



EDITORIAL

Hallaréis en este boletín nuestra habitual reseña legislativa, así como dos comentarios jurisprudenciales. El primero, a cargo de Carolina Gala, trata sobre el cómputo de la excedencia voluntaria por cuidado de familiares como tiempo de servicio activo a efectos de la carrera profesional, mientras que el segundo, de Jorge Pérez, se refiere al despido de una empleada tras la monitorización de su ordenador por parte de la empresa.

LEGISLACIÓN

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 ([acceso al texto](#))

El art. 14 regula la compatibilidad de la pensión de jubilación de los profesionales sanitarios con el desarrollo de su actividad realizada al amparo de la *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*, y 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*. Asimismo, el art. 15 regula la compatibilidad de la pensión de jubilación de las y los profesionales que ejercen la medicina y la enfermería con el desarrollo de su actividad realizada para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

SENTENCIAS

LA EXCEDENCIA VOLUNTARIA POR CUIDADO DE FAMILIARES COMPUTA COMO TIEMPO DE SERVICIO ACTIVO EN LA CARRERA PROFESIONAL

STS de 17 de diciembre de 2020, recurso 1365/2019 ([acceso al texto](#))

Comentada por Carolina Gala

Se plantea si debe considerarse como tiempo de servicio activo aquel en que una persona -normalmente una mujer- se encuentra en situación de excedencia voluntaria por cuidado de hijos o de familiares y, en consecuencia, debe computarse dentro de los méritos generales en la provisión de puestos de trabajo en la Administración. En concreto, se discute si el tiempo de excedencia puede computarse como período de servicio activo y si ese periodo se cuenta también como de permanencia en el mismo puesto de trabajo (0,75 puntos por permanencia y 0,03 puntos por cada mes de servicio) en el marco de una provisión de puestos de trabajo de personal funcionario de la Administración Local con habilitación de carácter nacional.

La respuesta del TS es afirmativa, y se fundamenta en varios argumentos que, al mismo tiempo, tienen un carácter innovador desde la perspectiva de la interpretación de las normas con perspectiva de género:

a) Hay que tener en cuenta que el art. 57 de la *Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres* -cuyo título es "Conciliación y provisión de puestos"-, dispone que en las bases de los concursos para la provisión de puestos de trabajo se computará, a efectos de la valoración del trabajo desarrollado y de los correspondientes méritos, el tiempo que las personas candidatas hayan estado, entre otros, en la situación de excedencia por motivos de conciliación. A lo que hay que añadir lo dispuesto en los arts. 3 (no puede haber discriminaciones derivadas de la asunción de responsabilidades familiares) y 51 (las administraciones deben remover los obstáculos que impliquen la pervivencia de cualquier tipo de discriminación).

Por otra parte, el art. 89.4 EBEP, en una clara analogía con el servicio activo, establece que los funcionarios en situación de excedencia pueden participar en los cursos de formación que convoque la Administración.

Asimismo, el art. 130.4 de la *Ley 10/2010, de 9 de julio, de ordenación y gestión de la Función Pública Valenciana*, al regular la excedencia voluntaria por cuidado de familiares, prevé que el tiempo de permanencia en tal situación será computable a efectos de antigüedad, promoción profesional y derechos en el régimen de la Seguridad Social que sea aplicable.

En definitiva, en las tres normas se equipara la excedencia voluntaria por cuidado de familiares con la situación de servicio activo.

b) Esa regulación es posterior a la *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 recogía el objetivo de la eliminación de las desigualdades entre mujeres y hombres), y, además, de rango superior, incluso una de ellas es una Ley Orgánica.

c) Todo ello implica que la citada *Orden de 10 de agosto de 1994* debe interpretarse en el contexto legislativo vigente, que responde a la realidad social del tiempo en que debe aplicarse (art. 3.1 del *Código Civil*). Por lo tanto, la carrera profesional de las personas que hayan optado por hacer uso de uno de los permisos de protección de la maternidad, la paternidad y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral a que se refiere el art. 56 de la *Ley Orgánica 3/2007*, que incluye la situación de excedencia, no puede verse afectada negativamente por el ejercicio de ese derecho.

d) Cabe añadir que las previsiones del art. 57 de la *Ley Orgánica 3/2007* tienen un efecto directo, sin mediación de las correspondientes bases de la convocatoria imponiendo una valoración de la situación administrativa de excedencia voluntaria por cuidado de familiares idéntica a aquella que se otorga a la situación de servicio activo. Por lo tanto, ese art. 57 se aplica directamente, con independencia de que las bases de la convocatoria hayan previsto o no esta equiparación entre excedencia (o cualquier otra medida de conciliación de la vida personal, familiar y laboral) y servicio activo.

Es importante destacar que la lógica de fondo de esta sentencia -consideración como servicio activo a tiempo completo- de cualquier medida de conciliación de la vida personal, familiar y laboral prevista legalmente, resulta aplicable en todo el desarrollo de la carrera profesional y en todas las administraciones públicas, y ello con independencia de que se trate de un empleado o una empleada (la solución, pues, no se limita al caso de la Orden citada anteriormente). Y también es relevante señalar que el TS opta por atribuir un efecto directo al art. 57 de la *Ley Orgánica 3/2007* (a salvo de lo que puedan establecer las bases de la convocatoria), lo que dota de una gran efectividad a la medida allí prevista; efecto directo que podría trasladarse también a otros artículos de la citada Ley Orgánica que afectan a las administraciones públicas.

En mi opinión, con esta sentencia se ha dado un paso más en la idea de que el recurso a una medida de conciliación de la vida personal, familiar y laboral (que hay bastantes, como sabemos), por parte de un empleado o empleada público no puede suponer un perjuicio en el desarrollo de su carrera profesional.

CALIFICACIÓN DEL DESPIDO E INDEMNIZACIÓN PROCEDENTE AL OBTENERSE LA PRUEBA MONITORIZANDO EL ORDENADOR DE LA EMPLEADA

STC 61/2021, de 15 de marzo ([acceso al texto](#))

Comentada por Jorge Pérez

La irrupción de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación en el desarrollo de la mayoría de los trabajos y la progresiva implantación del teletrabajo en los últimos tiempos han favorecido, sin duda, nuevas formas de empleo y mejoras organizativas y de conciliación de la vida personal y familiar con la vida laboral; pero también han puesto de manifiesto nuevas amenazas del derecho a la intimidad y nuevos y sofisticados mecanismos para atentar contra el secreto de las comunicaciones de las personas trabajadoras.

La cuestión, no obstante, no es nueva, ya que tanto la jurisprudencia constitucional como la ordinaria han tenido numerosas ocasiones de pronunciarse sobre los límites del poder de dirección y organización del empresario en relación con la tutela de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras en el desarrollo de su prestación de servicios, y muy señaladamente con la protección de la dignidad, del honor y de la intimidad y la garantía del secreto de las comunicaciones que consagran los arts. 10 y 18 de la Constitución Española.

En esta sentencia el TC resuelve un supuesto de despido disciplinario, cuyo principal fundamento es la prueba obtenida por la empresa mediante la monitorización del equipo informático con el que la trabajadora desarrollaba su prestación de servicios. En este sentido, el art. 90.2 de la *Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social* (LJS), establece que no se admitirán pruebas que tuvieran su origen o que se hubieran obtenido, directa o indirectamente, mediante procedimientos que supongan violación de derechos fundamentales o libertades públicas. Por lo tanto, habrá que determinar en primer lugar si la grabación de la pantalla del ordenador de la trabajadora, obtenida por la empresa mediante la monitorización de ese equipo informático y que se tradujo en el acceso a mensajes de correo electrónico personales, ha supuesto una intromisión injustificada y desproporcionada que ha podido lesionar los derechos fundamentales al honor y a la intimidad y el secreto de las comunicaciones, tal como concluyó el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en sentencia de 5 de septiembre de 2017 (caso *Barbulescu contra Rumanía*).

El Tribunal Europeo entendió, en el caso enjuiciado, que el límite del poder empresarial de organización y dirección, en relación con la monitorización de los equipos informáticos de los trabajadores, está en el cumplimiento de la legislación aplicable y respetando los principios de proporcionalidad, racionalidad e idoneidad, y siempre en defensa de intereses legítimos. No estaría dentro de estos límites la actuación de una empresa que, con la finalidad genérica de determinar en qué emplea su jornada laboral un trabajador, interviene su ordenador de manera innecesaria y desproporcionada, accediendo incluso a correos personales sobre los que el afectado tiene una legítima expectativa de intimidad. Claramente, la pretensión de conocimiento de la empresa podía haberse obtenido por otras vías, menos invasivas y más compasivas con el respeto a los derechos fundamentales, pudiendo incluso instaurar sistemas de rendición de cuentas por parte de los trabajadores de las tareas llevadas a cabo en la jornada de trabajo en un determinado periodo de tiempo.

De acuerdo con ese planteamiento y considerando el contenido del art. 55.5 ET, un despido disciplinario no puede estar basado en pruebas así obtenidas y, por lo tanto, con una desmedida e innecesaria invasión de ámbitos de intimidad de la trabajadora y un flagrante quebranto del secreto de sus comunicaciones. La cuestión, como veremos, radica en dilucidar la calificación que merece tal decisión empresarial, precisamente por la constatada presencia de la vulneración de estos derechos fundamentales.

En el presente caso, sentada la nulidad de la prueba así obtenida, se entra a valorar la respuesta que dieron el TSJ de Madrid y el TS en relación con las consecuencias jurídicas que en la calificación del despido deba tener la certeza de la nulidad de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales. Tras realizar un exhaustivo análisis de los precedentes judiciales y de la propia doctrina constitucional, el Alto Tribunal parte del hecho de que la empresa monitorizó el ordenador de la trabajadora para controlar su rendimiento laboral, sin informarle previamente de que lo hacía y accediendo incluso al contenido

de mensajes de correo electrónico privados, lo que constituye, sin duda alguna, una vulneración de sus derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, tal como quedó acreditado ante los órganos judiciales.

Con base en las pruebas obtenidas mediante este procedimiento transgresor de derechos fundamentales, la empresa procedió al despido de la trabajadora, lo que provocó la necesaria interpretación del alcance de la nulidad prevista en el art. 55.5 ET. Se trata de determinar si el hecho de que una prueba haya sido obtenida con vulneración de derechos fundamentales debe proyectarse sin más sobre la calificación del despido, que se entenderá nulo en estos casos, o si, por el contrario, la ilicitud de la prueba únicamente produce como efecto su expulsión del acervo probatorio por aplicación de lo dispuesto en el art. 90.2 LJS. Debe, por tanto, determinarse si la nulidad de la prueba conduce necesariamente a la consideración de la nulidad del despido o si, eliminada aquella por transgredir ilegítimamente derechos constitucionalmente reconocidos, el despido debe ser declarado improcedente o procedente en función de que existan o no otras pruebas. Pues bien, este último planteamiento, que era el defendido por la empresa, fue el acogido por el juzgador en el procedimiento ordinario, sentenciando el TSJ de Madrid que el despido merecía la calificación de improcedencia, tal como ya habían hecho en situaciones análogas otros TSJ de distintas comunidades autónomas, citados en la propia sentencia. Niega el Tribunal Constitucional, igualmente, que la pretensión contraria tenga sustento en la jurisprudencia del propio Tribunal.

En definitiva, se concluye en primer término -con un voto particular en contra- que no existe un derecho constitucional a la calificación del despido como nulo, por lo que la pretensión de la trabajadora en este caso no puede tener sustento en una vulneración de los derechos reconocidos en el art. 18, apartados 1 y 3, de la Constitución. Por otra parte, tampoco se aprecia vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 de la propia Carta Magna, ya que no estamos ante una aplicación de la legalidad ordinaria que sea arbitraria, manifiestamente irrazonada o irrazonable, puesto que, admitiendo que existen otras interpretaciones posibles y distintas de la adoptada por la jurisdicción ordinaria en este caso, no es objeto del recurso de amparo ni corresponde al TC, que no es una tercera instancia, decidir cuál de esas interpretaciones es la correcta, pues en tal caso se estaría efectuando un control de mera legalidad.

La conclusión es, por tanto, que la argumentación de la sentencia impugnada desvinculando la calificación del despido de la nulidad de la prueba obtenida con vulneración de derechos fundamentales, no puede ser tildada de arbitraria o manifiestamente irrazonable. No obstante, constatada la vulneración de los derechos de la trabajadora a la intimidad y al secreto de las comunicaciones con ocasión de la monitorización de su ordenador, la falta de reconocimiento de la indemnización reconocida por esta causa, ante la calificación del despido como improcedente, sí supone una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, dado que el argumento utilizado por el TSJ debe ser calificado de incongruente, ilógico y contradictorio, pues la propia sentencia reconoce que se vulneraron los derechos fundamentales de la trabajadora al monitorizar su ordenador. El art. 183 LJS no hace depender el reconocimiento de la indemnización de la calificación del despido, por lo que el TC declara nula la sentencia del TSJ para que se pronuncie sobre este concreto aspecto, es decir, sobre la indemnización que procede por la vulneración de derechos fundamentales, y ello con independencia de la calificación que merezca el despido.