

## LA NUEVA REGULACIÓN SOBRE EL TELETRABAJO: ANÁLISIS DEL MARCO NORMATIVO. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DIGITALES DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS Y DE LOS CIUDADANOS EN EL SISTEMA DEL TRABAJO A DISTANCIA <sup>(1)</sup>

Rafael Jiménez Asensio, Consultor Institucional (Estudio Sector Público SLPU)/Catedrático de Universidad (acreditado)

[www.rafaeljimenezasensio.com](http://www.rafaeljimenezasensio.com)

### SUMARIO

#### I.- Preliminar

#### II.- Alguna precisión conceptual: trabajo a distancia y teletrabajo

#### III.- El sistema de fuentes aplicable al trabajo a distancia: el marco regulatorio

##### 1.- El artículo 47 bis TREBEP y su contraste con la regulación establecida en el RDLTT.

##### 2.- Ámbito de aplicación del artículo 47 TREBEP: en particular, el personal laboral.

#### IV.- Los derechos digitales: naturaleza, alcance y regulación legal

#### V.- Análisis de los distintos derechos digitales y su aplicación a las relaciones de empleo público. Particular tratamiento de las posibles afectaciones a la intimidad personal.

#### Epílogo: Breves reflexiones finales sobre teletrabajo y prestación de servicios a la ciudadanía. Esbozo de algunos problemas.

#### I.- Preliminar

La digitalización, como dimensión más palpable en estos momentos de la revolución tecnológica, tiene implicaciones directas sobre la Administración Pública, a pesar de los constantes aplazamientos (ahora hasta el 2 de abril de 2021)<sup>2</sup> que está teniendo la plena aplicabilidad de la Ley 39/2015, de 1 de octubre (LPAC), en lo que se refiere a la puesta en marcha integral de lo que sea ha venido a denominar como la Administración electrónica.

Pero esas implicaciones de la digitalización tienen otros impactos nada menores en ámbitos tales como las relaciones entre Administración Pública y ciudadanía, así como, por lo que a este trabajo importa, en lo que respecta a las relaciones de empleo público, como de inmediato se verá. En todo caso, la digitalización es la puerta de entrada a la revolución tecnológica que, de forma silente, está entrando en la Administración Pública, como manifestaciones ya evidentes (aunque poco o nada transparentes) de una automatización creciente y de una irrupción gradual pero imparable de la Inteligencia Artificial y del Big Data, también aplicable a la gestión de los recursos humanos en las organizaciones públicas, como tiempo habrá de señalar.

La plena aplicación del Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento y del Consejo, de 27 de abril, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos (RGPD), se dictó precisamente como respuesta normativa dúctil o de adaptación continua (mediante el enfoque de riesgos o preventivo) a los acelerados e imprevisibles cambios que la revolución tecnológica estaba imponiendo y como medio de proteger no sólo el derecho a la protección de datos personales, sino también el resto de derechos fundamentales y libertades públicas, pues el efecto irradiación que tienen los datos personales van hoy en día mucho más allá de la protección de tales datos, puesto que afectan directamente a derechos que se encuentran insertos en un derecho base (como es la intimidad personal), configurado como una suerte de *derecho fundamental racimo* sobre el que cuelgan

<sup>1</sup> Ponencia presentada en la sesión del día 29 de septiembre de 2020 en el *Seminari de Relacions Col·lectives* organizado por la *Federació de Municipis de Catalunya*. El contenido del texto se ha adaptado a las previsiones recogidas en el Real Decreto Ley 29/2020, de 29 de septiembre, de medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas y de recursos humanos en el Sistema Nacional de Salud para hacer frente a la crisis sanitaria ocasionada por la COVID-19. También, en su proceso de redacción se publicó con anterioridad el Real Decreto-ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia (RDLTD).

<sup>2</sup> Disposición final novena del Real Decreto Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia, por la que se modifica la disposición final séptima de la Ley 1/2015, de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas (LPAC)

otras muchas dimensiones de tal derecho, como son en estos momentos la prolífica existencia de los denominados (sin excesivo rigor conceptual) *derechos digitales*, cuya singularidad, como bien se expuso, radica en el *medio virtual o en el uso de los datos* más que en el medio físico, aunque sus implicaciones son aún muy inciertas. En efecto, tales derechos digitales, regulados en el título X de la Ley 3/2018, de protección de datos de carácter personal y garantía de los derechos digitales, junto con el derecho a la protección de datos personales como derecho autónomo, tienen una característica común: su enorme capacidad de irradiación que, desplegándose como una suerte de mancha de aceite, tienen sobre el resto de derechos fundamentales y de libertades públicas, pues aunque sea con desigual intensidad, inciden en la práctica totalidad de todos ellos. Por eso el RGPD, en su artículo 1, es una norma que protege, además del derecho a la protección de datos personales, al resto de los derechos fundamentales de las personas. Y ello conviene no perderlo de vista.

La aprobación de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD), supuso una constatación de que lo digital no solo afectaba al derecho más vinculado a los datos personales, como manifestación de la potestad de autocontrol o de autodeterminación que tiene la persona sobre esos datos, sino que su despliegue o afectación puede desplegarse sobre otros muchos derechos, algo que en principio ya estaba recogido por el RGPD, tal como hemos visto<sup>3</sup>.

Sin embargo, la singularidad que ofrecía la LOPDGDD es que, si bien era un enfoque discutible material y procedimental, en el trámite parlamentario de deliberación del proyecto de nueva LOPD se le añadió un nuevo título X al proyecto de ley aprobado por el Gobierno y presentado en las Cortes Generales. Como es sabido, ese título X, ya de la LOPDGDD, tiene por enunciado lo que denomina como *Garantía de los derechos digitales*. De esta cuestión ya llevé a cabo en su día un somero análisis<sup>4</sup>, pero se me solicita que vuelva sobre esa misma cuestión a la luz de la regulación del teletrabajo y de los problemas que esta modalidad de prestación de la actividad profesional en el empleo público puede suscitar en torno a tales derechos.

En verdad, cuando me aproximé a esa realidad normativa ya expuse que los denominados derechos digitales, al menos los que se refieren a las relaciones laborales o de empleo público, eran en su mayor parte emanaciones puntuales de un derecho más fuerte y que engloba a casi todos ellos, como es el derecho a la intimidad personal (18.1 CE), aunque el Tribunal Constitucional ha alojado el derecho a la protección de datos personales en el artículo 18.4 CE en relación con el apartado primero del mismo artículo y construyendo así un derecho propio a partir del poder de control de los propios datos personales<sup>5</sup>, y del también denominado doctrinalmente desde sus primeros pasos como derecho de autodeterminación informativa<sup>6</sup>. Lo que se pretende garantizar mediante ese conjunto entrelazado de derechos es, por tanto, la privacidad o la vida privada (en palabras del artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de la doctrina que el propio Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha dictado al respecto); pero a su vez tales derechos digitales están plenamente vinculados con la protección de datos, puesto que, según se verá, los datos impregnan la sustantividad en el ejercicio de tales derechos en una sociedad digitalizada y en plena revolución tecnológica, más aún cuando entran en juego las relaciones profesionales de servicio, sean estatutarias o laborales, entre Administraciones Públicas y empleados públicos.

En suma, el derecho a la intimidad, tal como decía anteriormente, se puede considerar como una suerte de derecho racimo en el que se incardinan un buen número de derechos ahora llamados digitales, simple y llanamente porque están incardinados directamente al uso de una serie de dispositivos propios de las TICS (en su amplia dimensión) y, en fin, ya

<sup>3</sup> Sobre los derechos digitales es importante la contribución de Artemi Rallo Lombarte, quien fue su principal valedor en el proceso legislativo en las Cortes Generales durante la tramitación de la nueva LOPD (luego LOPDGDD). Ver, de este autor: "De la libertad informática a la constitucionalización de los derechos digitales (1978-2018)", *Revista de Derecho Político*, UNED, 2018, núm. 100, pp. 639-669.

<sup>4</sup> Ver: *Introducción al nuevo marco normativo de la protección de datos personales en el sector público*, IVAP, Oñati, 2019, pp. 112-124.

<sup>5</sup> El encuadre normativo constitucional del derecho a la protección de datos personales se aborda en los fundamentos jurídicos 4, 5 y 6 de la STC 292/2000; en donde se precisa su alcance y su complementariedad, aunque también su distinción (por su mayor alcance), del propio derecho a la intimidad. No obstante, la configuración o desarrollo de ese derecho ya no es obra del legislador estatal, sino más precisamente del *legislador europeo* que ha sido el que, primariamente, a través del RGPD ha llevado a cabo tal desarrollo directo, sin perjuicio de la existencia complementaria de la LOPDGDD.

<sup>6</sup> Ver: P. Lucas Murillo de la Cueva, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Tecnos, Madrid, 1990; asimismo, P. Lucas Murillo de la Cueva y José Luís Piñar Mañas, *El derecho a la autodeterminación informativa*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2009.

que a través de ese uso, cada vez más intensivo y extensivo, las afectaciones a derechos fundamentales o libertades públicas, en este caso de los empleados públicos, empezando por la propia protección de los datos personales de estos, pueden ser muy relevantes en función de cómo se articule el sistema de gestión de esas tecnologías, cuáles sean las medidas de seguridad que se adopten y, en fin, cómo actúen las personas (empleados públicos) en el uso de tales dispositivos electrónicos en su trabajo profesional y en el hipotético uso privado que hagan de tales recursos tecnológicos.

Pero no cabe la menor duda de que el problema central se sitúa en otro contexto: el control de la actividad profesional de los empleados público a través de sistemas remotos y del propio Big Data o de la Inteligencia Artificial, y sobre todo cuáles han de ser sus límites. La anomia regulatoria es evidente en este campo y más aún, según se verá, en el ámbito del empleo público. Se trata, como expuso en su día, el profesor Mercader Uguina<sup>7</sup>, de un debate ciertamente complejo, en el que la doctrina laboralista –como se señalará más adelante- ha dado muchos más pasos hasta ahora en su análisis que la propia doctrina del Derecho Público, al menos en lo que a relaciones de empleo público respecta. También la doctrina jurisprudencial –que no se analizará en esta presentación (algo que abordaré en otro trabajo)- es mucho más densa en el ámbito de las relaciones laborales en el sector privado que en el propio empleo público.

Sí todo ello era ya así en los últimos años, ha habido un factor que ha acelerado totalmente estas cuestiones relativas al protagonismo de los derechos digitales, y no ha sido otro que imparable impulso del teletrabajo y de circulación desahogada de los datos, así como una puesta en cuestión permanente en muchos casos de la privacidad, como consecuencia de la crisis Covid19, que tras el primer confinamiento duro hizo crecer exponencialmente el uso de las herramientas digitales y, asimismo, la improvisación de lo que se vino a denominar como teletrabajo, cuando en verdad se trataba de un mero sucedáneo generado en un contexto excepcional, pero que implicó la multiplicación de una demanda regulatoria al mostrarse como claramente obsoleto el régimen jurídico del trabajo a distancia establecido en el artículo 13 del ET, y manifestarse, asimismo, la escasa y dispersa regulación del teletrabajo en el empleo público, cuya regulación básica no hacía referencia directa a ese fenómeno aunque sí había incorporado, tras la entrada en vigor de la LOPDGDD, un reconocimiento genérico de los derechos digitales de los empleados públicos y una remisión a lo establecido en el título X de esa Ley (artículo 14 j) bis del Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre; TREBEP).

La continuidad de la pandemia y el escenario de incertidumbre en el que vivimos en estos momentos, tras una desordenada desescalada que ha terminado por reproducir una segunda oleada de contagios en la que aún estamos inmersos sin haber llegado todavía al punto alto de la curva, ha supuesto el mantenimiento de numerosas situaciones fácticas de teletrabajo, la vuelta a la presencialidad (relativa) en las Administraciones Públicas, pero también una presión interna, sobre todo sindical, para que el teletrabajo continúe y, dada su relativa anomia normativa, se regule adecuadamente. Pero, entre esta situación de excepcionalidad y las modalidades futuras de teletrabajo posiblemente vaya un largo trecho, aunque nos hemos puesto a legislar sobre ese futuro en plena pandemia con lo cual es muy posible que ese marco normativo venga preñado en cierta medida por las circunstancias actuales, lo cual puede convertir al modelo regulatorio en una mera experiencia piloto que habrá de corregirse. Dicho de otro modo, no parece muy adecuado regular con vocación de permanencia en el tiempo sobre teletrabajo en una situación aún de excepcionalidad, donde los vicios, taras y secuelas de un sucedáneo del teletrabajo, como es el que se ha dado estos últimos meses, puede condicionar el marco regulatorio y los propios presupuestos de la negociación colectiva que se debe realizar en los casos que así se establezca legalmente.

Y en ese marco regulatorio que poco a poco va viendo la luz, primero mediante el Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia (RDLTD) y después con la escueta y hasta cierto punto frustrante modificación del TREBEP, mediante la inclusión de un nuevo artículo 47 bis) a la legislación básica, aparecen algunas referencias, más bien puntuales y carentes de sistemática, a tales derechos digitales de los empleados públicos. En realidad, como ha expuesto la doctrina laboralista, en esta regulación de los derechos digitales se está imponiendo el *soft law* (protocolos, criterios, etc.)<sup>8</sup> frente al *hard law* (leyes y reglamentos), una situación que parece corregirse, paradójicamente, algo más, aunque sea en pequeña medida, en el sector privado (por medio del RDLTD) que en el empleo público (donde la anorexia regulatoria de la legislación básica se desarrollará por medio de normas de desarrollo objeto de negociación colectiva por parte de cada Administración Pública).

Por consiguiente, el objeto de este trabajo es aproximarse al estudio de los derechos digitales en la actividad del teletrabajo, viendo algunos de sus impactos sobre los empleados públicos y, asimismo, llevando a cabo algunas

---

<sup>7</sup> Jesús Mercader Uguina, “El control de dispositivos digitales en el trabajo, un territorio de borrosas fronteras”, *Otrosí*, revista del Colegio de Abogados de Madrid, 2019, núm. 3, *La abogacía en la era digital. Dossier sobre los derechos digitales*, pp. 48-49.

<sup>8</sup> Jesús Mercader Uguina, “El control de dispositivos digitales ...”, ob. cit.

consideraciones finales muy escuetas sobre el impacto que tales actividades de teletrabajo están teniendo en las relaciones de la ciudadanía con la Administración Pública como consecuencia de reconducir a trámites telemáticos actuaciones que anteriormente se vehiculaban por medio de otros canales alternativos, ya sea la mera a través de la mera atención presencial física en las oficinas públicas o a través de comunicaciones telefónicas, prestando particular atención a las brechas digitales que el blindaje telemático está teniendo sobre determinadas capas de la ciudadanía (habitualmente, los colectivos más vulnerables).

No obstante, el desarrollo de este trabajo se ha visto condicionado por la aparición en la escena normativa de los dos reales decretos leyes citados (RDLTD y DRL de modificación del TREBEP), por lo que, teniendo en cuenta que el contexto de la ponencia es claro (los derechos digitales en el trabajo a distancia), resulta imprescindible como punto de partida referirse también en algunos pasajes de este análisis a la nueva regulación básica del teletrabajo en el empleo público y su contraste con la regulación del empleo en el sector privado, para disponer del cuadro normativo adecuado que nos permita comparar los marcos regulatorios y, asimismo, encuadrar la acción de los derechos digitales en esa nueva regulación.

Así, en este trabajo se abordará, en primer lugar, la diferenciación entre trabajo a distancia y teletrabajo, se tratará luego de forma sucinta el sistema de fuentes del Derecho aplicable en esta materia de teletrabajo en el sector público en función de si los colectivos a quienes se les aplica son funcionarios, empleados públicos laborales (en el ámbito de aplicación TREBEP), o empleados del sector público a quienes se les aplican solo cuestiones muy tasadas del TREBEP y no precisamente estas, por lo que en este caso se les aplicará el RDLTD, para después analizar las grandes líneas por las que discurre la problemática de los derechos digitales y sus impactos sobre el empleo público, así como de forma sucinta la incidencia directa o indirecta que el ejercicio de esa actividad profesional a distancia pudiera tener en las prestaciones de servicios a la ciudadanía.

Dado su carácter prospectivo, en esta ponencia no se tratan, salvo de forma muy incidental, los problemas puntuales que tanto en materia de protección de datos como de afectación a los derechos digitales se han podido producir en los primeros meses de pandemia, sobre todo tras la declaración del estado de alarma<sup>9</sup>.

## II.- Alguna precisión conceptual: trabajo a distancia y teletrabajo

Después de la irrupción en escena a partir del mes de marzo del presente año 2020 de la crisis Covid19, el teletrabajo (que hasta entonces tenía una presencia residual en las Administraciones públicas), se convirtió por exigencias del contexto en regla de funcionamiento excepcional. Quedaron fuera del teletrabajo aquellas actividades que, aplicando una noción bastante trasnochada para el complejo e insólito contexto de la pandemia, así como muy limitada en su extensión (ante la incertidumbre y el pánico que acompañaron los primeros pasos de la primera oleada de contagios), se encuadraron dentro de una expresión acotada y limitada de “servicios esenciales”. Este es un punto que trataré en un epígrafe posterior, aunque ya anticipo que el despliegue de servicios públicos y de atención a la ciudadanía durante la etapa Covid19 ha sido un absoluto fiasco, un fracaso de la idea de asistencia a la ciudadanía más desfavorecida y afectada por la brecha digital, así como, salvando siempre el estrecho pasillo creado de los servicios esenciales, una pérdida de legitimidad de las administraciones públicas y del propio servicio público. Queda una triste percepción después del primer momento duro de la pandemia de que las Administraciones Públicas (discursos autocomplacientes aparte) no han estado a la altura de los enormes desafíos del momento. Tampoco ha mejorado en la fase de desescalada ni siquiera con posterioridad. Los problemas de atención a la ciudadanía se acumulan y generan una cierta percepción de desatención y abandono de no pocos ciudadanos en sus relaciones con la Administración Pública, cuyo mayor exponente es el pésimo ejemplo de la cita previa o de la atención telefónica, por no hablar de los abundantes casos de brecha digital. Cuando se está repasando la última versión de este trabajo, constato cómo en el diario *El Correo-País Vasco* se publica con fecha 27 de septiembre de 2020 un excelente y demoledor reportaje (aunque no lo han editado en abierto) que aborda el fracaso estrepitoso de muchos trámites telemáticos (como la cita previa) y el colapso que se está viviendo en la atención a la ciudadanía con el consiguiente abandono de la prestación de determinados servicios públicos.

En cualquier caso, lo que se hizo en los primeros pasos de la emergencia sanitaria y, particularmente, tras la declaración del estado de alarma y el duro confinamiento que de tal situación excepcional derivó, no fue, como se ha repetido hasta

---

<sup>9</sup> Algunas de estas cuestiones, especialmente las relativas a protección de datos personales, se tratan en la entrada elaborada por Ascensión Moro Cordero en el Blog *Analítica pública*, que lleva por título “Hacia una nueva dimensión del gobierno abierto”, <https://analiticapublica.es/hacia-una-nueva-dimension-del-gobierno-abierto/>. También en la propia página Web de la Agencia Española de Protección de Datos puede hallarse documentación importante sobre los problemas suscitados durante ese período crítico: <https://www.aepd.es/es/areas-de-actuacion/proteccion-datos-y-coronavirus>. Ver, al respecto en ese mismo enlace, en relación con el teletrabajo: Nota para proteger los datos personales en situaciones de movilidad y teletrabajo.

la sociedad, realmente teletrabajo ni trabajo a distancia, representó un mero sucedáneo fruto de las complejas circunstancias. La situación excepcional, más bien insólita y absolutamente inesperada, desbordó a las administraciones públicas, como también lo hizo a buena parte de las empresas (aunque algunas de estas reaccionaron con mucha mayor flexibilidad y capacidad de adaptación)<sup>10</sup>, hasta el punto de que se hubieron de improvisar formas de ejercer el trabajo desde los lugares de confinamiento, muchas veces con más voluntad que acierto, y aunque se consiguieron en algunos casos construir en pocas semanas unos sistemas de teletrabajo o trabajo desde el domicilio, la verdad es que (unas veces por el tipo de tareas realizadas y otras por la inexistencia de sistemas de conexión o medios informáticos) muchos empleados públicos quedaron fuera del sistema. En buena medida se trabajó con equipos informáticos propios y con medidas de seguridad muy endeble, cuando no inexistentes. Hubo, no obstante, ejemplos de buenas prácticas también en el campo de la Administración Pública, sobre todo en aquellas organizaciones que tenían más desarrollo en temas tecnológicos y en Administración electrónica. Y realmente lo que se hizo entonces y se ha venido ejecutando después tiene algunos rasgos de esa modalidad de trabajo a distancia, pero también notables diferencias.

La distinción entre trabajo a distancia y teletrabajo ha sido habitualmente algo confusa, pues en origen la noción de trabajo a distancia nada tenía que ver con esta nueva modalidad basada en medios tecnológicos y en el espacio Internet, entonces inexistente. Tal como ha expuesto la profesora Susana Rodríguez<sup>11</sup>, en su origen el trabajo a distancia tenía como objeto actividades artesanales tales como el ensamblaje o la costura. En un documento reciente de la OIT se incide asimismo en que “el teletrabajo no debería desviar la atención de los difíciles asuntos y problemas planteados por las formas de trabajo a domicilio más conocidas y tradicionales”<sup>12</sup>. Sin embargo, la situación desde entonces ha cambiado radicalmente (aunque en el ámbito laboral el arraigo terminológico de la noción trabajo a domicilio es evidente). En efecto, conforme se produjo el desarrollo de las TIC y de Internet y así fue manifestándose (aunque todavía con muchas limitaciones) el teletrabajo se transformó en una opción efectiva, que fue configurada como una especie del género de trabajo a distancia, como finalmente ha terminado por reconocer el artículo 2 (apartado b) del reciente Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre.

En consecuencia, con el precedente del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo de 2002, la regulación del teletrabajo en España ha sido muy gradual y poco incisiva. La Administración General del Estado aprobó algunos documentos a principios del siglo XXI, la propia Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos incluyó en su disposición final sexta una habilitación para la regulación del teletrabajo en esa Administración<sup>13</sup>, mientras que algunas comunidades autónomas aprobaron disposiciones reglamentarias que regulaban el teletrabajo, aunque algunas de ellas con amparo en habilitaciones legales y otras no<sup>14</sup>, mientras que el Estatuto de los Trabajadores estableció una regulación general del trabajo a distancia en el artículo 13 en la que podía tener cabida el teletrabajo. Comenzó, así, un lento proceso de reconocimiento normativo (también mediante instrumentos derivados de la negociación colectiva), que se ha visto completamente acelerado tras la irrupción de la pandemia. Así, tras los primeros pasos de la crisis Covid19, se constató la fragilidad del marco normativo regulador del teletrabajo, que contrastaba con

<sup>10</sup> Véase, por ejemplo, un ejemplo de buena práctica en gestión de urgencia del teletrabajo en el testimonio del Director General de Personas, Organización y Comunicación en Santalucía Seguros, en un vídeo de unas jornadas organizadas por el Foro APEP, *Privacidad de los empleados. Prevención de riesgos y salud pública en la pandemia*, 17 septiembre 2020: <https://www.a pep.es/video-formacion-abierta-privacidad-empleados/?v=3b0903ff8db1>

<sup>11</sup> Susana Rodríguez Escanciano “Teletrabajo y control de actividad: Propuestas de Lege ferenda”: <https://www.transformaw.com/blog/teletrabajo-y-control-de-actividad-propuestas-de-lege-ferenda/>

<sup>12</sup> OIT, *Promover el empleo y el trabajo decente en un panorama cambiante*, Conferencia Internacional del Trabajo, 109, 2020, p. 250.

<sup>13</sup> Ver el preámbulo del Real Decreto Ley 29/2020, donde se refleja toda esa evolución.

<sup>14</sup> Un tratamiento y análisis de esa regulación autonómica hasta 2017 puede hallarse en Alicia Villalba Sánchez, “El teletrabajo en las Administraciones Públicas”, *Lan Harremanak-Revista de Relaciones Laborales*, 2017, I, UPV/EHU, pp. 216-246. Un análisis más reciente de la evolución normativa se puede encontrar en: Víctor Almonacid Lamela, “El teletrabajo en la Administración: horas eficientes versus horas de sillón”, *Capital Humano* número 349, enero, 2020; también del mismo autor en relación con la aplicación del teletrabajo en la pandemia: “FAQ sobre el teletrabajo en las Administraciones Públicas durante el estado de alarma”, *El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados*, 2020 (hay versión en abierto). También la era Covid19 el trabajo de Concepción Campos Acuña, “El futuro del teletrabajo en la era Post-Covid”, *La Administración práctica: enciclopedia de la Administración Municipal* número 6, 2020, pp. 87 y ss.

una fuerte práctica de modalidades de trabajo a distancia tanto en el sector público como en el privado como consecuencia de las exigencias del contexto del confinamiento.

La prolongación temporal de la crisis Covid19 y el marco de incertidumbre que acompaña a la pandemia ha hecho que se repita como una pesada letanía aquello de que “el teletrabajo ha venido para quedarse”. Expresión que cabe matizar, más aún en lo que respecta a la prestación de determinados servicios públicos a la ciudadanía; aunque nadie puede negar su auge futuro, si bien son más imprecisas sus consecuencias o efectos. Y porque tampoco sabemos si, una vez controlada la pandemia, los hábitos sociales y laborales habrán sufrido el vuelco que ahora todo el mundo pronostica. El entusiasmo inicial puede verse algo ensombrecido si la transición desde un modelo presencial físico a otro telemático no se hace de forma adecuada-

Lo cierto es que, por lo común, el teletrabajo no se considera como una opción exclusiva o alternativa a la presencia física en las oficinas o centros de trabajo, sino como una modalidad de trabajo aplicada parcialmente y de forma combinada con el trabajo presencial. En realidad, lo que se dibuja en el panorama (y así lo confirman también las personas expertas en el ámbito del teletrabajo incluso en el sector privado) es más bien un sistema *híbrido o mixto*, al menos mientras la pandemia no se controle por completo y la vacunación masiva de la población haga disminuir los riesgos de contagios y reduzca la letalidad a umbrales que no generen más alarma de salud pública que cualquier otra enfermedad o virus que golpea habitualmente a la población. Los riesgos que conlleva la consolidación del teletrabajo si se aplica de forma extensiva en el tiempo son muchos, algunos directos para el empleado y otros para la organización, tal como se reconoce en la propia exposición de motivos del RDLTD, y así aparecía en el Acuerdo Europeo sobre teletrabajo y en documentos de la OIT. No es cuestión de reproducirlos aquí. Pero hay otros efectos menos visibles que pueden generarse a medio/largo plazo, como es el de la externalización de servicios o la contratación como autónomos de determinados profesionales que teletrabajen (especialmente en la empresa privada; que se recurrirá a trabajo a distancia también mediante la contratación de personal extranjero), sobre todo cuando los costes de mantenimiento de una actividad ejercida en remoto se disparan o no se termina de comprender qué sentido tiene en una organización, sea pública o privada, la aportación profesional periférica de quien no está integrado en las relaciones presenciales o de contacto continuo y de interacción permanente con el resto del personal directivo o empleado. Aunque en la Administración Pública no pueden descartarse tales procesos de externalización, es verdad que al prohibirse el ejercicio de actividades de autoridad o de potestad pública por medio de la contratación pública o al vedarse que el personal no funcionario o externo pueda tramitar los expedientes derivados de los procedimientos administrativos, esa operación pueda ser más compleja de materializar al menos en algunas tareas administrativas<sup>15</sup>. No obstante, se mire como se quiera parece obvio, por tanto, que los procesos de automatización y de inteligencia artificial ya están vaciando algunas tareas de trámite y administrativas (proponiendo incluso la resolución de algunos expedientes administrativos), y se trata (hay que ser conscientes de ello) de una dinámica imparable, con lo que el teletrabajo, como se ha llegado a reconocer, puede ser dependiendo de cómo se gestione la puerta de entrada o la antesala a la proliferación del trabajo autónomo y, en la Administración Pública, también a realidades muy próximas o similares<sup>16</sup>.

El Derecho del Trabajo tiene muy asentada la noción trabajo a distancia, mientras que en el aún incipiente régimen jurídico del empleo público esa categoría es más bien ajena y toma mucho más protagonismo, obviamente por el momento en el que despega y por las actividades que se desarrollan en el ámbito público, la noción de teletrabajo. Y ello se observa tanto en las incipientes regulaciones anteriores como en la reciente modificación del artículo 47 bis por el Real Decreto Ley 29/2020, de modificación del TREBP (RDLMTFP), tal como se examinará a continuación.

---

<sup>15</sup> Ver, al respecto la STS 2812/2020, de 14 de septiembre, donde, sin perjuicio de que el fondo del asunto puede estar correctamente resuelto (procedimiento administrativo sancionador cuyos algunos trámites se realizaban por una sociedad mercantil), plantea dudas por los términos categóricos en los que expresa la imposibilidad de que la tramitación del expediente administrativos sólo pueda ser realizada en su integridad por funcionarios públicos, más aún en supuestos de tramitación automatizada de algunos procedimientos administrativos que ya se están aplicando, aunque esta es una cuestión que en la sentencia no se aborda, pero que su doctrina general podría poner en duda. Sobre estos temas, es relevante la aportación de la *Red DAIA*, conformada por un conjunto de profesores de Derecho Público de distintas Universidades, que en un documento emitido en un proceso de consulta pública (“*Aportación de la Red DAIA a la consulta pública impulsada por la Secretaría de Estado de Digitalización e Inteligencia Artificial para la elaboración de una Carta de Derechos Digitales*”), llevan a cabo una serie de interesantes propuestas sobre la aplicación entre otras cosas de la IA a los procedimientos administrativos y la necesidad de refrezcar los mecanismos de transparencia y control.

<sup>16</sup> Algunas reflexiones sobre estas tendencias se recogen, por ejemplo, en: Patrice Flichy, *Les nouvelles frontières du travail à l'ère numérique*, Seuil, 2017; Richard Baldwin, *la convulsión globótica. Globalización, robótica y el futuro del trabajo*, Antoni Bosch Editor, 2020.

En efecto, la regulación básica de empleo público, tal como se pactó en el Acuerdo de la Mesa General de las Administraciones Públicas (suscrito el 21 de septiembre), y su posterior inclusión literal en el artículo 47 bis TREBEP, no regula el trabajo a distancia, sino exclusivamente la modalidad de éste que se califica como “teletrabajo”, lo que parece vedar otras modalidades de trabajo a distancia en el empleo público. Ello parece normal en un planteamiento de Administración electrónica de corte burocrático, siempre y cuando consiga ser efectiva totalmente algún día, pero plantea la duda de si las tareas de la Administración Pública que se puede teletrabajar son exclusivamente las telemáticas y no cabe ninguna otra que no conlleve la utilización de las TICS (por ejemplo, preparación o estudio de informes que puedan estar en soporte de papel, preparación de clases o intervenciones, labores de estudio, o también cabría plantearse si la atención telefónica desde el domicilio entra dentro de esa noción, algo que cabe responder afirmativamente puesto que se utiliza la comunicación telefónica y, por tanto, las TICS, aunque no sea nueva tecnología salvo en el caso de la telefonía móvil). Tal como ha quedado redactada la normativa básica, la única opción que admite la nueva regulación (a diferencia del sector privado) es la de trabajar con herramientas telemáticas o con TICS. Lo cierto es que en trabajos de alta cualificación profesional, no siempre se desarrollan las tareas profesionales en contacto directo y pegado al teclado y pantalla de un ordenador, puesto que hay labores de estudio, análisis, preparación y de lectura de documentos (sean libros, revistas o papeles impresos) que no comportan el uso siempre y en todo caso de los dispositivos tecnológicos para el desarrollo de las tareas profesionales. Es normal que el tiempo de trabajo en una actividad profesional cualificada que exija labores de estudio y concepción se vea repartido entre un porcentaje de tiempo ante la pantalla (donde también se realizan trabajos de búsqueda de información y documentación) y otro tanto por ciento fuera de ella, prevalentemente en el estudio y lectura de libros y textos. Al parecer esto último (si hacemos una interpretación literal, que cabría descartar de antemano) no computaría como tiempo de teletrabajo, al no existir una conexión telemática continua.

Quizás, esa regulación se haya visto muy condicionada por el contexto Covid19 y la correlativa plétora del teletrabajo en labores de tramitación como modalidad singular de la prestación de las actividades profesionales de los empleados públicos a través de medios telemáticos, algo que pueden hacer, con mayores o menores destrezas, según los casos, un buen número de empleados públicos que trabajan en actividades de tramitación de expedientes con tales herramientas tecnológicas cuando esta es su principal actividad profesional, pero no otros muchos que se dedican a otras tareas. Aunque esto también habría de matizarse, puesto que los procedimientos administrativos en su inmensa mayoría quedaron suspendidos desde la declaración del estado de alarma hasta el día 1 de junio de 2020, con lo cual la actividad de tramitación de los expedientes administrativos quedó asimismo en suspenso, sin perjuicio de que se aprovechara el plazo de suspensión para avanzar internamente en algunos trabajos derivados del expediente cuando ello era posible (por ejemplo, preparación de informes, trámites o propuestas de resolución).

### **III.- El sistema de fuentes aplicable al trabajo a distancia: el marco regulatorio**

#### **1.- El artículo 47 bis TREBEP y su contraste con la regulación establecida en el RDLTT.**

El BOE del 30 de septiembre de 2020 publica el Real Decreto Ley 29/2020, de 29 de septiembre, que, entre otras cosas, regula las medidas urgentes en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas. Hay algunos cambios de forma o de matiz, pero en esencia el legislador de “urgencia” reproduce el Acuerdo de la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas suscrito el pasado día 21 de septiembre, aunque con algún añadido en nada neutro, como es lo previsto en la disposición final segunda (“adaptación de normas”), como luego se dirá.

El objeto de este epígrafe no es otro que hacer un primer análisis de lo que esta norma establece en materia de teletrabajo para las Administraciones Públicas o, mejor dicho, en su aplicación para los empleados públicos. Y para ello es oportuno comenzar con unas breves consideraciones sobre la desproporcionada exposición de motivos de la norma, pues nunca una parte dispositiva tan escasa en densidad y en tamaño (un nuevo artículo del TREBEP: artículo 47 bis; y una disposición final segunda) habían dado lugar a semejante despliegue retórico y a justificación y explicaciones por doquier del legislador de urgencia.

En efecto, la exposición de motivos de la norma es extensa y además desproporcionada o bulímica frente a la anorexia normativa: poco más de treinta líneas del BOE en su parte dispositiva vienen acompañadas de más de ocho páginas de preámbulo. Más que una exposición de motivos parece una Memoria justificativa del contenido de la norma, para dar mayor quizás mayor empaque a lo que el magro contenido normativo no ofrece.

La exposición de motivos, contextualizada en el marco de la crisis sanitaria como situación pretendidamente justificativa de que los empleados públicos (salvo aquellos delimitados en servicios esenciales presenciales) fueran enviados a sus casas, se adentra en la evolución normativa del teletrabajo y lo sigue enmarcando en un contexto Covid19 (lo cual no es acertado

cuando lo que se pretende es regular con vocación estructural o permanente y no para afrontar una situación excepcional, pues esa normativa saldrá contaminada por el contexto de la que emerge). Tras abordar el punto nuclear, por cierto nada desarrollado en la parte dispositiva, de las tareas de los puestos de trabajo (y no “las competencias”, como dice torpemente la parte dispositiva) susceptibles de ser objeto de teletrabajo, así como (la clave de bóveda del modelo) la determinación de qué servicios públicos se podrán prestar por esta modalidad, sin que la atención y prestación de servicios a la ciudadanía se vea afectada (la exposición de motivos resalta lo obvio: “la modalidad del teletrabajo no puede ser absoluta”), el preámbulo se adentra en explicar la génesis y desarrollo de este “parto de los montes”, que se ha insertado en el BOE como un decreto-ley (norma de extraordinaria y urgente necesidad) cuyo plato ha tardado casi cuatro meses en salir del horno (una curiosa concepción de la urgencia legislativa y de la excepción normativa para sortear al Parlamento).

Y en esa génesis y desarrollo conviene detenerse porque la norma es hija de dos esferas de negociación, la llevada a cabo en la Conferencia Sectorial de Administración Pública (¿cuándo el legislador será consciente de que la Administración Pública no es un sector de la actividad pública sino una institución?) y la realizada en el seno de la negociación con los sindicatos y que se plasmó en el Acuerdo de la Mesa General de negociación colectiva de 21 de septiembre. Y concluye esa exposición utilizando el incorrecto concepto de que todo ello se trata de un “ejemplo de *cogobernanza* en una Administración multinivel”. La maldita expresión tan de moda tras la desescalada de la “cogobernanza” es un pleonismo y un barbarismo conceptual. La Gobernanza ya lleva incubada en sí misma las relaciones de un administración o gobiernos multinivel. Malo es que utilicen ese barbarismo los políticos o periodistas, pero mucho peor es que encuentre acomodo en la legislación, por muy excepcional que sea, pues se presume elaborada por personal técnico de los ministerios correspondientes.

La duda inicial que cabe plantearse es si esta normativa básica debe ser desarrollada primariamente por el legislador autonómico y, acto seguido, ser objeto de desarrollo reglamentario, en su caso, por los diferentes niveles de gobierno estatales y autonómicos. En el texto aprobado por la “Conferencia Sectorial de Administraciones Públicas” y reflejada en el Acuerdo de la Mesa General de Negociación de las Administraciones Públicas ya se advertía que, el pacto alcanzado, daba a entender que se abría un proceso de habilitación general a todas las Administraciones Públicas para regular el teletrabajo previa negociación colectiva al respecto. La unanimidad sindical en el apoyo al Acuerdo daba pistas fiables de su alcance y contenido. Aunque, en principio, nada impediría que el legislador autonómico regulara esta materia para todas las Administraciones Públicas de su ámbito de actuación territorial. Lo cual sería, tal como se dirá, la opción más razonable de evitar una diáspora normativa. Más dificultades plantearía que la regulación general aplicable a la administración autonómica y a las locales se hiciera por decreto autonómico, pues tal operación probablemente tropezaría con algunos problemas difícilmente resolubles como el de regular derechos de los funcionarios públicos, su ejercicio y posibles límites *per saltum*; esto es, por disposición reglamentaria; aunque, como veremos, es finalmente lo que se pretende justificar en el preámbulo.

En efecto, la propia exposición de motivos de la norma excepcional ya nos da a entender cuál es el criterio interpretativo que se ha de seguir. A partir de ahí, esa legislación básica esquelética debe permitir para que cada Administración Pública regule el teletrabajo como quiera o pueda. A mi juicio, el despropósito no puede ser mayor. Podrían existir en España, si alguien no lo remedia, más de diez mil regulaciones de teletrabajo, pues otras tantas son las Administraciones Públicas territoriales de los distintos niveles de gobierno (computando aquí también a las mancomunidades). Y sus efectos, de los que ahora no me ocuparé, tendrán serias consecuencias. Este es el pasaje central del preámbulo de la norma a nuestros efectos:

*El objeto es, por tanto, configurar un marco normativo básico, tanto desde la perspectiva del régimen jurídico de las Administraciones Públicas, como desde el punto de vista más específico de los derechos y deberes de los empleados públicos, suficiente para que todas las Administraciones Públicas puedan desarrollar sus instrumentos normativos propios reguladores del teletrabajo en sus Administraciones Públicas, en uso de sus potestades de autoorganización y considerando también la competencia estatal sobre la legislación laboral en el caso del personal laboral.*

Pero esta idea-fuerza tiene plasmación –para que no se nos olvide– en otros pasajes de la exposición de motivos. Por ejemplo cuando se afirma lo siguiente:

*En todo caso, el desempeño concreto de la actividad por teletrabajo se realizará en los términos de las normas de cada Administración Pública, siendo objeto de negociación colectiva en cada ámbito. Las Administraciones Públicas que deban adaptar su normativa de teletrabajo a lo previsto en este real decreto-ley dispondrán de un plazo de seis meses a contar desde la entrada en vigor del mismo*

Por consiguiente, la voluntad del “legislador excepcional” (mejor dicho, del *legislador “cogobernante”*) es meridianamente clara: cada Administración Pública (en verdad, cada nivel de gobierno) desarrollará por sus propios “instrumentos



normativos” lo previsto en la legislación básica, previa negociación colectiva. Obviamente, por un lado, nada se nos dice sobre el tipo de instrumento normativo, pero al referirse a las Administraciones Públicas parece excluir la Ley (lo cual es un soberano disparate, pues no hay reserva reglamentaria en nuestro ordenamiento jurídico) y, por otro, la negociación colectiva sólo se podrá desplegar sobre ámbitos propios de aquella (los establecidos en el artículo 37.1 TREBEP) y no sobre los que no está prevista su materialización (artículo 37.2 TREBEP y título X de la LOPDGDD). Como es obvio, la “Conferencia Sectorial de Administraciones Públicas” y la Mesa General de negociación colectiva han pasado literalmente de las entidades locales, pues ese modelo atomiza no solo los marcos reguladores, sino también la propia negociación colectiva, lo cual es otro soberano disparate a añadir al elenco de desaciertos normativos. ¿Efecto querido? Probablemente, sí. Pues en caso contrario sería un ejemplo manifiesto de incompetencia negociadora por todos los lados.

La larga exposición de motivos nada más dice, que ya es bastante. El artículo 47 bis TREBEP, tal como se verá, a pesar de ser “la parte dispositiva”, dice mucho menos, por no decir que casi nada. Y, por tanto, “la voluntad del legislador excepcional”, unida de forma umbilical a la voluntad de la Conferencia Sectorial y de los sindicatos que pactaron el Acuerdo, no es otra que “descentralizar” la regulación de la concreción de los derechos del teletrabajo en disposiciones de naturaleza reglamentaria que serán negociadas en cada escalón de gobierno, por tanto con potencialidad de ofrecer soluciones de geometría variable o soluciones variopintas.

Por lo que afecta a la parte dispositiva recogida en el nuevo artículo 47 bis del TREBEP, cabe reiterar que es una regulación epidérmica, con muy escaso contenido, como se verá también de inmediato. La pretensión última es, por tanto, dejar campo de juego a las Administraciones Públicas y, en especial, a los sindicatos del sector público para que negocien colectivamente lo que sea más beneficioso para los empleados públicos de cada Administración, con lo cual al ser soluciones muy variables la prestación de los servicios públicos, tendrá que ser por fuerza diferente en cada Administración Pública (o, al menos, puede serlo de modo potencial). Es cierto que la negociación colectiva no implica necesariamente acuerdo, y que las Administraciones Públicas si actúan con rigor deberían establecer por sí mismas (competencia de autoorganización) el perímetro de los puestos de trabajo que conlleven tareas idóneas para ser ejercidas por el teletrabajo, pero siempre teniendo la vista puesta en la prestación de servicios a la ciudadanía y la garantía efectiva y no formal de la atención presencial que se deriva claramente de una interpretación finalista y sistemática del ordenamiento constitucional y del resto del ordenamiento jurídico.

La definición de lo que sea el teletrabajo en el empleo público, tal como se ha recogido en el artículo 47 bis, 1, TREBEP, queda establecida del siguiente modo:

*“Se considera teletrabajo aquella modalidad de prestación de servicios a distancia en la que el contenido competencial del puesto de trabajo puede desarrollarse, siempre que las necesidades del servicio lo permitan, fuera de las dependencias de la Administración mediante el uso de tecnologías de la información y comunicación”.*

Esta definición de lo que sea el teletrabajo en las Administraciones Pública, que se incluye también en el género de “servicios a distancia”, parece cerrar el paso, efectivamente, a cualquier otra modalidad que no sea la prestación de servicios mediante el uso de tecnologías de la información y de las comunicaciones. Ya hemos dicho que esa interpretación tan estricta debería modularse. En cualquier caso, la definición legal, por lo demás, es muy escueta y menos precisa que la recogida en el artículo 3, letra b) del RDLTD, donde allí se recoge como teletrabajo “aquel trabajo a distancia que se lleva a cabo mediante el uso exclusivo o prevalente de medios y sistemas informáticos, telemáticos y de telecomunicación”, lo que parece da pie a la inclusión dentro del teletrabajo de otras formas de prestación de la actividad no siempre telemáticas, al menos durante períodos de tiempo o tareas determinadas (lo que suscita de inmediato el problema adicional del “control remoto” de esa actividad, que en esas circunstancias es obvio que sólo podrá ser de resultado).

Un aspecto nuclear del teletrabajo en las Administraciones Públicas es que, previamente a la redacción del proyecto normativo que lo regule, la propia Administración debe llevar a cabo una importantísima tarea de identificación de qué puestos de trabajo, en función de las tareas de desempeñan, son susceptibles de ser prestados mediante esta actividad profesional de trabajo a distancia y cuáles no. Esa identificación de los puestos de trabajo (realmente de las tareas) es una materia estrictamente organizativa y, por tanto, no es objeto de negociación, diferencia de lo que prevé el artículo 31.1 del RDLTD. Y se debe combinar cabalmente con un elemento central en este proceso: la identificación de qué servicios públicos requieren ser prestados físicamente para garantizar plenamente la atención a la ciudadanía y los derechos de los ciudadanos a relacionarse con la administración pública mediante atención física y por papel, ya que la obligación de relacionarse los ciudadanos con la Administración Pública por medios telemáticos está acotada legal o reglamentariamente a determinados colectivos (artículos 12 y 14 Ley 39/2015). Es un tema crucial, el teletrabajo tiene una dimensión organizativa y de prestación de servicios que va mucho más allá de la condición de derecho del empleado público, siempre subordinado a las “necesidades del servicio”, pero sobre todo a la prestación eficaz de servicios a la ciudadanía, además con la calidad y transparencia requeridas.

Tal como se ha configurado el enunciado normativo transcrito, el teletrabajo, más aún si se pretendiera su exclusivo contenido telemático o de aplicación de TIC, sólo sería idóneo para determinados puestos de trabajo y no, por ejemplo, para otros que conllevaran tareas de estudio, concepción o trabajo de documentación fuera del espacio virtual, lo cual sería absurdo al condenarse a la exclusión de determinados puestos de trabajo llamados preferentemente a ser los ámbitos más adecuados para *teletrabajar* (en cuanto que también tienen cierta autonomía funcional y de tareas). Cabe, por tanto, hacer una interpretación más finalista que admita el teletrabajo no solo para tareas que conlleven el uso intensivo y exclusivo del ordenador, pues de no hacerlo así se podría penalizar al ejercicio del trabajo telemático a distancia en las Administraciones Públicas para un buen número de actividades profesionales cualificadas.

La nueva normativa básica admite, no obstante, que hay otras modalidades de prestación de servicios a distancia, pero que estas no entran en tal regulación. Y, asimismo, condiciona que la prestación por esta modalidad de teletrabajo a las necesidades del servicio, algo que –como ya se ha expuesto– parece obvio y, si se emplea adecuadamente, puede ser un instrumento organizativo de gran importancia para adecuar y combinar proporcionalmente lo que es una presencia física y una atención presencial de los empleados públicos con una actividad a distancia por medios telemáticos. El teletrabajo debe estar siempre orientado en su plasmación (y ello no es una declaración retórica) a no poner en riesgo en ningún caso la atención a la ciudadanía; pues el peor enemigo del teletrabajo es una Administración que no es capaz de ordenar racionalmente la presencia física de los funcionarios que deben atender a la ciudadanía con la atención telemática, pues hay amplios colectivos aún de la población que están encuadrados en algunas de las modalidades de brecha digital. Una de las obligaciones que ha incumplido la Administración Pública de forma generalizada (más aún en esta fase de pandemia) es la de asistir a los ciudadanos para que puedan relacionarse con la Administración Pública por medios electrónicos (artículo 12 LPAC). El incumplimiento es escandaloso. Y aquí está una de las claves de lo que es un sistema que también se dibuja en esta regulación; la prestación híbrida o mixta (presencial/telemática) de la actividad profesional. Si la ciudadanía, en cuanto sujetos con derecho a la atención presencial y no obligados a relacionarse con la Administración Pública por medios telemáticos, se le cierra parcial o totalmente la puerta de la atención física y está absolutamente desasistida de atención telemática, el modelo de Administración Pública se hundirá por completo. La norma básica nada concreta. Una vez más deberá hacerlo la norma de desarrollo. Que serán, una vez más, las que decidan el modelo. Y ello, amén de discutible, es tremendamente peligroso.

Por lo demás, cabe insistir que, a diferencia del régimen de trabajo a distancia en el “sector privado”, en el empleo público esa adecuación a las necesidades del servicio incorpora, a nuestro juicio, una posición singular del teletrabajo (dada su vinculación con la prestación de servicios a la ciudadanía como razón existencial de esa institución), y, por tanto, matiza lo que establece la exposición de motivos del RDLTD cuando allí se afirma que “esta modalidad de organización o prestación de la actividad laboral no resulta de los poderes de dirección y organización empresariales”. La previsión de adecuar el teletrabajo a las necesidades del servicio refuerza que las Administraciones Públicas ejerzan esa competencia intrínseca a sus funciones como es la de organización y, por consiguiente, los poderes dirección deberían tener en este caso mucho más recorrido que en el sector privado (dada la relación “estatutaria” del vínculo del personal funcionario y también laboral a través del TREBEP), sobre todo porque están en juego los intereses generales. Pero, al llevar a cabo una regulación tan de mínimos como la expuesta, parece obvio temer que los poderes normativos inherentes a las potestades de autoorganización de los servicios se puedan ver obstaculizados o limitados por las interferencias de la negociación colectiva. Y ello puede abrir la puerta a un vaciamiento aún mayor de los poderes de organización y dirección de las Administraciones Públicas<sup>17</sup>. Aunque, insistimos, que una interpretación sistemática del TREBEP conduce a que sólo se puede negociar lo que está así establecido en el artículo 37.1 TREBEP, sin alcanzar a otras materias que están vedadas (artículo 37.2 y título X LOPDGDD). Sin perjuicio de que la modalidad del teletrabajo se anuda a la voluntariedad, en el caso de la Administración Pública esa autorización deberá otorgarse ponderando los bienes o circunstancias que están en juego, y también de acuerdo con lo que se determine normativamente. Por tanto, es un derecho del empleado condicionado a intereses superiores de la Administración y sobre todo de servicio a la ciudadanía.

En efecto, la prestación del servicio por vía de teletrabajo debe ser (lo cual presupone una solicitud individual del empleado público) expresamente autorizada por la Administración (de acuerdo con las normas y protocolos que esta diseñe) y “será compatible con la modalidad presencial”, lo que parece advertir, tal como se decía, la implantación de ese modelo híbrido o mixto, con un sistema de rotaciones y de presencia física en el centro con trabajo a distancia (algo que parece muy razonable), si bien esta normativa básica no establece ninguna regla en cuanto a partir de qué proporción de jornada semanal se debe configurar como teletrabajo (como sí lo hace, siquiera sea como umbral legal y teniendo en cuenta el carácter de la normativa laboral, el artículo 1 del RDLTD). En el caso del Real Decreto Ley 28/2020, se considera que hay

<sup>17</sup> Sobre esta cuestión, es de imprescindible consulta la tesis doctoral del profesor Joan Mauri Majòs, *La negociación colectiva en el sistema de función pública local*, Universidad de Barcelona: <https://www.tdx.cat/handle/10803/666511#page=1>

teletrabajo o trabajo a distancia cuando esa actividad se presta en un período de referencia de tres meses y, al menos, con un mínimo del treinta por ciento de la jornada). Al no precisarse nada en la regulación básica del TREBEP, se abre la puerta a que el trabajo de una jornada (o incluso de horas sueltas) pueda tener en las Administraciones Públicas esa consideración si así aparece reflejado en las normas de desarrollo correspondientes (que podrán ser varias y muy distintas, en función del poder de presión sindical en cada caso que se ejerza).

Se abre, por tanto, la puerta a que el concepto de teletrabajo en las Administraciones Públicas sea, tal como se decía anteriormente, de geometría variable; más rígido en unos casos y más flexible en otros, con lo cual las bases del régimen jurídico de los empleados públicos (cuya única finalidad es la de ofrecer un estándar mínimo de derechos de los empleados públicos con la finalidad de prestar servicios a comunes en su formato a la ciudadanía) se ven en este caso preteridas o vaciadas mediante una remisión “reglamentaria” abierta que deberá fijar, así, el contenido y alcance de tales derechos de los empleados públicos vinculados con el teletrabajo. El mínimo de lo que se considere a efectos de tiempo de prestación como teletrabajo no se regula en el TREBEP, y se reenvía a las normas de desarrollo que cada Administración Pública establezca, las cuales deberán definir su contenido tras un proceso de negociación colectiva. Si seguimos “el ejemplo de la Administración General del Estado”, lo acordado en la Mesa General ha sido reflejado fielmente en la parte dispositiva del Decreto Ley, que se ha convertido así en una norma excepcional pactada entre Gobierno con la representación sindical. De todo ello cabe deducir que, al tener la normativa básica tan escasa densidad normativa, las posibilidades de regulación quedan totalmente abiertas y pueden dar lugar a soluciones regulatorias completamente plurales. Es, por tanto, una suerte de carta de menú que tiene infinitos platos, que cada nivel de gobierno elegirá a su antojo cuáles saborea (obviamente, con la negociación sindical respectiva).

Y ello queda claramente confirmado por lo expuesto en el inciso final del apartado 2 del artículo 47 bis TREBEP, cuando al efecto se afirma lo siguiente:

*“(La prestación del servicio mediante teletrabajo) Se realizará en los términos de las normas que se dicten en desarrollo de este Estatuto, que serán objeto de negociación colectiva en el ámbito correspondiente y contemplarán criterios objetivos en el acceso a esta modalidad de prestación”.*

Por tanto, la anomia reguladora del artículo 47 bis TREBEP se suplirá con lo establecido en las normas de desarrollo correspondiente, que estas podrán ser, en principio, tanto autonómicas como locales; pues no existe en este caso una llamada del legislador básico (como sí sucede en otros muchos pasajes del TREBEP) a que sea la Ley de la Comunidad Autónoma la que regule esa materia (una reserva relativa o impropia de Ley). Sin embargo, lo más razonable sería que, al menos, el legislador autonómico unificara tal regulación para todas las Administraciones Públicas (salvo la periférica del Estado) que operan en su territorio, pero lo más rápido y previsible será que cada nivel de gobierno se procure sacar las castañas del fuego. Y, una vez hecho esto, se utilice el “corta y pega” habitual en estos casos; esto es, la reproducción mimética o contextual de otras regulaciones que se hayan realizado por otros niveles de gobierno.

El riesgo, como venimos advirtiendo, y que posiblemente se producirá, es que nos encontremos con miles de regulaciones diferenciadas del teletrabajo con las consiguientes implicaciones en la prestación de servicios y de atención a la ciudadanía, con lo que se producirá la enorme paradoja de que en unas Administraciones Públicas (en el mismo ámbito territorial) unos servicios se prestarán básicamente de forma telemática mientras que en otras lo serán básicamente de forma presencial, con la consiguiente desorientación a la ciudadanía por los impactos que todo ello pueda tener en la asistencia presencial y física, a la cual los ciudadanos (salvo los obligados a relacionarse electrónicamente con la Administración) tienen pleno derecho.

Esa última línea de regular sólo para su propia Administración Pública, es la que adoptó, por ejemplo, el reciente Decreto 77/2020, de 4 de agosto, por el cual se regula la prestación de servicios en la modalidad de teletrabajo para el personal al servicio de la Administración de la Generalidad de Cataluña y sus organismos autónomos, que solo se aplica a la Administración de la Generalidad y a sus entidades del sector público. Aunque al ser anterior tal regulación a la previsión del artículo 47 bis TREBEP, plantea algunas antinomias con la normativa básica allí establecida (y, a tal efecto, como reconoce el decreto ley, se dispondrá de seis meses para adaptarse a tal regulación), por ejemplo en todo lo que tiene que ver con lo dispuesto en el artículo 8 del citado decreto 77/2020, donde se prevé que, en materia de medios, el empleado público pueda *teletrabajar* también con sus recursos propios y deja en manos del departamento afectado la evaluación de poner a disposición de los empleados públicos los medios tecnológicos necesarios, opción que parece dejar completamente cerrada el apartado 4 del artículo 47 bis del TREBEP.

En efecto, el artículo 47.4 bis TREBEP expone lo siguiente

*“La Administración proporcionará y mantendrá, a las personas que trabajen en esta modalidad, los medios tecnológicos necesarios para su actividad”.*

De momento también esta regla puede quedar congelada si hay normativa anterior que no la exige, al menos durante el plazo de adaptación de seis meses. La pregunta que surge de inmediato es la siguiente: ¿Y si no la hay?, ¿es aplicable directamente la citada previsión? Parece obvio, como se dirá, que la vigencia es plena, salvo la excepción temporal que recoge ella citada norma excepcional. En estos términos se expresa la disposición final segunda del Real Decreto Ley 29/2020:

*“Las Administraciones Pública que deban adaptar su normativa de teletrabajo a lo previsto en este real decreto-ley dispondrán de un plazo de seis meses a contar desde la entrada en vigor del mismo”*

Como bien puede advertirse, en esta disposición final ya no se habla de “normas de desarrollo” (lo cual podría incluir también a las leyes), sino que se emplea la expresión “normativa” y se reconduce a que el órgano que la emita sea la Administración Pública. Al margen de la imprecisión conceptual que conlleva otorgar la manifestación primaria de la potestad reglamentaria a la Administración Pública y no al Gobierno (lo cual tiene peor encaje aún en el caso de las entidades locales, que la manifestación de sus potestades normativas es expresión del pleno), en esta disposición final ya se nos indica que las Administraciones Públicas, y por tanto cualquier órgano de ellas investido para aprobar disposiciones normativas de carácter general, están habilitadas para desarrollar directamente y *per saltum* cualquier normativa de desarrollo. Todo ello plantea de lleno asimismo hasta qué punto los acuerdos o los acuerdos de condiciones comunes, podrían entenderse que cubren también esa habilitación. Sí tales acuerdos previamente adoptados son aprobados por los órganos de gobierno competentes, nada cabría oponer a esa regulación (artículo 38.3 TREBEP). En efecto, dado los términos del TREBEP, debe haber un acto de formalización normativa de la Administración correspondiente, puesto que también se puede producir una negociación sin acuerdo. Dicho de otro modo, la regulación del 47 bis del TREBEP atribuye la competencia a las Administraciones Públicas, lo que no obsta, como también recuerda, a que esa materia deba ser objeto de negociación colectiva.

Por consiguiente, el teletrabajo con medios tecnológicos propios, una vez que tenga plena aplicabilidad la normativa aprobada parece quedar absolutamente descartado, aunque mantendrá su vigencia temporal por espacio de seis meses (siempre que haya norma previa que le dé cobertura), lo que podría provocar algunas tensiones aplicativas efectivas en los casos en los que, si se endurece la pandemia, se prevean nuevos confinamientos y haya que enviar a *teletrabajar* a sus domicilios a una parte importante de los empleados públicos de la Administración. En ese caso, si hay “normativa previa” que establece la posibilidad de realizar el teletrabajo con medios o recursos del funcionario, seguiría siendo aplicable esa normativa, al menos durante el plazo de seis meses.

Más aun esas tensiones se provocarán con las “regulaciones” del teletrabajo realizadas por resoluciones administrativas que pueden tener en algunos casos discutible valor normativo. No lo tienen, sin duda, las circulares e instrucciones que se hayan podido dictar en materia de teletrabajo, puesto que en esos casos carecen de la naturaleza de disposiciones de carácter general. Otro problema es si toman la forma de protocolos. El carácter “normativo” podría derivar en estos casos de la existencia previa de una negociación colectiva y que tales protocolos han sido reflejo de un acuerdo con la representación sindical. Pero todo dependerá de qué órgano de gobierno haya aprobado tales protocolos o acuerdos, pues si éste carecía de competencias normativas, podrían plantearse algunos problemas. Aunque lo más sensato es dar valor normativo a tales acuerdos, pues lo contrario conllevaría la aplicabilidad directa de lo previsto en el TREBEP con las consecuencias ya examinadas.

De todo lo anterior se deriva que el teletrabajo de excepción derivado de la pandemia (un absoluto sucedáneo) convivirá en su mayor parte con el teletrabajo que fija el legislador básico a la espera de lo que desarrollen las normas oportunas, sean autonómicas o locales. El plazo máximo: seis meses. A mediados de abril (el día 13) tendrían que estar aprobadas las normas de desarrollo, algo que deberá poner en marcha tanto el proceso de confección y elaboración de los diferentes textos normativos, así como la negociación sindical y, finalmente, la aprobación por los órganos competentes en cada caso, previa tramitación que se requiera si se trata de decretos autonómicos o de reglamentos u ordenanzas locales. Con lo cual el barullo temporal y material será considerable. Y quien piense que esto no afecta a la prestación de servicios a la ciudadanía probablemente se equivoca de plano.

Tampoco es menor el hecho de que a la hora de diseñar el teletrabajo desde el punto de vista normativo cada Administración Pública deberá tener muy presentes los costes directos e indirectos que esa modalidad de trabajo a distancia comporta, por ejemplo en la duplicación de medios tecnológicos (al menos en una primera etapa) al tener que disponer de ordenadores portátiles y de todos los recursos para realizar la conectividad, que por marco legal deberán correr a cuenta de la Administración. También se podría plantear el caso de las impresoras, por no hablar ya de los costes

directos o indirectos que se puedan sumar en el proceso de negociación colectiva (sillas ergonómicas, conexión Internet de banda ancha, gastos de luz, calefacción y aire acondicionado, etc.). En un contexto de contención fiscal, mucho me temo que tales cuestiones quedarán aplazadas y que la Administración deberá medir muy bien en qué casos y en qué circunstancias se podrá materializar ese trabajo a distancia, también desde el punto de vista económico, aparte de las cuestiones organizativas y de gestión que resultan claves.

El teletrabajo de los empleados públicos tendrá, en todo caso, carácter voluntario y reversible salvo en supuestos excepcionales debidamente justificados. Esta regulación parece abrir en el empleo público una puerta a que, por razones organizativas, siempre que estas sean de carácter excepcional y debidamente justificadas, se prevea tanto la excepción a la voluntariedad como a la reversibilidad, algo que también diferencia a esta regulación de la existente en el sector privado (RDLTD), puesto que en esta última se prevé la voluntariedad y la interdicción de que sea impuesta esa forma de prestación en aplicación del artículo 41 del ET, sin perjuicio de lo que establezca la legislación o la negociación colectiva, previéndose además que la negativa no podrá ser causa justificativa de la extinción de la relación laboral ni de la modificación de las condiciones de trabajo. También se prevé que será reversible para la empresa y la persona trabajadora, en los términos que se fijan en la negociación colectiva (artículo 5 RDLTD).

Un aspecto positivo de la regulación del artículo 47 bis TREBEP, como ya apunté en su momento, consiste en la previsión recogida en el segundo párrafo del apartado 2 del artículo 47 bis TREBEP, que recoge la siguiente previsión:

*“El teletrabajo deberá contribuir a una mejor organización del trabajo a través de la identificación de objetivos y la evaluación de su cumplimiento”.*

Sin embargo, la redacción de ese enunciado causa una cierta perplejidad, en cuanto que está formulada como una suerte de objetivo o directiva (“deberá contribuir”) y no como una regla. Lo cual abre la puerta a su total incumplimiento, salvo que las normas de desarrollo lo precisen. Esa evaluación del cumplimiento no es propiamente hablando la evaluación del desempeño del artículo 20 TREBEP, aunque su parentesco, si se aplicara cabalmente, sería inevitable. Y si se activara, podría ayudar a que de una vez por todas se implantara la gestión de la diferencia en nuestro obsoleto y falsamente igualitario empleo público. Pero que nadie se llame a engaño, es hartamente conocida aversión sindical a la gestión de la diferencia, y que se manifiesta en el desempeño, que conlleva todo proceso de evaluación. En cualquier caso, ofrece una buena herramienta para que se pueda activar una de las palancas de transformación del empleo público que permanece completamente dormida desde 2007, cuando se aprobó el Estatuto Básico del Empleado Público.

De hecho, como reconocimos en un trabajo conjunto con Mikel Gorriti (cuya paternidad de la idea le pertenece), el alfa y el omega del buen funcionamiento del teletrabajo está en una correcta descripción del puesto de trabajo y, por tanto, de sus tareas (fijación de objetivos), así como en la evaluación de su cumplimiento una vez realizado el oportuno seguimiento, lo que exige un cambio radical de roles en el funcionamiento de las relaciones entre empleado público y los responsables de las distintas unidades o direcciones, pues sobre estos últimos recae esa tarea ingente de determinar correctamente los objetivos, delimitar o acotar las tareas, llevar a cabo el seguimiento y evaluar si se han cubierto y en qué grado. Si se hiciera mínimamente bien este proceso pondría de relieve algo muy importante: que la evaluación del desempeño es perfectamente viable en cualquier contexto, pues las diferencias entre el trabajo presencial y telemático son exclusivamente de lugar en el que se prestan no de funciones, responsabilidades y tareas, que son siempre las mismas. Se caería así un enorme mito que aún flota en el ambiente de las Administraciones Públicas españolas: evaluar el desempeño es imposible.

En el trabajo a distancia, al no existir observación directa del contexto en el que desarrolla su actividad el empleado público (lo cual no predice nada, aunque la presencia física tranquiliza a los directivos y presume, a veces equívocamente, que se está trabajando), el control de resultados se muestra con mayor fuerza, al menos aparente. Nuestra Administración paga por estar y no por hacer. Por consiguiente, el empuje de la evaluación a través del trabajo telemático es perfectamente trasladable al ámbito del trabajo presencial, con la única exigencia de que se trata de un problema organizativo y de gestión de tareas, también por parte de quien dirige, que deberá dedicar buena parte de su tiempo a eso y no a otras actividades rutinarias o ajenas a su condición.

Nada dice la regulación de si la modalidad de teletrabajo se debe incorporar en los elementos propios de las relaciones de puestos de trabajo. En verdad, el teletrabajo no altera las funciones y responsabilidades del puesto de trabajo y se proyecta sólo en las tareas, pues es únicamente un cambio físico de contexto de la actividad profesional. Por tanto, no es en absoluto recomendable, salvo que se recogiera expresamente en una ley o se interpretara esta con ese alcance (lo que no parece muy apropiado) incluir la actividad de teletrabajo en tales instrumentos de ordenación que son de una rigidez supina y manifiestamente obsoletos. Si algo necesita el teletrabajo al menos en su primer etapa de conformación o asentamiento como práctica más extendida en las Administraciones Públicas es realizar pruebas de ensayo/error, y a ello en nada

ayudaría esa plasmación en las relaciones de puestos de trabajo cuya modificación, por pequeña que sea, supone en los municipios de régimen común (la inmensa mayoría en España) la aprobación por el órgano plenario de la entidad local.

En lo demás, hay algunas previsiones relativas a que los derechos de los empleados públicos son los mismos que los que se tienen por parte del personal que preste esos servicios en la modalidad presencial, y se incluye la normativa de aplicación en materia de previsión de riesgos laborales, con excepción de aquellos que sean inherentes a la realización del trabajo presencial. Tampoco en este caso, dada la mínima regulación básica existente, nada se dice del perímetro de actuación de la prevención de riesgos y sobre todo de la evaluación de estos, lo que deja un espacio de incertidumbre que, en cambio, el artículo 16.1 “in fine” del RDLTT deja bien acotado:

*“La evaluación de riesgos únicamente debe alcanzar a la zona habilitada para la prestación de servicios, no extendiéndose al resto de zonas de la vivienda o del lugar elegido para el desarrollo del trabajo a distancia”.*

Contrasta en extremo la delgadez extrema de la regulación del artículo 47 bis TREBEP con la regulación de detalle que en este y en otros puntos establece el RDLTD. No entro ahora, algo en lo que trato con mayor detalle más adelante, sobre el abandono absoluto (o la total anomia reguladora) de todos aquellos aspectos relativos al derecho a la protección de datos personales de los empleados públicos y de los ciudadanos, así como los derechos digitales de aquellos, de los que, por cierto, el artículo 47 bis TREBEP nada dice, y este vacío puede ser una fuente enorme de problemas aplicativos e incubar incluso potenciales lesiones de derechos fundamentales de los empleados públicos; puesto que al ser tal la delgadez regulatoria del artículo 47 bis TREBEP y emplazar a su delimitación o limitación a normas de rango reglamentario habitualmente pactadas, parece obvio que la Ley (TREBEP) ha declinado en este caso de sus funciones regulatorias en esta importante materia, mediante un reenvío en blanco que no dejará de generar potencialmente muchos problemas. En efecto, el alcance de los derechos se va a delimitar así en su ejercicio por normas reglamentarias, instrumentos de negociación colectiva y protocolos, sin cobertura legal específica en el propio TREBEP y basándose en la aplicación en frío o genérica del RGPD y la LOPDGDD, también por lo establecido en su título X.

Y, en fin, aparte de otras cuestiones, el artículo 47.5 bis TREBEP expone una regla que, como veremos, se reitera en el RDLTT:

*“El personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas se regirá, en materia de teletrabajo, por lo previsto en el presente Estatuto y por sus normas de desarrollo”*

Ello parece excluir, en principio, la aplicabilidad del RDLTD ni siquiera con carácter supletorio, aunque, como hemos dicho anteriormente, la cuestión es más compleja y puede ser asimismo fuente de algunos problemas normativos, pues es distinto que el legislador básico regule con detalle (aunque sea mínimo, pero no tan mínimo como para no decir casi nada) y abra luego el desarrollo normativo, legal o reglamentario, a las Comunidades Autónomas, a que el propio legislador básico opte por una suerte de remisión (casi) en blanco que incluso habilita para que, en materia laboral, la condición de empleado público permita que sus derechos se regulen por un reglamento gubernamental o por una normativa local, además con dispersión total y absoluta en sus previsiones. Esta operación normativa, tal como ha sido configurada, ofrece dudas más que razonables de ser ajustada a la Constitución, al reparto competencial y al sistema de fuentes que regula el ordenamiento laboral.

Tal como decía, sorprende que aspectos propios de una regulación material en el articulado del artículo 47 bis del TREBEP se recojan en el contenido del preámbulo de la norma excepcional. En efecto, es llamativo –y esto afecta directamente al objeto de este trabajo- cómo las referencias al derecho a la intimidad o a la desconexión digital, así como la importantísima cuestión de los deberes en materia de confidencialidad y de protección de datos estén recogidos únicamente en el preámbulo y no en la parte dispositiva del artículo 47 bis TREBEP.

No deja de ser una paradoja que, a diferencia de esta anomia absoluta del legislador básico de empleo público, el RDLTD, dictado en el ámbito de las competencias exclusivas del Estado en materia de legislación laboral (artículo 149.1.7 CE), regule un Capítulo III dedicado a los “derechos de las personas trabajadoras a distancia”, recogiendo, entre otros el derecho a la formación, a la promoción profesional, a la dotación y mantenimiento de medios y abono y compensación de gastos, a los derechos relacionados con el horario y registro horario, a la prevención de riesgos laborales, al ejercicio de los derechos colectivos, así como prevea otro Capítulo IV que tiene por objeto regular, dentro de las facultades de organización, dirección y control empresarial, los aspectos relativos a la protección de datos y seguridad de la información (de lo que nada dice la parte dispositiva del artículo 47 bis TREBEP), de las condiciones e instrucciones del uso y conservación de equipos, así como una regulación del derecho a la intimidad y protección de datos (que el Acuerdo despacha en una referencia incidental en la exposición de motivos) y la práctica reproducción del derecho a la desconexión digital recogido en el artículo 18 de la LOPDGDD. Nada de esto se regula en el TREBEP, con lo cual la conclusión es muy obvia: el legislador básico de régimen

estatutario de la función pública se ha diluido por completo y encomienda al poder normativo reglamentario y a la negociación colectiva la delimitación y límites de tales derechos. Una carta en blanco. Veremos cómo encaja en nuestro sistema de fuentes. Es más, aspectos tan trascendentales como la evaluación y planificación preventiva de las tareas (aquí sí que se utiliza correctamente el lenguaje) o la formación en competencias digitales se arrinconan también al preámbulo sin reflejo alguno en la parte dispositiva. Da la impresión de que el Real Decreto Ley 29/2020, de 29 de septiembre, ha establecido una suerte de norma básica dual, con un contenido de directiva en muchos casos y de habilitación a las administraciones pública y a la representación sindical para que configuren el teletrabajo como crean oportuno, esto es, con amplios márgenes de configuración normativa, con lo cual habrá actividades o tareas que en la administración periférica del Estado, en las administraciones autonómica, o en las administraciones locales (diputaciones, ayuntamientos, mancomunidades, comarcas, área metropolitana) no coincidan en sus marcos reguladores ni por tanto en las prestaciones de servicios. Una maraña regulatoria que, cuando menos, desorienta al ciudadano.

Lo preocupante es que deja la puerta entornada para que se cuele de rondón en la negociación colectiva la determinación de umbrales de teletrabajo en determinadas actividades profesionales que sean proporcionalmente disparatadas y que empeoren aún más la frágil e inconsistente asistencia presencial a la ciudadanía que buena parte de las Administraciones Públicas están teniendo durante esta ya larga pandemia (cuyos efectos se extenderán en el tiempo y pueden provocar efectos de deslegitimación letales para unas Administraciones que cada vez están dejando caer más el adjetivo de públicas, que es el que les da su sentido y finalidad). El único efecto de disuasión es que las Administraciones Públicas deberán proveer a tales *teletrabajadores* de todos los medios telemáticos (así como, en su caso, de las compensaciones que vía reglamentaria o en negociación colectiva se establezcan), lo cual, en época de crisis brutal puede ser un freno a su desarrollo efectivo, pues los costes de medios tecnológicos (y no digamos nada si en las normas de desarrollo “se pacta”, tal como decíamos, la cobertura del gas, electricidad, mobiliario, conexión Internet, etc.) pueden actuar como freno y retrotraer la expansión de esta modalidad de trabajo que tanto auge ha tomado en estas fechas. En cualquier caso, la negociación colectiva no implica que la Administración Pública, negociando de buena fe y exponiendo sus criterios objetivos de forma fundada, no pueda aprobar finalmente una norma que se aleje de lo planteado por los representantes sindicales, tal como ha venido reconociendo reiteradamente la propia jurisprudencia.

La aplicabilidad de esta normativa de medidas de urgencia en materia de teletrabajo en las Administraciones Públicas se contrae al ámbito de aplicación del TREBEP, por tanto no se extiende al personal de empresas públicas y fundaciones del sector público que les será de aplicación la normativa laboral (el RDLTD).

En conclusión, si se compara la normativa existente entre el “sector privado” y la del “sector público” personal TREBEP, el primer problema viene, por tanto, de lo que he calificado como *anorexia normativa básica* de la regulación del artículo 47 bis, pues –a diferencia de la buena factura técnica que tiene el Real Decreto-Ley 28/2020, como ha reconocido el profesor Rojo Torrecilla en referencia al anteproyecto-<sup>18</sup>, ese artículo del TREBEP da prácticamente todo por sabido, lo cual otorga un cheque en blanco a la normativa de desarrollo y a su desigual contenido.

## **2.- Ámbito de aplicación del artículo 47 TREBEP: en particular, el personal laboral.**

En lo que afecta al personal al servicio de las administraciones públicas habría que diferenciar en torno a la aplicación de la normativa de teletrabajo tres realidades, con alguna diferenciación entre ellas:

- a) Por un lado, el personal funcionario, que se le aplica en su integridad el TREBEP, si bien con las previsiones diferidas recogidas en la disposición final cuarta en relación con la disposición derogatoria única.
- b) Por otro lado, el personal laboral de aquellas administraciones públicas y entidades del sector público que se integran en el ámbito de aplicación (en aquellos ámbitos materiales que así se reconocen en esa normativa básica) del TREBEP (artículo 2), cuya aplicabilidad del TREBEP lo es solo en los términos establecidos en el artículo 7 de ese mismo texto legal, por lo que esa anomia reguladora absoluta en materia de teletrabajo es previsible que, a pesar de lo que prevé la disposición adicional segunda del RDLTT, pueda plantear algunos problemas aplicativos (al menos durante los períodos de interinidad hasta que se aprueben las “normas de desarrollo”, e inclusive también después).

---

<sup>18</sup> Ver: Eduardo Rojo Torrecilla: “El trabajo a distancia: reflexiones generales y análisis del anteproyecto de ley” <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/07/el-trabajo-distancia-reflexiones.html>

- c) Y, por último, el personal empleado por empresas públicas y fundaciones de carácter público al que no se le aplicará lo dispuesto en el artículo 47 bis TREBEP y en sus normas de desarrollo, sino lo establecido en el Real Decreto-Ley 28/2020, de 22 de septiembre, de trabajo a distancia.

Con el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, la disposición adicional segunda del decreto-ley 28/2020, expone lo siguiente:

*Las previsiones contenidas en el presente real decreto-ley no serán de aplicación al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, que se regirá en esta materia por su normativa específica*

El problema que surge de inmediato es que, cuando tal norma excepcional se aprueba, no hay, sin embargo, *normativa específica*, puesto que el TREBEP no se había modificado aún ni menos todavía se ha producido desarrollo normativo alguno (salvo en aquellas administraciones públicas que hayan regulado el teletrabajo). Por ello, la disposición transitoria segunda del RDLTD, también referida al personal laboral, prevé la aplicación transitoria, sólo para este tipo de personal, del artículo 13 del ET, que para el resto del personal laboral se deroga a partir de la entrada en vigor del RDL (13 de octubre de 2020). Y ello puede ser objeto de confusión. En esos términos se expresa la citada disposición transitoria segunda del RDLTD:

Una pintoresca derogación relativa o atenuada en función de los destinatarios de la norma, que podría dar algunos quebraderos de cabeza en la aplicación de la normativa de empleo público, sino se interpreta correctamente. Por ejemplo, ¿cabe entender que una vez se incorpore al ordenamiento jurídico el artículo 47 bis TREBEP ya se pueden considerar que se ha cumplido el presupuesto normativo transitorio de regirse por “su normativa específica” o, dada la escasísima densidad normativa de la regulación básica, el artículo 13 seguiría desplegando algún tipo de función? Lo que parece excluir por completo el RDLTT es la aplicación de sus reglas al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, pero ello no está tan claro al menos mientras por tales normas de desarrollo se baje al detalle y se mejore en la medida de lo posible ese régimen jurídico solo aplicable, en principio, al sector privado. No lo parece, puesto que la regulación establecida en ese artículo es aún más limitada, si cabe, que la prevista en el artículo 47 TREBEP, por lo que prácticamente nada añade.

Por consiguiente, todo parece apuntar a que una vez dictada la modificación del artículo 47 bis TREBEP, sería ésta la regulación aplicable al personal laboral al servicio de las administraciones públicas, quedando sin efecto la aplicación temporal del artículo 13 ET en los términos anteriores, pero ya veremos cómo reacciona la jurisdicción social frente a demandas de mejor derecho basadas en la regulación del Real Decreto-Ley 28/2020, si bien la interpretación correcta es que este no sería aplicable al personal laboral de las administraciones públicas definido en el ámbito de aplicación del artículo 2 TREBEP, pero sí al personal laboral de empresas públicas y fundaciones del mismo carácter.

En cualquier caso, se ha mostrado alguna opinión que defiende que el RDL 28/2020 también es aplicable al personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas, tesis que se comparte. La condición de empleados públicos les sustrae de toda aquella normativa laboral que se haya dictado como competencia exclusiva del Estado en la materia. Pero aún se pueden plantear tensiones entre ambos conjuntos normativos, ya que esta regulación del teletrabajo como una modalidad del trabajo a distancia entra en muchas facetas que no solo son organizativas, sino también de regulación sustantiva de derechos o condiciones de la relación laboral que, puede tener sentido su diferenciación si es una manifestación de las potestades de autoorganización de las administraciones públicas, pero que pueden generar tensiones o potenciales problemas al declinar el legislador básico la regulación de los derechos vinculados con esa modalidad de la prestación laboral y realizar una habilitación casi en blanco a “la normativa de desarrollo”, que puede ser perfectamente de rango infralegal o incluso por acuerdo o acuerdo de condiciones comunes o convenio colectivo.

No es lo mismo, por tanto, que el legislador básico de empleo público regule minuciosamente los derechos “(para)estatutarios” que tendrá el personal laboral al servicio de las Administraciones Públicas por medio de una Ley de detalle con contenido básico que cuartear esa regulación en sus grandes trazos a favor de los distintos niveles de gobierno, lo que puede dar lugar a la emergencia de decenas, centenares o miles de regulaciones que, con base en esa habilitación genérica, exceptúan la aplicabilidad de la legislación laboral por autolimitación de esta última. Muy coherente, al menos, no parece este modelo. Habrá que esperar, no obstante, a lo que al efecto diga la jurisdicción social, pero los términos normativos en cuanto a fuentes aplicables (al margen de la confusa transitoriedad condicionada de una norma que cuando se dicta aún no estaba derogada pero en trámite de serlo) conduce derechamente a que también al personal laboral de las Administraciones Públicas recogidos en el ámbito de aplicación del artículo 2 TREBEP se les aplicará el artículo 47 bis TREBEP y las normas de desarrollo que se dicten por las Comunidades Autónomas o por las entidades locales.



Por consiguiente, el marco regulatorio del trabajo a distancia en el empleo público es hasta la fecha muy precario. Y esa precariedad no parece que se vaya a resolver a corto plazo, puesto que el artículo 47 bis TREBEP reenvía a las “normas de desarrollo”, que en principio cabe presumir que serán leyes (en el caso de Comunidades Autónomas) o, en su defecto, reglamentos autonómicos o locales; aunque, en ausencia de tales normas, se plantea la duda de si esa regulación puede hacerse por acuerdos, dado que estos una vez ratificados y aprobados por los órganos competentes tienen valor normativo. La intención que parece advertirse en el artículo 47 bis TREBEP es que no se escale esa regulación: Ley básica/Ley autonómica de desarrollo/disposiciones reglamentarias, puesto que se habilita a que sea a través de estas últimas, previa negociación colectiva, como se regule el teletrabajo en el ámbito público. Se trata, por tanto, de una regulación *per saltum* y con importantes consecuencias en la fragmentación del modelo del estatuto de los derechos de los empleados públicos y en el sistema de prestación de servicios públicos a la ciudadanía.

Algunas dudas plantea que el alcance de la negociación colectiva en la determinación de los contenidos de esa regulación afecte a potestades de organización de las administraciones públicas, puesto que se trata de un ámbito exento de tal negociación; aunque, al no expresar nada el TREBEP al respecto, los agentes sociales pretenderán hacer extensiva (algo que no puede hacerse en este caso) la cláusula de habilitación material como la recogida en la disposición adicional primera, apartado 1 del RDL 28/2020 (que reenvía a los convenios o cuerdos colectivos la identificación de los puestos de trabajo y funciones que pueden ser susceptibles de ser realizados a través del trabajo a distancia).

El TREBEP nada regula al respecto, aunque paradójicamente tras la LOPDGDD sí que incluyó los derechos digitales (artículo 14 j) bis TREBEP), pero nada se dijo allí en relación con el teletrabajo, salvo por reenvío lo dispuesto en el artículo 88.3 LOPDGDD en relación con el derecho de desconexión digital y el trabajo a distancia; por lo que, en la medida en que ese contexto de ejercicio de la actividad profesional de los empleados públicos se podía realizar fuera del centro de trabajo (oficinas o centros de trabajo) se ha ido regulando en algún caso por Ley (que en los pocos casos que se ha hecho habilita a la regulación de la materia por reglamentos), en otros por decretos o normas reglamentarias (también locales), mientras que en su mayor parte lo ha sido por medio de acuerdos de condiciones de trabajo, que se han impulsado especialmente a partir de la irrupción de la pandemia.

#### **IV.- Los derechos digitales: naturaleza, alcance y regulación legal**

La regulación de los denominados derechos digitales se llevó a cabo un tanto sorpresivamente por la LOPDGDD (Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre). Como expuse en su día, ese inesperado título X, cuya relación material con la regulación sustantiva es más que discutible, se coló como “Caballo de Troya” en la propia LOPD<sup>19</sup>, que condujo así a modificar su enunciado añadiendo la locución “y de garantía de los derechos digitales”, que es como se enuncia el citado título. No es objeto de análisis en estos momentos esta cuestión que ya traté con un enfoque más general en esa publicación citada. Baste con indicar que el problema de los derechos digitales radica precisamente en que carecen de sustantividad propia, ya que se anudan todos ellos al derecho-matriz de la intimidad y, de forma más instrumental, al derecho a la protección de los datos personales. Además, esa regulación se ha hecho en la LOPDGDD con desigual intensidad, pues unas veces más que derechos se reconocen principio programáticos o directivas de actuación, en otros se identifican derechos (más bien manifestaciones puntuales de un derecho matriz) y, en ocasiones, trasladan al plano normativo pronunciamientos jurisprudenciales previos.

Dada la mayor o menor relación con derechos fundamentales que tienen reflejo en la sección I, del capítulo II del título I de la Constitución, en unos casos el derecho regulado está reservados a ley orgánica y en otros a la ley ordinaria (en función de su mayor o menor parentesco con los derechos recogidos en los artículos 18.1 y 18.4 CE). Tales derechos están diseminados por ese título X de la LOPDGDD que, en cualquier caso, reúne realidades muy distintas, además alejadas en ocasiones del enunciado de “garantías” que pretende la norma, pues muchos de esos derechos – como ya se ha expuesto- no pueden ofrecer tales garantías porque sencillamente tienen un contenido de principios, mientras que otros son reflejo de la trayectoria jurisprudencial, para, en fin, reflejarse algunos con un contenido algo más normativo, pero en general difícilmente aplicables por sí mismos (con reenvíos a esas manifestaciones del *soft law* como son los “criterios” o “protocolos”), lo que requiere intervenciones normativas complementarias, acuerdos o convenios colectivos o, en su caso, la elaboración de

<sup>19</sup> *Introducción al nuevo marco normativo ...*, cit.

tales criterios o protocolos que la Administración o la empresa dicten en ejercicio de sus poderes o facultades de dirección y control.

Tal como se viene insistiendo, en las Administraciones Públicas la determinación de esos criterios o protocolos se conectan estrechamente con el núcleo duro de las potestades de autoorganización, que parece así verse más debilitado aún por someter tales criterios a un ámbito de negociación colectiva en unos casos y de participación de los representantes sindicales en otros, algo esto último que puede parecer razonable siempre que, en última instancia, se salvaguarde el núcleo duro de las potestades de control y dirección de la Administración Pública en un sistema estatutario que, si así no se hace, se puede deshilar con el paso del tiempo. Efectivamente, estas facultades de dirección se han visto parcialmente afectadas por crecimiento del ámbito o esfera de la negociación colectiva que se ha adentrado en espacios propios de aquéllas, y que se erige así en palanca que *desestatutoriza* una relación de servicios en la que los poderes públicos cada vez son menos poderes y también menos públicos, ofreciendo un espacio a la regulación compartida en una serie de cogobierno en la que el poder normativo formalmente es de la institución, pero materialmente se comparte tras un vacío o anomia legal que regula prácticamente en blanco una realidad que no debería ser objeto nunca de tan particular abandono. Así no sorprende, tal como se ha visto, que la propia exposición de motivos del Real Decreto-ley 29/2019 utilice, de forma absolutamente incorrecta, la expresión “cogobernanza” para referirse a la participación, entre otros actores, de los sindicatos en la gestación de esa norma<sup>20</sup>.

Con estas limitaciones, sí es oportuno, como expone el enunciado de este trabajo, hacer mención a aquellos derechos digitales que tienen una conexión material o directa con el teletrabajo, pues no son realmente todos y algunos de ellos tienen unos vínculos más mediatos o indirectos, mientras que otros los tienen más estrechos o próximos. A todos ellos nos referimos en el próximo epígrafe. Antes, conviene centrar la atención en los elementos más generales del problema que toca abordar.

En efecto, no cabe ocultar que esta cuestión de los derechos digitales en el empleo tiene infinitas aristas y muchos problemas aplicativos. La doctrina laboralista está prestando particular atención a esta problemática<sup>21</sup>, situación que contrasta con el escaso interés aún que hasta ahora ha despertado este problema de los derechos digitales de los empleados públicos en la doctrina de Derecho Público<sup>22</sup>. Pero estos serán tratados en los dos epígrafes siguientes de este trabajo. Ahora solo interesa referirse a aquellas cuestiones que, con carácter general, están imbricadas de en esa relación estrecha y directa entre teletrabajo y derechos digitales.

En cualquier caso, al margen de lo que se dirá, se ha de tener en cuenta que en la actividad profesional del teletrabajo se puede ver afectada en gran medida la protección de datos de carácter personal, tanto de quien es

<sup>20</sup> En estos términos se expresa la exposición de motivos: “La redacción contenida en este real decreto-ley es fruto del diálogo fluido entre las distintas Administraciones Públicas y las organizaciones sindicales, ejemplo de cogobernanza en una administración pública multinivel”. Ni qué decir tiene que es el gobierno multinivel es una de las características de la noción de gobernanza, pero no de la horrorosa expresión de “cogobernanza” (por otra parte inexistente, en cuanto pleonazgo). Mal está que la política o el periodismo caigan en error tan básicos, pero peor aún es que lo haga un “legislador de excepción” que da muestras así de pura ignorancia de lo que es la Gobernanza.

<sup>21</sup> Ver, por ejemplo, algunos de los estudios recogidos en el número monográfico sobre: “Las facultades de control empresarial ante los cambios tecnológicos y organizativos de la *Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social* número 150”. Asimismo, los temas de vigilancia y control de la actividad telemática (aunque no solo del teletrabajo), fuente de innumerables problemas prácticos y aplicativos, se tratan en la obra colectiva de A. Rodríguez-Piñero y M Todolí Signes, *Vigilancia y control en el Derecho del Trabajo digital*, Aranzadi, 2020.

<sup>22</sup> Es curioso que sea la doctrina laboralista la que se adentre en este campo de los derechos digitales de los empleados públicos con una mirada propia del Derecho Laboral y dando un espacio muy intenso a los instrumentos de negociación colectiva, lo que es una muestra más de ese proceso de *desestatutorización* que el Derecho de la Función Pública tiene tras la inserción del personal laboral en un Estatuto Básico que se ha visto, así salpicado de la lógica puramente laboral y ha terminado por destruir la propia noción de función pública y su régimen estatutario. Ver, por ejemplo, los trabajos de Aelxandre Pazos Pérez, “El derecho a la descoexión digital en el empleo público”; Marta Arrúe Mendizábal, “Los derechos a la intimidad a la propia imagen y a la protección de datos de los empleados públicos versus el control por parte de la Administración”; o Marís Sepúlveda Gómez, “Negociación colectiva y derechos digitales en el empleo público”; todos ellos recogidos en la *Revista General del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, número 54, 2019.

empleado público (un aspecto que ha sido tratado por diferentes autores, entre ellos Arroyo Yanes<sup>23</sup>) como, de forma directa o indirecta, de la propia ciudadanía (en el manejo de datos personales, en algunos casos incluso datos sensibles); no sólo, aunque especialmente, cuando en el desarrollo de la actividad profesional a distancia se traten datos personales de ciudadanos concretos, sino también de forma indirecta por las consecuencias que un uso intensivo y extensivo del teletrabajo puede generar en la transformación de la Administración Pública en un ente invisible, que admite con cuentagotas una atención directa, presencial y física de la ciudadanía, pero que, asimismo, puede generar problemas inmensos de brecha digital que afectan a colectivos y personas especialmente vulnerables). Como veremos en su momento, una mala aplicación del teletrabajo (esto es, si se aplica de forma intensiva a un buen número de puestos de trabajo puede tener implicaciones sobre la prestación de servicios a la ciudadanía).

Y la afectación a datos de carácter personal como consecuencia del teletrabajo no es un tema menor. En efecto, el problema puede adquirir tintes importantes cuando afecta a los empleados públicos, por ejemplo en el uso de medios de control o especialmente en la realización de actividades laborales que implican captación de imágenes (a través de reuniones telemáticas, entrevistas o videoconferencias) y que pueden, así, afectar a la intimidad, a la propia imagen e inclusive erosionar gravemente el derecho a la protección de datos personales, que tan incisivamente han ido salvaguardando las autoridades de control, pero que en este nuevo contexto se aventura que las tensiones y problemas serán cada vez más crecientes. Piénsese, por ejemplo, que a través de tales captaciones de imágenes del interior de una estancia, y por medio de las cuales la Administración “entra” en el domicilio del empleado público (algunas veces se introduce, valga la metáfora, en “la propia cocina”, si es allí donde realiza circunstancialmente la actividad de teletrabajo el empleado público). Es verdad que hay soluciones telemáticas, al menos en algunos programas, para establecer fondos de pantalla estandarizados que eviten que más allá de la imagen y de la voz de la persona y, en su caso, de la documentación o información que haya que mostrar, no se visualice nada más. Todavía se utiliza poco, pero en los programas de Team y en otros similares esa opción existe y en otros casos se puede importar. Esta es una cuestión que debiera estar reflejada en los protocolos o criterios sobre teletrabajo desde el propio domicilio. Pero aún así, pueden existir irrupciones o interrupciones sonoras o visuales en plena comunicación telemática que ofrezcan datos o informaciones con las cuales, mucho más si se visualiza la estancia, se puedan definir elementos del perfil de la personalidad de los propios empleados públicos o hacerse una idea cabal de dónde viven (qué espacio ocupan, con qué grado de confort, y otras imágenes que, directa o indirectamente, pueden servir para definir gustos o inclinaciones, etc.). Por consiguiente, mediante captación de imágenes de la estancia o de la propia persona (en esta caso la afectación a datos biométricos es obvia), se pueden configurar perfiles y, por consiguiente, afectar a la intimidad personal y familiar, a la propia imagen, a la inviolabilidad del domicilio, al secreto de las comunicaciones (mediante control remoto) o, en fin, a la protección de datos de carácter personal. Y, no digamos nada de aquellos casos en que los empleados públicos desarrollan actividades telemáticas con sus propios medios tecnológicos, donde se ha de limitar directamente las facultades que tenga la Administración de supervisar o controlar determinados contenidos<sup>24</sup>.

En fin, en desarrollo de las actividades profesionales por los empleados públicos de forma telemática se plantean innumerables problemas vinculados con el derecho a la intimidad y con la protección de datos personales de los empleados públicos. Tales problemas se han hecho más “visibles” a partir del duro confinamiento de los meses de marzo, abril y parte de mayo, puesto que en ese período el recurso a medios telemáticos y a la utilización de videoconferencias ha sido realmente masivo, y donde la ciudadanía, en general, ha regalado sus datos a las grandes empresas tecnológicas y, en su caso, a las propias administraciones públicas. La privacidad ha perdido muchísimo terreno frente a las situaciones de necesidad o de excepcionalidad.

La profesora Rodríguez Escanciano, en un breve artículo (post) publicado tras la salida del estado de alarma, reflexionaba sobre lo que denominaba como “los contornos de la supervisión empresarial”, en lo que afecta a las

<sup>23</sup> “La digitalización de las Administraciones Públicas y su impacto sobre el régimen jurídico de los empleados públicos”, *RVOP*, 15, 2018, pp. 82 y ss.

<sup>24</sup> Esta práctica, aunque vedada desde el punto de vista normativo (sobre todo en el “sector privado”; puesto que en el público el proceso de adaptación normativa puede prolongar por seis meses el teletrabajo con medios propios del empleado público), se conoce como “BYOD”, en sus siglas del inglés (*Bring your own device*), que se traduciría por “trae tu propio dispositivo”, y que puede tener riesgos evidentes para los derechos fundamentales de la persona vinculados con el control remoto de la actividad profesional, la geolocalización, etc.)

relaciones laborales y el teletrabajo en plena pandemia<sup>25</sup>. Allí se hacía eco de que la regulación recogida en el artículo 5 del Real Decreto Ley 8/2020, de 17 de marzo, fue una regulación del teletrabajo forzada por razones epidemiológicas y, por tanto, una normativa excepcional. En todo caso, ya se vislumbraban entonces innumerables sombras en ese sistema excepcional que exigían, como se ha hecho, una revisión a fondo del obsoleto artículo 13 del Estatuto de los Trabajadores. En el sector público, la concreción de esas medidas excepcionales de un teletrabajo de circunstancias se llevó a cabo a partir de resoluciones o acuerdos unas veces pactados con la representación sindical y otras adoptados de forma unilateral, pero normalmente con el mismo esquema de funcionamiento, distinguiendo servicios esenciales (que requerían normalmente presencia física) con servicios no esenciales que implicaba teletrabajar o, en algunos casos (ante la imposibilidad material o fáctica de hacerlo), una justificación para no asistir al centro de trabajo, aunque en todos los casos percibiendo las retribuciones íntegras como si de trabajo plenamente efectivo se tratara. En efecto, como bien dice la autora, la regulación del RDL 8/2020 era improvisada y provisional, también lo era la realización de ese teletrabajo circunstancial propio de una emergencia sanitaria, pero ese uso intensivo de la fórmula del teletrabajo en la Administración Pública conllevaba una afectación directa a los derechos de los empleados y en algunos casos un debilitamiento de los sistemas de protección de datos personales de la ciudadanía por no adoptarse cabalmente los sistemas de seguridad necesarios y todo ello sin que se hubiera renovado el marco normativo ni establecido determinadas pautas o protocolos<sup>26</sup>, como tampoco se habían negociado realmente el modo y manera en que tales sistemas de trabajo remoto podían afectar a determinados derechos de los empleados públicos o de los propios ciudadanos. Tal como se dijo, se hizo lo que se pudo. Pero algunos meses después la situación no ha mejorado, aunque se haya hecho un aprendizaje colectivo que siempre se ha de tener presente.

Como señalaba la profesora Rodríguez Escanciano, “cuando el trabajador utiliza intensivamente equipos infotelemáticos todas sus acciones quedan registradas con extraordinaria precisión y fiabilidad, bien de forma directa y en tiempo real, bien de manera diferida, mediante la utilización de sistemas *in accounting* o técnicas de inteligencia artificial altamente nocivas que permiten obtener fácilmente una visión muy cercana de los usos de los dispositivos (profesional y personal) y de los patrones de comportamiento del titular”. Tal como concluye, “el trabajador se vuelve totalmente transparente”. Ello ocurre ya, en cierto modo, en el trabajo presencial, pero en éste las tareas y las relaciones profesionales (ya sean consultas, intercambios, reuniones) no focalizan tanto la atención sobre el dispositivo o pantalla, por lo que en las relaciones telemáticas este aspecto de control es mucho más intenso. Ciertamente, el empleado público no percibe ese control remoto, pero todas sus actividades quedan registradas, más aún si lleva a cabo búsquedas por Internet o si realiza algún tipo de uso privado de los recursos tecnológicos puestos a su disposición para ejercer su actividad profesional en horas de trabajo. El problema es que, a pesar de los intentos del legislador, en el teletrabajo el formato tradicional de “jornada” o de “reloj industrial” no tiene sentido que siga el mismo patrón que la jornada presencial, menos aún cuando dentro de la modalidad de teletrabajo se admite sin discusión aparente el que lleve actividades de teletrabajo quien tiene menores o dependientes a su cargo que, como se ha dicho con razón, son en sí mismas actividades incompatibles en no pocas ocasiones con la actividad profesional. Efectivamente, mientras estás desarrollando una actividad profesional o el ejercicio de determinadas tareas funcionales no puedes hallarte en paralelo desplegando el cuidado de menores o de personas dependientes, no son actividades compatibles en el tiempo ni en el espacio. Frente a estas intromisiones en el derecho a la privacidad, en la afectación a los datos de carácter personal (imágenes, voz, información y consultas en páginas Web, correos electrónicos, etc.), la citada autora proponía la necesidad de establecer *vetos legales expresos* que hicieran posible un equilibrio entre el poder legítimo de inspección empresarial y la privacidad del trabajador.

<sup>25</sup> “Teletrabajo y control de actividad: propuestas de lege ferenda”. *Transforma W*, 29 de junio de 2020.

<sup>26</sup> Sobre esta cuestión, el trabajo ya citado de Ascensión Moro Cordero, Ascen Moro en el Blog *Análítica pública*, que lleva por título “Hacia una nueva dimensión del gobierno abierto”, <https://analiticapublica.es/hacia-una-nueva-dimension-del-gobierno-abierto/>. Asimismo, de esta misma autora, desde una perspectiva más general que se adentra en el cambio de paradigma que comporta esa nueva normativa de protección de datos y con referencia sucinta a los derechos digitales, ver: “La protección de datos en un escenario de transformación integral de las Administraciones Públicas”, *Protección de Datos. La privacidad al servicio de la ciudadanía*, El Consultor de los Ayuntamientos, especial, julio, 2019, pp. 35 y ss.

En verdad, como reconoció el profesor Arroyo Yanes, todas las cuestiones vinculadas con los derechos de los empleados públicos en este ámbito del teletrabajo entran dentro de esa transformación digital *interna* de las Administraciones Públicas<sup>27</sup>, pero depende cómo se resuelva ese enfoque endógeno puede tener mayores o menores impactos sobre la ciudadanía, particularmente con la atención ciudadana y la prestación de asistencia presencial y física a sus necesidades y demandas, como luego se dirá de modo sucinto.

En todos esos tratamientos de datos personales, también de los empleados públicos, entran en juego, sin duda, los principios recogidos en el artículo 5 del RGPD, y entre ellos especialmente el de licitud del tratamiento y transparencia, la concreción de que tal tratamiento tenga unos fines determinados y que su uso se restrinja a esa finalidad (limitación de la finalidad), la limitación del tratamiento a la finalidad requerida (minimización de datos) y, entre otros, la limitación del plazo de conservación de tales datos (especialmente, aunque no solo, en el caso de captación de imágenes por medio de videoconferencias). Es, por tanto, necesario que se cumplan las exigencias derivadas del principio de proporcionalidad en la intervención o tratamiento de tales datos personales, por lo que debe precisarse si el tratamiento es idóneo, necesario y su cumplimiento el criterio de proporcionalidad estricta (si no existe otro medio que interfiera menos el ejercicio de los derechos y alcance el mismo resultado).

Asimismo, es obvio que la base legítima de este tipo de tratamiento de datos (licitud del tratamiento) se basa principalmente en el cumplimiento de una obligación legal o en el ejercicio de potestades públicas o cuando el tratamiento es necesario para el cumplimiento de una misión realizada en interés público (artículo 6 RGPD), pero que, en nuestro caso, el artículo 8 de la LOPDGDD exige que tales tratamientos deban disponer del soporte expreso de una ley o norma jurídica con rango de ley.

La LOPDGDD, en su disposición adicional duodécima recoge expresamente que “los tratamientos de los registros de personal del sector público se entenderán realizados en el ejercicio de los poderes públicos conferidos a sus responsables” de acuerdo con lo establecido en el artículo 6.1 e) RGPD. Se modula, entre otras cosas, el régimen de limitación del tratamiento a las condiciones que se exponen en el apartado 3 de esa disposición adicional siempre en conexión con el artículo 18 del RGPD, admitiéndose el tratamiento de tales datos “cuando sea necesario para el desarrollo de los procedimientos de personal”.

En realidad, al ejercer las Administraciones Públicas competencias directas vinculadas a sus potestades públicas o desarrollando misiones en interés público, así como al exceptuar los tratamientos de los registros de personal del sector público de las exigencias derivadas del RGPD y de la LOPDGDD, puede dar la impresión de que la actividad de teletrabajo estaría amparada por tales previsiones de carácter genérico y, por consiguiente, no plantearían problema alguno en cuando a la exigencia de reserva de ley que requiere la LOPDGDD.

No obstante, siendo esto cierto en términos generales, cabría plantear algunas dudas al respecto que en su momento irán resolviendo las autoridades de control y, en su caso, los tribunales de justicia. Sin duda, antes de la LOPDGDD ello era así, puesto que el carácter voluntario del teletrabajo y su solicitud por el propio empleado público conllevaba una aceptación tácita o expresa, según lo casos, del consentimiento en relación con los datos de carácter personal que se pudieran ver afectados. Hoy en día, sin embargo, tras la entrada en vigor de la LOPDGDD, se puede poner en duda que esa regulación sea base legítima suficiente, en cuanto que no precisa el modo de prestación de la actividad y las implicaciones que ello tiene, para exceptuar completamente el teletrabajo de la aplicación del binomio RGPD-LOPDGDD. A mi juicio, hubiese sido mucho más preciso que en la regulación básica del empleo público (artículo 47 bis TREBEP) se hubiese incluido una regulación que habilitara al tratamiento de datos personales en todo caso y en cualquier circunstancia cuando se desarrollara el trabajo por la modalidad a distancia, sin que quedaran afectados los datos de los empleados públicos por los tratamientos derivados de tal actividad.

Y ello se puede ver de forma más precisa si tenemos en cuenta que la noción de dato personal se amplió materialmente por la regulación del RGPD, donde se incluyen realidades nuevas en esa noción al margen de las que ya estaban asumidas normativa y en la doctrina jurisprudencial, pero especialmente se produjo un cambio cualitativo como fue incluir los datos biométricos como categoría especial de datos personales (artículo 9), amparados por tanto con una protección especial. Bien es cierto que este tipo de tratamientos de datos derivados del teletrabajo se podrían subsumir en la excepción recogida en el artículo 9.2 b) relativa al tratamiento que “es necesario para el cumplimiento de las obligaciones y el ejercicio de derechos específicos del responsables del

---

<sup>27</sup> Ver el trabajo antes citado: “La digitalización de las Administraciones Públicas y su impacto sobre el régimen jurídico de los empleados públicos”, *RVOP*, 15, 2018.

tratamiento o del interesado en el ámbito del Derecho laboral y de la seguridad y protección social, en la medida en que así lo autorice el Derecho de la Unión de los Estados miembros o un convenio colectivo (...) que establezca garantías adecuadas del respeto de los derechos fundamentales y de los intereses del interesado (afectado, en este caso empleado público)”.

Pero cabe insistir que, dada la capacidad de intromisión e injerencia en los derechos fundamentales que puede acarrear el ejercicio de una actividad profesional por medio del teletrabajo, hubiese sido mucho más oportuno densificar la regulación legal con unos principios y reglas de mínima precisión, habilitando en su caso a las normas de desarrollo e instrumentos de negociación colectiva la regulación en detalle de tales cuestiones, sin perjuicio de la elaboración de los criterios o protocolos necesarios para tales finalidades, pero siempre con un marco legal más explícito, sobre todo porque limitar derechos fundamentales sólo puede llevarse a cabo a través de una norma con rango de ley o, en su caso, de ley orgánica.

Hay ausencia de cualquier referencia a tales cuestiones en el TREBEP (artículo 47 bis), ya que nada se dice al respecto, salvo unas enormes vaguedades recogidas en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 29/2020, donde se limita a indicar que tal regulación preserva los derechos correspondientes de los empleados públicos “manteniéndose los derechos correspondientes tales como el derecho a la intimidad o la desconexión digital y prestando una especial atención a los deberes en materia de confidencialidad y protección de datos”.

Sin embargo, si se analiza la propuesta normativa del artículo 47 bis TREBEP se advierte con claridad que nada de ello dice, limitándose a recoger una cláusula genérica de que el personal que preste servicios mediante teletrabajo “tendrá los mismos deberes y derechos, individuales y colectivos, recogidos en el presente Estatuto que el resto del personal que preste sus servicios en modalidad presencial (...)”. No hay, por tanto, ni una sola referencia al derecho a la intimidad o al derecho a la protección de datos personales de los empleados públicos en el ejercicio de tales funciones deslocalizadas y con medios telemáticos. Como si el problema no existiera y pudiese dar ningún quebradero de cabeza, que serán múltiples los que produzca y deberán ser las autoridades de control y posteriormente los tribunales de justicia quienes reparen tales posibles invasiones o lesiones de los derechos a la intimidad o a la protección de datos personales.

Una vez más se advierte la anomia normativa de la regulación del TREBP frente a la densidad regulatoria (en unos casos amplia y en otros más liviana) del RDL 28/2020 en lo que respecta a derechos en el trabajo telemático y, en menor medida, a los propios derechos digitales. Al menos, el artículo 17.2 y 3 RDLTD, tras recordar en su apartado 1 que la utilización de medios telemáticos “garantizará adecuadamente el derecho a la intimidad y a la protección de datos”, establecen dos reglas que conviene reproducir en estos momentos:

*2. La empresa no podrá exigir la instalación de programas o aplicaciones en dispositivos propiedad de la persona trabajadora, ni la utilización de estos dispositivos en el desarrollo del trabajo a distancia.*

*3. Las empresas deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos legal y constitucionalmente. En su elaboración deberá participar la representación legal de las personas trabajadoras.*

*Los convenios o acuerdos colectivos podrán especificar los términos dentro de los cuales las personas trabajadoras pueden hacer uso por motivos personales de los equipos informáticos puestos a su disposición por parte de la empresa para el desarrollo del trabajo a distancia, teniendo en cuenta los usos sociales de dichos medios y las particularidades del trabajo a distancia.*

Se veda, por tanto, la utilización de dispositivos propios en el desarrollo del trabajo a distancia (algo que también se puede deducir del artículo 47 bis, punto 4, del TREBEP; aunque, todo hay que decirlo, no se explicita de forma tan categórica), pero especialmente refuerza esa prohibición con otra previa, al impedir que la empresa pueda exigir la instalación de programas o aplicaciones en los dispositivos personales. Sin embargo, más importancia tiene el punto 3 al reconocer que se deben fijar unos criterios de utilización de los dispositivos digitales de tal modo que salvaguarden los estándares mínimos de protección de su intimidad “de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos legal y constitucionalmente”. La referencia a los “usos sociales” (una noción que ya estaba incorporada en la LOPDGDD, por ejemplo en el artículo 87.3) abre un campo de incertidumbre amplio que se deberá acotar, sin duda, en la determinación de los criterios pertinentes o protocolos (ese *soft law* que se ocupará nada más y nada menos que delimitar el ejercicio de derechos fundamentales tan importantes como los indicados). Y en ese proceso se exige “la participación” (que no la negociación *stricto sensu*) de la representación legal de las personas trabajadoras.

Un interés especial tiene, asimismo, la regulación del uso por motivos personales que puedan hacer los trabajadores de los equipos puestos a su disposición por parte de la empresa, remitiendo a que su concreción se lleve a cabo por medio de “convenios o acuerdos colectivos” que deberán fijar los términos de tal uso, donde una

vez más se acude a la vaga locución de los “usos sociales” de dichos medios que no se termina de comprender bien en este caso, al menos si nos referimos a ordenadores portátiles (¿permite ello que el trabajador pueda navegar fuera de horas de trabajo por páginas Web o conectarse a las redes sociales?; ¿Y la trazabilidad de tales visitas son responsabilidad de la empresa o del propio trabajador, cuando la IP registrada es de la primera?; ¿no puede la empresa inmiscuirse en tales actividades extralaborales utilizando medios propios de aquella dado que afectarían al derecho a la intimidad personal?). Las preguntas podrían multiplicarse.

Pero como puede observarse en esa normativa mínima que es el Derecho Laboral estas cuestiones al menos se tratan y en algunos casos se delimita el ejercicio de los respectivos derechos, una tarea a la que ha declinado el legislador básico de empleo público, que lisa y llanamente abandona toda esa regulación a lo que digan, más que probablemente, una serie de normas reglamentarias pactadas en la negociación colectiva que podrán regular configuraciones del ejercicio de tales derechos diferenciadas y distintas según la Administración Pública de la que se trate. También en este punto las fuentes de conflicto pueden ser numerosas, ya sea con las autoridades de control en materia de protección de datos (aunque la blandura del régimen sancionador previsto en el artículo 77 LOPDGDD “anime” a las Administraciones Públicas a que no se tomen en serio ni el derecho a la intimidad ni el derecho a la protección de datos personales, tampoco de sus propios empleados públicos.

Nada de esto se regula en el TREBEP dando pie a que tales contenidos normativos sean determinados por normas de desarrollo, que, en su caso, serán la mayor parte reglamentarias, cuando no convencionales. Surge, así, de inmediato la pregunta obvia: ¿Puede un reglamento sea autonómico o estatal, regular limitaciones, restricciones o afectaciones a un derecho fundamental como es la intimidad o la protección de datos, o reinterpretar en qué casos se produce una afectación, restricción o limitación? La primera cuestión parece tener una respuesta negativa, al menos en principio, y sobre todo si lo aplicamos a la regulación del TREBEP (artículo 47 bis). La segunda requiere algunas precisiones, puesto que, si comparamos la previa regulación del trabajo a distancia en el ámbito laboral “privado”, el propio artículo 17.2 RDLTD establece una habilitación para que por medio de criterios de utilización de los dispositivos se adopten una serie de medidas, una lectura alineada con la propia jurisprudencia constitucional (al reconocer que en ese proceso debe participar la representación de los trabajadores). También el artículo 17.3 habilita a que sea por convenio o acuerdo colectivo cómo se determine el uso personal de los dispositivos proporcionados por la empresa para *teletrabajar*. En materia de derecho a la intimidad y protección de datos, el RDLTD al menos establece un marco regulatorio mínimo sobre el cual deberá después desplegar su concreción los instrumentos de negociación colectiva o los protocolos o criterios. Pero, paradójicamente, una vez más, nada de eso se recoge en el TREBEP. Lo cual no es sino desconcertante y muestra en grado sumo el abandono del legislador que ha sido sencillamente supino.

Todo ello conduce derechamente a resaltar la notable insuficiencia en la regulación material recogida en artículo 47 bis del TREBEP si se pretende avalar una injerencia o invasión de la intimidad y de la protección de datos personales del empleado público por parte de la Administración Pública, pues la base de legitimación que ostenta o la licitud del tratamiento no ha sido ni siquiera mínimamente recogida en una norma con rango de ley, pudiendo hacer un uso genérico (y probablemente insuficiente por los intereses que hay en juego) de las habilitaciones generales recogidas en la LOPDGDD, que hubiesen requerido una mayor precisión reguladora en la materia que, sencillamente, ha sido obviada por el legislador básico. Pretender que todo ello pueda materializarse sólo son las referencias genéricas habilitadoras de la LOPDGDD a la Administración Pública en materia de personal al servicio de tal organización no deja de ser un tanto excesivo. En lo que respecta a la afectación a la intimidad el silencio de la norma con rango de ley es todavía más insultante.

En efecto, en la regulación de mínimos del artículo 47 bis TREBEP nada se dice al respecto, con lo cual las dudas se acumulan, pues lo razonable hubiera sido que el legislador básico estableciera una regulación mínima de los derechos digitales de los empleados públicos afectados por el teletrabajo, que ulteriormente podría ser desarrollada por el legislador autonómico o, en su caso, por los instrumentos de la potestad reglamentaria autonómica o de la potestad normativa local. Y allí expresara de forma precisa y contundente que la actividad desarrolla por medio del teletrabajo y los datos personales de los empleados públicos obtenidos por tales tratamientos, deberían tratarse de conformidad con los principios recogidos en el artículo 5 del RGPD, quedarían asimismo amparados legítimamente por lo establecido en el artículo 6, letras c) y e), mientras que la hipotética afectación al tratamiento de categorías especiales de datos (captura de imágenes) estaría exceptuado de la aplicabilidad del artículo 9 RGPD, siendo de aplicación lo establecido en el artículo 9.2 del citado Reglamento. Lo normal es que todo ello hubiese sido regulado en una norma con rango de Ley (TREBEP) y habilitando al desarrollo reglamentario o a los acuerdos o convenios colectivos (o acuerdos de condiciones comunes) a efectos de que determinen los detalles que al efecto procedan. Nada de eso se ha hecho y la perplejidad es profunda.

El vacío normativo es espectacular en este campo y las dudas e incertidumbres se acumularán, como, también presumiblemente, los propios problemas. Pues veremos cómo se aplican en la práctica los sistemas de teletrabajo que se habrán de regular de forma explícita, pero que en su gestión cotidiana deberán asimismo ser objeto de innumerables circunstancias en las que se pueden ver afectados los propios empleados públicos.

Es obvio que, una vez más, se repite la paradoja de que la regulación del sector privado es mucho más incisiva en estos aspectos (donde la afectación a la protección de datos personales se haya amparada por el consentimiento del trabajador, siempre que este se emita en los términos establecidos en los artículos 4 y 7 del RGPD), puesto que es una norma con rango de ley (RDLETT) la que detalla unos elementos normativos que el propio TREBEP, en su esquelético artículo 47 bis, ignora por completo, cuando –según el artículo 8 LOPDGDD– debe ser el legislador (o una norma con rango de ley) la que expresamente detalle en qué casos y circunstancias hay un interés público o el ejercicio de potestades públicas que comporta el que ese tratamiento de datos tenga una base legítima.

Se objetará a todo lo anterior que la Administración Pública está actuando aquí en ejercicio de una competencia material como es la dirección y gestión de su propio personal, que es un recurso instrumental para el correcto ejercicio de sus funciones. Y nada que reparar al respecto, pues esto es así, efectivamente. La única duda que aquí se quiere manifestar es que esa anomia absoluta de referencia a la normativa de protección de datos cuando se regula por ley básica el teletrabajo, y cuando esta modalidad de trabajo a distancia por medios telemáticos puede resultar altamente invasiva (depende cómo se ejerza) de los derechos y libertades de los empleados públicos, no resulta, a nuestro juicio, una garantía normativa suficiente que no haya otra cobertura legal a las innumerables afectaciones a la intimidad y al derecho a la protección de datos personales que se puedan producir que la derivada del marco general y aquella otra que se pueda recoger en el desarrollo reglamentario o en los acuerdos suscritos por cada Administración.

Además se produce una paradoja mayor, que conviene resaltar debidamente. No solo la regulación laboral es algo más incisiva que la regulación básica de empleo público sobre este punto con afectaciones directas (aunque ciertamente tampoco distantes de la normativa general) a la protección de los datos personales de los empleados públicos, sino que cabe advertir que, sin perjuicio de esa relativa anomia reguladora, las empresas privadas (y también las empresas públicas) deberán tener especial cuidado en no afectar gravemente al derecho de protección de datos personales de sus trabajadores, puesto que, si tales injerencias no tienen encaje en las excepciones previstas en el RGPD y en la LOPDGDD, pueden ser objeto de sanciones administrativas vehiculadas a través de multas administrativas de cuantías extraordinariamente elevadas en muchos casos, tal como prevé el RGPD. Por tanto, las empresas privadas y públicas bien se cuidarán de salvaguardar el pleno ejercicio del derecho de protección de datos de carácter personal de sus trabajadores y el resto de derechos fundamentales que se puedan ver afectados en el tratamiento de esos datos, puesto que las consecuencias pueden ser enormemente serias para la propia empresa.

Sin embargo, las Administraciones Públicas y el resto de entidades del sector público (salvo las empresas públicas) disponen de un régimen sancionador blando (artículo 77 LOPDGDD)<sup>28</sup>, mediante el cual aunque cometan los mayores atropellos en relación a los datos personales de la ciudadanía o de sus propios empleados públicos, sólo podrán recibir como sanción un apercibimiento, con algunas otras medidas adicionales de carácter más simbólico que efectivo.

Por tanto, cabe resaltar que, por si misma, la Administración Pública no tiene frenos legales en materia sancionadora que le desalienten de llevar a cabo actividades que puedan restringir o limitar los derechos fundamentales de protección de datos personales o de cualquier otro tipo como consecuencia del tratamientos de datos, también en el ámbito o esfera del teletrabajo; por lo que no deja de ser más sorprendente aún que en la Ley no se prevea ningún tipo de régimen jurídico de garantías básicas o mínimas para que esas situaciones no se produzcan o, al menos, se articulen una serie de elementos preventivos que dificulten que esas restricciones o injerencias sobre los datos personales de los empleados públicos no se produzcan. El reenvío de todas estas cuestiones, además de alta especialización, a su concreción por instrumentos de negociación colectiva nos parece que se trata de un “brindis al sol”, pues su efectividad será prácticamente nula, ya que la negociación sindical prioriza derechos incrementales y no pone el foco habitualmente en la protección de aquellas situaciones hipotéticas que puedan lesionar derechos como consecuencia de la aplicación de las TICS, algo que exige

---

<sup>28</sup> Una crítica a estas cuestiones se recoge en mi trabajo “El nuevo marco normativo de protección de datos y su incidencia sobre la Administración Local: de la irrealidad a la ficción. Aspectos institucionales”, *El Consultor de los Ayuntamientos*, número monográfico especial (julio 2019) “Protección de Datos. La privacidad al servicio de la ciudadanía”, pp. 32 y ss.



conocimientos técnicos y tecnológicos de los que habitualmente carecen los negociadores de la parte social (por lo común, liberados sindicales). Obviamente, esta falta de atención deberá cambiar por razones obvias, pero sobre todo porque la LOPDGDD emplaza a la negociación colectiva o a ser informada la representación sindical de la adopción de determinadas medidas, como inmediatamente se verá.

Ante tal anomia normativa el papel aquí del Delegado de Protección de Datos se hace aún más indispensable, puesto que el tratamiento de los datos personales de los empleados públicos que realicen su actividad profesional por medio de teletrabajo (donde el control de actividad es más intenso y continuo, así como donde se producen en no pocos casos conexiones telemáticas visuales, en las que están también directivos o empleados presenciales) debería ser objeto en primer lugar de una regulación legal más incisiva (y no de esa anomia absoluta), así como de los correspondientes protocolos o criterios que no sólo salvaguardaran la seguridad de las comunicaciones y de los datos personales de los ciudadanos (aspecto en el que la función del DPD es clara y evidente), sino también de los propios datos e hipotética afectación a la intimidad de los empleados públicos, como seguidamente se trata. Y esto se debería llevar con evidente pulcritud por parte de las Administraciones Públicas, pero ante el vacío normativo existente todo ellos se deja a la libre configuración de las normas de desarrollo o de las normas convencionales (del *soft law* de los criterios o protocolos), pero sin la más mínima regulación que sirva de cobertura, pretendiendo que las genéricas previsiones de la LOPDGDD sirvan de paraguas. Se puede afirmar, por tanto, que la protección de datos personales es el ámbito más perjudicado por una deslegalización absoluta de la regulación del teletrabajo en el empleo público, salvo que las Comunidades Autónomas cubran este vacío por normas jurídicas con rango de ley, dado que el legislador básico no solo ha sido perezoso sino además ha pecado de indolencia y de absoluto desdén. Aquí tendrán mucho trabajo los DPD, al menos en lo que respecta al asesoramiento y la adopción de protocolos que eviten vulneraciones en cadena de derechos fundamentales.

El RDL 28/2020 contiene una regulación tan sólo tangencial de estas cuestiones y, por lo demás, escasa o nada innovadora; aunque, al menos, cita la LOPDGDD y determina que esa utilización de medios telemáticos mediante el teletrabajo y su control se deberá de hacer respetando el principio de proporcionalidad, algo que omite por completo el TREBEP (aunque cabe presumir su total aplicación en la ponderación de los intereses en juego), lo que claramente nos advierte que el legislador del empleo público no se ha tomado ni siquiera mínimamente en serio la protección de datos personales de sus propios empleados públicos. En todo caso, limita la regulación a unas previsiones genéricas de lo que es el derecho a la intimidad y a la protección de datos. Así el artículo 17.1 expone lo siguiente:

*1. La utilización de los medios telemáticos y el control de la prestación laboral mediante dispositivos automáticos garantizará adecuadamente el derecho a la intimidad y a la protección de datos, en los términos previstos en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, de acuerdo con los principios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de los medios utilizados*

La única novedad en la regulación material que tampoco se incorpora en el TREBEP se halla en el artículo 17.2 del RDLTD al prever lo siguiente:

*2. La empresa no podrá exigir la instalación de programas o aplicaciones en dispositivos propiedad de la persona trabajadora, ni la utilización de estos dispositivos en el desarrollo del trabajo a distancia.*

Esta prohibición tiene su importancia en cuanto que protege a los trabajadores en aquellas circunstancias que, por los motivos que fueren, deban realizar la actividad profesional del teletrabajo con medios tecnológicos propios, ya que preserva su intimidad y las hipotéticas afectaciones a este derecho que se pudieran producir mediante el control remoto.

El artículo 17.3 reitera en buena parte, tal como ya se ha expuesto, lo establecido en el artículo 87.3 de la LOPDGDD, sin aportar elementos nuevos con la salvedad de reenviar la determinación del uso de los medios tecnológicos de la empresa para uso privado a lo que establezcan los convenios y acuerdos, una previsión que, a nuestro juicio, tiene complejo encaje en lo establecido en el artículo 87.3 “in fine” de la LOPDGDD que sólo preveía para este tipo de supuestos el que “los trabajadores deberán ser informados”, reduciendo de ese modo los poderes de dirección de la empresa en una materia que el legislador orgánico había considerado que no era objeto de negociación colectiva, por lo que cabe deducir que han una palpable afectación a la reserva de ley en materia orgánica al imponerse por una norma con rango de ley de carácter excepcional una modificación de su contenido normativo sustituyendo el deber de información por el de negociación colectivo, siendo a tal efecto inconstitucional la previsión recogida en el artículo 17.3 segundo párrafo.

Por su parte la regulación del derecho a la desconexión digital en el propio RDLTD (artículo 18) es todavía más decepcionante, puesto que se ha limitado a reproducir en gran parte lo establecido en la LOPDGDD, con escasas

novedades materiales en tal regulación, que una vez más mezcla trabajo a distancia con jornada (lo que muchas veces será difícil de desbrozar), estableciendo un deber empresarial de garantizar esa desconexión, que probablemente lo mejor sería hacerlo por bandas horarias. Aunque al menos se recoge una regulación, por muy mimética que sea, del artículo 88 LOPDGDD, que no cabe olvidar que tiene carácter orgánico y que, por tanto, una ley ordinaria ni una norma con rango de ley pueden incluir previsiones que contradigan o restrinjan lo establecido en tal norma (por tanto, si no hay instrumento de negociación colectiva o este no regula nada, en su defecto entra en acción los acuerdos que se puedan realizar entre empresa y trabajadores, aunque este artículo del Real Decreto Ley 28/2020, nada diga al respecto). El artículo 18 contiene el siguiente enunciado:

*1. Las personas que trabajan a distancia, particularmente en teletrabajo, tienen derecho a la desconexión digital fuera de su horario de trabajo en los términos establecidos en el artículo 88 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre.*

*El deber empresarial de garantizar la desconexión conlleva una limitación del uso de los medios tecnológicos de comunicación empresarial y de trabajo durante los periodos de descanso, así como el respeto a la duración máxima de la jornada y a cualesquiera límites y precauciones en materia de jornada que dispongan la normativa legal o convencional aplicables.*

*2. La empresa, previa audiencia de la representación legal de las personas trabajadoras, elaborará una política interna dirigida a personas trabajadoras, incluidas las que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia, así como en el domicilio de la persona empleada vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas.*

*Los convenios o acuerdos colectivos de trabajo podrán establecer los medios y medidas adecuadas para garantizar el ejercicio efectivo del derecho a la desconexión en el trabajo a distancia y la organización adecuada de la jornada de forma que sea compatible con la garantía de tiempos de descanso.*

Como se ha visto en detalle el artículo 47 bis del TREBEP dice muchísimo menos, por no afirmar que no dice prácticamente nada, salvo esa referencia puntual a los derechos digitales y a la protección de datos en la exposición de motivos del Acuerdo y que así se ha llevado al texto del propio Real Decreto-Ley. Así las cosas, cobran pleno sentido las dudas que se han expresado a lo largo de estas páginas de que esa regulación tan magra pueda dar cobertura a determinados tratamientos de datos que comporte la generalización (pues este es el problema material) o la ampliación del contexto de teletrabajo, lo que puede comportar algunas tensiones evidentes con lo establecido en el artículo 8 de la LOPDGDD, en relación con los artículos 5, 6 y 9 del RGPD, y de acuerdo con las premisas recogidas en el artículo 77 de la LOPDGDD, que dejan a la Administración Pública terreno libre para atropellar sin miramiento los datos personales de los empleados públicos o, al menos, para relajar mucho su nivel de exigencia, lo cual puede ser muy grave para los empleados públicos en algunos casos, aunque sus consecuencias no lo sean para la Administración.

## **V.- Análisis de los distintos derechos digitales y su aplicación a las relaciones de empleo público. Particular tratamiento de las posibles afectaciones a la intimidad personal.**

La construcción jurisprudencial del derecho a la intimidad en el trabajo se ha llevado a cabo principalmente por la jurisdicción social, en un primer estadio, y posteriormente por el Tribunal Constitucional, pero esencialmente en ámbitos propios de las relaciones laborales, algo que puede trasladarse también al empleo público, pero con las modulaciones precisas<sup>29</sup>.

Tal como se ha dicho, los derechos digitales del título X de la LOPDGDD se anudan principalmente con el derecho a la intimidad personal y familiar y con la propia imagen, y solo instrumentalmente con el derecho a la protección de datos de carácter personal, aspecto ya tratado en el epígrafe anterior.

Lo cierto es que toda la doctrina que hay del Tribunal Constitucional está pensada, como se decía, para garantizar la intimidad en un entorno físico o telemático con un fuerte componente estático, salvo algún pronunciamiento en relación con el uso para finalidades privadas de los medios tecnológicos (dispositivos) por parte del empleado

<sup>29</sup> Una sucinta referencia a esta evolución jurisprudencial se puede resumir en una serie de casos. Ver, por ejemplo: SSTC 186/2000; 29/2013 y 39/2016, entre otras. En el ámbito del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ver la STEDH de 17 de octubre de 2019, López Ribalda y otros contra España, donde se validan controles ocultos ante sospechas de infracción grave con perjuicio para la empresa, aplicando una serie de criterios (infracción de los trabajadores, alcance y grado de intromisión, razones legítimas de la intromisión, así como la existencia o no de medidas menos intrusivas). Ver asimismo STSJ Cat 10456/2019.

público. Telegráficamente, los hitos de evolución de la jurisprudencia constitucional en este campo, se pueden esbozar a través principalmente de las siguientes sentencias:

Conectados más con el derecho a la intimidad que con el derecho a la protección de datos de carácter personal, aunque también terminan por empapar el artículo 18.4 y la normativa de protección de datos por el carácter expansivo e invasivo de las TICS y del uso de Internet, nos encontraríamos los derechos digitales recogidos en los artículos 87 a 92 de la LOPDGDD, que serán objeto de breve comentario en estos momentos, porque, ante el silencio del artículo 47 bis y el reenvío del artículo 14 j) bis del TREBEP a la propia LOPDGDD, es obvio que la única regulación sustantiva en la que se deberán basar las normas de desarrollo a la hora de regular estas cuestiones por parte de las Administraciones Públicas o los acuerdos o convenios que procedan, es la establecida en tal título X de la LOPDGDD. No hay, en principio, nada más.

Sin perjuicio de algunos otros derechos digitales que afecten de forma incidental o de cualquier otro tipo de circunstancias (por ejemplo, artículo 83 LOPDGDD, que regula el derecho a la educación digital en relación con las Administraciones Públicas, relacionado con las competencias digitales, el acceso, formación, adaptación, etc.), hay una serie de derechos recogidos en los artículos 87 a 91, principalmente, que recogen los derechos digitales que tienen mayor relación con el teletrabajo. Hay que tener en cuenta que algunos de estos derechos están reservados a Ley orgánica (por lo cual su regulación o afectación está vedada por la ley ordinaria, también la autonómica), mientras que otros pueden ser regulados por ley ordinaria y, por consiguiente, verse afectados por normas con rango o fuerza de ley. La identificación tales derechos y los rasgos más relevantes de esa regulación es la que a continuación se detalla.

Sin duda la intimidad es uno de los derechos que más se pueden ver afectados por la actividad del trabajo remoto y, especialmente, por medio de los dispositivos que se utilicen en el ejercicio profesional a distancia y el uso que de ellos se haga, en su caso, para la actividad propia o personal. De ello fue consciente, al menos en parte, el legislador orgánico (LOPDGDD), al prever en el artículo 87 una regulación cuyas notas distintivas son las siguientes:

- Por un lado, se reconoce que los empleados públicos tienen el derecho a la protección de su intimidad “en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador” (artículo 87.1). Aunque el TREBEP obliga a que el teletrabajo se realice con recursos de la propia Administración, no es menos cierto que, como hemos visto, la efectividad de tal medida puede estar aplazada si existe normativa previa y, en todo caso, no cabe descartar que se empleen, en efecto, medios personales para la realización de tales actividades, por lo cual esa protección cabe entender que es extensiva en tales supuestos, aunque el RDLTD lo reconoce y no el TREBEP.
- También se reconoce la facultad de que la Administración pueda, en ejercicio de sus facultades de dirección y control, “acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores”, pero ello sólo se puede realizar en dos casos: a) a los efectos exclusivos de “controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias”; y b) con la finalidad de “garantizar la integridad de dichos dispositivos”. Por consiguiente, el control remoto de la actividad profesional por medios tecnológicos es perfectamente posible, y ello, en principio, no se condiciona a ninguna exigencia procedimental, aunque parece razonable que se deba informar a los empleados públicos de la existencia de tales sistemas y las consecuencias que los incumplimientos de los controles realizados tendrán, en su caso.
- Importancia particular tiene en lo que afecta al derecho a la intimidad el artículo 18.3 LOPDGDD, que contiene una serie de reglas. A saber:
  - La Administración Pública tendrá la facultad de establecer “criterios de utilización de los dispositivos digitales”, pero en tales instrumentos de *soft law* deberá recoger expresamente el respeto a lo que se denomina como “los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente”. Hay, por tanto, dos conceptos jurídicos indeterminados que atraviesan esta regulación y que no serán fáciles de delimitar en su alcance, como son qué se entiende por estándares mínimos y de qué manera se han de interpretar los usos sociales. Sin duda, los precedentes pueden tener un campo de juego, pero nada nos indica que ello no pueda ser de otro modo. La única garantía es que en la elaboración de tales “criterios de utilización” “deberán participar los representantes de los trabajadores”. La duda que se suscita es hasta qué punto esa participación implica un proceso de

(S)

negociación colectiva formalizado o se podría sustanciar con la presencia en una comisión redactora de tales criterios. Lo cierto es que la LOPDGDD cuando ha querido que se sometan a un proceso de negociación colectiva así lo ha reconocido expresamente (por ejemplo, en el artículo 88.2 LOPDGDD), como por lo demás ha expuesto al respecto la doctrina laboralista, al expresar su sorpresa porque en cada supuesto “se efectúe una graduación distinta de la intervención de los representantes de los trabajadores”, pues “informar o participar no supone el mismo grado de actuación que negociar”<sup>30</sup>, por mucho que el artículo 17.3 RDLTD haya unificado por elevación esas distinciones establecidas en este caso por una ley orgánica (artículo 87 LOPDGDD) al reconducirlas a la negociación colectiva tal como se ha expuesto antes. Una operación en sí misma inconstitucionalidad por vulnerar la reserva de ley orgánica.

- También se prevé el acceso al contenido de dispositivos digitales utilizados por el empleado público en aquellos casos en que la Administración Pública haya admitido su uso con fines privados (obviamente a través de los Criterios generales antes expuestos o por medios de protocolos), pero en tal caso se requiere la especificación por parte de la Administración “de modo preciso los usos autorizados y se establezcan garantías para preservar la intimidad de los trabajadores, tales como, en su caso, la determinación de los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados”. Evidentemente en este supuesto no se agotan las posibilidades de regulación que podrán alcanzar a otra serie de circunstancias (por ejemplo, contenidos, no traslado del material a otras ubicaciones, uso solo excepcional en supuestos tasados, franja horaria laboral exclusivamente, etc.). Lo habitual, al ser medios propios de la Administración Pública sería que no se pudieran utilizar para usos personales tales recursos, y probablemente esta debiera ser la regla general. Pero, veremos cómo abordan estas cuestiones las Administraciones Públicas porque en este caso tienen plena disponibilidad para determinar tales usos.
- En efecto, como ya se ha visto, en este caso la Administración sólo debe informar a los trabajadores de los criterios de utilización a los que se refiere el apartado tercero del artículo 87 LOPDGDD. Esta materia no es objeto, a pesar de lo que diga el artículo 17.3 del RDLTD, de negociación colectiva.
- El artículo 88 reconoce, por su parte, el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral, un derecho reservado a su regulación por ley ordinaria, y cuyo precedente normativo se encuentra en Francia, desde donde al parecer se importó. Su impacto sobre el teletrabajo es directo y así se refleja en el propio artículo 88.3 “in fine” LOPDGDD como se verá de inmediato. Las notas distintivas de esa regulación son las siguientes:
  - Aunque sólo se refiere a los empleados públicos en el primer apartado, es obvio que todo este artículo es de plena aplicabilidad a tal personal al servicio de la Administración Pública y de las entidades públicas.
  - Se reconoce el derecho a la desconexión digital de los empleados públicos, que se proyectará siempre “fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, lo cual nos reconduce derechamente a la noción de jornada, algo que no debería condicionar la concepción del teletrabajo como resultado y evaluación de la gestión. Esa desconexión se proyecta sobre distintos ámbitos temporales y situaciones en las que se encuentre el empleado público, así como lugares, pues se garantiza “el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como su intimidad personal y familiar”. Todo ello conduce, tal como decíamos antes, a la delimitación del tiempo de trabajo o, mejor dicho, de franjas horarias en las que no se podrá interferir la vida privada del empleado público ni con correos electrónicos, ni con mensajes o con llamadas, menos aún con conexiones digitales para realizar reuniones telemáticas o cualquier situación de esas características.

---

<sup>30</sup> Lourdes López Cumbre, “Derechos digitales laborales y su negociación”, *Otrosí Revista del Colegio de Abogados de Madrid. La abogacía en la era digital. Dossier sobre los derechos digitales*, cit. p. 57.

- Las modalidades de ejercicio de este derecho, aparte de potenciar la conciliación de la actividad profesional y laboral, se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado con los representantes de los empleados públicos. Aquí sí que expresamente la LOPDGDD establece la exigencia de negociación, algo que en otros ámbitos no se produce.
- En el apartado 3 de este artículo 88 LOPDGDD se recoge un nuevo instrumento de *soft law* que regulará esta materia, “previa audiencia de los representantes de los trabajadores” (por tanto, no hay aquí negociación colectiva propiamente hablando), donde se faculta a la Administración Pública para que elabore “una política interna” (presumiblemente formalizada en criterios generales o protocolos) a través de la cual se definan las modalidades del derecho a la desconexión (aunque en este caso, por lo dispuesto en el apartado anterior sí que requerirán de negociación colectiva) y las acciones de formación y de sensibilización del personal “sobre un uso razonable de herramientas tecnológicas que evite la fatiga informática”.
- Y específicamente se recoge la relación existente entre derecho a la desconexión digital, aunque no deja de ser un enunciado meramente declarativo: “En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en el supuesto de realización total o parcial del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas”. Un enunciado que se configura más como una directiva sin apenas contenido normativo alguno.
- El artículo 89 regula el derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo, que si bien está pensando en el centro de trabajo también resulta aplicable, como es obvio, al teletrabajo. De este artículo conviene resaltar brevemente los siguientes puntos:
  - La captación de imágenes y sonidos en la actividad del teletrabajo puede ser muy frecuente en el caso de entrevistas, reuniones, foros de debate, seminarios, etc. Pero especialmente esta captación es muy sensible cuando se utiliza como medio de control de las funciones que deben ejercer los empleados públicos, debiéndose enmarcar tal supervisión en el marco propio de la legislación de función pública.
  - La Administración Pública debe informar a los empleados públicos (y, en su caso, a los representantes) “de forma expresa, clara y concisa” (lo cual exige un medio escrito o unos protocolos claros en la red o intranet corporativa, que sean fácilmente accesibles), acerca de tales medidas.
  - El artículo 89.2, en línea con la jurisprudencia constitucional emanada sobre esta materia, incide en la interdicción de que se instalen “sistemas de grabación de sonidos ni de videovigilancia en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los empleados públicos, por lo que en lo que afecta al teletrabajo la captación de imágenes debería limitarse a la imagen del empleado público o la reproducción de su voz, sin poder reproducir otros espacios o personas (menos aún menores), lo que implicaría disponer de fondos de pantalla que tapen cualquier visualización de las estancias domésticas en las cuales se trabaje.
  - Y se admite, también en línea con la jurisprudencia constitucional y del TEDH antes citada (por ejemplo, caso López Ribalda contra España), la grabación de sonidos sólo “se admitirá cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas” reseptando en todo caso el principio de proporcionalidad, siguiendo las exigencias establecidas en el artículo 22 de la LOPDGDD.
- Y, en fin, el artículo 89 recoge una regulación del derecho a la intimidad con respecto a la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral, una serie de aplicaciones que también pueden ser utilizadas para el control del empleado público y con la finalidad de conocer si desarrolla su actividad en el lugar a distancia convenido, pues ello puede tener implicaciones sobre la prevención de riesgos laborales, así como con relación a otros aspectos de seguridad telemática y protección de datos. Las cuestiones más relevantes que en esta materia reestablecen son las siguientes:

- La geolocalización tiene un vínculo estrecho con la políticas de control de dirección y gestión de la actividad de los empleados públicos, afectando, sin duda, al plano de la intimidad, pero también podría implicar afectaciones a protección de datos. Ese control debe hacerse en el marco de la legislación de empleo público y de acuerdo con las funciones que despliegue cada empleado público.
- La geolocalización tiene sentido en empleos cuyas tareas se despliegan en el territorio, pero también –como se decía- puede ser un medio de control de si la actividad profesional se desarrolla en un entorno apropiado para garantizar el rendimiento y la concentración que requiere el trabajo a distancia (en el lugar indicado como espacio de prestación).
- Una vez más, la Administración Pública sólo debe informar a los empleados públicos, aunque aquí ese deber de información se cualifica con la condición de que se manifieste “de forma expresa, clara e inequívoca”, y se realice tanto a los empleados públicos como a sus representantes sindicales, informándoles de las “características de esos dispositivos” (obviamente también de sus prestaciones y efectos), facilitando –en línea con la regulación en materia de protección de datos- el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión; debiendo aplicarse asimismo los principios del artículo 5 del RGPD, así como cualesquiera otras dimensiones del derecho a la protección de datos personales que sean susceptibles de ser aplicadas en este caso (geolocalización en el teletrabajo).

### **Epílogo: Breves reflexiones finales sobre teletrabajo y prestación de servicios a la ciudadanía. Esbozo de algunos problemas.**

Ya se han venido reflejando distintas reflexiones a lo largo de esta contribución sobre los impactos indirectos que una regulación del teletrabajo desde la perspectiva de identificación de puestos de trabajo que objetivamente son idóneos para llevar a cabo actividades profesionales a distancia y de la importancia que tiene el análisis organizativo previo, sobre todo en sus efectos sobre la prestación de servicios directos y presenciales a la ciudadanía, que tiene, como se ha insistido ese derecho de relación física, presencial o mediante papel reconocido en el ordenamiento jurídico y que no se puede ver menoscabado ni directa ni indirectamente, mediante obligaciones fácticas que no tengan acomodo legal o normativo (obligación de relación telemática, cita previa, etc.).

El teletrabajo que se realizó durante la etapa de confinamiento en el primer momento de la pandemia no fue realmente tal, sino un trabajo a distancia forzado por las circunstancias excepcionales. Y ello comportó algunos problemas sustantivos en todo lo que tiene que ver con la atención ciudadana, puesto que los centros públicos, salvo en lo que se refiere a servicios esenciales que requerían atención directa o presencial (sanidad, seguridad pública, transporte, recogida de residuos, servicios sociales en algunos casos, etc.), cerraron prácticamente sus instalaciones (aunque algunos ayuntamientos sí que permanecieron abiertos), si bien la suspensión de procedimientos administrativos alivió el problema, al menos hasta el 1 de junio. Algo parecido pasó con los registros administrativos en su atención presencial.

Se impuso, por tanto, un repliegue de una Administración Pública que no supo diferenciar cabalmente entre servicios esenciales, servicios básicos (necesarios para que la ciudadanía, especialmente aquella más vulnerable, pudiera ser atendida de aquellas necesidades derivadas de un contexto excepcional, que en muchos casos requerían atención presencial o asistencia para relacionarse con la administración pública a través de medios electrónicos). Colectivos ciudadanos desfavorecidos se vieron, así, en una situación peor, agravada por la (casi) exclusiva canalización relacional telemática o telefónica (apenas atendida).

El problema es que ese cierre de las Administraciones Públicas, siquiera fuera temporal, conllevó que la ciudadanía se vio obligada a relacionarse con la Administración Pública por medios electrónicos, a pesar de que no fueran personas o colectivos obligados por Ley o reglamento a tales relaciones. Y ello implicó un crecimiento exponencial de la brecha digital en la que se vieron afectados los ciudadanos más vulnerables. Algo que se manifestó también en ámbitos sectoriales (educación, por ejemplo).

En efecto, la Administración Pública obligó “de facto” a las personas físicas a relacionarse con ella a través de medios telemáticos, a pesar de que la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de procedimiento administrativo común de las administraciones públicas, no contiene esa regla, sino la contraria: el derecho del ciudadano (salvo aquellos obligados a relacionarse electrónicamente) a elegir el medio de relación con la Administración (físico/virtual,

electrónico/papel), lo que supuso que decenas o centenares de miles de personas no pudieron relacionarse durante ese período con la Administración al carecer de medios tecnológicos o de competencias digitales necesarias para solicitar información, tramitar determinadas solicitudes, demandar ayudas, prestaciones o subvenciones, lo que implicó dejar atrás a muchas personas.

La Administración Pública, cuya razón existencial es asistir a la ciudadanía cuando demande sus servicios, ha estado en buena medida desaparecida y, por tanto, la desatención ciudadana ha sido evidente en muchos ámbitos y en diferentes niveles de gobierno (menos, quizás, en la administración local) durante el período duro de la pandemia, la desescalada y los meses posteriores. Lo pero es que sus secuelas se siguen observando, como nos ponen de relieve un día sí y otro también los medios de comunicación (colas, colapsos, desatención, etc.). La atención telefónica también ha estado colapsada en muchos casos, los registros administrativos y buena parte de las oficinas públicas están funcionando en muchos casos con cita previa, lo cual no tiene amparo legal y vulnera claramente los plazos establecidos en la LPACAP, puesto que cuando se otorga la cita previa el plazo ha podido vencer y los derechos de la ciudadanía de ven absolutamente frustrado. El magistrado José Ramón Chaves escribió hace unos meses una de las críticas más incisivas sobre el sistema de cita previa como un virus que se extiende de forma descontrolada, que conviene leer atentamente<sup>31</sup>.

Se ha pasado, por consiguiente, de un sistema de excepcionalidad grave (confinamiento y cierre de la Administración), a un período de desescalada gradual con enorme lentitud en la apertura de las Administraciones Públicas, y, en fin, a una atención ciudadana muy sesgada en muchos casos, organizada con cita premia telemática (que muchos ciudadanos no pueden tramitar, si es que el sistema funciona) o por medio de cita telefónica que, con más frecuencia de la deseable no funciona adecuadamente o está colapsada.

¿Qué tiene que ver todo esto con el teletrabajo? Pues, en verdad, nada tendría que ver si el teletrabajo se ordenara racionalmente y la Administración identificara de forma precisa qué puestos de trabajo (mejor dicho, qué tareas) no tienen ninguna relación con la atención presencial de la ciudadanía y, por consiguiente, se pueden prestar a distancia sin menoscabar en nada los derechos de la ciudadanía, y reducir sólo a tales puestos de trabajo la posibilidad de realizar el teletrabajo, pues una extensión indiscriminada o poco reflexiva de esta modalidad de trabajo a distancia puede tener consecuencias directas en la medida en la cual se desatiendan servicios presenciales (por ejemplo, como estamos viendo, mediante la formación de grandes colas de atención a la ciudadanía o por el colapso de esos servicios). Si no se mide bien estos dos pasos: identificación de tareas y necesidades reales de atención presencial a la ciudadanía, se dará la impresión de que la Administración Pública funciona realmente mal, que es una percepción cada día más asentada.

Y, en todo caso, si se opta por una digitalización audaz, como previsiblemente será así en los próximos años, se deberán adoptar medidas de refuerzo de gran intensidad, pues la atención o asistencia a la ciudadanía no obligada a relacionarse electrónicamente con la Administración es algo olvidado totalmente. La brecha digital es real y amplia aún en la sociedad española, y a pesar de las buenas intenciones del Plan España Digital 2025 su reducción requiere medidas no solo tecnológicas sino especialmente organizativas, de gestión, de formación (en competencias digitales) y de fomento para la adquisición de medios digitales y que garanticen de forma efectiva las conexiones con banda ancha a preciso asequibles.

Entra dentro de las potestades de autoorganización de las Administraciones Públicas deslindar qué servicios y qué puestos deben garantizar esa atención ciudadana, eliminar las barreras de acceso a los servicios, garantizar el pleno rendimiento de los registros administrativos, no solo los de carácter telemático, eliminar decididamente la brecha digital y evitar así que personas mayores, familias con pocos recursos, mujeres sin medios tecnológicos, bolsas de pobreza, hogares sin conexión a Internet o, en fin, ciudadanos sin competencias digitales se vean afectados por una obligación fáctica sin amparo legal de relacionarse con la Administración por medios electrónicos. El teletrabajo es un derecho de los empleados públicos, pero siempre condicionado a la prestación de los servicios y a los intereses públicos, y los responsables públicos, así como los funcionarios, deberán responder si esa atención no se presta en condiciones adecuadas.

El Real Decreto Ley 29/2020, en su exposición de motivos, aborda de pasada o de forma incidental esta cuestión que es nuclear. Los empleados públicos son ante todo servidores públicos a la ciudadanía, y no pueden nunca olvidar esa finalidad existencial que marca su condición. El teletrabajo fracasará estrepitosamente si no tiene en cuenta la mirada ciudadana. Pero fracasará más aún la propia Administración Pública que perderá, si no se organiza racionalmente esa nueva modalidad de trabajo no presencial, su sentido último y se encontrará, así, con

<sup>31</sup> Ver: <https://delajusticia.com/2020/07/10/la-cita-previa-ante-la-administracion-un-virus-juridico-que-se-extiende/>

problemas inmediatos de legitimidad social. Algo de esto está pasando. No es culpa del teletrabajo, sino de una pésima organización y gestión de los recursos humanos del sector público, que con toda franqueza puede empeorar notablemente con este pésimo marco normativo básico que se ha diseñado de forma cogobernada entre Ministerio, Comunidades Autónomas y sindicatos. El teletrabajo sólo es, en verdad, un cambio de contexto de la actividad profesional. Pero regulemos bien esa actividad y, sobre todo, gestionémosla cabalmente. En ello va el futuro de los propios servicios públicos y de la confianza ciudadana en sus propias instituciones, de la cual la Administración Pública es la pieza epidérmicamente conectada con la ciudadanía, siendo las demás mucho más lejanas. Algo de proximidad efectiva y empatía (dado lo mal que lo están pasando muchas personas y colectivos que son quienes más sufren la desatención) tampoco le vendría mal a esa Administración que pretende convertirse sólo (un craso error) en una organización de pantalla.