este delegue su autoridad. Por lo que no resulta causa excluyente de la culpabilidad por desobediencia el hecho de que la orden no provenga de la persona del empresario sino de un sujeto que cuenta su con autorización.

3. El elemento de la culpabilidad: el sujeto que lleve a cabo la desobediencia deberá tener una intención dolosa y consciente de infringir la norma y las órdenes de la dirección.

En base a todos los elementos anteriores y aplicándolos al caso concluyo:

En primer lugar, en relación a la existencia o no de una justa causa que justifique la desobediencia entiendo que Ana desobedece la orden empresarial, la cual se le traslada por escrito, sin ningún tipo de necesidad ni explicación por parte ésta.

En segundo lugar, en relación al requisito legal de gravedad también se entiende aplicable al caso por el hecho de que Ana transfiere fotografías y documentos muy valiosos sin autorización a terceros. Además de dedicarse a actividades ajenas a su trabajo durante una hora al día de media lo que supone una reducción de su productividad.

Por último, el requisito de culpabilidad también se entiende cumplido ya que doña Ana realizaba tales actuaciones a sabiendas de su prohibición manifestando implícitamente con este comportamiento su voluntad de infringir la norma.

En definitiva si la conducta en cuestión, cumple estos tres elementos esenciales será candidata a ser sancionada con el despido disciplinario. La determinación final pasa por que ésta encaje tanto en la ley como en los Convenios que no son excluyentes sino compatibles entre sí. Debido a la compleja situación creada por el carácter abstracto de la ley en esta materia que no llega a concretar un número cerrado de causas tasadas de despido, es esencial para poder determinar la procedencia o improcedencia de un despido de estas características la jurisprudencia creada por los órganos judiciales.

iii. Efectos de la calificación del despido disciplinario como procedente

Cuando un despido se califica como procedente se ratifica la extinción del contrato laboral que ya se había producido previamente en el momento en el que éste se produjo. Para que sea calificado como tal ha de analizarse si se han cumplido los aspectos formales recogidos tanto en la ley como en el posible Convenio. Para ello se estudiará en juicio la relevancia y acreditación de los hechos, así como la vinculación de los mismos con el trabajador. Se ponderará si estos hechos son relevantes para generar la sanción máxima atendiendo a los tres requisitos básicos que he expuesto con anterioridad. Una vez hecho esto podremos determinar que estamos ante un despido procedente tanto en forma como en fondo.⁸¹

Los efectos del mismo se resumen en el apartado séptimo del artículo 55 que establece que: “El despido procedente convalidará la extinción del contrato de trabajo que con aquel se produjo, sin derecho a indemnización ni a salarios de tramitación.”

Como vemos de lo que se desprende en de la legislación aplicable al caso, doña Ana sería protagonista de un despido disciplinario de los recogidos en la letra b) d) y e) de este artículo 54. En este sentido, a raíz de la visualización efectuada se ponen de manifiesto, en primer lugar, la falta de obediencia y la transgresión de la buena fe contractual por parte de la trabajadora de la norma que prohíbe el uso para fines personales de los dispositivos de la empresa; y, en segundo lugar, y debido a ese incumplimiento se estima que de media, doña Ana, se dedicaba a actividades ajenas a su trabajo durante una hora al día. Lo anterior tiene como consecuencia muy probable el descenso de su rendimiento potencial, causa tasada de despido disciplinario.

⁸¹ORTEGA LOZANO, P. G. *El despido disciplinario*. Tesis doctoral; Universidad de Granada, 2018. Pág. 475

IV. CONCLUSIONES FINALES

El caso versa sobre una serie de cuestiones relativas a la legislación laboral. El estudio de las mismas nos lleva a una comprensión del alcance de la protección laboral y de sus limitaciones tanto para el empleado como para el empleador. Como vemos, las principales bases legislativas que nos permiten resolver los hechos expuestos son la LGSS Y ET. Aplicando, entre otros, estos textos legales para analizar cada una de las preguntas he llegado a una serie de conclusiones:

En primer lugar, en relación a la cuestión relativa a la prestación de viudedad podemos ver que la situación de ambas candidatas es diferenciada y así lo son también los requisitos para acceder a la pensión de cada una de ellas.

Por un lado, se encuentra el caso de doña Ana, ex cónyuge de don Manuel en el momento de su fallecimiento, que verá desestimada su pretensión. Ello se debe a que la misma no cumple el requisito de pensión compensatoria que se recoge en la LGSS. El objetivo del citado requisito es devolver a la pensión de viudedad su carácter sustitutorio. Por ello, si a Ana, en el Convenio regulador le fue desestimado su solicitud de pensión compensatoria tampoco tendría sentido en el momento del fallecimiento reconocerle la de viudedad. Vemos que esta vinculación trata de reconocer una necesidad económica que traiga como causa el divorcio, la cual si era inexistente en el momento del mismo también lo será al fallecimiento del causante. Así, la línea jurisprudencial es la búsqueda, en la medida de lo posible, de una independencia económica de los cónyuges una vez finalizada la relación marital.

Por otro lado, doña Catalina, cónyuge supérstite de don Manuel en el momento de su fallecimiento será la única candidata a la pensión de viudedad. No se le exige a ésta la necesidad de acreditar ningún otro requisito más que la acreditación de su condición de viuda. Además, para el cálculo de la cuantía de la prestación no se tiene en cuenta el tiempo de convivencia marital, que es mucho más reducido que el de doña Ana sino que recibirá la prestación de forma íntegra. Se pone aquí de manifiesto el tratamiento privilegiado que la LGSS trata de darle a quien era cónyuge en el momento del fallecimiento en reconocimiento de su condición.

En la segunda pregunta el debate se centra en determinar si los accidentes expuestos en el caso tienen o no la consideración de laborales. La consecuencia principal de su consideración como laboral es la especial protección dada por la legislación laboral a este tipo de accidentes. En el caso, los accidente que se nos presentan nos llevan al supuesto del accidente *in itinere*, que es el que se produce al ir o volver del trabajo.

La delimitación legislativa de este concepto tiene un carácter excesivamente abstracto lo que supone la elevada inclusión como laborales de accidentes que realmente no tienen esta naturaleza. Para poder resolver si un accidente es de este tipo es necesario atender a cuatro elementos básicos de construcción jurisprudencial que demuestren la causalidad entre el trabajo y el accidente: el teleológico, el cronológico, el geográfico y la idoneidad del medio.

Los anteriores elementos han sido interpretados de manera flexible por la doctrina resultando un compendio entre la interpretación literal y la necesidad de adecuación a la realidad (3.1 CE). Al aplicar esta doctrina jurisprudencial vemos que Catalina no rompe el nexo causal de su accidente por el mero hecho de pararse en una relojería. Porque la

interpretación del elemento cronológico a de atender a “patrones razonables de comportamiento” dentro de “criterios de normalidad”. Los mismos, junto con la corta duración de su parada y la cercanía con su puesto de trabajo demuestran que no aumenta el riesgo de causar un daño. Ello nos hace descartar que el accidente sea una contingencia común para incluirlo en la esfera de protección del accidente laboral.

Por otro lado, don Manuel a pesar de cumplir los cuatro elementos de accidente *in itinere* puede haber cometido una imprudencia que excluya al accidente de su laboralidad. Pero para ello es necesario que concorra el elemento de intencionalidad de causar el daño característico de la imprudencia temeraria y, tras el análisis de su comportamiento en el caso, éste no concurre. Me decanto por la línea de que su actuación responde a una falta de la precaución esperada debido a un exceso de confianza por tratarse de un trayecto que realizaba a diario. De tal manera, que considero que el supuesto se adecúa también al de laboral *in itinere*.

Con relación a la tercera pregunta relativa a la posibilidad de solicitar una prolongación de la excedencia laboral subyacen dos ideas:

La primera de ellas es la posibilidad de regular ciertas materias laborales en virtud de un Convenio Colectivo pactado por los trabajadores y los empresarios estando siendo éste una fuente del Derecho laboral (art. 3 ET).

La segunda de ellas es que el concepto de “prórroga” es una construcción jurisprudencial que no se recoge como tal en la ley. En la misma solicitar una prórroga equivale a llevar a cabo una nueva solicitud. Por tanto aún en el supuesto de solicitar Ana la prolongación de la excedencia por el tiempo que le resta por disfrutar (tres años de excedencia establecidos por Convenio) podría ver esta desestimada su pretensión. Esto es así porque el empresario, al no existir en la ley un concepto que defina la prórroga como tal, puede ampararse en el requisito que transcurran cuatro años para que el empleado pueda solicitar una nueva excedencia (art. 46.2 ET)

Ya en la cuarta pregunta se nos plantea el supuesto de una posible vulneración del derecho a la intimidad en el ámbito laboral debido a la monitorización del ordenador de Ana bajo la sospecha de su uso para fines personales. En el caso se contraponen dos derechos reconocidos legalmente: el poder de control del empresario (art. 20.3 ET) y la intimidad del trabajador. La resolución de este conflicto de derechos, en virtud de la jurisprudencia, ha de pasar por el análisis de la concurrencia de dos elementos: el reconocimiento al trabajador de una expectativa de confidencialidad en el uso de los dispositivos de la empresa y la neutralización de esta expectativa con el establecimiento de una prohibición expresa y previa. Todo ello nos lleva a determinar que Ana no ha sido víctima de una vulneración de su derecho a la intimidad, en el sentido de que se le hizo llegar una carta en la que se prohibía terminantemente el uso de los dispositivos de la empresa para cuestiones personales.

Por último, en relación a la cuestión relativa al despido disciplinario, debemos hacer hincapié en el hecho de que su calificación como tal se basa en tres ideas básicas: la desobediencia, en relación a una orden expresa y manifiesta; la gravedad de los hechos y la culpabilidad, que se derivan del hecho de que doña Ana conocía la prohibición y, aún así, pero continuaba infringiéndola. Todo ello denotaba, una inobservancia del poder de control empresarial así como indisciplina, transgresión de la buena fe y posible reducción del rendimiento potencial en rendimiento esperado. Siendo todas estas causas tasadas en el artículo 54 ET que establece el despido disciplinario.

Tras detenernos en todas las cuestiones que se nos han ido planteando en el caso podemos ver que el legislador ha ido superando las numerosas dificultades de aplicación de la ley consecuencia de las nuevas realidades. Entre ellas, las más relevantes son las nuevas formas de familia, los nuevos conceptos de domicilio derivados de la actividad laboral y las nuevas tecnologías que inciden en la relación contractual.

V. BIBLIOGRAFÍA

ALLUEVA AZNAR, L. y GINÈS I FABRELLAS, A., *La dependencia económica como requisito de acceso a la pensión de viudedad en supuestos de separación o divorcio*. *Indret, Revista para el análisis del derecho*, Vol 1; Universidad Pompeu i Fabra (Barcelona), 2015. Pp. 9-13

ARIAS DOMÍNGUEZ, Á. y RUBIO SÁNCHEZ, F. *El derecho de los trabajadores a la intimidad*; Pamplona (Navarra), Editorial Aranzadi, 2006. Pp. 139-144

BENET ESCOLANO, J. *La figura jurídica de la excedencia voluntaria*. Tesis doctoral; Universidad de Valencia, 2012. Pág.25

BORRAJO DACRUZ, E. *Introducción al derecho del trabajo*; Biblioteca Universitaria de Editorial Tecnos, 2011. Pp 345-346

BONACHO MIRALLES, J. *La pensión de viudedad en España. Análisis crítico de la regulación actual*. *Revista Anales de Derecho*, Nº 1; Universidad de Murcia, 2017. Pp. 16-18

CAVAS MARTÍNEZ, F. y FERNÁNDEZ ORRICO, F. J. *La cobertura de Las Contingencias profesionales en el sistema español de Seguridad social*. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*; Editorial Thomson Aranzadi, 2006. Pp. 258-259

DESDENTADO DAROCA, E. *La pensión de viudedad ante los nuevos retos del Derecho de Familia: Un estudio crítico para una prestación en crisis*; Editorial Bomarzo, Albacete, 2009. Pp. 82-84

FERNÁNDEZ MARTÍNEZ, J.M. *Diccionario jurídico*, 5ª Ed.; Editorial Aranzadi, Pamplona (Navarra), 2009. Pp. 353-459

GRIS GONZÁLEZ J.C. *El accidente "in itinere" y el Tribunal Supremo*. *Nueva revista española de derecho del trabajo*, Nº165; 2014. Pp. 179-194

HERRÁN ORTIZ, A.I. *El derecho a la intimidad en la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales*; Editorial Dykinson, Madrid, 2002. Pp. 19-20

KAHALE CARRILLO, D.T. *Algunas consideraciones sobre el accidente de trabajo "in itinere"*. Tesis doctoral; Universidad de Salamanca, 2007. Pp. 143-157

La pensión de viudedad: preguntas y respuestas. *Revista.seg-social.es*. [Consulta: 17 de mayo de 2019] Disponible en: <https://revista.seg-social.es/2019/02/01/la-pension-de-viudedad-preguntas-y-respuestas/>

LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C. *El nuevo artículo 174.2 de la Ley General de la Seguridad Social y su incidencia en la pensión compensatoria en los supuestos de*

separación y divorcio. Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. Nº 27; 2010. Pp. 16-41

Ministerio de Empleo y Seguridad Social. *Determinación del Convenio Colectivo aplicable atendiendo a su ámbito funcional. Perspectiva de la CCNCC* [Consulta: 20 de mayo de 2019] Disponible en http://www.mitramiss.gob.es/es/sec_trabajo/ccncc/J_MNC/Notas_explicativas_MNC.pdf. Pp. 1-4

ORTEGA LOZANO, P. G. *El despido disciplinario*. Tesis doctoral; Universidad de Granada, 2018. Pp. 82-475

PANIZO ROBLES, J.A. *La reforma de la Seguridad Social (Comentarios a la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social). Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos.* Nº 298; 2008, Pág. 70

SAMPEDRO CORRAL, M. *Modificaciones introducidas por la Ley 40/2007 de 4 de diciembre, en la prestación de muerte y supervivencia. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración.* Nº 74; 2008, Pp. 1-10

SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C. *La imprudencia del trabajador en el accidente de trabajo: claves jurisprudenciales. Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración,* Nº 84; 2009. Pp. 57-75

SEMPERE NAVARRO, A.V. y MARTÍN JIMÉNEZ, R. *160 Cuestiones sobre Temas Laborales. Cuadernos de Aranzadi Social;* Editorial Aranzadi, Pamplona (Navarra), 2012. Pp. 79-82

UREÑA MARTÍNEZ, M. *Crisis matrimoniales y pensión de viudedad (Especial consideración al presupuesto de la pensión compensatoria);* Editorial Aranzadi, Pamplona (Navarra), 2011. Pp. 29-31

VI. APÉNDICE JURISPRUDENCIAL

España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 88/1985 de 19 de julio de 1985 (ECLI:ES:TC:1985:88)

España. Tribunal Superior de Justicia. Sentencia núm. 15928/2001 de 17 de diciembre de 2001 (ECLI: ES:TSJCAT:2001:15928)

España. Tribunal Superior de Justicia de Galicia. Sentencia núm. 6098/2002 de 24 de octubre de 2002 (ECLI: ES:TSJGAL:2002:6098)

España. Tribunal Supremo. Sentencia núm. 150/2005 de 19 de enero de 2005 (ECLI: ES:TS:2005:150)

España. Tribunal Supremo. Sentencia núm. 5389/2005 de 20 septiembre 2005 (ECLI: ES:TS:2005:5389)

España. Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia núm.6549/2007 de 18 de septiembre de 2007 (ECLI: ES:TS:2007:6549)

España. Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia núm. 2724/2007 de 29 de marzo de 2007 (ECLI: ES:TS:2007:2724)

España. Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia núm. 1852/2008 de 22 de enero de 2008 ECLI:ES:TS:2008:1852)

España. Tribunal Superior de Justicia. Sentencia núm. 2689/2009 de 30 de diciembre de 2009 (ECLI: ES:TSJEXT:2009:2689)

España. Tribunal Supremo. Sentencia núm. 4601/2010 de 23 de julio de 2010 (ECLI: ES:TS:2010:4601)

España. Tribunal Supremo. Sala de lo Social. Sentencia núm. 2257/2011 de 14 de febrero de 2011 (ECLI: ES:TS:2011:2257)

España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 29/2013 de 11 de febrero de 2013 (ECLI: ES:TC:2013:29)

España. Tribunal Supremo. Sentencia núm. 6487/2013 de 26 de diciembre de 2013 (ECLI: ES:TS:2013:6487)

España. Tribunal Superior de Justicia. Sentencia núm. 6420/2014 de 12 de junio de 2014 (ECLI: ES:TSJCAT:2014:6420)

España. Tribunal Constitucional. Sentencia núm. 39/2016 de 3 de marzo de 2016 (ECLI:ES:TC:2016:39)

España. Tribunal Supremo. Sentencia núm. 4817/2016 de 6 de octubre de 2016 (ECLI: ES:TS:2016:4817)

España. Tribunal Superior de Justicia. Sentencia núm. 756/2017 de 28 de septiembre de 2017 (ECLI: ES:TSJBAL:2017:756)

España. Tribunal Supremo. Sentencia núm. 4248/2017 de 15 de noviembre de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:4248)

España. Tribunal Supremo. Sentencia núm. 4801/2017 de 19 de diciembre de 2017 (ECLI: ES:TS:2017:480)

España. Tribunal Supremo. Sentencia núm. 594/2018 de 8 de febrero de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:594)

España. Tribunal Supremo. Sentencia núm. 1588/2018 de 17 de abril de 2018 (ECLI: ES:TS:2018:1588)

España. Tribunal Superior de Justicia. Sentencia núm.1355/2019 de 28 marzo de 2019 (ECLI: ES:TSJAND:2019:1355)

VII. APÉNDICE LEGISLATIVO

Constitución Española de 29 de diciembre de 1978 («BOE» núm. 311, de 29/12/1978)

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)

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 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 29/06/1994) [Disposición derogada]

Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. («BOE» núm. 75, de 29/03/1995) [Disposición derogada]

Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal («BOE» núm. 298, de 14/12/1999)

Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. («BOE» núm. 291, de 5/12/2007)

Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010. («BOE» núm. 309, de 24/12/2009)

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 6/12/2018)