



EDITORIAL

Trobareu en aquest butlletí l'habitual ressenya legislativa, així com dos comentaris jurisprudencials. El primer, a càrrec de Carolina Gala, tracta sobre el còmput de l'excedència voluntària per cura de familiars com a temps de servei actiu a efectes de la carrera professional, mentre que el segon, de Jorge Pérez, és relatiu a un acomiadament d'una empleada després que l'empresa monitoritzés el seu ordinador.

LEGISLACIÓ

REAL DECRETO-LEY 8/2021, DE 4 DE MAYO, POR EL QUE SE ADOPTAN MEDIDAS URGENTES EN EL ORDEN SANITARIO, SOCIAL Y JURISDICCIONAL, A APLICAR TRAS LA FINALIZACIÓN DE LA VIGENCIA DEL ESTADO DE ALARMA DECLARADO POR EL REAL DECRETO 926/2020, DE 25 DE OCTUBRE, POR EL QUE SE DECLARA EL ESTADO DE ALARMA PARA CONTENER LA PROPAGACIÓN DE INFECCIONES CAUSADAS POR EL SARS-COV-2 ([accés al text](#))

L'art. 14 regula la compatibilitat de la pensió de jubilació dels professionals sanitaris amb el desenvolupament de la seva activitat efectuada a l'empara de l'Orden SND/232/2020, de 15 de marzo, por la que se adoptan medidas en materia de recursos humanos y medios para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19, i del Real Decreto 926/2020, de 25 de octubre, por el que se declara el estado de alarma para contener la propagación de infecciones causadas por el SARS-CoV-2. Així mateix l'art. 15 regula la compatibilitat de la pensió de jubilació de les i els professionals que exerceixen la medicina i la infermeria amb el desenvolupament de la seva activitat duta a terme per a la gestió de la situació de crisi sanitària ocasionada per la COVID-19.

RESOLUCIÓ SLT/1392/2021, DE 7 DE MAIG, PER LA QUAL ES PRORROGUEN I ES MODIFIQUEN LES MESURES EN MATÈRIA DE SALUT PÚBLICA PER A LA CONTENCIÓ DEL BROT EPIDÈMIC DE LA PANDÈMIA DE COVID-19 AL TERRITORI DE CATALUNYA ([accés al text](#))

S'hi regulen diverses mesures a aplicar un cop finalitzat l'estat d'alarma. Us en destaquem l'apartat 4, sobre aquelles relacionades amb la prevenció i higiene en centres de treball.

SENTÈNCIES

L'EXCEDÈNCIA VOLUNTÀRIA PER CURA DE FAMILIARS COMPUTA COM A TEMPS DE SERVEI ACTIU EN LA CARRERA PROFESSIONAL

STS de 17 de desembre de 2020, recurs 1365/2019 ([accés al text](#))

Comentada per Carolina Gala

Es planteja si ha de considerar-se com a temps de servei actiu aquell en què una persona -normalment una dona- es troba en situació d'excedència voluntària per cura de fills o de familiars i, en conseqüència, cal computar-lo dins dels mèrits generals en

la provisió de llocs de treball a l'Administració. En concret, es discuteix si el temps d'excedència pot computar-se com a període de servei actiu i si aquest període es compta també com de permanència en el mateix lloc de treball (0,75 punts per permanència i 0,03 punts per cada mes de servei) en el marc d'una provisió de llocs de treball de personal funcionari de l'Administració Local amb habilitació de caràcter nacional.

La resposta del TS és afirmativa i es fonamenta en diversos arguments, que, alhora, tenen un caràcter innovador des de la perspectiva de la interpretació de les normes amb perspectiva de gènere:

a) Cal tenir en compte que l'art. 57 de la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* -que duu per títol "Conciliació i provisió de llocs"-, disposa que en les bases dels concursos per a la provisió de llocs de treball s'ha de computar, a l'efecte de la valoració del treball desenvolupat i dels corresponents mèrits, el temps que les persones candidates hagin estat, entre d'altres, en la situació d'excedència per motius de conciliació. Al que cal afegir allò que disposen els arts. 3 (no pot haver-hi discriminacions derivades de l'assumpció de responsabilitats familiars) i 51 (les administracions han de remoure els obstacles que impliquin la pervivència de qualsevol mena de discriminació).

D'altra banda, l'art. 89.4 EBEP, en una clara analogia amb el servei actiu, estableix que els funcionaris en situació d'excedència poden participar en els cursos de formació que convoqui l'Administració.

Així mateix, l'art. 130.4 de la *Llei 10/2010, de 9 de juliol, d'ordenació i gestió de la Funció Pública Valenciana*, en regular l'excedència voluntària per cura de familiars, preveu que el temps de permanència en aquesta situació serà computable a l'efecte d'antiguitat, promoció professional i drets en el règim de la Seguretat Social que sigui aplicable.

En definitiva, en les tres normes s'equipara l'excedència voluntària per cura de familiars amb la situació de servei actiu.

b) La regulació esmentada és posterior a l'*Orden de 10 de agosto de 1994 por la que se dictan normas sobre concursos de provisión de puestos reservados a funcionarios de Administración Local con habilitación de carácter nacional* (que no recollia l'objectiu de l'eliminació de les desigualtats entre dones i homes) i, a més, és de rang superior, fins i tot una d'elles una Llei Orgànica.

c) Tot això implica que la citada *Orden de 10 de agosto de 1994* ha d'interpretar-se en el context legislatiu vigent, que respon a la realitat social del temps en què ha d'aplicar-se (art. 3.1 del *Código Civil*). Per tant, la carrera professional de les persones que hagin optat per fer ús d'un dels permisos de protecció de la maternitat, la paternitat i la conciliació de la vida personal, familiar i laboral a què es refereix l'art. 56 de la *Ley Orgánica 3/2007*, que inclou la situació d'excedència, no pot veure's afectada negativament per l'exercici d'aquest dret.

d) Cal afegir-hi que les previsions de l'art. 57 de la *Ley Orgánica 3/2007* tenen un efecte directe, sense mediació de les corresponents bases de la convocatòria imposant una valoració de la situació administrativa d'excedència voluntària per cura de familiars idèntica a aquella que s'atorga a la situació de servei actiu. Per tant, aquest art. 57 s'aplica directament, amb independència que les bases de la convocatòria hagin previst o no aquesta equiparació entre excedència (o qualsevol altra mesura de conciliació de la vida personal, familiar i laboral) i servei actiu.

És important destacar que la lògica de fons d'aquesta sentència -consideració com a servei actiu a temps complet- de qualsevol mesura de conciliació de la vida personal, familiar i laboral prevista legalment, resulta aplicable en tot el desenvolupament de la carrera professional i en totes les administracions públiques, i això amb independència que es tracti d'un empleat o una empleada (la solució, doncs, no es limita al cas de l'Ordre esmentada anteriorment). I també és rellevant assenyalar que el TS opta per atribuir un efecte directe a l'art. 57 de la *Ley Orgánica 3/2007* (malgrat el que puguin establir les bases de la convocatòria), la qual cosa dota d'una gran efectivitat a la mesura allí prevista; efecte directe que podria traslladar-se també a d'altres articles de la citada Llei orgànica que afecten les administracions públiques.

Al meu entendre, amb aquesta sentència s'ha fet un pas més en la idea que el recurs a una mesura de conciliació de la vida personal, familiar i laboral (que n'hi ha bastants, com sabem), per part d'un empleat o empleada públics, no pot suposar un perjudici en el desenvolupament de la seva carrera professional.

QUALIFICACIÓ DE L'ACOMIADAMENT I INDEMNITZACIÓ PROCEDENT EN OBTENIR-SE LA PROVA MONITORITZANT L'ORDINADOR DE L'EMPLEADA

STC 61/2021, de 15 de març ([accés al text](#))

Comentada per Jorge Pérez

La irrupció de les noves tecnologies de la informació i la comunicació en el desenvolupament de la majoria dels treballs i la progressiva implantació del teletreball en els darrers temps han afavorit, sens dubte, noves formes d'ocupació i millores organitzatives i de conciliació de la vida personal i familiar amb la vida laboral; però alhora han posat de manifest noves amenaces del dret a la intimitat i nous i sofisticats mecanismes per atemptar contra el secret de les comunicacions de les persones treballadores.

La qüestió, però, no és nova, ja que tant la jurisprudència constitucional com l'ordinària han tingut nombroses ocasions de pronunciar-se sobre els límits del poder de direcció i organització de l'empresari en relació amb la tutela dels drets fonamentals de les persones treballadores en l'acompliment de les seves prestacions de serveis, de manera singular pel que fa a la protecció de la dignitat, de l'honor i de la intimitat i a la garantia del secret de les comunicacions que consagren els arts. 10 i 18 de la *Constitución*.

En aquesta sentència el TC resol un supòsit d'acomiadament disciplinari, el principal fonament del qual és la prova obtinguda per l'empresa mitjançant la monitorització de l'equip informàtic amb el qual la treballadora desenvolupava la seva prestació de serveis. En aquest sentit, l'art. 90.2 de la *Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social* (LJS), estableix que no s'admeten proves que tinguin el seu origen o que s'haguessin obtingut, directament o indirecta, mitjançant procediments que suposin la violació de drets fonamentals o llibertats públiques. Per tant, caldria determinar en primer lloc si l'enregistrament de la pantalla de l'ordinador de la treballadora, obtinguda per l'empresa mitjançant la monitorització d'aquest equip informàtic i que es va traduir en l'accés a missatges de correu electrònic personals, ha suposat una intromissió injustificada i desproporcionada que ha pogut lesionar els drets fonamentals a l'honor i a la intimitat i el secret de les comunicacions, tal com va concloure el Tribunal Europeu de Drets Humans en sentència de 5 de setembre de 2017 (cas *Barbulescu contra Romania*).

El Tribunal Europeu va entendre, en el cas que se li va sotmetre, que el límit del poder empresarial d'organització i direcció, en relació amb el monitoratge dels equips informàtics dels treballadors, està en el compliment de la legislació aplicable i respectant els principis de proporcionalitat, racionalitat i idoneïtat, i sempre en defensa dels interessos legítims. No estaria dins d'aquests límits l'actuació d'una empresa que, amb la finalitat genèrica de determinar en què fa servir la seva jornada de treball un empleat, intervén el seu ordinador de manera innecessària i desproporcionada, accedint fins i tot a correus personals sobre els quals l'afectat té una legítima expectativa d'intimitat. La pretensió de coneixement de l'empresa podia haver-se obtingut clarament per altres vies, menys invasives i més respectuoses amb els drets fonamentals, podent fins i tot instaurar sistemes de rendició de comptes per part dels treballadors de les tasques dutes a terme durant la jornada de treball en un determinat període de temps.

D'acord amb aquest plantejament i considerant el contingut de l'art. 55.5 ET, un acomiadament disciplinari no pot estar basat en proves obtingudes així i, per tant, amb una desmesurada i innecessària invasió d'àmbits d'intimitat de la treballadora i una flagrant vulneració del secret de les seves comunicacions. La qüestió, com veurem, és dilucidar la qualificació que mereix la decisió empresarial, precisament en haver-se constatat la transgressió d'aquests drets fonamentals.

En el present cas, declarada la nul·litat de la prova obtinguda amb aquells mètodes, s'entra a valorar la resposta que van donar el TSJ de Madrid i el TS en relació amb les conseqüències jurídiques que hagi de tenir la nul·litat de la prova obtinguda amb vulneració de drets fonamentals en la qualificació de l'acomiadament. Després de realitzar una exhaustiva anàlisi dels precedents judicials i de la pròpia doctrina constitucional, l'Alt Tribunal pren com a referència que l'empresa va monitoritzar l'ordinador de la treballadora per controlar el seu rendiment laboral, sense informar-la prèviament que ho feia i accedint fins i tot al contingut de missatges de correu electrònic privats, el que constitueix, sens dubte, una vulneració dels seus drets fonamentals a la intimitat i al secret de les comunicacions, tal com va quedar acreditat davant els òrgans judicials.

Basant-se en les proves obtingudes mitjançant aquest procediment transgressor de drets fonamentals, l'empresa va procedir a l'acomiadament de la treballadora, la qual cosa va provocar la necessària interpretació de l'abast de la nul·litat prevista en l'art. 55.5 ET. Es tracta de determinar si el fet que una prova s'hagi obtingut amb vulneració de drets fonamentals s'ha de projectar sense més sobre la qualificació de l'acomiadament, que s'ha d'entendre nul en aquests casos, o si, per contra, la il·licitud de la prova únicament produeix com a efecte la seva expulsió com a material probatori en aplicació del que disposa l'art. 90.2 LJS. Cal determinar, per tant, si la nul·litat de la prova porta inexcusablement a la consideració de la nul·litat de l'acomiadament o si, eliminada aquella per transgredir il·legítimament drets constitucionalment reconeguts, l'acomiadament ha de ser declarat improcedent o procedent en funció que hi hagi o no altres proves. Doncs bé, aquest últim plantejament, que era el defensat per l'empresa, va ser l'acollit pel jutge en el procediment ordinari, sentenciant el TSJ de Madrid que l'acomiadament mereixia la qualificació d'improcedència, tal com ja havien fet en situacions anàlogues altres TSJ de diferents comunitats autònomes, citats en la mateixa sentència. El TC nega, igualment, que la pretensió contrària tingui suport en la jurisprudència del mateix Tribunal.

En definitiva, conclou en primer terme -amb un vot particular en contra- que no hi ha un dret constitucional a la qualificació de l'acomiadament com a nul, de manera que la pretensió de la treballadora en aquest cas no pot tenir suport en una vulneració dels drets reconeguts en l'art. 18, apartats 1 i 3, de la *Constitución*. D'altra banda, tampoc s'aprecia vulneració del dret a la tutela judicial efectiva consagrat a l'art. 24.1 de la mateixa Carta Magna, ja que no estem davant d'una aplicació de la legalitat ordinària que sigui arbitrària o manifestament mancada de raonament, ja que, admetent que hi ha altres interpretacions possibles i diferents de l'adoptada per la jurisdicció ordinària en aquest cas, no és objecte del recurs d'empara ni correspon al TC, que no és una tercera instància, decidir quina d'aquestes interpretacions és la correcta, ja que en aquest cas s'estaria efectuant un control de mera legalitat.

La conclusió és, per tant, que l'argumentació de la sentència impugnada, tot desvinculant la qualificació de l'acomiadament de la nul·litat de la prova obtinguda amb vulneració de drets fonamentals, no pot ser titllada d'arbitrària o mancada de raonament. Tanmateix, atès que s'ha constatat la vulneració dels drets de la treballadora a la intimitat i al secret de les comunicacions en haver-se dut a terme un monitoratge del seu ordinador, la manca de reconeixement de la indemnització reconeguda per aquesta causa, davant la qualificació de l'acomiadament com improcedent, sí que suposa una vulneració del dret a la tutela judicial efectiva, perquè l'argument utilitzat pel TSJ ha de ser qualificat d'incongruent, il·lògic i contradictori, ja que la mateixa sentència reconeix que es van vulnerar els drets fonamentals de la treballadora en monitoritzar el seu ordinador. L'art. 183 LJS no fa dependre el reconeixement de la indemnització de la qualificació de l'acomiadament, de manera que el TC declara nul·la la sentència del TSJ perquè es pronunciï sobre aquest aspecte concret, és a dir, sobre la indemnització que procedeix per la vulneració de drets fonamentals, i això amb independència de la qualificació que mereixi l'acomiadament.